Estudios goberna

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

EL ESTADO AUTONÓMICO
Integración, solidaridad y diversidad

volumen 1

COLEX

INAP

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 1

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 2

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 3

EL ESTADO AUTONÓMICO: INTEGRACIÓN, SOLIDARIDAD, DIVERSIDAD

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 4

001-012-Estado autonomico0 13/10/05 16:35 Página 5

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

EL ESTADO AUTONÓMICO: INTEGRACIÓN, SOLIDARIDAD, DIVERSIDAD

VOLUMEN I

Prólogo
Jordi Sevilla Segura

EDITORIAL COLEX

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

001-012-Estado autonomico0 13/10/05 16:35 Página 6

Colección: ESTUDIOS GOBERNA

FICHA CATALOGRÁFICA

El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad. Volumen I. 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.– 672 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 I: 84-7879-977-X
Dep. Legal: M-41.958-2005

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

I.S.B.N. Volumen I: 84-7351-242-1
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

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 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

001-012-Estado autonomico0 13/10/05 16:35 Página 8

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 719

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 9

SUMARIO VOLUMEN I

Prólogo
Jordi Sevilla Segura 13

Presentación
Miguel Ángel García Herrera y José María Vidal Beltrán 17

CAPÍTULO I. Algunas experiencias comparadas 25

Rainer Arnold. Problemas actuales del federalismo y de la descentralización política 27

Lothar Michael. Problemas actuales del Federalismo alemán ¿De un Estado unitario a un Estado federal experimental? 35

Marco Olivetti. La reforma del sistema autonómico italiano 47

CAPÍTULO II. Estado Autonómico e integración 113

La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal 115

Gregorio Cámara Villar. La Conferencia de Presidentes como instrumento de integración para el Estado Autonómico: problemas y perspectivas 117

Antonio Torres del Moral. Las instituciones de democracia directa en los ámbitos autonómico y local 135

Juan Francisco Sánchez Barrilao. Sobre el interés de las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional 155

Antonio Javier Trujillo Pérez. Reflexiones sobre la autonomía local a los veinticinco años de la Constitución de los ayuntamientos democráticos (1979-2004) 183

001-012-Estado autonomico0 13/10/05 16:35 Página 10

Ricardo Chueca Rodríguez. Condicionamientos constitucionales de la reforma del Senado 199

Rafael de Agapito Serrano. Presupuestos constitucionales de la integración de las Comunidades Autónomas en la orgánica del Estado: la reforma del Senado 213

Las regiones en la integración comunitaria 229

Teresa Freixes San Juan. La dimensión regional en la Unión Europea . . 231

Iñigo Bullain López. Autonomía regional y Constitución Europea 255

José Manuel Martínez Sierra. El Estado Autonómico e integración supranacional 277

Concepción Pérez Villalobos. La Constitución Europea y la Autonomía de las Regiones y Municipios 301

Regulación y garantía de los elementos comunes 313

Juan Luis Ibarra Robles-Juan Carlos Da Silva Ochoa. El principio de unidad jurisdiccional en el Estado Autonómico 315

José Chofre Sirvent. Ley orgánica y Estatuto de Autonomía 331

Goran Rollnert Liern. Jefatura del Estado y Comunidades Autónomas 343

Roberto Blanco Valdés. ¿Quién reforma los Estatutos de Autonomía? 357

CAPÍTULO III. Estado Autonómico y solidaridad 373

Cohesión social, económica y territorial 375

Carlos de Cabo Martín. La solidaridad como principio constitucional en el actual horizonte reformista 377

José Antonio Montilla Martos. El fenómeno de la inmigración en el Estado Autonómico 391

Jasone Astola Madariaga. El ejercicio del derecho a la igualdad política de españolas y españoles a la luz del art. 149.1.1ª de la Constitución Española 427

Ana M.ª Aba Catoira. Políticas de igualdad en las Comunidades Autónomas 455

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 11

Integración económica y social 475

Remedio Sánchez Férriz. Derechos sociales y Comunidades Autónomas: los márgenes de las políticas autonómicas 477

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz. Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de Autonomía: tres propuestas de reforma 517

Gonzalo Maestro Buelga. Gobierno de la Economía y Estado Autonómico 527

Andoni Pérez Ayala. En torno al Estado Social Autonómico 557

José M.ª Porras Ramírez. El autogobierno local en el Estado Autonómico. Premisas para una reforma necesaria 583

La financiación del Estado Autonómico 605

Francisco Balaguer Callejón. La financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonómico 607

Alberto López Basaguren. El Concierto Económico y la financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco: entre mito y realidad 619

Maite Vilalta Ferrer. La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas 635

Yolanda Gómez Sánchez. El control económico-financiero externo: especial referencia al Tribunal Vasco de Cuentas públicas 653

001-012-Estado autonómico0 13/10/05 16:35 Página 12

013-016-Estado autonómico1 3/10/05 11:29 Página 13

PRÓLOGO

Este libro recoge el testimonio de la celebración del congreso que tuvo lugar en Bilbao con motivo del XXV aniversario del Estatuto de Guernica, por impulso del Instituto Nacional de Administración Pública y en colaboración con la Universidad Pública del País Vasco. Una celebración que resultó especial por varios motivos. En primer lugar, por ser, el del País Vasco, el primer Estatuto de Autonomía aprobado, en lo que supuso el inicio de la institucionalización de nuestro modelo de distribución del poder, hoy plenamente consolidado, al cual llamamos Estado Autonómico. Por otra parte, porque conmemoramos el acuerdo histórico que se logró entre todas las fuerzas políticas y sociales del País Vasco, y del conjunto del Estado, como punto de partida para un nuevo marco de convivencia en Euskadi, dentro de España, que dotó a este pueblo de una capacidad de autogobierno como hasta entonces jamás había tenido.

La aprobación del Estatuto de Guernica representó un buen ejemplo de la capacidad de negociación y de acuerdo que hubo en todos los procesos de elaboración estatutaria, aunque, en el caso del País Vasco, lo fue de manera especial, debido a la dificultad histórica que ha existido en nuestro país respecto a la adecuación identitaria de algunos territorios en el conjunto del Estado español. El éxito de este histórico acuerdo radicó, sobre todo, en que supuso el establecimiento de un marco de relación, amparado por nuestra Constitución, que no impone ninguna visión particular a la compleja realidad social y política del Pueblo Vasco, sino que permite la convivencia de las muchas visiones y realidades que se dan en el contexto plural de Euskadi.

La cuestión territorial en España es un asunto de gran calado histórico, que ha constituido un eje permanente de confrontación en nuestro país, y a la que, en algunas ocasiones, se ha querido dar respuesta mediante

013-016-Estado autonómico1 3/10/05 11:29 Página 14

la imposición por la fuerza de una determinada idea de lo que debía ser España.

Sin embargo, gracias al esfuerzo de la sociedad española, que afrontó el reto de consolidar la democracia en nuestro país, esa etapa de imposición de una particular visión de España sobre cualquier otra caducó. Ahora, nuestro país se sitúa entre las democracias más sólidas, con un peso específico en el mundo gracias a su posición en Europa. España es ya un país avanzado, que ha dado muestras de madurez democrática en poco más de veinticinco años, desarrollando un modelo de Estado propio y genuino. Un modelo con el que se ha podido aproximar la toma de decisiones políticas y administrativas a los ciudadanos, y que ha supuesto una adecuada articulación de las distintas regiones y nacionalidades dentro del conjunto español, superando la dialéctica entre el respeto a la diferencia y la promoción de la igualdad de los ciudadanos.

Tenemos, por tanto, una España diversa pero unida, plural y compleja, democrática y solidaria, que permite la expresión de lo que cada individuo y cada pueblo aportan a la realidad española, dentro del marco de nuestra norma fundamental, la Constitución. Nuestra tarea, ahora, es mejorar y potenciar este modelo de convivencia, con el fortalecimiento de nuestras instituciones estatales, entre las que se incluyen tanto las pertenecientes a la Administración General como a las Administraciones autonómicas y locales. La finalidad de nuestro esfuerzo consiste en mejorar la participación de todos los poderes públicos en la formación de la voluntad estatal, para avanzar en la cogobernanza de España mediante la cooperación y colaboración de las tres Administraciones, desde el respeto y el diálogo institucional, y bajo la observancia de los principios constitucionales de unidad, autonomía, igualdad y solidaridad.

Nuestro modelo estatal es una construcción única y particular, que no puede considerarse como un sistema federal, aunque comparte algunos de sus rasgos. Su construcción ha supuesto todo un proceso de ingeniería constitucional, que partió de un amplio respaldo de la sociedad española y fue consensuado entre las distintas fuerzas políticas, para, posteriormente, ir evolucionando hacia planteamientos que han permitido el respeto de la diversidad y el establecimiento de cauces institucionales para la participación de todos en lo que compone el interés de todos. Nuestro modelo de distribución del poder reconoce, por tanto, elevadas cotas de autogobierno a los poderes intermediarios entre la Administración General y las Administraciones locales, y a la vez incorpora el respeto y la protección a la diversidad y riqueza que existen de hecho en nuestra nación.

Ahora es el momento de hacer un pequeño esfuerzo suplementario, para superar la confrontación competencial que ha existido en los años de desarrollo del Estado Autonómico. En la presente Legislatura estamos

013-016-Estado autonómico1 3/10/05 11:29 Página 15

iniciando una nueva etapa, con la incorporación de instrumentos de colaboración y participación de todos los poderes públicos en la dirección del Estado, que permitirán cogobernar el conjunto del sistema desde el respeto institucional del todo hacia las partes, y de las partes hacia el todo. No estamos ya, pues, en el debate de si más o menos Estado, o de qué modelo de Estado. Tenemos un modelo de Estado que ha funcionado y dado unos magníficos resultados tanto en los aspectos relativos a la integración como en los que se refieren al respeto a la diversidad. Ahora se trata de ajustar el sistema, de hacer que funcione mejor y más cohesionadamente.

En los últimos años, ha habido varias Comunidades que han reformado sus Estatutos de Autonomía, con una creciente y constante asunción de competencias por parte de las Administraciones Autonómicas, sin que ello generase ningún tipo de problemas para el sistema. En este momento, se están planteando reformas en los Estatutos de las llamadas Comunidades históricas, aunque otras Comunidades, que no han sido consideradas así, también han planteado reformas estatutarias. El Gobierno entiende que la modificación de determinados aspectos estatutarios tiene que servir para mejorar el sistema autonómico en general, por lo que se deben articular procedimientos que permitan esos cambios, siempre y cuando vayan en beneficio de todos los ciudadanos. Para ello, el Gobierno ha declarado desde el principio de este proceso, y mantiene, que está dispuesto a aceptar los procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía que le propongan los distintos Parlamentos Autonómicos, con dos límites claros: por un lado, que las reformas cuenten con un amplio acuerdo social y político sobre los cambios propuestos, un consenso que vaya más allá de las mayorías mecánicas necesarias; por otro lado, que respeten la Constitución. No entendemos, por tanto, como secuencia lógica que a las reformas estatuarias corresponda una posterior reforma constitucional, porque la reforma de un estatuto de autonomía no es una vía de reforma de la Carta Magna. Lo que aceptamos es que se ajuste el sistema para mejorar el autogobierno, para que las Administraciones Autonómicas puedan actuar con más eficacia, en beneficio de los ciudadanos, pero sin que ello suponga una quiebra en el marco de convivencia que nos hemos dado y del que está satisfecha una amplia mayoría de españoles.

El congreso celebrado en Bilbao, en noviembre de 2004, fue uno de los muchos y muy interesantes encuentros académicos que, en los últimos tiempos, se han venido celebrando en nuestro país para tratar estos planteamientos y para debatir acerca de los mecanismos de cooperación que pueden mejorar las formas de relación de las distintas Administraciones públicas, con objeto de que presten un mejor servicio a los ciudadanos.

013-016-Estado autonómico1 3/10/05 11:29 Página 16

Las reformas que se están proponiendo, por tanto, son sólo parciales, y están destinadas a solucionar algunas de las dificultades demostradas en el funcionamiento de nuestro modelo a lo largo de sus veinticinco años. Deben hacerse con el más absoluto respeto al interés general y a los distintos intereses que tienen cabida en nuestra España plural, desde el consenso y la aportación leal de nuestra diversidad. Después de haber sufrido tantas imposiciones de lo que se consideraba que debía ser nuestro país, es nuestra obligación no volver a caer en los errores del pasado y procurar que la pluralidad que convive en España y de la que todos formamos parte sea la manifestación de un proyecto común de convivencia pacífica, democráticamente respetada, y provechosa para el conjunto y para cada una de las partes.

Jordi Sevilla Segura
Ministro de Administraciones Públicas

017-024-Estado autonomico2 3/10/05 11:31 Página 17

PRESENTACIÓN

A lo largo de los últimos veinticinco años, en España se han sucedido un importante número de cambios, de una significativa relevancia para su modernización, democratización y consolidación como punto de referencia en el entorno europeo y mundial, especialmente en lo que podemos denominar modelo de Estado Autonómico. En 1978 comenzamos este experimento *sui generis*, un modelo propio con rasgos de los estados federales y con algunos otros de los estados regionales. Un modelo de descentralización política que permitía el autogobierno de entidades subestatales, las Comunidades Autónomas, con unas características históricas y socio-culturales particulares. Esta experimentación política permitía democratizar y acercar a los ciudadanos algunas de las responsabilidades de gobierno que podían ser más sensibles a las diversas voluntades territoriales, dotándoles de unas instituciones de autogobierno y un ámbito competencial propio.

No obstante, el proceso de descentralización política ha mostrado a lo largo de estos veinticinco años algunos problemas y disfuncionalidades. El carácter abierto y flexible de la Constitución; los dos ritmos de acceso a la autonomía, con las disparidades competenciales que esto produjo al principio; el déficit de participación de las CC.AA. en la formación de la voluntad estatal; la inadecuada articulación del Senado como Cámara de representación territorial; la escasa cooperación vertical y horizontal en las relaciones intergubernamentales; las incidencias materiales y formales que el proceso de integración europea ha proyectado y sigue proyectando sobre el Estado Autonómico; la difícil situación del mundo local en la prestación de los servicios públicos; o la inserción institucional de los aspectos de diversidad que existen en nuestro Estado; todos éstos son sólo algunos de los problemas que el funcionamiento y desarrollo del Estado Autonómico ha evidenciado durante estos años.

Con la finalidad de abordar algunas de estas cuestiones, se impulsó la celebración del Congreso *El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, celebrado en Bilbao con motivo del XXV aniversario del Estatuto de Autonomía del País Vasco, entre los días 24 a 26 de noviem-

017-024-Estado autonomico2 3/10/05 11:31 Página 18

bre de 2004. En este Congreso, organizado conjuntamente por el Instituto Nacional de Administración Pública y la Universidad del País Vasco, se pretendía debatir y reflexionar sobre muchos de los temas y asuntos que, de modo práctico, afectan al conjunto de lo que acostumbramos a denominar Estado Autonómico.

Este Congreso contó para la inauguración con la presencia del Ministro de Administraciones Públicas, D. Jordi Sevilla Segura, el Rector Magnífico de la Universidad del País Vasco, D. Juan Ignacio Pérez Iglesias, y el Director del Instituto Nacional de Administraciones Públicas, D. Francisco Ramos Fernández-Torrecilla.

El Congreso se estructuró en diversos paneles y mesas de discusión. Tras una conferencia inaugural con Rainer Arnold, Catedrático de la Universidad de Regensburg, sobre los problemas centrales y actuales de los sistemas federales y descentralizados políticamente, se constituyó el primer panel sobre algunas experiencias comparadas. En este panel el profesor Franck Moderne, Catedrático de la Universidad de París I, Sorbonne, ilustró el caso francés, en relación al proyecto de descentralización denominado como leyes de Raffarin; el caso italiano en proceso de reforma, fue expuesto por Gonzalo Maestro, en base a lo remitido por el profesor Marco Olivetti, Catedrático de la Universidad de Foggia, y, finalmente, Lothar Michael, Catedrático de la Universidad de Dusseldorf, explicó los problemas actuales por los que atraviesa el federalismo alemán .

Posteriormente, se abordaba el tema del Estado Autonómico y la integración. Para tratar este amplio tema, se constituyeron dos mesas de discusión y un panel. En una de las mesas se debatió la cuestión de las regiones y la integración comunitaria. En este foro se discutieron importantes asuntos relacionados con la dimensión regional en la nueva Unión Europea, que fueron expuestos por Teresa Freixes San Juan, Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona. Asimismo, Stelio Mangiameli, Catedrático de la Universidad de Teramo, abordó la cuestión de las regiones en el proyecto de Constitución de la Unión Europea. El profesor Iñigo Bullaín López, Titular de la Universidad del País Vasco, hizo una exploración sobre la delicada relación entre autonomía y el proceso de integración europea. De un modo más general, el profesor José Manuel Martínez Sierra, Titular de la Universidad Complutense de Madrid, se centró en la tensión entre el proceso autonómico y la integración supranacional, desde la teoría y la praxis política. Por último, en esta mesa, también se debatió sobre el papel de la autonomía local en el proyecto de Constitución Europea por la profesora Concepción Pérez Villalobos, Titular de la Universidad de Granada.

La segunda mesa de discusión sobre el Estado Autonómico y la integración, trataba el tema de la participación de las CCAA en la formación de la voluntad estatal. En esta mesa, se analizó la Conferencia de Presi-

017-024-Estado autonómico2 3/10/05 11:31 Página 19

dentes, por Gregorio Cámara Villar, Catedrático de la Universidad de Granada, como uno los instrumentos que favorece la integración en nuestro Estado. Antonio Torres del Moral, Catedrático de la UNED, dedicó su exposición a las instituciones de democracia directa que existen en nuestro país tanto en el ámbito autonómico como local. Ricardo Chueca Rodríguez, Catedrático de la Universidad de La Rioja, y Rafael de Agapito Serrano, Profesor Titular de la Universidad de Salamanca, hicieron unas brillantes exposiciones sobre los condicionamientos constitucionales para una posible reforma del Senado, y sobre los presupuestos constitucionales de la articulación en el Estado Autonómico, en particular en la relación Senado-CCAA Carlos Ruíz Miguel, Catedrático de la Universidad de Santiago, se centró en la cooperación vertical interorgánica en el Estado Autonómico. Asimismo, se abordó por el profesor Juan Francisco Sánchez Barrilao, Titular de la Universidad de Granada, la cuestión de la participación de las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional. Y finalmente, Antonio Trujillo, Titular de la Universidad de Málaga, reflexionó acerca de la categoría jurídico-política de la garantía institucional de la autonomía local.

El eje temático sobre el Estado Autonómico e integración se cerró con un panel sobre la regulación y la garantía de los elementos comunes de nuestro Estado. En este panel se debatió sobre el papel y función de las normas básicas, por Javier Jiménez Campo, Catedrático de Universidad, actual Secretario General del TC. También se discutió sobre el poder judicial en nuestro modelo autonómico, por Juan Luis Ibarra Robles, Magistrado. Asimismo, Manuel Gerpe Landín, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, reflexionó sobre la descentralización de la Administración de Justicia, mediante el Consejo General y los Consejos territoriales. Roberto Blanco Valdés, Catedrático de la Universidad de Santiago, abordó la cuestión de los Estatutos de Autonomía en el sistema de fuentes y los sujetos titulares sobre el proceso de reforma estatutaria. Por último, José Francisco Chofre Sirvent, Titular de la Universidad de Alicante, discutió sobre la función de las leyes orgánicas en nuestro Estado, y Goran Rollnert Liern, Titular de la Universidad de Valencia, sobre el papel de la Jefatura de Estado y su función en relación a las CCAA.

Un segundo eje temático del Congreso fue el Estado Autonómico y la solidaridad. En esta ocasión, se constituyeron dos paneles, uno sobre cohesión social, económica y territorial, y otro sobre la cuestión de la financiación en el Estado Autonómico. La amplia cuestión de la cohesión social, económica y territorial del primer panel, se debatió en dos mesas. La primera de ellas se centró en el tema de ciudadanía e igualdad. En esta mesa, se expusieron los sistemas autonómicos, estatal y europeo en relación al modelo universitario, por José Asensi Sabater, Catedrático de la Universidad de Alicante. También se reflexionó sobre la complicada articulación de las relaciones en el Estado Autonómico ante el fenómeno

017-024-Estado autonómico2 3/10/05 11:31 Página 20

de la inmigración, por José Antonio Montilla Martos, Catedrático de la Universidad de Extremadura. Jasone Astola Madariaga, Titular de la Universidad del País Vasco, polemizó sobre la cuestión del ejercicio al derecho de igualdad política desde una perspectiva de género. Eleonora Ceccherini, Investigadora de la Universidad de Siena, abordó el tema de los niveles esenciales en la prestación de los derechos civiles y sociales y el papel de las regiones en la definición de estos derechos. Por último, Ana Mª Aba Catoira, Titular de la Universidad de La Coruña, debatió sobre la igualdad de oportunidades en el Estado Autonómico.

La segunda mesa que se constituyó dentro del panel sobre cohesión social, económica y territorial, se centró en el tema de la integración económica y social. En ella, se discutió sobre los márgenes de las políticas autonómicas en cuanto a los derechos sociales, por Remedio Sánchez Férriz, Catedrática de la Universidad de Valencia. Se abordó la cuestión de los derechos sociales, como derechos de ciudadanía, y su incorporación a los Estatutos de Autonomía, por Ángel Rodríguez, Catedrático de la Universidad de Extremadura. Gonzalo Maestro Buelga, Catedrático de la Universidad del País Vasco, exploró la concurrencia competencial en materia económica entre el Estado y las CCAA, Andoni Pérez Ayala, Titular de la Universidad del País Vasco, se centró en la protección social y aspectos de la solidaridad en el Estado Autonómico. Por último, José Mª Porras Ramírez, Titular de la Universidad de Granada, analizó las perspectivas de reforma de los Entes Locales para gestionar las crecientes demandas sociales a las que se enfrentan y su articulación en el marco autonómico.

En el segundo panel para abordar la cuestión del Estado Autonómico y la solidaridad, se exploraban los modelos de financiación que existen en nuestro Estado. Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de la Universidad de Granada, se centró en la constitucionalización de la financiación de las CCAA. El régimen especial del «concierto económico vasco» fue analizado por Alberto López Basaguren, Catedrático de la Universidad del País Vasco. Carlos Vidal Prado, Titular de la UNED, detuvo su explicación en el papel que el Fondo de Compensación Interterritorial ha tenido en el Estado Autonómico. Maite Vilalta, Titular de la Universidad de Barcelona, elaboró un magnífico análisis sobre los sistemas de financiación autonómicos y sus últimas reformas. Finalmente, Yolanda Gómez Sánchez, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UNED, profundizó en el papel del Tribunal de Cuentas del País Vasco, y su relación con el conjunto de órganos similares en el Estado Autonómico.

El último eje temático del congreso exploraba la articulación de la diversidad en el Estado Autonómico y la diversidad. Se constituyeron tres panels para debatir esta cuestión, uno sobre la diversidad y sus límites; un segundo panel sobre la diversidad cultural en el Estado Autonómico; y el último sobre los procesos de reformas estatutarias.

017-024-Estado autonomico2 3/10/05 11:31 Página 21

En el primero de estos tres paneles, Juan José Solozábal Echaverría, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, y José Acosta Sánchez, Catedrático de la Universidad de Córdoba, abordaron la cuestión de los límites materiales de las reformas estatutarias. Eduardo Vírgala Foruria, Catedrático de la Universidad del País Vasco, reflexionó sobre los polémicos conceptos culturales de nación y nacionalidades en la Constitución. Finalmente, Javier Tajadura Tejada, Titular de la Universidad del País Vasco, discutió sobre el derecho de autodeterminación y sus implicaciones jurídicas.

El segundo de los paneles se centraba en la diversidad cultural en el Estado Autonómico. Antonio López Pina, Catedrático de la Universidad Complutense, y José Antonio Portero Molina, Catedrático de la Universidad de La Coruña, analizaron los elementos comunes culturales y la importancia de éstos para la cohesión estatal. Javier Corcuera Atienza**,** Catedrático de la Universidad del País Vasco, analizó una de las manifestaciones diferenciales que existen en nuestro Estado, los derechos históricos de los territorios forales. Por último, Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de la Universidad de Cádiz, y Antonio López Castillo, Titular de la Universidad Autónoma de Madrid, exploraron las implicaciones de la diversidad lingüística a nivel institucional.

El último panel del congreso se dedicó al análisis de las distintas reformas estatutarias que se han puesto en marcha en nuestro país. Miguel Ángel García Herrera, Catedrático de la Universidad del País Vasco, abordó el estudio del Plan Ibarretxe como proyecto fuera de la constitucionalidad del Estado. Por su parte, Carles Viver I Pi-Sunyer, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, explicó los avances materiales en la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de la Universidad de Málaga, se centró en los contenidos posibles de la reforma estatutaria en Andalucía. También el profesor Baldomero Oliver León, Titular de la Universidad de Granada, presentó la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía como un modelo de negociación estatutaria distinto al caso vasco o catalán. Manuel Contreras Casado, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, analizó la posible reforma del Estatuto de Aragón. Y el profesor Manuel Alcaraz Ramos, Titular de la Universidad de Alicante, identificó los problemas políticos y jurídicos en la reforma del Estatuto de Autonomía valenciano.

Finalmente, el congreso se clausuró con una brillante exposición del profesor Carlos de Cabo Martín, y con un discurso de cierre del Secretario de Estado de Cooperación Territorial, José Luis Méndez.

Debemos felicitar y agradecer su esfuerzo a todo el equipo humano del Departamento de Derecho Constitucional e Historia de Teoría Política de la Universidad del País Vasco, sin los que no hubiera sido posible el desarrollo de este Congreso en perfectas condiciones. Y, en especial, men-

017-024-Estado autonómico2 3/10/05 11:31 Página 22

cionar a Alberto López Basaguren y Leire Escajedo por su labor de organización y coordinación en el Congreso, y posteriormente, en la preparación de este libro. Asimismo, felicitar también al equipo del Centro de Nuevas Estrategias para la Gobernanza Pública (Goberna), del INAP, por el apoyo en la coordinación del libro, en particular al trabajo de Raquel Pineda.

Las apreciables reflexiones que se suscitaron y las interesantes conclusiones que se alcanzaron en este Congreso, propiciaron la idea de editar un libro que contuviera los testimonios de la mayoría de los ponentes. A esto se han sumado posteriormente numerosas comunicaciones de investigadores que asistieron al Congreso, que han contribuido a examinar otras cuestiones, en ocasiones más específicas, del Estado Autonómico.

Para ello, y procurando mantener el formato y la coherencia del diseño del Congreso, el libro se ha estructurado en cuatro capítulos, más un apartado de comunicaciones. En el primer capítulo, se presentan algunas de las experiencias de descentralización política en nuestro entorno europeo. En este capítulo se aporta tanto una visión general sobre algunos de los problemas actuales del federalismo y de la descentralización política, como exposiciones concretas de los casos alemán e italiano.

El capítulo segundo se dedica al aspecto de la integración en el Estado Autonómico. Este capítulo está, a su vez, dividido en tres epígrafes: la participación de las CCAA en la formación de la voluntad estatal; las regiones en la integración comunitaria, y la regulación y garantía de los elementos comunes. En el primer epígrafe, se tratan diversas cuestiones sobre la participación de las CCAA en la formación de la voluntad estatal, algunas de las cuales son la Conferencia de Presidentes o la reforma del Senado. En el epígrafe de las regiones en la integración comunitaria se hacen diversas reflexiones sobre la incidencia de este proceso en el ámbito autonómico y local. En el último epígrafe, encontramos reflexiones sobre algunos de los elementos que garantizan cierta uniformidad a nivel jurisdiccional, estatutario o legislativo.

En el tercer capítulo, se trata el tema de la solidaridad en el Estado Autonómico. Este capítulo se descompone en tres epígrafes: cohesión social, económica y territorial; integración económica y social, y la financiación del Estado Autonómico. En el primer epígrafe, se debaten las cuestiones que afectan a la solidaridad y a la igualdad en el Estado Autonómico. En el segundo epígrafe, se abordan temas de los márgenes de las políticas autonómicas y locales respecto a los derechos sociales. Finalmente, en el último epígrafe se tratan diversos aspectos de la financiación de las Comunidades Autónomas.

El hilo conductor del cuarto y último capítulo es el Estado Autonómico y la diversidad. De nuevo, se estructura en tres epígrafes: la diversidad his-

017-024-Estado autonómico2 3/10/05 11:31 Página 23

tórico-cultural; la diversidad en el Estado Autonómico y sus límites, y las reformas estatutarias. El primer epígrafe es una aproximación teórica a algunas de las diversidades culturales y lingüísticas que existen en nuestro Estado. En el segundo, se señalan algunos de los límites materiales a las reformas estatutarias. En el último epígrafe se recogen reflexiones sobre algunos de los procesos estatutarios que se están dando en País Vasco, Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana o Aragón.

Finalmente, el apartado de comunicaciones se estructura en cuatro epígrafes: el Estado Autonómico e integración; el Estado Autonómico y solidaridad; el Estado Autonómico y diversidad, y el Estado compuesto en el Derecho comparado.

Miguel Ángel García Herrera
y **José María Vidal Beltrán**
Codirectores del Congreso «Estado Autonómico:
integración, solidaridad y diversidad»

017-024-Estado autonómico2 3/10/05 11:31 Página 24

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 25

CAPÍTULO I.

ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 26

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 27

PROBLEMAS ACTUALES DEL FEDERALISMO Y DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

Rainer Arnold
Catedrático, universidad de Regensburg

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO Y EL ESTADO AUTONÓMICO

En el *Derecho constitucional europeo* de hoy se manifiestan cuatro tendencias de mayor importancia:

1. La *constitucionalización*, con el reconocimiento creciente de la supremacía de la Constitución, en particular sobre el legislador, y la influencia marcada del Derecho constitucional en todos los campos del derecho,

2. La *individualización,* aumentándose el papel del individuo que se considera como el centro de la finalidad del poder, a la cual se añade una integración de valores con un enfoque antropocéntrico considerando los valores de base relacionados con el hombre como directivas supremas para el Estado y la sociedad: la dignidad humana, la libertad y autonomía del hombre.

3. La *supranacionalización*, con la tendencia de ejercer funciones del Estado en cooperación transnacional y con mecanismos similares a los estatales.

4. La *diferenciación* del poder, la cuarta tendencia, es de vital importancia en este contexto. Se pueden observar dimensiones *horizontales* y en particular *verticales*: El poder en el Estado se diferencia en este sentido en que éste no se ejerce acumuladamente por las autoridades centrales sino de manera descentralizada, con atribución de poderes a las entidades territoriales, locales, regionales o federales[1].

Hay varios sistemas de distribución descentralizada del poder y es tarea del Estado determinar su propio concepto. Corresponde a esta diversidad en los sistemas existentes políticos una diversidad de conceptos teóricos con relación al Estado compuesto descentralizado, sin que se hayan desarrollado modelos bien determinados para las diversas categorías de éste último. Estas categorías son: El Estado federal, regional y unitario. En Europa de hoy, se puede observar una clara tendencia a la regionalización: y esto ocurre sorprendentemente en los sistemas con gran tradición centralista como

[1] V. Rainer ARNOLD, *Interdependenz im Europäischen Verfassungsrecht*, Homenaje por Georgios I. Kassimatis, Athen 2004, 733-751.

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 28

Francia, donde se implantó el principio de *subsidiariedad* como orientación de base para la nueva regionalización, principio comúnmente atribuido a Alemania (aunque no se menciona en el texto original de la *LF,* solamente en el artículo 23 sobre la Unión Europea, introducido en 1993)[2].

En Gran Bretaña, es tradicional la separación territorial entre Inglaterra, Escocia, Gales y (desde hace un cierto tiempo) Irlanda del Norte. Sin embargo, la doctrina constitucional de la supremacía parlamentaria constituye un elemento centralizador. Pero, actualmente se han introducido elementos regionalistas y diferenciadores a nivel jurídico lo que significa una novedosa orientación[3]. Otras regionalizaciones de importancia están desarollándose en Italia (con dificultades)[4] y en la República Checa.[5]

También en Estados que se llaman expresamente Estados centrales en sus constituciones como Polonia u otros países de transformación (que subrayan, por ese término, la soberanía nuevamente obtenida), la tendencia de regionalización es visible, pero con menos claridad[6]. En todos Estados aunque aquellos poco regionalizados, se destaca la autonomía local fenómeno complementario a la regionalización, en varios casos fenómeno sustitutivo.

II. FEDERALISMO Y REGIONALISMO EN CONVERGENCIA

Los Estados federales, si bien se caracterizan por elementos unitarios más que en el anterior, intentan lograr un equilibrio entre autonomía y centralización. Se debe constatar en ese contexto que no hay un tipo clásico de un sistema federal o regional, sino varios tipos, en parte con ciertas similitudes con el sistema opuesto. Los límites entre las categorías no son claros, no exactamente determinables. Así hay, en parte, una coincidencia funcional entre el federalismo alemán y el regionalismo o casi-federalismo español. Estas coincidencias demuestran que existen, en los sistemas regionales, elementos que son más federales que regionales y en los sistemas federales elementos o desarrollos de naturaleza regionalista.

En la mayoría de los sistemas se muestran *tendencias de convergencia* entre federalismo y regionalismo, porque el federalismo basándose en un

---

[2] V. el artículo 72 segundo comma de la Constitución francesa y Jean-Bernard Auby, «La réforme de l'administration territoriale en France•, en: *L'Europa tra federalismo e regionalismo,* a cura di M. Paola Viviani Schlein, Enrico Bulzi e Lino Penzeri, 2003, 17- 43.

[3] V. Patrick Birkinshaw, «Devolution in the United Kingdom: Processes, Problems and Consequences for the UK Constitution», en: *L'Europa tra federalismo e regionalismo, op. cit.* (nota 2), 65 - 102.

[4] V. Marsilia D'Amico, «Il regionalismo italiano alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione», en: *L'Europa tra federalismo e regionalismo, op. cit.* (nota 2), 169-205.

[5] V. la reforma territorial de 2003 con la creación de 14 regiones ("kraje") con más poderes que los "okresy" existentes hasta este momento

[6] V. el artículo 3 de la Constitución polaca y R. Arnold/T. Wilk, «Die Strukturen der territorialen Selbstverwaltung in Polen. Gesetzestexte und Rechtsprechung», en: *Entwicklungen im Europäischen Recht,* vol. 9, ed. R. Arnold, 2003.

025-034-Estado autonomico3 3/10/05 11:37 Página 29

principio de autonomismo estricto de las esferas políticas y jurídicas de los miembros de la Federación no pueden conservar una independencia absoluta, sino que deben aprovechar de una cooperación estrecha entre ellos y con el poder central. El fenómeno ha originado el concepto del federalismo cooperativo[7] que se caracteriza en la práctica por interrelaciones políticas, económicas y jurídicas.

III. RAZONES PARA LA DESCENTRALIZACIÓN

Las razones para la descentralización son tres: 1) tradición, 2) democratización y 3) integración.

Primero: razones de *continuidad*, para proseguir con la tradición del federalismo (como en Alemania, Austria, Suiza).

Segundo: razones de *democratización*; descentralización como separación vertical del poder[8], además como participación más directa y más completa del ciudadano. La *subsidiariedad* es el principio relevante que tiene un aspecto individual (en el sentido que el individuo debe ser competente para todas las tareas susceptibles de ser cumplidas por el sujeto de manera eficaz) y además un aspecto organizativo, democrático (en el sentido de que el poder central deje, o, como por principio en Alemania, no intervenga en los niveles inferiores del poder en el caso de que éstos últimos sean entidades originarias)[9].

Tercero: razones de la *estabilización* y del equilibrio. La integración de los varios miembros del Estado y de varias partes de la sociedad en la formación de la voluntad general (en varias formas: codecisión en el proceso legislativo federal, codeterminación de la acción política en general, etc.) y la integración de regiones, grupos étnicos, minorías en el conjunto del Estado es posible *por autonomía* y *por participación*.

IV. LOS FACTORES FAVORABLES A LA DESCENTRALIZACIÓN

¿Cuáles son los factores que favorecen hoy en día la tendencia de descentralización? En primer lugar, es la voluntad política de conformarse con dichas razones. Sin embargo, es un factor impartante la minorización del Estado, su sustitución en gran parte por la entidad supranacional, la relativización de su soberanía como miembro de la Unión Europea, la globalización creciente de las tareas estatales.

---

[7] V. G. KISKER, *Kooperation im Bundesstaat,* 1971; Robert WALTER/Heinz MAYER, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts,* Wien 2000, 79; René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, 87- 89.

[8] V. la decision del TC alemán, vol. 104, 249, 274, 279.

[9] V. el artículo 72 segundo comma de la LF y R. ARNOLD, «Le fédéralisme renforcé: la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 2004», en: *Revue internationale de droit comparé,* Paris 2004, 917 - 927

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 30

V. LOS PROBLEMAS DE HOY

¿Cuáles son los problemas del federalismo y regionalismo de hoy?

Bajo mi perspectiva, hay problemas de nivel *interno* y *externo*: en el nivel interno es la concentración creciente de los poderes, en particular, del poder legislativo, y es el sistema financiero que es determinante para la autonomía de los miembros de la federación respectivamente de las regiones. En el nivel externo es la relación entre Unión Europea y las distintas entidades territoriales

1. En el *nivel interno*: En el Estado compuesto (federal o regionalizado) hay tres tipos de materias: materias de competencia *exclusivas* del poder central (defensa, moneda, en cuanto no recae en la esfera supranacional, etc.) Sin embargo, hay muchas materias que son *potencialmente centralizables*, en particular las materias económicas y sociales. Se muestra, en el marco de este segundo tipo de materias una influencia considerable del poder central, que corresponde a la exigencia del principio de igualdad. La exigencia de la creación de condiciones igualitarias (o como la formula la LF alemana: condiciones equivalentes o unidad económica[10]) impulsa a la centralización. Normalmente las competencias de este tipo son extensas. Hay una fuerte tendencia a la *armonización* (es decir a la centralización) de estas materias que se refieren al campo social (siempre un campo muy susceptible a la armonización) o al campo económico (que es un campo que comprende muchas materias, como producción y distribución, etc.). Este tipo de materias es muy significativo en las tendencias centralistas. Aquí es particularmente necesario frenar las fuerzas centrípetas: en Alemania se muestra aquí la nueva orientación del TC federal que –en tres sentencias de 2002 y de 2004– precisa los límites necesarios en este campo y delimita los presupuestos del artículo 72 segundo comma de la LF para el poder central (federal) de ocuparse, en este campo, de competencias de los miembros de la Federación (son los límites de "condiciones equivalentes de vida", "la unidad económica" y la "unidad jurídica")[11].

Respecto a las *competencias exclusivas* de las entidades subterritoriales –el tercer tipo de competencias– se puede constatar que son en mayoría referentes a materias culturales[12] (formación, radiodifusión, etc.) que son materias más particulares, menos susceptibles a ser armonizadas.

En cuanto concierne al poder legislativo (que es el poder con mayor importancia en la configuración del Estado), he orientado mis explicaciones anteriores principalmente en el modelo alemán, sabiendo igualmen-

---

[10] V. el artículo 72 segundo comma de la LF.

[11] V. nota 9.

[12] En Austria, la situación es diferente respecto a la competencia de la formación que es preponderatamente competencia federal; R. WALTER/H. MAYER, *op. cit.*, 151.

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 31

te que existen variaciones en los diferentes modelos de Estado. Se puede decir, lo más habitual es la tendencia del poder central de intentar absorber las competencias de las entidades territoriales sean delegadas u originarias. Particularmente es válido para aquellas competencias de armonización *flexible o dinámica* (como ocurre en Alemania con el conjunto de competencias concurrentes)[13].

En este contexto se debe distinguir entre el modelo de base caracterizado por un sistema federalista o regionalista de *distribución* sustancial de competencias y aquel caracterizado por la *cooperación funcional*. Ambos sistemas a menudo se combinan, siendo preponderante la importancia de sus elementos particulares.

Es importante para el buen funcionamiento del Estado federal y del Estado regionalista avanzado la implantación de un equilibrio entre el poder central y las entidades subterritoriales. Hay dos variantes imaginables:

(1) el sistema de equilibrio *sustancial* basado en la distribución de competencias adecuada a ambas partes o

(2) el sistema con mayor acumulación de poderes en la entidad central, equilibrándose en este modo mediante una mayor y más fluida cooperación *funcional*.

El primer sistema se adapta con mayor facilidad a aquellos sistemas federalistas y regionalistas con coexistencia o conflictos entre distintos pueblos[14]. Sin embargo, el segundo sistema es más conveniente para sociedades más homogéneas donde prevalece el principio de igualdad en asuntos económicos y sociales. Hoy en día, los desarrollos políticos, sociales y económicos tanto a nivel regional, nacional como supranacional, pueden conllevar un desequilibrio de poderes con la consiguiente necesidad de contrapesar o corregir estos cambios, mediante medidas políticas, sociales y jurídicas, participando en ello el conjunto completo de los poderes del Estado.

Habría pues dos medios principales para su corrección: el primero a través de nuevas leyes y el segundo con la mediación del Tribunal Constitucional interpretando con mayor precisión y observación el basamento constitucional del este querido equilibrio. Es la Constitución la que implícitamente intenta estabilizar este desequilibrio, a favor del buen funcionamiento del conjunto del Estado.

De otro lado existe otro desequilibrio originado por el *bloqueo* por parte de las regiones o miembros de la Federación olvidando su obligación de *lealdad* con respecto a las otras partes. Así como por ejemplo la actual

[13] V. los artículos 72 y 74 de la LF así como el artículo 75 LF (competencias marco, un caso específico de una competencia concurrente).

[14] V. el ejemplo de la Bélgica.

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 32

discusión en Alemania referente a la oposición del Consejo Federal (órgano representativo de los "Länder") al Parlamento federal en varios ámbitos como la reforma social. En particular, la jurisprudencia del TC federal ha abierto el camino para tal posibilidad del bloqueo estableciendo que las leyes federales que contengan clausulas administrativas (lo que es frecuente) deben obtener, a todo caso y en su conjunto, la aprobación explicita del Consejo federal[15], siendo preceptiva esta aprobación para su consecución y su vigencia, no existiendo la posibilidad de superar esta traba por lado del Parlamento federal. Siempre que exista heterogeneidad en la orientación política del Parlamento federal y del Consejo federal se dará lugar a un mayor número de bloqueos que actualmente se están propiciando también por el frecuente número de casos de un consentimiento explícito que lejos de ser excepcionales se están convirtiendo en habituales.

En este contexto, las fuerzas políticas regionales o federales representadas por un órgano central como es el Consejo federal en Alemania o el Senado en otros países reclaman una mayor participación y fuerza en este órgano, demandando una reforma del mismo. Esta mayor identificación con los representantes se consigue de manera más clara en Alemania con su *modelo ejecutivo* del Consejo federal que en otros países (como España o Austria). En este sentido, el modelo parlamentario es más conformista con las diversas fuerzas políticas centrales existiendo en este modo una menor separación vertical de poderes y además una menor consecución de los intereses de las entidades subterritoriales[16].

Otra problemática de gran alcance y de vital importancia es la *financiación* en el Estado federal o regional. Corresponde a cada autonomía una potencia financiera. En Alemania este punto fue el núcleo de controversias y de reforma constitucional durante decenios[17]. Es necesaria una financiación adecuada que permita la independencia del poder central y, de manera ideal, no envuelta en las relaciones del poder central, es decir una *financiación propia* en base siempre a un mínimo de cooperación interregional o interfederal para la ayuda económica mutua en la que se expresa el principio general de solidaridad[18].

Por lo menos en los sistemas federales y regionales simétricos es indispensable establecer normativamente las relaciones financieras entre las diversas partes. Es destacable la necesidad de una equiparación de las potencias financieras de las partes sin llegar a perseguirse la total igualación de las mismas, puesto que parece más adecuado a la idea de la

---

[15] V. Hartmut Maurer, *Staatsrecht* I, 2ª ed., 2001, 580-582.

[16] Respecto a Austria v. Theo Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 4ª ed., 1999, 137.

[17] V. Gabriella Mangione, «La perequazione finanziaria tra Länder: spunti per una riflessione», en: *L'Europa tra federalismo e regionalismo, op. cit.* (nota 2), 473-490.

[18] V. H. Maurer, *op. cit.* (nota 15), 758.

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 33

autonomía permitir una cierta diferenciación económica (de acuerdo con las diversas condiciones de competencia justa, lo que se llama en alemán "Wettbewerbsföderalismus")[19].

Existe una tendencia deseable a la creación de una mayor autonomía para los Länder en Alemania (idea transferible a otros sistemas) por hacer más potente financieramente estas entidades mediante reforma territorial[20]. A este intento se oponen algunos entes que prefieren salvaguardar su propia identidad territorial; así, la *auto-identificación* revela ser un elemento de gran peso en sistemas marcadamente federalistas o regionalistas.

Un elemento importante de la auto-identificación es la *propia cultura*, en particular la propia lengua de un pueblo. Un Estado con diversidad cultural debería respetar y activamente proteger los diferentes idiomas que son elementos identificadores de grupos y de individuos pertenecientes a este grupo y constituyen una importante manifestación ya que la especial identificación no lo es sólo política –y económicamente– sino también cultural. Una autonomía no debe fundarse exclusivamente en una mera atribución de competencias sino en la salvaguardia de las particularidades culturales y sociológicas. Sólo una concepción general y englobadora de todas y cada una de las particularidades en un sistema diversificado puede crear un ambiente estable y unificador como base del conjunto del Estado. Una mayoría de Estados reconoce esta pluralidad en su Constitución y legislación considerándola como factor vital de la integración a nivel estatal[21]. Además, los instrumentos del Consejo de Europa y la futura Constitución europea (basándose en la idea «unidad por pluralidad») reconocerá este concepto. Con la excepción francesa el pluralismo lingüístico no se concibe como contrario a la integración, sino más bien como enriquecedor de la misma.

2. Una ulterior problemática se plantea a *nivel externo*: la ingerencia de la Unión Europea en el interior de los sistemas federales y regionales, y las medidas de compensación por la pérdida competencial. La supranacionalización de vastas materias internas ha conducido a una minorización considerable de las tareas nacionales, así como las subnacionales. Para compensar esta pérdida se ha atribuido a las entidades subterritoriales, con distinta dimensión, *poderes de cooperación* en el proceso legislativo de la Unión Europea. Se admiten una gran diversidad de posibilidades desde la representación directa del Estado miembro a través de un ministro regional (como en Alemania, Austria, Bélgica)[22] hasta la mera consulta no vinculante de las regiones. Además ha surgido el fenómeno de

[19] V. el TC federal alemán, vol. 101, 158.

[20] V. el artículo 19 de la LF.

[21] V. R. Rhinow, *op. cit.* 71.

[22] V. R. Arnold, «Federalism and European Community Law: A Study on the Mechanism of internal participation in European Community Decision making in Germany, Austria and Belgium», en: *Tulane European & Civil law forum*, vol. 12, 1997, 159-180.

025-034-Estado autonómico3 3/10/05 11:37 Página 34

la auto-emancipación parcial de las regiones que, a menudo, han establecido relaciones directas, a nivel informal y privado, con los órganos comunitarios o se han coordinado en conferencias consultivas para intensificar la presión política[23].

Desde el punto de vista de la Unión Europea, las regiones, consideradas como de tercer nivel en la construcción institucional, no han logrado una importancia primordial, no marginalista pero sí a la sombra del Estado. En vista a lo expuesto, el Estado debería dar una compensación por la pérdida de competencias de las regiones originado por el Estado mismo en su atribución supranacional.

VI. CONCLUSIÓN

1. La federalización o regionalización es tendencia común en el Derecho constitucional europeo. Se muestran en parte convergencias entre estas dos categorías.

2. La diferenciación vertical del poder en el Estado compuesto puede ser sustancial o funcional, siendo combinado frecuentemente por los dos tipos. La cooperación funcional entre los distintos niveles de poder se revela ser de vital importancia.

3. Fuerzas centrípetas son características en varios sistemas en el campo legislativo, tendencia que debe ser contrapesada por un aumento de la participación funcional de los entes subterritoriales.

4. Es indispensable equilibrar las fuerzas central y regionales en el sistema estatal diferenciado.

5. El sistema financiero en el Estado federal o regional debe basarse en los principios de autonomía (para hacer posible el cumplimiento de las propias tareas) y de solidaridad (para que se efectúe una mutua ayuda a nivel horizontal entre los mismos entes subterritoriales para evitar la excesiva ingerencia del poder central).

6. La autonomía cultural, en particular lingüística, de los entes subterritoriales, es un elemento importante de su auto-identificación. Reconocer y fomentar esta autonomía por lado del Estado central contribuye a la integración de estos entes en el Estado mismo.

7. La supranacionalización amenaza potencialmente el papel político y jurídico de los entes subterritoriales. Se debe compensar esta diminución sustancial del poder federalista/regionalista por una participación funcional adecuada al proceso legislativo de la integración.

---

[23] V. R. Arnold, «The voice of Länder, regions and communities in the European Union», en: Jean-François Gaudreault-Desbiens & Fabien Gélinas (eds.), *Federalism in the Future: Methodology, Governance and Identity*, Montreal/Brussels, Yvon Blais/Bruyland, 2004

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 35

PROBLEMAS ACTUALES DEL FEDERALISMO ALEMÁN: ¿DEL ESTADO FEDERAL UNITARIO A UNO EXPERIMENTAL?

Lothar Michael
Catedrático. Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf

INTRODUCCIÓN: LA HISTORICIDAD DEL ESTADO FEDERAL

A la esencia del Derecho constitucional pertenece su función de salvaguardia. La Ley Fundamental alemana hace hincapié en esta función, especialmente en la «cláusula de eternidad» del art. 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental (en adelante GG). Junto a otros valores y estructuras, en este artículo se garantiza el federalismo. Ni tan siquiera una modificación constitucional pudo transformar a Alemania en un Estado unitario. Esto recuerda el momento del nacimiento del Estado federal alemán: en el preámbulo de la Constitución de 1871 los soberanos alemanes documentaron su «alianza eterna» en favor de la creación de un imperio alemán.

Pero el Derecho constitucional sólo puede cumplir su función de salvaguardia si da pruebas de su capacidad de cambio. Esto se predica igualmente del principio del Estado federal, para cuya configuración deja también margen la «cláusula de eternidad» del artículo 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental. Precisamente, el principio del Estado federal refleja idealmente el estado de integración[1] propio de una comunidad. Dicho estado de integración está también sujeto a constante cambio. A su vez, esta transformación es gobernada por la fuerza normativa del Derecho constitucional. Es así, por tanto, que se condicionan recíprocamente el Derecho constitucional y la historicidad.

A hablar de la configuración del federalismo[2] es preciso, antes que nada, concentrarse en un país concreto en un tiempo concreto. Especialmente interesante resulta, a este respecto, contemplar la situación de Alemania en la actualidad. En Alemania existe un amplio consenso político relativo a que el desarrollo del Estado federal alemán es hoy en día poco satisfactorio y que, consiguientemente, requiere reformas. En diciembre de 2004

---

[1] Fundamental en relación con el efecto integrador del Estado Federal: R. SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht (1928)», en: idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen,* 3ª edición, 1994, p. 119 (225, 268 y ss).

[2] Para una teoría mixta del Estado Federal en la doctrina constitucional –que excede del tema que aquí nos ocupa–: *P. HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft,* 2ª edición, 1998, p. 776 y ss.

035-046-Estado autonomico4 3/10/05 11:39 Página 36

una comisión constituida en 2003 por representantes de la Federación y de los *Länder* concluyó sus trabajos sin haber podido llegar a un acuerdo sobre un paquete de concretas propuestas de reforma constitucional. Ello, a pesar del consenso parcial en cuanto a la realización de algunas modificaciones de alcance en el federalismo alemán. El simple hecho de que se haya estado cerca de alcanzar un compromiso sobre algunas de dichas propuestas justifica que se discuta sobre ellas como contramodelo.

Siguiendo a *Konrad Hesse*[3], en la configuración de la Ley Fundamental de 1949, el Estado federal puede ser designado como «unitario»[4]. Pero las tendencias a la regionalización y a la subsidiaridad no han pasado por Alemania sin dejar huella. Durante algún tiempo pareció como si el Estado federal tendente a la unitarización y los Estados unitarios tendentes a la regionalización (en particular, España e Italia) se estuviesen moviendo los unos hacia los otros. Pero ahora existe en Alemania un creciente clamor para sentar el federalismo sobre unas nuevas bases, reforzadas y menos unitarizadoras. Las propuestas debatidas en último lugar tenían por objetivo una configuración del Estado federal que yo quisiera calificar como el «Estado federal experimental». No en último término, vendría así a confirmarse la tesis de *Peter Häberle* de la libertad alemana como libertad cultural y federativa.

A continuación quisiera analizar los desarrollos actuales en Alemania sirviéndome para ello de las tres cuestiones que surgen en cualquier sistema federal: en la primera parte abordaré la cooperación de los *Länder* en el nivel de la Federación; en la segunda parte discutiré la relación del derecho federal con el derecho de los *Länder*; en la tercera parte examinaré el reparto de competencias y la financiación.

I. PRIMERA PARTE : LA PARTICIPACIÓN DE LOS LÄNDER EN EL ÁMBITO DE LA FEDERACIÓN

En todo Estado federal surgen cuestiones para regular a nivel federal aquellos temas que afectan a los *Länder* de una forma tan intensa que hacen obligatoria su participación. Incluso aunque se separasen rigurosamente las competencias legislativas, administrativas y jurisprudenciales, quedarían aquellas cuestiones jurídico-constitucionales de la configuración del Estado federal que conciernen a su estatalidad.

La necesidad de la representación de los intereses de los *Länder* en el plano federal plantea tres preguntas: 1. ¿Quién representa a los *Länder*? ¿Cómo está institucionalizada su representación? 2. ¿Cómo se sopesa la

[3] *K.* Hesse, *Der unitarische Bundesstaat,* sin fecha (1962).

[4] En relación con la unitarización del Estado Federal en la época de Weimar: R. Smend, «Verfassung und Verfassungsrecht», en: idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen,* 3ª edición, 1994, p. 119 (269).

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 37

influencia de cada uno de los Länder? 3. ¿En qué casos y en qué medida tienen los *Länder* derechos de intervención?

I.1. EL MODELO DE BUNDESRAT DE REPRESENTACIÓN EJECUTIVA DE LOS LÄNDER

En el Derecho constitucional comparado son sobre todo dos los modelos que se enfrentan en este punto: el modelo del Senado americano y el modelo del Bundesrat alemán.

En el modelo del Senado, junto al Parlamento existe en el nivel federal la denominada «auténtica» segunda cámara. Ésta se caracteriza porque en ella se sientan representantes elegidos de los Estados. Así, según el artículo I, sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), los senadores de los Estados Unidos son elegidos por los parlamentos de los diferentes Estados. Los senadores son, por tanto, representantes del legislativo y, como tales, no están sujetos a mandato imperativo.

En el Bundesrat alemán se sientan, en cambio, según el artículo 51, párrafo 1, de la Ley Fundamental, «miembros de los gobiernos de los *Länder*», esto es, representantes del ejecutivo, que están vinculados por mandato imperativo. Este modelo tiene antecedentes históricos en un tiempo anterior a la formación del Estado federal alemán, especialmente en la representación estamental, en el llamado «Reichstag» del Sacro Imperio Romano Germánico (que no debe confundirse con el posterior parlamento igualmente designado como «Reichstag» (1871/1919). En el Segundo Imperio alemán de 1871, el Bundesrat estaba compuesto «por los representantes de los miembros de la Federación» (Artículo 6 de la Constitución Imperial de 1871). En tanto que alianza de los soberanos, este órgano servía, no en último término, como antídoto monárquico al parlamento. *Rudolf von Gneist*[5] habló de un «contrapeso», que respondía al «interés de los gobiernos respectivos en pro de la autoconservación» y, por tanto, también, aunque no exclusivamente, a «residuos del viejo sistema estamental». Tiempo después el modelo del Bundesrat se trasladaría a las Constituciones Republicanas de 1919 (artículo 63, párrafo 1, de la Constitución de Weimar: «En el Reichstag los *Länder* estarán representados por miembros de sus gobiernos») y fue acogido en la Ley Fundamental en 1949.

¿Se trata de un modelo consagrado por el uso e, incluso, poco democrático?

Konrad Hesse[6] busca la legitimidad del modelo en un «elemento específicamente administrativo de los *Länder* «, esto es, en un aspecto de la separación funcional de poderes: a través del Senado federal la «experiencia administrativa de los *Länder*» podría «ser fructífera para la legislación federal».

---

[5] R. GNEIST, *Der Rechtsstaat,* 1872, pp. 179 y s.

[6] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, sin año (1962), pp. 25, 28 y s.

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 38

Queda por ver si esto responde (aún) a la realidad política. El hecho es que el modelo del Senado federal posee una importancia conformadora sobre el sistema de gobierno parlamentario y, con ello, sobre los ordenamientos constitucionales de los *Länder*. La política federal se convierte en el centro de la política gubernamental de los *Länder*. La Comisión sobre federalismo tampoco entró en el modelo del Senado Federal.

Dicho sea de paso, en el ámbito europeo este modelo encuentra una cierta correspondencia con el Consejo de Ministros de la Unión y, por tanto, en el proceso evolutivo del Estado constitucional ocupa algo más que una mera nota histórica a pie de página

I.2. EL PESO DEL VOTO DE LOS DIFERENTES LÄNDER

También en esta materia, el modelo alemán del Bundesrat difiere sustancialmente del modelo del Senado americano.

Según la Constitución americana (1787), todos los Estados federados tienen, con independencia de su tamaño, igual derecho a voto en el Senado (art. I, sección 3). Este modelo subraya el carácter de estatalidad propia de los Estados, y se corresponde con el aspecto «asociativo» del federalismo: la federación como contrato entre Estados equivalentes. Consecuentemente con ello, esta disposición se preserva incluso ante una posible reforma constitucional (art. V: «Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución... con la condición de que... a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.»[7])

Pese a la creación federativa del Imperio en 1871, el Bundesrat tiene una tradición diferente, a saber, la ponderación de los votos en función del tamaño de los Estados miembros. Este principio figura entre los aspectos más problemáticos de la Constitución de 1871, ya que implica la hegemonía de Prusia, que, según el art. 6, poseía 17 votos en el Bundesrat, o sea, tantos votos como el conjunto de los diecisiete principados menores, a cada uno de los cuáles únicamente les correspondía un voto.

En Constitución de Weimar la idea es la ponderación con arreglo al censo de población, aplicando un factor de corrección que atiende al peso máximo y mínimo del voto (artículo 61: «Cada *Land* cuenta con al menos un voto en el Reichstag. En los *Länder* mayores, a cada millón de habitantes le corresponde un voto... Ningún *Land* podrá estar representado por más de dos quintos del total de votos.»). Este enfoque ha sido también asumido en el art. 51, párrafo 2 GG, en una acuñación que, por cierto, concede a los *Länder* pequeños al menos la mitad del peso de los grandes. Sin duda, la aceptación de esta regulación y su funcionamiento

[7] Análogamente, también en este sentido el art. 78 de la Constitución Imperial de 1871.

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 39

están relacionados de forma sustancial con el desmantelamiento de Prusia en diferentes Länder. Quizá sea una ironía de la Historia que esto guarde también relación con la división del país tras la guerra.

El reparto del voto en el Bundesrat también quedó al margen en el debate de reforma de 2003/2004. La actualidad de este aspecto queda mejor reflejada en la discusión que se desarrolla paralelamente en torno a la fórmula de compromiso de la llamada doble mayoría, en el art. I-25 del Proyecto de Constitución Europea (redacción consolidada de 29 de octubre de 2004).

I.3. DERECHOS DE VETO DE LOS LÄNDER EN EL NIVEL FEDERAL

Esta cuestión estaba ya, finalmente, en el centro de la discusión de reforma alemana, y parecía próxima la adopción de una modificación sustancial de la Ley Fundamental a este respecto.

En la crítica figuran las numerosas posiciones de veto que el Bundesrat tiene en virtud de la Constitución, en la legislación de la Federación: así las llamadas leyes de consentimiento. La necesidad de una mayoría en ambas cámaras era lo habitual en la Constitución del Reich de 1871[8]. Sin embargo, en la Ley Fundamental de 1949 está concebida como caso excepcional (artículo 78, párrafo 2ª GG). En la práctica predominan, no obstante, los casos en los que la Ley Fundamental prevé, actualmente, la necesidad del consentimiento.

La oposición del Bundestag dispone con frecuencia de mayoría gracias a un comportamiento acíclico de los votantes en el Bundesrat. Sin necesidad de que en el Gobierno Federal se constituya una «gran coalición», estas circunstancias fuerzan una política de consenso. Esto paraliza, sensiblemente, grandes proyectos de reforma, por ejemplo en las políticas fiscal y social. Proyectos importantes y apremiantes se demoran, cuando no, incluso, se bloquean del todo. Alemania padece no sólo de autopistas con retenciones, sino también de un atasco de reformas en la política. Se habla también de un «bloqueo en el Bundesrat». Esta situación ha desacreditado el principio del Estado federal en su conjunto bajo el epígrafe «casos de federalismo».

El Derecho constitucional yerra aquí su función primordial, a saber, hacer posible la capacidad de actuar de la política y aclarar las responsabilidades políticas. Los debates en el Bundestag y en el Bundesrat se pervierten en foros de acusaciones recíprocas. Las decisiones, si de hecho se

[8] Artículo 5, p. 2: "Para una ley del imperio es necesaria y suficiente la conformidad de la mayoría en ambas asambleas". También el proyecto de la Constitución de la Iglesia de San Pablo, de 1849, regulaba en § 100: "Una resolución del parlamento imperial sólo puede entrar en vigor con la conformidad de ambas cámaras".

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 40

producen, recaen en el «Comité de Conciliación», constituido por representantes del Bundestag y del Bundesrat, que se reúne a puerta cerrada.

El problema repercute también sobre Europa con efectos paralizadores: la lentitud del procedimiento legislativo alemán ha conducido con frecuencia a demoras en la puesta en práctica de las Directivas europeas. Por último, la participación de los *Länder* en la política europea, que en 1994 –como compromiso en la entonces desaprovechada reforma del Estado federal– se cimentó en el artículo 23 GG, paraliza la política europea alemana. Así, mientras que en Alemania la Federación y los *Länder* se ponen de acuerdo en una posición común, que, por tanto, ata las manos al negociador de turno en Bruselas, los otros Estados miembros han negociado ya previamente un compromiso.

En el debate de reforma parecía que los *Länder* estaban ya dispuestos en 2004 a renunciar a una parte sustancial de los derechos de consentimiento. Ya en la época de Weimar, *Rudolf Smend* veía en la participación de los *Länder* en el poder imperial una compensación por el poder territorial perdido.[9] Ya en la discusión de reforma pareció existir unanimidad para invertir esta relación. De hecho, también en el futuro, los *Länder* sólo renunciarán a los derechos de veto si a cambio de ello se les devuelven competencias.

II. SEGUNDA PARTE: LA RELACIÓN DEL DERECHO FEDERAL CON EL DERECHO DE LOS LÄNDER

II.1. EL DERECHO FEDERAL PREVALECERÁ SOBRE EL DERECHO DE LOS ESTADOS

La relación entre el Derecho de los diferentes niveles es una cuestión compleja. Así lo demuestran la jurisprudencia concurrente entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (con sede en Luxemburgo) por lo que atañe a la relación entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho comunitario. Otro tanto sucede en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal con el fin de vincular los tribunales alemanes a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo); una jurisprudencia tan diferente que se reprodujo totalmente desfigurada, al menos en la prensa de diario.

En la relación entre el Derecho federal y el Derecho de los Länder rige, según el artículo 31 GG, un estricto orden de prioridad: «el Derecho federal prevalecerá sobre el Derecho de los Länder». Esto está en la tradición

[9] R. SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht (1928)», en: idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3ª edición, 1994, p. 119 (270).

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 41

del Estado federal alemán[10], que ya, desde su creación en 1871, tenía por finalidad, esencialmente, materializar la unidad jurídica en ámbitos tan importantes como, por ejemplo, el derecho civil.

Incluso este principio estaba, formalmente, a disposición de la Comisión de Federalismo: en materias de la legislación concurrente, y sobre todo en cuestiones del procedimiento administrativo y de la organización administrativa, que anteriormente admitían una reglamentación federal uniforme por la Federación con el acuerdo del Bundesrat (art. 84, párrafo 1 GG), se planteó la siguiente propuesta a debate:

II.2. ¿DERECHOS DE ACCESO DE LOS LÄNDER EN MATERIAS SUJETAS A REGULACIÓN LEGISLATIVA FEDERAL?

Según el modelo discutido en la Comisión de Reforma, también en el futuro debe la Federación poder regular este tipo de cuestiones, incluso sin el acuerdo del Bundesrat. No obstante, en virtud del Derecho constitucional, los *Länder* deben mantener un derecho de acceso, lo cual quiere decir que les estaría reservado dictar leyes propias divergentes. En cualquier caso hubo hasta el final cierta controversia en torno a si la Federación, por su parte, debería tener un «procedimiento de revisión» o sobre si debieran ser posibles, por ley, algunas excepciones al derecho de acceso de los *Länder*. La *lex posterior* recibió un nuevo significado, y la imagen de la denominada pirámide de las fuentes jurídicas, ya de por sí distorsionada respecto del Derecho de la Comunidad Europea y de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, fracasaría también entonces en el marco del Estado federal.

Las ventajas y desventajas son evidentes: la lentitud de la lucha en favor de un derecho uniforme cede ante una diversidad flexible de diferentes ordenamientos. Todo ello recuerda el episodio del corte del nudo gordiano con la espada: dado el caso deberán volver a ser anudadas las cuerdas que mantienen unido al Estado federal.

En caso de que se impusiesen tales reformas, también debería empezar un nuevo camino la teoría del Estado federal: las premisas del Estado federal unitario quedaría trastocadas. Según *Konrad Hesse*[11], la «uniformidad y regularidad» del derecho, esto es, su «profunda unitarización objetiva», constituye una necesidad interna del «desarrollo hacia el Estado social de derecho». Esto cedería ante la nueva diversidad jurídica del Estado federal alemán.

---

[10] Art. 2 de la Constitución Imperial de 1871: "Dentro de este ámbito federal el imperio configura la legislación... con la consecuencia de que las leyes del imperio preceden a las de los Länder"; artículo 13 de la Constitución de Weimar: "El Derecho del imperio quiebra el Derecho de los Länder".

[11] *K. Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, sin fecha (1962), p. 13.

035-046-Estado autonomico4 3/10/05 11:39 Página 42

No sólo la doctrina del Estado federal unitario, sino también los esfuerzos en favor del principio de subsidiariedad, estarían perdiendo pie por causa de una modificación constitucional de este tipo: la subsidiaridad consiste –al menos hasta la fecha– en imponer al nivel superior límites al ejercicio de sus competencias. Se trata de un factor corrector para competencias, cuyo ejercicio determina el nivel inferior. Por su parte, los derechos de acceso de los *Länder*, según el modelo que ahora se discute, no limitarían las competencias de la Federación ni su ejercicio, sino que, por el contrario, estimularían a ésta a dictar leyes sin el acuerdo del Bundesrat, aunque a reserva de divergencias en el derecho de los *Länder.*

En relación con el principio de subsidiariedad, figuran aún en favor de los *Länder* aquellos mecanismos de alerta expresamente establecidos por ley federal también según el Derecho constitucional vigente. Tales instrumentos conducen a una autolimitación en el nivel superior, y han quedado, consecuentemente, sin efecto. Los correspondientes artículos 72, párrafo 3, 125a GG existen más o menos sobre el papel –que es capaz, sin duda, de aguantarlo todo–, al igual que la cláusula de subsidiariedad opcional del artículo 66 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo, de 1849, que, como es sabido, no llegó ni a entrar en vigor (»Las leyes imperiales tienen prioridad sobre las leyes de los Estados individuales en tanto no se les haya atribuido expresamente una validez subsidiaria»).

III. TERCERA PARTE: REPARTO DE TAREAS Y FINANCIACIÓN

III.1. REPARTO DE COMPETENCIAS

De acuerdo con el modelo de la Ley Fundamental, el persistente centro de gravedad de las competencias de los *Länder* reside en el ámbito de la administración y de la jurisprudencia, que, en cada caso, remite también a materias en las que la Federación tiene la competencia legislativa. A la Administración federal se le reservan, en un tiempo previsible, los ámbitos especiales.

Así y todo al Estado federal unitario pertenece esencialmente una unificación de la jurisdicción. Con ello la «*suposición general de partida*» que, en el artículo 30 GG, se formula en favor de la competencia de los *Länder*, se rebate a favor de la Federación, aun y cuando dicha suposición es ratificada también a favor de los *Länder* en materia de legislación (artículo 70 GG).

Para la mayor parte y las más importantes materias la Federación no tiene, en efecto, una competencia exclusiva; sólo tiene una competencia concurrente con los *Länder*. No obstante, según el artículo 70, párrafo 1 GG, los *Länder* sólo tienen competencia en estas materias en tanto que la Federación no haga uso de la suya. Un caudal legislativo ininterrumpido desde los años 50 ha socavado considerablemente el ámbito competencial de los *Länder* en estas materias. A esto cabe añadir las llama-

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 43

das competencias legislativas marco, propias de la Federación. Hace ya diez años, el legislador encargado de la modificación constitucional intentó, cuando menos, ralentizar la ulterior socavación de la legislación de los *Länder* por medio de una suerte de cláusula de subsidiariedad, reformulando para ello los artículos 72, párrafo 2 y 75, párrafo 2 GG. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional Federal a examinar[12] recientemente la necesidad de ordenamientos federales uniformes[13] y, en concreto, a desestimar[14] este verano la legislación marco de universidades. Esta jurisprudencia constitucional ha reforzado decisivamente la posición negociadora de los *Länder* en la Comisión sobre Federalismo: ya que en las discusiones de ésta se vislumbró durante algún tiempo –junto al modelo de los derechos de acceso de los *Länder*– suprimir la competencia marco y delimitar las materias de la legislación concurrente. En boca de todos estaban, fundamentalmente, los ámbitos de educación y cultura.

En favor de un fortalecimiento del federalismo cultural podría hacerse fructificar la doctrina constitucional como ciencia de la cultura, propuesta por *Peter Häberle*[15]. Al menos en la preservación de la diversidad cultural, en la soberanía cultural de los *Länder* y en el pluralismo existente encontramos contraargumentos específicos en favor del Estado federal unitario. Es posible, en efecto, que la identidad cultural de los *Länder* ya no sea comparable con la «acendrada individualidad» de los Estados individuales de 1871[16]. En verdad la hechura de hoy en día estaría a veces coacuñada por contingencias del tiempo de la ocupación. Pero a partir de estas perturbaciones han surgido nuevas identidades culturales. De hecho, la desarticulación de Prusia ha tenido efectos positivos sobre la estructura del Estado federal. Mientras tanto, también la historia de la posguerra ha producido, como proceso cultural, frutos patrióticos, entre los que cabe contar también –al menos, contemplada como difuminación cultural– la integración de los refugiados. Finalmente en 1990 la, sin duda, lograda reconstitución de los cinco *Länder* del territorio de la antigua RDA[17] puso de manifiesto que «la libertad alemana es libertad federativa».

---

[12] Para el art. 72, párrafo 2 GG, versión antigua, regía según Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE) 2/ 213 sobre la Ley de Impunidad (sentencia de 22 de abril de 1953), en su principio 6º: "La cuestión de si una necesidad existe conforme a la legislación federal (artículo 72, párrafo 2 GG), e una cuestión que corresponde obligatoriamente al criterio del legislador federal y queda por tanto al margen de la verificación del tribunal constitucional."

[13] BVerfGE 106, 62 – Asistencia a personas mayores (sentencia de 24.10.2002, principio 2 a): "No existe control de la jurisdicción constituional sobre el ámbito de libre juicio del legislador federal, conforme a lo previsto en el artículo 72, párrafo 2 GG."

[14] BVerfG BvF 2/02 de 27 de julio de 2004 – Juniorprofessur Rz. 92: Con la modificación del artículo 75 II GG "debería destacarse de forma reforzada el carácter cooperativo de las competencias en legislación marco, que en la práctica constitucional han venido siendo encauzadas de forma excesivamente liberal".

[15] P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft,* 2ª edición, 1998.

[16] De nivelación habla mucho K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat,* sin fecha (1962), p. 12.

[17] P. HÄBERLE, «Föderalismus und Regionalismus in den Mitgliedstaaten des Europarates», en: idem, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien,* 1999, p. 188 (191).

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 44

III.2. AJUSTE FINANCIERO Y FINANCIACIÓN MIXTA

Como es obvio, las competencias sólo son valiosas en la medida en que su ejercicio sea, además, financiable. Sin embargo, la Comisión de Federalismo, que en parte tenía por objeto fortalecer la capacidad de actuar de la política y debería haber incluido este asunto entre sus reflexiones, ha fracasado a este respecto ya en las consideraciones previas.

Dado que la carga financiera corresponde a las materia competencial (artículo 104a, párrafo 1 GG), en este ámbito las correcciones necesarias dependen de los resultados del reordenamiento competencial. También debe contemplarse sobre ese fondo el modelo de los derechos de acceso de los *Länder* a la legislación federal. Cualquier acceso deja de ser realista si, con ello, al *Land* se le recortan los ingresos y tiene que hacer frente a gastos.

En cada estructura del Estado federal, los *Länder* de mayor peso aspiran, desde el punto de vista financiero, a ceder lo menos posible de su fortaleza económica a los *Länder* más débiles o a la Federación. Esto está en la naturaleza de las cosas. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania[18] ha puesto desde siempre énfasis en que los deberes de solidaridad pertenecen a la esencia del principio del Estado federal, y ha fundamentado también este reverso de la medalla con el argumento de la naturaleza de las cosas: Los «*Länder* más fuertes desde el punto de vista financiero deben, dentro de unos límites, prestar ayuda a los más débiles»; esta «relación sujeta a deberes se traduce, por la naturaleza de las cosas, en una cierta limitación de la independencia financiera de los *Länder*». Mientras que, en la literatura, el fundamento corporativo del Estado federal se debate no sólo en la época de Weimar[19] sino también respecto de la Ley Fundamental[20], el Tribunal Constitucional Federal apela incluso «al principio federal de corresponsabilidad»[21]. Claro está que la finalidad de las ayudas financieras no es otra que la de ser una «ayuda (transitoria) dirigida a la autoayuda del *Land* afectado»[22].

Al no estar estos principios disponibles, se discutió en 2003/2004 de la supresión de la llamada financiación mixta en el marco de las llamadas tareas comunitarias, de acuerdo con el art. 91aGG. Estas últimas deberían ser suprimidas. En favor de ello habla el hecho de que la financiación mixta ha conducido a una mayor influencia de la Federación sobre los *Länder* y, con ello, a un desdibujamiento de las responsabilidades. Nin-

---

[18] BVerfGE 1, 117 – Ley de Compensación Financiera (principio 2).

[19] C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), p. 389: "Estado federal sin fundamentos federativos ".

[20] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, o. J. (1962), S. 9: "Jene älteren bündischen Grundlagen… sind heute unwiederbringlich dahin".

[21] BVerfGE 72, 330 – Ley de Compensación Financiera I (principio 2).

[22] BVerfGE 86, 148 – Ley de Compensación Financiera II (principio 5).

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 45

gún *Land* puede permitirse llevar adelante un proyecto de entidad con sus exclusivas fuerzas si la Federación promete, bajo determinadas condiciones –controladas, precisamente por la Federación–, la mitad de la financiación para un proyecto análogo. Los defensores de las tareas comunitarias alegan que a ellos deberían agradecer los *Länder* las posibilidades de financiación de determinados proyectos, como, por ejemplo, en cuestión de la construcción de universidades. Lo que se explica así: a los *Länder* deberían ponérseles recursos a disposición en la medida en que la Federación quedase liberada desde el punto de vista financiero mediante la supresión del artículo 91a GG.

IV. CONCLUSIÓN: ¿UNA EVOLUCIÓN DESDE EL ESTADO FEDERAL UNITARIO AL ESTADO FEDERAL EXPERIMENTAL?

En la medida en que la teoría del Estado federal unitario proporciona una legitimación a las muchas competencias del Bundesrat, la realidad constitucional ha refutado esta teoría de un modo poco satisfactorio. Las modificaciones a la Ley Fundamental discutidas en último término habrían llegado tan lejos que sería preciso desarrollar una teoría del Estado federal completamente nueva.

No obstante, determinados elementos de la doctrina del Estado federal unitario conservan, su vigencia, aunque acabe por imponerse una reforma del Estado federal que siga el modelo que acaba de discutirse. Mientras se siga otorgando a los *Länder* competencias exclusivas, continuará siendo válido aquello que también ha respondido para dichas competencias hasta la fecha: esto no excluye recepciones de uno y otro lado, tratados, etc., que, en último término, conducen a una situación jurídica relativamente homogénea. El valor de tales competencias territoriales reside en las oportunidades de descentralización que tenga la concreta iniciativa[23]. En el ámbito cultural, sin embargo, la diversidad regional puede posibilitar ordenamientos deliberadamente diferenciados. Esto también alcanza al Derecho constitucional de la Religión. Recientemente el Tribunal Constitucional Federal ha remitido a los legisladores de los *Länder* una cuestión de este ámbito, en relación con la prohibición de que las profesoras de escuelas públicas usen el pañuelo musulmán. También en este ámbito puede que llegue a adquirir una reforzada importancia el Derecho constitucional de los *Länder*.

Por lo que se refiere a los derechos de acceso en el ámbito del Derecho procesal administrativo, más que de diferenciaciones culturalmente acuñadas se trataría de ensayos de modelo políticamente motivados. En una transición al «Estado Federal experimental», cabría esperar en este

[23] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, sin fecha (1962), p. 21, invocando a H. KRÜGER, *VVDStRL* 19, p. 158.

035-046-Estado autonómico4 3/10/05 11:39 Página 46

punto –al menos transitoriamente– una auténtica diversidad jurídica. No se trata del ejercicio, en su caso coordinado, de competencias exclusivas de los *Länder*. Precisamente, el Derecho procesal administrativo pertenece a aquellas materias en las que podrían ser muy útiles los experimentos innovadores del ulterior desarrollo jurídico. Pudiera, así, aplicarse una auténtica legislación concurrente, en el sentido de un llamamiento en favor del mejor de los ordenamientos. A la vez, los *Länder* podrían aprender unos de otros, al igual que la Federación de los *Länder* y viceversa. El federalismo competitivo, en su caso, debería aproximarse más al corazón de la teoría del Estado Federal.

Actualmente no cabe prever la forma en que en el futuro continuará evolucionando el federalismo en Alemania. En cualquier caso, desde el punto de vista alemán, la configuración unitaria actual no puede servir como modelo representativo. Las tendencias que se perfilan apuntan a un modelo experimental, algo que por ahora se advierte no sólo, por de pronto, en las propuestas de reforma rechazadas, sino también en la restrictiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en relación con los artículos 72, párrafo 2, y 75, párrafo 2 GG. En 2004 pareció como si esta jurisprudencia fuera a formar parte de la historia constitucional, sin llegar a constituir nunca una «jurisprudencia constante»: casi fue capaz de reforzar la posición negociadora de los *Länder* en la Comisión de Federalismo, de forma tal que habría conducido a modificaciones constitucionales que habrían hecho superfluos los factores correctores del principio de subsidiaridad en el Estado Federal alemán. A partir de ahora, los *Länder* seguirán ateniéndose al Tribunal Constitucional Federal y exigirán las consecuencias.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 47

LA REFORMA DEL SISTEMA AUTONÓMICO ITALIANO

Marco Olivetti
Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia

PREMESSA

Questo studio si propone di illustrare criticamente – ma con scopo anzitutto informativo – le riforme della Costituzione e degli statuti regionali realizzate in Italia negli ultimi anni o attualmente in discussione, al fine di offrire elementi per una comparazione con le riforme oggi discusse in Spagna (riforma degli statuti delle Comunità autonome e riforme costituzionali relative alla forma di Stato). Per questo motivo il presente lavoro si articolerà in due parti, nettamente distinte fra loro: nella prima parte verranno illustrate sinteticamente le riforme costituzionali realizzate in Italia nel 1999-2001, il contesto storico in cui hanno visto la luce, la loro problematica attuazione e i progetti di ulteriore riforma discussi nella attuale legislatura. Nella seconda parte, si focalizzerà l'attenzione sulla riforma degli statuti regionali. Il lettore spagnolo potrà agevolmente constatare che, malgrado che sia in Italia, sia in Spagna si discuta oggi di riforma della Costituzione e di riforma degli statuti, ben diverso è il modo in cui le questioni si pongono nei due ordinamenti, in ciascuno degli ambiti ora indicati.

I. PARTE PRIMA – LE RIFORME COSTITUZIONALI IN MATERIA DI AUTONOMIE

I.1. LE PREMESSE STORICHE DELLE RECENTI RIFORME COSTITUZIONALI

Fra il 1999 ed il 2001 tre importanti leggi costituzionali hanno ridisegnato il volto dello Stato regionale italiano. A seguito di esse, la disciplina formalmente costituzionale che costituisce il quadro entro il quale le istituzioni e le procedure del regionalismo – e più in generale del sistema delle autonomie – possono svilupparsi, risulta ormai del tutto modificata rispetto a quella contenuta nel testo originario della Costituzione del 1947, che era rimasta immutata per mezzo secolo[1]. Con la legge cost. n. 3/2001, in altre parole, è iniziato quello che ironicamente è stato definito il "Big Bang" del

*.

[1] Sull'origine storica del sistema regionale italiano v. qualche cenno *infra*, all'inizio della II parte di questo studio (ed ivi indicazioni bibliografiche).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 48

regionalismo italiano[2]. E l'importanza della riforma si misura appieno se si considera che – a differenza di quanto accade nelle più consolidate esperienze federali europee[3], il sistema regionale italiano (similmente, da questo punto di vista, a quello spagnolo), si era sviluppato per oltre mezzo secolo, "a Costituzione invariata", ovvero nella costanza dell'assetto costituzionale formale.

Naturalmente, sotto la "crosta" della legislazione costituzionale invariata, il regionalismo italiano non aveva mai cessato di evolversi. Dapprima, esso era stato caratterizzato da una attuazione parziale del disegno costituzionale, in virtù della quale solo le Regioni a statuto speciale avevano iniziato a funzionare all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana[4]. Poi, dopo il 1970, la regionalizzazione era stata estesa a tutto il territorio nazionale, con la concreta istituzione delle Regioni ordinarie[5]. I trasferimenti di funzioni dallo Stato alle Regioni[6] avevano occupato buona parte degli anni settanta[7], e solo alla fine di quel decennio il regionalismo "reale" era entrato del tutto a regime, e se ne era potuta valutare l'effettiva funzionalità.

Tuttavia il regionalismo "reale" aveva deluso le speranze di coloro che vi avevano visto una via per la riforma complessiva dello Stato italiano. Gli anni ottanta del secolo scorso rappresentano il periodo-chiave nel quale matura il fallimento della regionalizzazione: si tratta di una fase non ancora studiata dagli storici, e non adeguatamente valutata dai costituzionalisti per capire le vicende successive. E' nel corso di questo decennio che si consolida un modello di Regione (e più in generale delle autonomie locali) che si allontana definitivamente sia dalle aspirazioni innovatrici della

---

[2] Così G. FALCON, *Il* Big Bang *del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

[3] Si pensi alle numerose riforme relative al riparto di competenze o ad altri aspetti del sistema federale che hanno riguardato la Costituzione svizzera del 1874 (prima della revisione totale del 1999), la Legge fondamentale di Bonn del 1949 e la Costituzione austriaca del 1920, ma anche alla realizzazione della riforma dapprima regionale e poi federale in Belgio attraverso cinque successive revisioni della Costituzione del 1831.

[4] Nel periodo intercorso fra l'entrata in vigore della Costituzione (1.1.1948) e l'attuazione delle Regioni ordinarie (1970), l'ordinamento italiano era stato caratterizzato da una regionalizzazione parziale, ovvero dalla effettiva istituzione delle sole Regioni a statuto speciale. Per quattro di esse (Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta e Trentino-Alto Adige) – che erano state istituite provvisoriamente fra il 1944 ed il 1946, prima dell'inizio dei lavori dell'Assemblea costituente, con modalità simile a quella utilizzata in Spagna per le c.d. "preautonomie" – gli statuti speciali erano stati approvati il 26 febbraio 1948 dalla stessa Assemblea costituente, la quale operava in regime di *prorogatio*. La quinta Regione a statuto speciale (il Friuli-Venezia Giulia) aveva visto la luce solo nel 1963, dopo che nel 1954 la città di Trieste – che alla fine della II guerra mondiale era stata occupata dapprima dagli jugoslavi e poi dagli angloamericani – era stata reintegrata nello Stato italiano.

[5] Le leggi necessarie per la concreta istituzione delle Regioni erano – oltre alla legge n. 62/1953, che conteneva le norme per l'attuazione dell'ordinamento regionale – la legge elettorale (l. n. 108/1968) e la legge "finanziaria" (l. n. 281/1970). Il primo adempimento che le Regioni dovettero porre in essere fu poi l'elaborazione dei loro statuti, che videro la luce durante il 1971.

[6] Tali trasferimenti – secondo la VIII disposizione transitoria e finale della Costituzione – erano necessari per il concreto esercizio delle potestà legislative ed amministrative delle Regioni.

[7] Si tratta dei decreti legislativi delegati n. 1-11/1972 e 1036/1972.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 49

Costituzione del 1947, sia dal "figurino" di Regione da essa desumibile, portando a compimento alcune tendenze che erano già emerse nei periodi precedenti (quello del regionalismo solo speciale e quello della attuazione delle Regioni ordinarie). Il dato di fondo appare evidente: l'Italia non smette di essere, nel momento in cui la regionalizzazione va a regime, uno Stato accentrato. Anche quando – con il d.p.r. n. 616/1977 – le Regioni conquistano competenze su materie diverse da quelle loro attribuite dalla Costituzione, esse rimangono enti la cui autonomia (politica, legislativa, amministrativa, finanziaria) non riesce ad avvicinarsi ai livelli qualitativi che caratterizzano le forme più avanzate di Stato composto presenti sul continente europeo (tedesca e svizzera, per citare le più antiche, ma anche belga e spagnola, per menzionare gli Stati politicamente decentrati che si consolidano proprio in quegli anni ottanta su cui stiamo ragionando).

Volendo sintetizzare, si può ricordare che:

a) non maturano sistemi politici regionali autonomi rispetto a quello statale, sia perchè non si consolidano partiti politici autonomisti[8], sia perchè i partiti statali conservano una struttura centralizzata, nella quale la fase regionale del *cursus honorum* della classe politica rimane un passaggio di rilievo minore;

b) la legislazione regionale – pur anticipando su alcuni temi scelte poi consolidatesi a livello statale – non assume, in media, lo *status* qualitativo che il costituzionalismo è solito riconnettere al *nomen iuris* "legge", ovvero ad un atto normativo che incorpora scelte politiche di rilievo per la comunità dei governati: e ciò sia per l'interpretazione estensiva dei limiti statali alla competenza legislativa regionale (soprattutto a quella di tipo concorrente), sia per la scarsa capacità di elaborazione delle classi politiche regionali;

c) l'amministrazione regionale – posta sotto tutela statale mediante la funzione di indirizzo e coordinamento[9] – si assesta su livelli qualitativi che lasciano profondamente a desiderare; non emerge quel nuovo modo di amministrare che i fautori delle Regioni in Assemblea costituente avevano sognato; le amministrazioni regionali – in genere copia sbiadita di quelle statali – diventano, soprattutto nelle Regioni del Sud, uno strumento del clientelismo politico più che un volano per guidare la modernizzazione dei territori amministrati; la loro capacità di gestione si rivela bassa, come dimostrano i dati sulla utilizzazione dei fondi comunitari[10];

---

[8] La vicenda della Lega Nord è solo in parte una eccezione a questo dato: tale partito nasce infatti dalla fusione delle "leghe" regionali (veneta, lombarda, piemontese) e si consolida non come partito regionale, ma come partito nordista, transregionale, sganciato dalla sorte dei singoli enti regionali.

[9] Art. 17 della l. n. 281/1970.

[10] Su ciò si v. A. D'Atena, *La crisi della legge regionale*, in Id., *Costituzione e Regioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 221 ss.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 50

d) la finanza regionale rimane una finanza derivata, nella quale sia il *quantum* delle risorse, sia il *quomodo* della loro utilizzazione sono predeterminati dallo Stato centrale;

e) la Corte costituzionale appoggia in tutto questo periodo le tendenze centraliste della legislazione e dell'amministrazione statale, contribuendo in tal modo a consolidare la decostituzionalizzazione del riparto di competenze legislative, amministrative e finanziarie.

Questo complesso di dati spiega perchè le Regioni non riescano a diventare un punto di riferimento significativo per i cittadini italiani che vivono sul loro territorio: le elezioni regionali si configurano più come elezioni statali di medio termine che come momento di emersione di un indirizzo politico regionale autonomo; la democrazia partecipativa – pur molto enfatizzata dagli statuti regionali del 1971 – rimane sulla carta; non maturano, se non in maniera debole, opinioni pubbliche regionali; il senso di identità delle comunità territoriali non trova nell'ente Regione un punto di riferimento credibile.

I.2. VERSO LE RIFORME COSTITUZIONALI: GLI ANNI NOVANTA

Anche per queste ragioni, quando, all'inizio degli anni novanta, il sistema politico italiano entra in una grave crisi e viene rapidamente travolto fra il 1992 ed il 1994[11], le Regioni sono una parte del problema e non un ausilio per la sua soluzione. E' noto che uno dei capitoli di maggiore importanza della c.d. "transizione italiana" è, almeno dal 1990, la questione dell'assetto territoriale del potere. E deve far riflettere il fatto che lo slogan del "federalismo", lanciato dalla Lega Nord alla fine degli anni ottanta, e che acquisisce rilevanza politica con le elezioni regionali del 1990, ha come obiettivo non il rafforzamento delle Regioni esistenti, ma la creazione di fantomatiche "Macro-Regioni" (Nord o "Padania", Centro, Sud, a volte distinto dalle Isole)[12]: e se ciò dipende senza dubbio dal confuso e vellei-

[11] La crisi politica italiana del 1992 diventa rapidamente una crisi costituzionale. A seguito del crollo del comunismo in Europa, il Partito Comunista Italiano aveva avviato un cambiamento di nome e di organizzazione sin dal 1989 e si era scisso in due partiti: il Partito democratico di Sinistra e Rifondazione Comunista. La scomparsa del "nemico storico" indebolì anche il bastione dell'anticomunismo, la Democrazia Cristiana, la quale – assieme ai suoi partiti alleati, il Partito Repubblicano, il Partito Liberale, il Partito Socialdemocratico e il Partito Socialista – fu travolta dopo il 1992 da una serie di indagini giudiziarie per episodi di corruzione, legati al finanziamento illecito dei partiti politici (c.d. "Tangentopoli"). I cinque partiti di governo che avevano dominato la politica italiana negli anni ottanta – e che erano risultati ancora maggioritari nelle elezioni legislative del 5 aprile 1992 – scomparvero o cambiarono nome nel biennio 1992-94. Parallelamente, a seguito del referendum del 18 aprile 1993, il sistema elettorale proporzionale per le Camere del Parlamento nazionale venne sostituito con un sistema maggioritario, che accentuò la discontinuità del sistema politico. Questi eventi politici avvennero sullo sfondo di una grave crisi economica e di una serie di attentati organizzati dalla Mafia dapprima in Sicilia e poi in alcune grandi città italiane.

[12] Quello della modificazione radicale della ripartizione del territorio italiano nelle 20 Regioni elencate dall'art. 131 Cost. è uno dei temi del dibattito sulla riforma del regionalismo durante gli anni no-

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 51

tario progetto politico di cui la Lega Nord è portatrice, rivela d'altro canto che – a venti anni dalla regionalizzazione integrale del territorio italiano – la Regione è rimasta un'«ente senza volto», per riprendere la suggestiva immagine a suo tempo proposta da Giuliano Amato[13].

Se l'inizio degli anni novanta evidenzia con chiarezza che il regionalismo italiano si è realizzato in una maniera debole e insoddisfacente, il decennio 1990-2000 – segnato dalla faticosa ricerca di percorsi riformatori – si caratterizza per una grande confusione concettuale, relativamente ai disegni perseguiti. Alla domanda leghista di un "federalismo" dai tratti indefiniti, la classe politica italiana tenta di rispondere con una riforma del sistema regionale che assuma alcuni elementi delle esperienze federali europee. L'idea centrale fa la sua apparizione sin dall'inizio degli anni novanta, con il progetto del "rovesciamento" del criterio di riparto di competenze, che appare per la prima volta nel progetto Labriola, alla fine della X legislatura, e che percorre tutti i progetti di riforma costituzionale elaborati nel decennio successivo dai vari organi incaricati di preparare la "grande riforma" della Costituzione[14]: la Commissione De Mita-Jotti, il Comitato Speroni, la Commissione D'Alema. L'introduzione nell'ordinamento italiano della c.d. "clausola federale"[15] sembra il più importante filo rosso del dibattito sulla riforma del regionalismo, al quale si affianca una serie di altri temi: la tipologia di legislazione regionale (esclusiva, concorrente all'italiana o concorrente alla tedesca); la tecnica di riparto delle funzioni amministrative; il ruolo degli enti locali ed i loro rapporti con le Regioni; i sistemi di finanziamento (il c.d. "federalismo fiscale"); il mantenimento o la riforma della specialità regionale; la previsione espressa del potere estero regionale e della partecipazione delle Regioni alla formazione ed all'attuazione del diritto comunitario; la profonda revisione (se non l'abolizione) del sistema di controlli preventivi sugli atti legislativi e

---

vanta. Alla radice di esso vi sono ovviamente non solo questioni di natura identitaria (come quelle sottolineate dalla Lega Nord), ma anche questioni di natura economica, che pongono il problema della dimensione ottimale delle Regioni italiane. Da questo punto di vista è interessante il lavoro svolto dalla Fondazione Agnelli (M. PACINI, a cura di, *Un federalismo dei valori. Percorso e conclusioni di un programma della Fondazione Giovanni Agnelli*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1996). Su questi problemi v. anche S. MANGIAMELI, *Riforma federale, luoghi comuni e realtà costituzionali*, in A. PACE, *Quale, dei tanti federalismi?*, Cedam, Padova, 1997, p. 307 ss.

[13] G. AMATO, *Intervento*, in *Dibattito sul trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni di diritto comune*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 485.

[14] Per una storia del dibattito sulle riforme costituzionali si v. M. OLIVETTI, *La Commissione bicamerale sulle riforme costituzionali: profili storico-istituzionali e rilievi di ordine procedimentale*, in *Iustitia*, 1997, n. 2.

[15] Com'è noto, l'art. 117, testo originario, della Cost. it., si basava sulla enumerazione delle competenze regionali e sulla competenza generale e residuale della legge statale, ovvero su un criterio esattamente opposto alla c.d. "clausola federale", che ha il suo modello nell'art. I, sez. 8 della Costituzione degli Stati Uniti, e che si basa sulla enumerazione delle competenze della federazione e sulla competenza generale e residuale degli Stati membri. E' precisamente quest'ultima tecnica di riparto che i riformatori aspirano ad adottare dal 1992 in poi.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 52

amministrativi delle Regioni e degli enti locali; la riforma della Seconda Camera e i suoi surrogati...

Gli elementi di maggiore confusione riguardano però la qualificazione complessiva di questo disegno: regionalismo "forte"[16], federalismo, sussidiarietà, diventano locuzioni utilizzate spesso in maniera strumentale ed ambigua anzitutto nella classe politica ed in secondo luogo nella dottrina. In particolare, lo slogan del "federalismo" nasconde i progetti di tipo non federale, ma confederale vagheggiati a più riprese dalla Lega Nord (e venati talora di prospettive secessionistiche); ma esso viene a sua volta fatto proprio da vari settori della classe politica di centro-destra o di centro-sinistra, che tenta di utilizzare lo slogan del "federalismo" per disinnescare la minaccia leghista e propone riforme del regionalismo nella direzione degli altri Stati composti europei. Il tutto è poi complicato dall'immagine del "federalismo cooperativo e solidale", molto diffusa fra i *leaders* politici di centro-sinistra, e che finisce per essere un ossimoro, nel quale i due aggettivi vengono utilizzati per svuotare la carica semantica del sostantivo.

Mentre questo dibattito prosegue, la seconda metà degli anni novanta vede la ripresa delle riforme, le quali si snodano attorno a due grandi aree tematiche, e a due diversi livelli normativi di intervento. Si interviene, infatti, dapprima con la legislazione ordinaria e in secondo luogo con norme di rango costituzionale (si osservi che questo è l'ordine in fatto seguito, per complesse ragioni politico-istituzionali, e che esso è esattamente opposto all'ordine che si sarebbe dovuto seguire). E si interviene con riforme che incidono dapprima sui sistemi politici e di governo regionali (oltre che sull'autonomia statutaria delle Regioni), ed in un secondo momento sull'architettura complessiva del modello regionale.

I.3. LA RIFORMA DEI SISTEMI POLITICI REGIONALI

In effetti, alla metà degli anni novanta diventa convinzione comune della classe politica nazionale e regionale che il principale limite al rilancio dell'ente Regione è determinato dal funzionamento dei sistemi politici regionali. Negli anni immediatamente precedenti, infatti, la previsione della elezione diretta dei sindaci e dei presidenti delle Province (introdotta dalla legge n. 81/1993) aveva non solo creato sistemi politico-istituzionali più stabili ed efficaci, ma anche rivitalizzato gli enti locali (anche se ciò era accaduto molto più per i Comuni che per le Province); allo stesso tempo l'introduzione di leggi elettorali maggioritarie per l'elezione delle due Camere del Parlamento statale[17] aveva rafforzato la legittimazione del Presi-

[16] Si v. U. De Siervo, *Ipotesi di revisione costituzionale: il cosiddetto regionalismo "forte"*, in *Le Regioni*, 1995, n. 1, p. 27 ss.

[17] Si v. le leggi n. 276 e n. 277/1993.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 53

dente del Consiglio, *leader* della coalizione vincitrice nelle elezioni parlamentari. In questo scenario, mentre le Regioni conservavano un sistema politico multipartitico e frammentato, anche in conseguenza del sistema elettorale proporzionale puro introdotto dalla legge n. 108/1968, i loro Presidenti apparivano deboli: e il loro rafforzamento sembrava a molti osservatori la misura prioritaria da realizzare per rafforzare la legittimazione dell'ente Regione. E' in questo contesto che vede la luce la prima incisiva riforma del sistema regionale dopo quasi venti anni[18]: la legge n. 43/1995, la quale riforma il sistema di elezione dei Consigli regionali introducendo un premio di maggioranza a favore della coalizione che ottenga il maggior numero di voti. E' proprio questa legge l'antenato della prima grande riforma costituzionale che incide sul titolo V alcuni anni dopo: la legge costituzionale n. 1/1999, la quale introduce l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni ed al tempo stesso amplia l'autonomia statutaria regionale, modificandone il procedimento di formazione, il contenuto ed i limiti[19], consentendo, fra l'altro, alle Regioni che lo desiderino, di abbandonare la stessa elezione diretta che, con una tecnica che richiamava il *cafè para todos* della Spagna degli anni ottanta, era stata imposta immediatamente a tutte le Regioni ordinarie[20].

I.4. IL CAMMINO VERSO LA RIFORMA GENERALE DEL SISTEMA REGIONALE

Questo filone di riforme, incentrato sull'organizzazione delle Regioni, si è intrecciato con quello relativo alle loro competenze. Anche in questo caso si è proceduto in primo luogo con la legislazione ordinaria: nel 1997 due importanti leggi[21], legate al nome del ministro della Funzione Pubblica dei governi di centro-sinistra, Franco Bassanini, hanno avviato un complesso meccanismo (affidato in buona parte a successivi decreti legislativi delegati[22]) di ulteriori trasferimenti di competenze dallo Stato alle Regioni ed agli enti locali. Dopo i trasferimenti di funzioni del 1972 e del 1977, si trattava del "terzo trasferimento"[23], che si ispirava, questa volta, al principio di sussidiarietà ed alla competenza generale degli enti locali. Il disegno era molto ambizioso, al punto che si poteva dubitare sulla sua compatibilità con la Costituzione vigente: ma il legislatore confidava che, pa-

[18] In verità nel ventennio che separa il d.p.r. n. 616/1977 dalla legge n. 43/1995 non erano mancate riforme legislative anche importanti, ma nessuna aveva avuto una portata globale sul sistema regionale, a parte, forse, la riforma delle autonomie locali (l. n. 142/1990).

[19] Cfr. *infra* la parte II di questo studio.

[20] Su questi problemi si v. M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[21] Leggi n. 59/1997 e n. 127/1997.

[22] Il più importante dei quali era il decreto legislativo n. 112/1998.

[23] Seguiva infatti i due grandi trasferimenti di funzioni operati nel 1972 e nel 1977. Per una immagine simile v. S. Cassese, *Il disegno del terzo decentramento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, n. 5, p. 417-418.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 54

rallelamente alla legislazione ordinaria, potesse giungere in porto una riforma globale della Carta costituzionale, alla quale stava lavorando – fra il gennaio 1997 ed il maggio 1998 – una Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, presieduta da Massimo D'Alema, il *leader* di quello che allora era il principale partito italiano (i Democratici di Sinistra[24]). La riforma costituzionale avrebbe dovuto basarsi su un compromesso fra le due coalizioni (di centro-destra e di centro-sinistra) in cui si articolava il sistema politico italiano[25]. Fallito il compromesso costituzionale nel 1998[26], il nuovo governo costituitosi nell'ottobre di quell'anno, presieduto dallo stesso D'Alema, decise di presentare in Parlamento un progetto di riforma costituzionale che riprendeva in buona parte alcune soluzioni discusse nella Commissione bicamerale. Il progetto era stato preparato dal Ministro per le riforme istituzionali Giuliano Amato e venne esaminato ed approvato fra il 2000 ed il 2001 dalla sola maggioranza parlamentare di centro-sinistra, nonostante il voto contrario del centro-destra. Ciò è consentito dalla procedura di revisione costituzionale prevista dall'art. 138 della Costituzione italiana, che non impone la maggioranza qualificata per l'approvazione di riforme costituzionali[27], ma ritiene sufficiente la maggioranza assoluta delle due Camere[28], con la possibilità per le forze politiche dissenzienti di richiedere un referendum sospensivo-confermativo sulle riforme. Il referendum venne effettivamente richiesto, e il 7 ottobre 2001 portò alla conferma nel voto popolare della legge costituzionale deliberata dalle Camere (nonostante che il 13 maggio dello stesso anno la maggioranza parlamentare di centro-sinistra – che aveva approvato la legge – fosse stata sconfitta nelle elezioni politiche dalla coalizione di centro destra, che aveva avversato le riforme), aprendo la via alla successiva promulgazione di essa: si trattava della più importante riforma costituzionale mai entrata in vigore in Italia dopo il 1948[29].

---

[24] Si tratta, com'è noto, del principale fra i partiti eredi del Partito Comunista, che aveva modificato il suo nome adottato nel 1991 (Partito democratico di Sinistra) in quello di "Democratici di Sinistra".

[25] Sul progetto della Commissione bicamerale D'Alema si v. V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Giappichelli, Torino, 1998.

[26] Dopo che la Commissione ebbe elaborato un primo progetto (30 giugno 1997) e che lo ebbe rivisto e licenziato in forma definitiva (4 novembre 1997), la Camera ne iniziò l'esame, ma i lavori furono interrotti dopo la decisione del leader dell'opposizione di centro-destra, Silvio Berlusconi, di ritirare il suo appoggio al progetto di riforma costituzionale.

[27] Tale maggioranza è infatti rilevante nell'art. 138 solo per rendere impossibile la richiesta di un referendum approvativo.

[28] Ciascuna delle due Camere deve deliberare due volte la legge costituzionale. La maggioranza assoluta è richiesta solo per la seconda deliberazione di ciascuna Camera (per la prima deliberazione è sufficiente la maggioranza semplice).

[29] Le leggi costituzionali approvate dal 1948 sono in tutto 33 (di cui 5 furono approvate dalla stessa Assemblea Costituente), ma solo 13 di esse hanno modificato il testo della Costituzione: 1. Legge cost. 9.2.1948, n. 1 – Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale; 2. Legge cost. 26.2.1948, n. 2 – Conversione in legge costituzionale dello Statuto della Regione siciliana, approvato con decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455; 3. Legge cost. 26.2.1948, n. 3 – Statuto speciale per la Sardegna; 4. Legge cost. 26.2.1948, n. 4 – Statuto speciale per la Valle d'Aosta; 5. Legge cost. 26.2.1948, n. 5 – Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige;

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 55

I.5. LA LEGGE COSTITUZIONALE N. 3/2001

La riforma costituzionale del 2001 mira a riprendere e a sviluppare il disegno autonomistico già indicato nella Costituzione del 1947, nella quale, peraltro, il progetto di uno Stato delle autonomie, ben sintetizzato dall'art. 5 ("La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell' autonomia e del decentramento"), era stato poi sviluppato in maniera debole nel titolo V della parte II del testo originario della Costituzione.

La chiave di lettura per il rilancio del progetto autonomista può essere individuata nel principio di sussidiarietà, che soggiace alla disposizione con

---

6. Legge cost. 11.3.1953, n. 1 – Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale; 7. Legge cost. 18.3.1958, n. 1 – Scadenza del termine di cui alla XI delle "Disposizioni transitorie e finali" della Costituzione; 8. Legge cost. 9.3.1961, n. 1, Assegnazione di tre senatori ai comuni di Trieste, Duino Aurisina, Monrupino, Muggia, San Dorligo della Valle e Sgonico; 9. Legge cost. 31.1.1963, n. 1 – Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia; 10. Legge cost. 9.2.1963, n. 2 – Modificazioni agli articoli 56, 57 e 60 della Costituzione; 11. Legge cost. 27.12.1963, n. 3 – Modificazioni agli articoli 131 e 57 della Costituzione e istituzione della Regione "Molise"; 12. Legge cost. 21.6.1967, n. 1 – Estradizione per i delitti di genocidio; 13. Legge cost. 22.11.1967, n. 2 – Modificazione dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale; 14. Legge cost. 10.11.1971, n. 1 – Modificazioni e integrazioni dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige; 15. Legge cost. 23.2.1972, n. 1 – Modifica del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia; 16. Legge cost. 9.5.1986, n. 1 – Modifica dell'art. 16 dello Statuto speciale per la Sardegna, approvato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, concernente la definizione del numero dei consiglieri regionali; 17. Legge cost. 16.1.1989, n. 1 – Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione; 18. Legge cost. 3.4.1989, n. 2 – Indizione di un referendum di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto nel 1989; 19. Legge cost. 12.4.1989, n. 3 – Modifiche ed integrazioni alla legge costituzionale 23 febbraio 1972, n. 1, concernente la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia. Modifica allo Statuto speciale per la Valle d'Aosta; 20. Legge cost. 4.11.1991, n. 1, Modifica dell'art. 88, secondo comma, della Costituzione; 21 Legge cost. 6.3.1992, n. 1 – Revisione dell'art. 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto; 22. Legge cost. 6.8.1993, n. 1 – Funzioni della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali e disciplina del procedimento di revisione costituzionale; 23. Legge cost. 23.9.1993, n. 2 – Modifiche ed integrazioni agli Statuti speciali per la Valle d'Aosta, per la Sardegna, per il Friuli-Venezia Giulia e per il Trentino-Alto Adige; 24. Legge cost. 29.10.1993, n. 3 – Modifica dell'art. 68 della Costituzione; 25. Legge cost. 24.1.1997, n. 1 - Istituzione di una Commissione parlamentare per le riforme costituzionali; 26. Legge cost. 22.11.1999, n. 1- Disposizioni concernenti l' elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l' autonomia statutaria delle Regioni; 27. Legge cost. 23.11.1999, n. 2 – Inserimento dei principi del giusto processo nell' articolo 111 della Costituzione; 28 Legge cost. 17.1.2000, n. 1 - Modifica all' articolo 48 della Costituzione concernente l' istituzione della circoscrizione Estero per l' esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all' estero; 29. Legge cost. 23.1.2001, n. 1 – Modifiche agli articoli 56 e 57 della Costituzione concernenti il numero di deputati e senatori in rappresentanza degli italiani all'estero; 30. Legge cost. 31.1.2001, n. 2 – Disposizioni concernenti l' elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano; 31. Legge cost. 18.10.2001, n. 3 – Modifiche al titolo V della parte II della Costituzione; 32. Legge cost. 23.10.2002, n. 1 – Legge costituzionale per la cessazione degli effetti dei commi primo e secondo della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione; 33. Legge cost. 30.5.2003, n. 1 - Modifica dell' articolo 51 della Costituzione.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 56

la quale si apre il nuovo titolo V, l'art. 114, 1° co., secondo il quale "la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Da questa formulazione emerge l'immagine di una statualità che nasce "dal basso", appunto secondo il principio di sussidiarietà, mentre viene spezzata l'equazione fra la Repubblica e lo Stato ed anche le autonomie "costituiscono" la Repubblica. Il principio di sussidiarietà, secondo il quale le autonomie locali precedono lo Stato, in quanto enti più "vicini" al cittadino, oltre ad essere un po' come il manifesto della riforma costituzionale, viene menzionato in tre disposizioni della riforma, sia nella sua accezione "verticale" (relativa al rapporto fra enti territoriali: art. 118, 1° co., e art. 120, 2° co.), sia in quella "orizzontale" (che regola il rapporto fra enti pubblici territoriali e forme di autoorganizzazione della società civile: art. 118, 4° co.) ed è chiaramente presupposto dal già citato art. 114, 1° comma.

Ciò premesso, la riforma costituzionale del 2001[30] si basa su cinque grandi scelte di fondo, che potremmo descrivere come i suoi cinque "pilastri".

I.5.1. Il nuovo riparto di competenze legislative

In primo luogo la legge cost. n. 3/2001 modifica radicalmente il riparto di competenze fra Stato e Regioni. E ciò da due diversi punti di vista.

Da un lato la potestà legislativa regionale viene equiordinata alla potestà legislativa statale. Mentre nel sistema delineato dall'art. 117, testo originario, la potestà legislativa regionale era sempre e comunque subordinata alla legislazione statale (anche se la legge dello Stato poteva intervenire soltanto nella forma dei principi fondamentali e la subordinazione della legge regionale alla legge statale era limitata ad essi), il nuovo art. 117, 1° co., nel prevedere che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, degli obblighi internazionali e del diritto comunitario, pone la potestà legislativa statale e quella regionale sullo stesso piano. Naturalmente questa equiparazione di principio non esclude

[30] Per un'analisi d'insieme sulla riforma costituzionale del 2001 si v. G. Berti, G.C. De Martin (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*. Atti del Convegno di Roma del 9 gennaio 2001, Giuffré, Milano, 2001; T. Groppi, M.Olivetti, *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2001 (e II ed. 2003); G. Berti, G. De Martin (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Luiss, Roma, 2001; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Giappichelli, Torino, 2002; A. Anzon, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002 (e II ed., 2003); S. Mangiameli, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002; G.F. Ferrari, G. Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Cedam, Padova, 2003; P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2003; S. Bartole, R. Bin, G. Falcon, R. Tosi, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Il Mulino, Bologna, 2003; E. Bettinelli, F. Rigano, *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, Giappichelli, Torino, 2004; V. Cerulli Irelli, C. Pinelli (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino-Astrid, Bologna, 2004; R. Bifulco, *Le Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2004.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 57

che da altre, specifiche, disposizioni costituzionali possano essere ricavati titoli di giustificazione della supremazia della legge statale su quella regionale: e questo è anzitutto il caso della competenza concorrente, che sopravvive anche nel nuovo titolo V, sia pure come una delle due modalità con cui la Regione può legiferare (accanto, cioè, alla potestà residuale).

D'altro canto, la competenza legislativa regionale – la quale nel testo del 1947 era limitata alle materie enumerate dalla Costituzione – diventa competenza a carattere generale e residuale, mentre le competenze legislative dello Stato, che la Costituzione del 1947 aveva costruito come generali, sono ora limitate alle sole materie espressamente attribuite dalla Costituzione alla potestà legislativa dello Stato.

Tre dunque sono le tipologie di competenza legislativa delineate dalla riforma costituzionale: la potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, 2° comma), la potestà concorrente (art. 117, 3° comma), la potestà residuale delle Regioni (art. 117, 4° comma).

La Corte costituzionale è più volte intervenuta a precisare vari aspetti del riparto di competenze legislative contenuto nell'art. 117. Nella sent. n. 282/2002 essa ha affermato che nella individuazione dell'ente territoriale competente a legiferare è oggi necessario "muovere ... non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell'intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale".

La Corte costituzionale ha inoltre offerto alcuni importanti chiarimenti su ciascuno dei tre tipi di competenza legislativa previsti dall'art. 117.

Riguardo alle *competenze "esclusive" della legge statale*[31], la Corte cost. ha chiarito che la esclusività non significa esistenza di un ambito materiale individuato con precisione nei suoi termini oggettivi e chiuso ad interferenze esterne, ma che da un lato alcune materie rimesse alla legge statale sono individuate mediante valori od obiettivi (come ad es. l'ambiente) e non escludono che anche la legge regionale possa intervenire per tutelare, nell'esercizio delle sue competenze, i medesimi valori (sent. n. 407/2002); d'altro canto varie materie di competenza legislativa statale hanno natura "trasversale", in quanto consentono alla legge dello Stato di "tagliare" le materie di competenza regionale, anche residuale, intervenendo in ambiti che apparentemente sembrerebbero riservati ad esse. E' il caso, in particolare, della "materia" di cui all'art. 117, 2° comma, lett. m), ovvero nella competenza legislativa dello Stato a stabilire i "livelli essenziali delle presta-

[31] Nell'elenco delle competenze esclusive della legge statale vengono menzionate da un lato le tradizionali funzioni statali – come la disciplina degli propri organi ed atti dello Stato; cittadinanza, difesa, politica estera, giustizia, moneta, dogane, pesi e misure, ordine pubblico e sicurezza – e dall'altro alcune materie determinate dalla specificità italiana, come i rapporti fra Stato e confessioni religiose – e una serie di materie attinenti alla cittadinanza in senso sostanziale.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 58

zioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale", ma anche della "tutela della concorrenza", dell'"ordinamento civile" e del "coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale".

Molti problemi vecchi e nuovi riguardavano, poi, la *competenza concorrente*[32], nella quale, secondo la tradizione italiana, spetta allo Stato la determinazione dei principi fondamentali e alla Regione la disciplina (del resto) della materia. In particolare, la circostanza che tale competenza si collochi ora in un sistema nel quale la clausola residuale opera a vantaggio della Regione avrebbe dovuto obbligare la Corte a rileggere alcune conclusioni della sua precedente giurisprudenza, in particolare: a) circa la possibilità per le Regioni di disciplinare la materia in assenza di leggi-cornice e, in caso positivo, se liberamente o nel limite dei principi desumibili dalla legislazione statale vigente in materia; b) circa la possibilità che la legge-cornice statale contenga anche norme di dettaglio, immediatamente applicabili, anche se successivamente derogabili dalla legge regionale. Su entrambe le questioni la Corte ha assunto una posizione continuista, precisando da un lato che la Regione può disciplinare le materie di competenza concorrente anche in assenza di leggi-cornice, ma che è tenuta a rispettare i principi impliciti nella legislazione statale vigente in materia (così la sent. n. 282/2002) e dall'altro che la legge-cornice può spingersi a disciplinare il dettaglio, sia pure a certe condizioni (si v. la sent. n. 303/2003).

La principale debolezza dell'interpretazione data dalla Corte della competenza concorrente risiede tuttavia nella varietà di contenuti che possono essere introdotti mediante i principi fondamentali, con la conseguenza che in molte materie di competenza concorrente lo spazio che residua per scelte autonome della Regione appare molto ridotto.

Riguardo alle materie rientranti nella *potestà residuale delle Regioni*, la Corte – che ha fra l'altro precisato che essa non è soggetta ad altri limiti oltre a quelli indicati dall'art. 117, 1° co. – aveva anzitutto il compito di individuare le materie, considerato che la Costituzione, utilizzando la tecnica della clausola residuale, si astiene dal farlo. La concreta individuazione degli ambiti materiali rientranti nella potestà residuale regionale si rivela piuttosto complessa e difficilmente realizzabile in astratto. E' comunque

[32] L'elenco delle materie di competenza concorrente è ampio, ma non eccessivamente esteso, se raffrontato con i cataloghi di competenze della federazione negli Stati federali contemporanei. Il catalogo dell'art. 117, 3° comma, pare in taluni passaggi piuttosto incongruo: così laddove viene qualificata come materia di competenza concorrente la "produzione e il trasporto *nazionale* dell'energia", o, ad es., nel fatto che è assente da questo elenco, come dalle materie di competenza esclusiva dello Stato, la "circolazione stradale". In taluni casi vi è poi sovrapposizione fra materie riservate alla competenza esclusiva statale e materie rimesse alla competenza concorrente: basti considerare il problematico rapporto fra le "norme generali sull'istruzione (art. 117, 2° comma, lett. n) e l'istruzione menzionata nel comma successivo del medesimo articolo o fra la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" (art. 117, 2° comma, lett. s) e la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali" (art. 117, 3° comma).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 59

ipotizzabile che fra le materie di competenza esclusiva debbano essere annoverati, oltre ad ogni profilo rientrante nella organizzazione politica ed amministrativa della Regione (come ribadito dalla sent. n. 380/2004, ma nel limite dei principi stabiliti dagli statuti regionali, che in queste materie vincolano le leggi regionali ordinarie, come affermato anche nella sent. n. 372/2004[33]), gli oggetti rientranti in cinque grandi ambiti:

* il governo dell'economia nei settori dell'agricoltura (sent. n. 12/2004), industria, commercio (sent. n. 1/2004), artigianato, turismo, spettacolo, miniere, acque minerali e termali, opere pubbliche;

* i servizi sociali, nei quali rientra l'assistenza sociale (sent. 287/2004 e 423/2004)[34];

* gli altri servizi alle comunità locali (energia per i profili locali; trasporti e viabilità non rientranti nelle grandi reti di trasporto);

* l'istruzione e la formazione professionale (sent. n. 13/2004 e 51/2005) e l'assistenza scolastica;

* la polizia amministrativa regionale e locale.

Alle tre tipologie di competenza legislativa di cui all'art. 117, la Corte costituzionale ne ha poi "aggiunta" una quarta. Nelle sent. n. 303/2003 e n. 6/2004 il giudice delle leggi ha ritenuto che il legislatore statale possa intervenire anche al di fuori delle materie indicate nei primi due commi dell'art. 117 e che, nelle materie di cui al 2° comma, possa intervenire anche superando i limiti che ad esso sono imposti dalla competenza concorrente (ovvero adottando norme di dettaglio non cedevoli, ma inderogabili da parte delle Regioni). Il titolo giustificativo di questi interventi è stato individuato dalla Corte costituzionale nel principio di sussidiarietà: quest'ultimo è congegnato nell'art. 118, 1° comma, Cost. come valvola che consente la allocazione di funzioni *amministrative* a livelli diversi dal Comune, e quindi anche in capo allo Stato, ma esso, secondo la Corte, consente interventi anche di tipo *legislativo*, che danno luogo ad espropri costituzionalmente giustificati di competenze legislative regionali, sia di tipo concorrente, sia di tipo esclusivo. L'intervento statale deve trovare giustificazione nell'esigenza di tutelare interessi nazionali non frazionabili ed è sottoposto alla condizione di una necessaria *intesa* con le Regioni interessate[35]. Sinora questo meccanismo è stato applicato ai settori delle

---

[33] Al riguardo si v. *infra*, la seconda parte di questo lavoro.

[34] Circa alcuni aspetti specifici di questa materia v. poi le sent. n. 370/2003 e n. 287/2004.

[35] Secondo la Corte cost., una deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. può essere giustificata "solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata" (sent. 303/2003, ripresa espressamente dalla sent. n. 6/2004).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 60

grandi opere pubbliche di interesse nazionale (sent. n. 303/2003) e alla produzione e distribuzione nazionale dell'energia (sent. n. 6/2004).

In tal modo la Corte costituzionale ha creato *ex novo* un nuovo tipo di competenza, che assomiglia più alla competenza concorrente di tipo tedesco[36] che alla competenza concorrente di tipo italiano: e le basi costituzionali di una costruzione di questo tipo appaiono oltremodo deboli. Sicché non è ingiustificata la valutazione di chi ha intravisto in questa decisione una manifestazione impropria del potere costituente[37], che non dovrebbe rientrare fra gli strumenti utilizzabili dalla Corte costituzionale.

I.5.2. La nuova distribuzione delle funzioni amministrative

La seconda grande scelta compiuta dalla riforma del 2001 riguarda le funzioni amministrative. Mentre il titolo V della Costituzione, nel suo testo originario, si ispirava al principio del parallelismo fra le funzioni legislative e le funzioni amministrative delle Regioni[38] – con l'eccezione di talune funzioni che avrebbero dovuto essere riservate agli enti locali – la riforma costituzionale del 2001 ha abbandonato tale criterio, adottando quello della sussidiarietà. Secondo il nuovo art. 118, le funzioni amministrative spettano in linea di principio ai Comuni, salvo che non siano attribuite alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni ed allo Stato in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. L'attribuzione al Comune di una competenza amministrativa generale non determina, ovviamente, né uno spostamento automatico di ogni funzione amministrativa a tale ente, salvo attribuzione di specifiche funzioni a livelli diversi; né la illegittimità costituzionale di tutte le leggi che attribuiscano funzioni amministrative ad enti diversi dal Comune; e neppure la presunzione che tutte le funzioni attribuite ai Comuni al momento della entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001 siano funzioni loro proprie. L'art. 118, 1° comma, piuttosto, si traduce in una indicazione di fondo che dovrebbe orientare le fonti normative competenti ad allocare le funzioni amministrative fra i diversi enti. Tali fonti sono, secondo il 2° co. dell'art. 118, la legge statale e la legge regionale "secondo le rispettive competenze". L'interpretazione più convincente di tale disposizione è che le competenze da essa evocate siano quelle legislative, per cui al parallelismo previsto dal titolo V originario ne sarebbe subentrato uno nuovo, in virtù del quale nelle materie di propria competenza legislativa lo Stato e le Regioni avrebbero anche il potere di decidere a chi spetterebbero le funzioni amministrative, fra i diversi enti elencati nell'art. 118. Resta il problema di quale fonte sia competente ad allocare le funzioni amministrative nelle materie di competenza con-

---

[36] Si v. l'art. 72 della Legge fondamentale di Bonn.

[37] A. Morrone, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V*, in *Quad. cost.*, 2003, n. 4.

[38] Al riguardo si v. A. D'Atena, *Funzioni amministrative regionali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. , Roma, 1988.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 61

corrente: e dalla sent. n. 303/2003, sopra citata, sembra doversi desumere che tale competenza spetti alla legge statale.

I.5.3. La pari dignità degli enti territoriali

Una delle caratteristiche del sistema delineato dal nuovo titolo V è poi la pari dignità fra Regioni ed Enti locali, che viene a più riprese sottolineata nel nuovo testo costituzionale. Da questo punto di vista – come è già evidente nella disposizione che apre il nuovo titolo V, il 1° co. dell'art. 114 – la Costituzione italiana non adotta l'approccio tipico dei sistemi federali classici, i quali si preoccupano, in genere, di regolare nella Costituzione federale il rapporto fra Costituzione e Stati membri e lasciano alla potestà normativa di questi ultimi la regolazione delle autonomie locali, limitandosi a prevedere che l'autonomia locale deve essere garantita. La riforma del titolo V, invece, tenta di dotare gli enti locali di una garanzia costituzionale diretta, e riserva allo Stato la determinazione delle loro funzioni fondamentali, oltre che della disciplina dei loro organi fondamentali e del relativo sistema elettorale (art. 117, 2° co., lett. p)[39]. Inoltre la Costituzione sembra garantire l'autonomia finanziaria degli enti locali in misura pari all'autonomia finanziaria delle Regioni (art. 119: v. *infra*) e individua nei Comuni l'ente territoriale a competenza amministrativa generale (art. 118).

Restano tuttavia due importanti differenze di *status* costituzionale fra le Regioni e gli enti locali minori (Comuni, Province e Città metropolitane): solo le Regioni hanno potestà legislative (gli enti locali godono unicamente di potestà regolamentari, per la regolazione delle funzioni loro proprie: art. 117, 6° co.); solo le Regioni hanno facoltà di ottenere tutela delle loro attribuzioni costituzionalmente garantite mediante ricorso alla Corte costituzionale (nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via di azione di cui all'art. 127 e nel giudizio per conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni di cui all'art. 134).

La pari dignità degli enti territoriali non è dunque assoluta e ciò era del resto inevitabile[40]. Questo assetto è comunque il tentativo di risolvere in forma compromissoria uno dei nodi del dibattito sulle autonomie nell'Italia degli anni novanta, che si può riassumere con lo slogan neoregionalismo *versus* municipalismo[41], e che consisteva nell'alternativa fra una riforma imperniata sulla valorizzazione dei Comuni – dotati nella storia italiana di un grande radicamento storico – e quella delle Regioni. La prima via, se seguita sino in fondo, avrebbe collocato l'ordinamento italiano più sulla linea dei sistemi inglese e francese, sia pure con una opzione forte per l'autogoverno loca-

---

[39] Sulle funzioni degli enti locali v. da ultimo L. De Lucia, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, p. 23 ss.

[40] In questo senso si v. la sent. n. 274/2003 della Corte costituzionale

[41] Si v. al riguardo G. Pitruzzella, *Municipalismo versus neoregionalismo*, in *Le Regioni*, 1995, n. 4, p. 641 ss.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 62

le, secondo la tradizione britannica, mentre la seconda avrebbe portato a sviluppare lo Stato regionale introdotto nel 1947, rafforzando le Regioni nella direzione di assetti tipici degli Stati federali europei. Il compromesso contenuto nel nuovo titolo V (la c.d. "Repubblica delle autonomie"[42]) si colloca in qualche modo a metà strada e richiama alcuni tratti del federalismo latino-americano[43]. Resta tuttora da verificarne l'efficacia.

I.5.4. L'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali

Debole è invece il sistema delineato dalla legge cost. n. 3/2001 per quanto attiene alla finanza regionale. Se il testo dell'art. 119 lascia trasparire chiaramente l'intento di rinforzare l'autonomia finanziaria regionale e di estenderne la garanzia agli enti territoriali minori, il ruolo centrale nella gestione del sistema resta affidato alla legge statale, senza che il sistema costituzionale offra la garanzia di adeguate sedi per la negoziazione fra Regioni, enti locali e Stato (e, tantomeno, senza norme costituzionali che ripartiscano, sia pure in linea di massima, i vari tributi fra i diversi enti territoriali, secondo il modello tedesco).

L'autonomia finanziaria è garantita dalla Costituzione alle Regioni sia sul versante dell'*entrata*, sia su quello della *spesa*, come è ora espressamente precisato dall'art. 119, 1° co. Sorprendentemente, però, la Costituzione pone sullo stesso piano, per questa forma di autonomia, le Regioni e gli enti locali minori (Comuni, Province, Città metropolitane), trascurando il non marginale dato per cui solo le Regioni dispongono di potestà legislativa: e la forma della legge parrebbe un requisito imprescindibile per l'esercizio della potestà impositiva, stante la incisione che con essa si determina sulla proprietà e sul reddito di persone fisiche e giuridiche e vista anche la espressa riserva prevista dall'art. 23 Cost. Il rischio che questo passaggio della disposizione presenta è quello di una interpretazione dell'autonomia finanziaria che omogeneizzi verso il basso la posizione di tutti gli enti territoriali diversi dallo Stato, che finirebbe per schiacciare le Regioni sulla posizione degli enti locali minori.

Dal punto di vista dell'entrata, l'art. 119 prevede che "i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome". In generale le entrate regionali e degli enti locali sono classificate dall'art. 119 in alcune tipologie:

a) tributi propri (che sono stabiliti ed applicati dagli enti medesimi, sia pure "in armonia con la Costituzione e secondo i princìpi di coordina-

---

[42] Per questa denominazione si v. T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2001 (e II ed. 2003).

[43] Ci si riferisce ai sistemi federali del Brasile, dell'Argentina, del Messico e del Venezuela, nei quali le Costituzioni federali garantiscono anche il potere municipale. Al riguardo si v. F.FERNANDEZ SEGADO, *Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina*, en J.M. SERNA DE LA GARZA, *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Unam, Mexico, 2002, p. 105 ss.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 63

mento della finanza pubblica e del sistema tributario", per i quali è prevista una competenza legislativa di tipo concorrente);

b) "compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio";

c) entrate derivanti da un "fondo perequativo", istituito con legge statale "per i territori con minore capacità fiscale per abitante";

d) risorse aggiuntive destinate dallo Stato agli enti territoriali "per scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni";

e) entrate derivanti dalla gestione del patrimonio che – in base allo stesso art. 119 – è attribuito agli enti territoriali secondo principi generali fissati dalle leggi dello Stato;

f) entrate derivanti da prestiti ottenuti dagli enti territoriali (per i quali l'art. 119 prevede che possano essere accesi solo per finanziare spese di investimento ed esclude espressamente ogni garanzia da parte dello Stato).

L'art. 119 precisa espressamente che tali risorse "consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite": tale garanzia è però generica e non consente alle Regioni di fruire di risorse realmente autonome e certe, predeterminate a livello costituzionale mediante la diretta attribuzione ai vari enti territoriali dei proventi di taluni tipi di imposte (come accade ad es. nell'ordinamento tedesco). Nella gestione complessiva della finanza degli enti autonomi, è infatti decisiva la funzione di coordinamento che spetta alla legge statale, che costituisce la fonte quasi esclusiva (limitata, ma non indirizzata in maniera sufficientemente precisa, dai principi costituzionali): il che è confermato dalla espressa riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato della materia della "perequazione delle risorse finanziarie" (art. 117, 2° comma, lett. e) e alla potestà concorrente dell'"armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario".

Nella sent. n. 376/2003 la Corte costituzionale ha tentato di delimitare la discrezionalità del legislatore statale in materia di coordinamento della finanza pubblica, asserendo che il coordinamento finanziario ha "carattere finalistico" e non deve trasformarsi in una attività di direzione, ma deve essere configurato in modo consono alla esistenza di sfere di autonomia costituzionalmente garantite. La Corte costituzionale ha comunque ribadito che la competenza statale in materia di coordinamento della finanza pubblica esige che al livello centrale si possano collocare non solo la determinazione dei principi fondamentali della materia, ma anche "poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica", cioè "i poteri puntuali eventualmente necessari perchè la finalità di coordinamento (...) possa essere concretamente esercitata".

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 64

Per altri aspetti, invece, occorre riconoscere che l'art. 119 – nel momento stesso in cui proclama solennemente l'autonomia tributaria degli enti territoriali diversi dallo Stato – dà adeguato rilievo al momento solidaristico fra le diverse parti del territorio nazionale e alla perequazione finanziaria che ne costituisce la traduzione operativa.

L'art. 119 precisa infine che "per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni".

Quanto alla autonomia di spesa, dall'art. 119 si desume la precisazione che le risorse attribuite alle Regioni (e agli enti locali) dal fondo perequativo non sono assoggettate a vincolo di destinazione, il che dovrebbe valere, a maggior ragione, anche per le risorse derivanti dalla compartecipazione ai tributi statali. In tal modo dovrebbe essere garantita alle Regioni una maggiore possibilità di manovra nella scelta su come spendere le risorse acquisite.

L'art. 119 Cost. è per ora inattuato. La materia è tuttora regolata dal decreto legislativo n. 256/2000, adottato prima della riforma costituzionale del 2001. Il Governo ha istituito nell'aprile 2003 un'Alta Commissione di studio per la definizione dei meccanismi strutturali del federalismo fiscale, che non ha però ancora presentato un progetto organico di nuova disciplina del finanziamento degli enti locali.

Secondo la Corte costituzionale, l'attuazione di questo disegno costituzionale richiede «come necessaria premessa, l'intervento del legislatore statale, il quale, al fine di coordinare l'insieme della finanza pubblica, dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed enti locali» (sent. n. 37/2004). E ciò presuppone la definizione di una disciplina transitoria in grado di consentire l'ordinato passaggio dall'attuale sistema ad un nuovo sistema (sent. n. 320/2004 e 37/2004). «Tuttavia, deve ritenersi che l'art. 119 della Costituzione ponga, sin da ora, precisi limiti al legislatore statale nella disciplina delle modalità di finanziamento delle funzioni spettanti al sistema delle autonomie. Innanzitutto, *non sono consentiti finanziamenti a destinazione vincolata, in materie e funzioni la cui disciplina spetti alla legge regionale*, siano esse rientranti nella competenza esclusiva delle Regioni ovvero in quella concorrente, pur nel rispetto, per quest'ultima, dei principi fondamentali fissati con legge statale (...). D'altronde, (...) ove non fossero osservati tali limiti e criteri, il ricorso a finanziamenti *ad hoc* rischierebbe di divenire uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nel-

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 65

l'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza» (sent. n. 423/2004 della Corte cost.).

Inoltre, sempre sino all'attuazione dell'art. 119 della Costituzione, opera un ulteriore limite per il legislatore statale, rappresentato dal divieto di procedere in senso inverso a quanto oggi prescritto dall'art. 119 Cost., e così di sopprimere semplicemente, senza sostituirli, gli spazi di autonomia già riconosciuti dalle leggi statali in vigore, alle Regioni e agli enti locali, o di configurare un sistema finanziario complessivo che contraddica i principi del medesimo art. 119 (sent. n. 37/2004). E al legislatore statale è proibito riformare *in peius* i meccanismi di finanziamento previsti dalla legislazione vigente.

I.5.5. L'abolizione dei controlli preventivi

Solo apparentemente di minore importanza è il quinto pilastro della riforma costituzionale del 2001: l'abolizione del complicato sistema dei controlli preventivi sugli atti amministrativi delle Regioni (art. 125, 1° co., testo originario) e degli enti locali (art. 130 t. o.), e sulle leggi regionali (art. 127 t.o.).

Quest'ultimo punto merita di essere sottolineato: ai sensi dell'art. 127, testo originario, della Costituzione, le leggi regionali erano sottoposte ad un controllo preventivo da parte del Governo[44], il quale aveva il potere di rinviarle al Consiglio regionale che le aveva approvate e, dopo la eventuale riapprovazione di esse a maggioranza assoluta, poteva impugnarle davanti alla Corte costituzionale prima della loro entrata in vigore, sempre restando sospesa – fino alla decisione della Corte – la loro efficacia. La riforma costituzionale ha invece trasformato il ricorso governativo sulle leggi regionali da preventivo in successivo: il nuovo art. 127 equipara del tutto l'impugnazione delle leggi regionali da parte dello Stato con l'impugnazione delle leggi statali da parte delle Regioni[45], prevedendo che tali controlli possano essere attivati entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge, e quindi dopo la sua entrata in vigore. E' stata d'altro canto soppressa la fase del controllo preventivo da parte del governo con richiesta di riesame delle leggi regionali[46].

---

[44] Su tale sistema si v. E. GIANFRANCESCO, *Il controllo governativo sulle leggi regionali*, Giuffrè, Milano, 1994.

[45] Residua tuttavia un elemento differenziale, rappresentato dai vizi di illegittimità costituzionale denunciabili dai due enti. Le Regioni possono infatti impugnare le leggi (e gli atti aventi forza di legge) dello Stato solo per invasione della loro sfera di competenza, mentre lo Stato può impugnare le leggi regionali per ogni vizio di legittimità costituzionale (si v. fra l'altro sent. n. 274/2003).

[46] La legge n. 131/2003 ha adottato alcune disposizioni per tenere conto di questi cambiamenti. In primo luogo, l'art. 9, 4° comma, introduce nella l. n. 87/1953, che disciplina la Corte costituzionale, la potestà di sospendere le leggi statali o regionali impugnate davanti ad essa qualora "ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pre-

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 66

I.5.6. Le scelte "minori"

Non marginale è poi una serie di scelte di portata apparentemente minore, rispetto ai cinque pilastri fondamentali.

I.5.6.1. Regioni e Unione europea

Con le leggi cost. n. 1/1999 e n. 3/2001, le istituzioni comunitarie sono state per la prima volta menzionate nella Costituzione italiana[47], dopo che per molti decenni la partecipazione dell'Italia all'Unione europea si era basata sulla generica autorizzazione contenuta nell'art. 11 della Costituzione ad accettare limitazioni di sovranità per costruire un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. In particolare, va segnalato che l'art. 117, 1° comma, recepisce formalmente il principio della *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno, stabilendo che la potestà legislativa statale e regionale è esercitata nel rispetto del diritto comunitario.

Il nuovo art. 117, 5° comma, prevede espressamente la facoltà delle Regioni di *partecipare alla formazione ed all'attuazione degli atti dell'Unione europea*, in particolare degli atti normativi comunitari, nei casi in cui questi intervengano in materie che la Costituzione italiana attribuisce alla competenza regionale. Il problema è sorto negli anni settanta ed ottanta a fronte della sempre maggiore profondità del processo di integrazione europea, in virtù del quale alcune competenze regionali sono state trasferite dapprima alla Comunità e poi all'Unione europea[48] (si pensi all'agricoltura). In tali materie, la potestà di partecipare alla formazione degli atti comunitari veniva esercitata dallo Stato, con la conseguenza che tali spostamenti di competenza avvenivano direttamente a svantaggio delle Regioni e a vantaggio dell'Unione europea, ma attribuivano allo Stato un potere di incidere sulle competenze trasferite a livello comunitario che non era invece riconosciuto alle Regioni. Di qui la necessità di una compensazione, che è stata individuata in due ambiti: a) la facoltà di partecipare alla formazione degli atti normativi comunitari (*fase ascendente*); b) la facoltà di partecipare all'attuazione ed all'esecuzione nel diritto interno italiano degli atti normativi comunitari, laddove necessaria (*fase discendente*). Tali facoltà sono ora espressamente riconosciute alle Regioni dall'art. 117, 5° comma, Cost.

---

giudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini". In secondo luogo, l'art. 8, 1° comma, stabilisce che il Governo è tenuto ad impugnare la legge regionale anche su proposta della Conferenza Stato-Città e autonomie locali.

[47] Si v. l'art. 122, 2° comma, (introdotto dalla legge cost. n. 1/1999 e che menziona il Parlamento europeo), e gli art. 117, 1° e 5° comma e l'art. 120, 2° comma.

[48] Si v. al riguardo A. D'Atena, *Le Regioni italiane e la Comunità economica europea*, Giuffrè, Milano, 1981.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 67

Nel dare attuazione a tale disposizione, l'art. 5 della legge n. 131/2003 ha previsto per la *fase ascendente* della formazione degli atti normativi comunitari (regolamenti e direttive) la partecipazione di rappresentanze regionali alle delegazioni del Governo, che prendono parte alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea. Ferma restando la unitarietà della posizione della delegazione italiana, assicurata dal capo delegazione, quest'ultimo può essere anche un Presidente di Regione o di provincia autonoma, nelle materie di competenza residuale regionale. I rappresentanti delle Regioni dovranno essere individuati in Conferenza Stato-Regioni.

Per la *fase discendente*, la legge n. 131/2003 ha riconosciuto alle Regioni il potere di dare attuazione al diritto comunitario nelle materie di loro competenza, salva la facoltà dello Stato di indirizzare loro eventuali direttive, nelle materie di competenza concorrente, e di esercitare il potere sostitutivo in caso di inadempienza regionale.

Lo stesso art. 5, poi, prevede la facoltà del Governo di impugnare davanti alla Corte di Giustizia gli atti dell'Unione europea ritenuti lesivi delle competenze regionali, su richiesta di una delle Regioni o delle Province autonome. A tale facoltà subentra un vero e proprio obbligo ove la richiesta sia formulata dalla Conferenza Stato-Regioni, a maggioranza assoluta.

I.5.6.2. Il potere estero regionale

L'art. 117, 9° comma, consente poi alle Regioni, nelle materie di loro competenza, di "concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato"[49].

La legge n. 131/2003 ha dato esecuzione a tale disposizione differenziando nettamente le intese dagli accordi: le intese possono essere concluse con enti territoriali interni ad altri Stati, mentre gli accordi hanno come controparte uno Stato estero.

La legge n. 131 precisa che le Regioni possono concludere *intese* con enti territoriali interni ad altri Stati a due finalità: "favorire il loro sviluppo economico" e "realizzare attività di mero rilievo internazionale". Dal punto di vista procedurale la l. n. 131 prevede che la Regione dovrà dare *comunicazione delle intese* che intende concludere al Dipartimento affari regionali presso la Presidenza del Consiglio, che potrà formulare osservazioni. Le attività in questione non potranno dar luogo a valutazioni relative alla politica estera dello Stato.

---

[49] Al riguardo si v. D. FLORENZANO, *L'autonomia regionale nella dimensione internazionale*, Cedam, Padova, 2004.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 68

Quanto agli *accordi*, l'art. 6, 3° comma, della stessa legge n. 131/2003 stabilisce che le Regioni potranno concludere: a) accordi esecutivi e applicativi di accordi internazionali conclusi dallo Stato; b) accordi di natura amministrativa; c) accordi di natura programmatica finalizzati a promuovere lo sviluppo economico, sociale e culturale della Regione. La tipologia di accordi individuata dalla legge appare a prima vista piuttosto limitata, anche se la terza categoria si presta ad includere tipologie molto varie di atti bilaterali. La l. n. 131 ha regolato anche la procedura che la Regione dovrà seguire: dell'iniziativa di concludere un accordo con uno Stato estero, la Regione dovrà dare "tempestiva comunicazione" al Ministero degli esteri e al Dipartimento affari regionali. Il Ministero degli esteri potrà indicare i criteri da seguire nella trattativa e offrire il supporto delle rappresentanze diplomatiche italiane. Prima della sottoscrizione dell'accordo, la Regione dovrà comunicare al Ministero degli affari esteri "il relativo prospetto" e potrà ottenere il conferimento dei "pieni poteri di firma". Tale possibilità è però subordinata a valutazioni – compiute dal Ministero degli Esteri, sentito il Dipartimento affari regionali – non solo di legittimità, ma anche di opportunità politica. In caso di contrasti fra la Regione interessata e il Ministero degli Esteri la sede decisionale viene individuata nel Consiglio dei Ministri e non si prende minimamente in considerazione l'ipotesi di una fase parlamentare del procedimento.

I.5.6.3. Il potere sostitutivo statale

La riforma del titolo V non si è solo preoccupata di ripartire le funzioni legislative ed amministrative fra lo Stato e le Regioni e gli enti locali, ma ha avuto anche cura di individuare misure da adottare nei casi di inadempienza da parte dei livelli territoriali minori all'esercizio di competenze loro costituzionalmente attribuite. Nei casi in cui tali inadempienze ledano beni costituzionalmente rilevanti, l'art. 117, 5° comma, e l'art. 120, 2° comma, hanno previsto che lo Stato possa esercitare il potere sostitutivo.

Le cause che giustificano la sostituzione statale sono:

a) l'esistenza di un grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica;

b) la necessità di tutelare l'unità giuridica od economica;

c) la necessità di tutelare i livelli essenziali dei diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali;

d) il mancato rispetto di norme e trattati internazionali e della normativa comunitaria;

e) la mancata attuazione degli obblighi internazionali o del diritto comunitario.

La differenza fra queste due ultime ipotesi consiste nel fatto che, in primo luogo, la mancata attuazione del diritto internazionale o comunitario può

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 69

aver luogo solo da parte delle Regioni, mentre il mancato rispetto di norme internazionali o comunitarie può riguardare anche gli enti locali (Comuni, Province e Città metropolitane); e in secondo luogo nel fatto che la mancata attuazione configura una inerzia nell'adozione di un atto costituzionalmente dovuto, mentre il mancato rispetto potrebbe consistere anche in un comportamento contrario alle norme internazionali o comunitarie.

Le procedure per l'esercizio del potere sostitutivo sono rimesse dalla Cost. alla legge ordinaria, nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. L'art. 8 della legge n. 131/2003 è intervenuto a dare adempimento a tale mandato costituzionale (abrogando la disciplina in precedenza in vigore, ovvero l'art. 5 del decreto legislativo n. 112/1998). Esso prevede anzitutto che, qualora si verifichi una delle cause che legittima l'esercizio del potere sostitutivo statale, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del ministro competente in materia, possa fissare all'ente locale inadempiente un termine "per adottare i provvedimenti dovuti o necessari". Decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei Ministri "adotta i provvedimenti necessari", fra i quali l'art. 8 include espressamente provvedimenti di natura normativa e la nomina di un commissario.

La legge ha così ritenuto implicitamente ammissibile la sostituzione non solo di atti amministrativi di Regioni ed enti locali, ma anche di atti normativi. Non è però chiaro se fra questi ultimi rientrino anche le leggi regionali: in favore della soluzione positiva sembrano indurre alcune delle cause indicate dall'art. 120 Cost. come legittimanti l'esercizio del potere sostitutivo (ad es. la tutela dell'unità giuridica ed economica); in favore dell'esclusione della sostituzione legislativa sembrerebbe invece rilevante il fatto che il potere sostitutivo viene attribuito non al Parlamento ma al Governo, che quindi, ove esercitasse una sostituzione normativa, assumerebbe un potere normativo in forme non predeterminate dalla Costituzione.

Riguardo alla nomina di un commissario, essa deve aver luogo, secondo l'art. 8, 3° comma, della l. n. 131/2003 con modalità che rispettino i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

In generale, poi, è prescritto che i poteri sostitutivi siano proporzionati alle finalità perseguite (art. 8, 5° comma): e nel principio di proporzionalità qui evidenziato si può vedere uno sviluppo del principio di sussidiarietà, che dovrebbe imporre che l'intervento statale abbia luogo solo nella misura necessaria. L'art. 8 non individua però le modalità per il recupero da parte dell'ente locale della facoltà di esercitare il potere per il quale esso sia stato sostituito dallo Stato, il che, specie per eventuali casi di sostituzione normativa sembrerebbe reso necessario dal principio di sussidiarietà. A questo proposito, tuttavia, si deve tenere presente che la Corte Costituzionale ha precisato che "il fine a cui tende l'esercizio del potere statale di sostituirsi a organi della regione, per l'ipotesi di loro inerzia (...) è il compimento di un atto necessario, non già la definitiva alterazione del riparto

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 70

di competenze" e che "dopo l'avvio del procedimento di sostituzione, ma prima che lo Stato abbia posto in essere alcuna significativa attività strumentale alla realizzazione del piano" (da generalizzare) "nulla impedisce alla regione di esercitare competenze sue proprie, così come nulla le impedirebbe, una volta che il piano fosse adottato in via sostitutiva, di modificarlo in tutto o in parte" (ord. n. 53/2003).

Il potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120, 2° co., Cost., non costituisce tuttavia l'unica forma di potere sostitutivo prevista nell'ordinamento italiano. Secondo la Corte (sent. n. 43/2004), infatti, tale disposizione non ha abrogato la disciplina preesistente, ma ha introdotto un potere governativo di tipo nuovo, un potere "straordinario", finalizzato alla tutela di alcuni, tipizzati, interessi unitari. La previsione di tale potere sostitutivo non esclude il permanere degli "ordinari" poteri sostitutivi statali e regionali, già previsti dalla legislazione precedente. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni, al riguardo, segue quello delle funzioni legislative, spettando tale potere allo Stato per le materie dell'art.117, 2° comma, alle Regioni in tutti degli altri casi. Secondo la Corte, "il carattere straordinario e 'aggiuntivo' degli interventi governativi previsti dall'art. 120, comma 2, risulta sia dal fatto che esso allude a emergenze istituzionali di particolare gravità, che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica, sia dalla circostanza che nulla, nella norma, lascia pensare che si sia inteso con essa smentire una consolidata tradizione legislativa, che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi, nei confronti degli enti locali, ad opera di organi regionali, anche diversi dagli organi di controllo già previsti dall'ora abrogato art. 130 della Costituzione. Pertanto è da escludere anche che da questa norma costituzionale si possa far discendere una riserva a favore della legge statale di ogni disciplina dell'esercizio di detti ulteriori poteri sostitutivi". Per quanto attiene ai poteri sostitutivi previsti a livello regionale, la Corte ha individuato alcune garanzie minimali che la disciplina regionale deve assicurare: a) le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi debbono essere previste e disciplinate dalla legge regionale; b) la sostituzione può prevedersi esclusivamente per il compimento di atti o di attività "prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*)", la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo; c) il potere sostitutivo deve essere esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo, in quanto incide sull'autonomia, costituzionalmente rilevante, dell'ente sostituito; d) la legge deve apprestare congrue garanzie procedimentali per l'esercizio del potere sostitutivo, in conformità al principio di leale collaborazione.

I.5.6.4. La potestà regolamentare regionale

Infine l'art 117, 6° co., stabilisce un riparto della potestà regolamentare fra Stato e Regioni, in virtù della quale la potestà regolamentare spetta alle

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 71

Regioni in ogni materia, escluse quelle riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, salva la possibilità di delega da parte dello Stato alle Regioni e ferma la riserva di una potestà regolamentare agli enti locali nelle materie loro proprie.

La legge costituzionale n. 1/1999 ha modificato la disciplina dei regolamenti regionali, sopprimendo l'attribuzione costituzionale di competenza all'adozione dei regolamenti al Consiglio regionale (art. 121, 2° comma) e stabilendo che il Presidente della Giunta regionale non «promulga» più i regolamenti regionali (vecchio testo dell'art. 122, 4° comma), ma li «emana». La legge cost. n. 3/2001 è poi intervenuta sulla potestà regolamentare regionale in maniera ancor più significativa, stabilendo una regola espressa sul riparto della potestà regolamentare fra Stato e Regioni. Ai sensi del nuovo art. 117, 6° comma, infatti: a) la potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni materia, salvo le materie spettanti alla competenza esclusiva dello Stato; b) nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, la potestà regolamentare può essere delegata alle Regioni; c) anche gli enti locali minori godono di potestà regolamentare nell'esercizio delle loro attribuzioni.

Il problema logicamente centrale in materia di potestà regolamentare regionale è quello delle *materie* nelle quali i regolamenti regionali (siano essi adottati dalla Giunta o dal Consiglio, siano essi esecutivi, integrativi o indipendenti) potranno intervenire.

La regola generale è fissata dall'art. 117, 6° comma, il quale stabilisce un parallelismo tra potestà legislativa e potestà regolamentare. Pertanto *la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle sole materie in cui esso possiede una competenza legislativa esclusiva, mentre spetta alle Regioni in tutte le altre materie* (siano esse di competenza concorrente o di competenza residuale).

La restrizione alle materie del 2° comma dell'art. 117 della potestà regolamentare statale non impedisce che questa possa trovare tuttora notevoli spazi, specie se si considera la natura "trasversale" di talune competenze statali, grazie alle quali lo Stato può tuttora esercitare la potestà regolamentare in materie regionali. E ciò è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale, la quale, nella sent. n. 88/2003, ha ammesso che, in base alla competenza a determinare "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale" (art. 117, 2° comma, lett. m), il Governo può adottare regolamenti, purché sulla base di norme legislative. Analoga facoltà è stata riconosciuta al Governo statale in un'altra materia trasversale, la tutela della concorrenza (sent. n. 7/2004 della Corte cost.).

Ulteriori tecniche di mobilità del riparto ora visto della potestà regolamentare dipendono, da un lato, dalla potestà del Governo di *delegare* alle Regioni la potestà regolamentare nelle materie di competenza esclusiva

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 72

dello Stato. Verosimilmente tale competenza sostituisce la potestà legislativa attuativa che, in base al testo originario dell'art. 117, poteva essere delegata dallo Stato alla Regione (e della cui natura sostanzialmente legislativa si era fondatamente dubitato in dottrina).

D'altro lato, in base all'interpretazione del principio di sussidiarietà accolta dalla Corte costituzionale (sent. n. 303/2003), lo Stato, che può risucchiare verso l'alto potestà legislative regionali sulla base di tale principio, dovrebbe poter attrarre a sé anche la potestà di adottare regolamenti.

Vi è poi il problema dell'individuazione dell'*organo* regionale abilitato ad esercitare la potestà regolamentare. Il testo originario della Costituzione era molto chiaro al riguardo e precisava che tale potestà era esercitata dal Consiglio regionale, mentre i regolamenti avrebbero dovuto essere promulgati dal Presidente della Giunta regionale. La legge cost. n. 1/1999 ha soppresso l'attribuzione al Consiglio regionale della potestà regolamentare, senza però precisare a quale organo essa ora vada attribuita.

A fronte di questa nuova situazione, una parte della dottrina ha ipotizzato che la titolarità della potestà regolamentare sarebbe stata automaticamente attribuita alla Giunta, anche in considerazione del fatto che tale scelta ben si coordina con l'opzione da parte della legge cost. n. 1/1999 per l'elezione diretta del Presidente della Giunta, e quindi per il rafforzamento del potere esecutivo rispetto al Consiglio regionale.

Questa conclusione deve essere respinta, come del resto ha confermato la Corte cost. nella sent. n. 313/2003 (ribadita subito dopo nella sent. n. 338/2003) dopo un articolato dibattito dottrinale.

Deve infatti escludersi che esista una correlazione automatica tra l'adozione di una determinata forma di governo e la spettanza ad un certo organo della potestà regolamentare e, in particolare, che alla elezione diretta del Presidente della Giunta debba necessariamente fare seguito la spettanza della potestà regolamentare alla Giunta o al suo Presidente. Inoltre il sopravvenuto silenzio dell'art. 121 sulla spettanza della potestà regolamentare regionale va inteso non come una attribuzione tacita di tale potere alla Giunta, ma come rinvio della scelta in materia alla fonte competente a disciplinare l'organizzazione regionale, cioè lo statuto, il quale non dovrebbe incontrare altri vincoli salvo appunto quello rappresentato dalla «emanazione» con decreto del Presidente della Giunta. Gli statuti potranno quindi attribuire la potestà regolamentare al Consiglio, alla Giunta, distribuirla fra questi due organi o individuare forme di partecipazione di entrambi all'esercizio di essa (una soluzione di quest'ultimo tipo è ad es. prevista dal nuovo statuto pugliese[50]). Si può persino ipotizzare che talune potestà regolamentari siano attribuite al solo Presidente della Giunta.

[50] L'art. 44, 2° comma, dello statuto della Regione Puglia prevede che "i regolamenti sono sottoposti al parere preventivo, non vincolante, delle Commissioni consiliari competenti per materia".

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 73

I.5.6.5. Le Regioni speciali e il regionalismo differenziato

La riforma ha anche confermato la distinzione delle Regioni nelle due categorie delle Regioni ordinarie e delle Regioni speciali, e in particolare l'art. 10 della legge cost. n. 3/2001 ha stabilito che nell'attesa della riforma degli statuti speciali siano automaticamente riconosciute alle Regioni speciali le competenze che il nuovo titolo V ha attribuito alle Regioni ordinarie, ove esse non fossero già di spettanza delle Regioni speciali in base ai rispettivi statuti.

Nel momento in cui ha confermato la distinzione fra Regioni ordinarie e Regioni speciali, il nuovo titolo V ha inoltre inteso dare rilievo alle aspirazioni alla ulteriore diffusione della specialità, che erano presenti in talune Regioni dell'Italia settentrionale nella seconda metà degli anni novanta.

A tal fine, l'art. 116, 3° co., consente che alle Regioni che ne facciano richiesta possano essere attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nelle materie di competenza concorrente ed in alcune materie di competenza esclusiva statale (giustizia di pace, norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali). Si tratta del c.d. "regionalismo differenziato", che ha tratto ispirazione dal modello spagnolo della differenziazione delle competenze trasferite alle Comunità autonome mediante i rispettivi statuti, sulla base di un quadro procedimentale fissato in Costituzione[51]. Per realizzare tale trasferimento è necessario seguire una procedura particolare che prevede:

a) la richiesta della Regione interessata;

b) il parere degli enti locali di tale Regione;

c) una intesa fra il governo statale e la Regione stessa;

d) l'approvazione di tale intesa con legge adottata a maggioranza assoluta dalle due Camere.

Oltre alla condizione sostanziale rappresentata dal tipo di materia in cui tale procedura può incidere (essa può riguardare solo le materie di competenza concorrente e le materie di competenza esclusiva statale indicate poco sopra), l'art. 116 prevede che la procedura in questione debba rispettare le norme sull'autonomia finanziaria di cui all'art. 119, cioè che la devoluzione di ulteriori competenze sia finanziariamente sostenibile da parte della Regione.

Si è così posta una premessa per l'ampliamento dell'autonomia legislativa di talune Regioni su materie che altre non siano in grado di gestire, prendendo atto del diverso grado di predisposizione all'autonomia esistente nelle Regioni italiane. La procedura di cui all'art. 116, 3° comma,

[51] Per un'analisi dei dati in cui va contestualizzato il problema, ed una comparazione con l'ordinamento spagnolo, si v. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Giuffré, Milano, 2001.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 74

dovrebbe consentire di derogare al riparto di competenze fra Stato e Regioni, incrementando l'autonomia legislativa di quelle Regioni che raggiungessero una apposita intesa con lo Stato in materia. Tale procedura, inoltre, sembrerebbe dover trovare applicazione non solo per la devoluzione di competenze legislative ed amministrative alle Regioni, ma anche per un eventuale riappropriazione delle stesse da parte dello Stato, che sembrerebbe assoggettata alle medesime regole procedimentali. Si tratta, però, di una disposizione sinora mai applicata.

I.6. LE SCELTE MANCATE DELLA RIFORMA DEL TITOLO V: LA COOPERAZIONE, SISTEMA DELLE CONFERENZE E SECONDA CAMERA

Su tre punti, fra loro connessi, la riforma costituzionale ha taciuto quasi del tutto.

L'impianto del sistema introdotto dalla legge cost. n. 3/2001 sembra ispirato ad una versione aggiornata di un federalismo basato sul criterio della separazione delle competenze. La dimensione cooperativa del federalismo e del regionalismo[52], rivelatasi inevitabile nella prassi, è stata sostanzialmente ignorata dalla riforma, la quale menziona solo occasionalmente il principio di "leale cooperazione"[53], che pure era stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma del titolo V, non ha previsto alcun fondamento costituzionale per il sistema delle conferenze (la Conferenza dei Presidenti delle Regioni, la Conferenza Stato-Regioni, la Conferenza Stato-città-autonomia locali, la Conferenza unificata[54]), ovvero delle principali sedi di cooperazione fra esecutivi praticata nel sistema italiano delle autonomie[55]. La dimensione procedurale del regionalismo cooperativo è stata invece menzionata nelle due disposizioni che fanno cenno alle intese (art. 117, 8° co., per le intese fra Regioni e art. 117, 3° co., per le intese fra Stato e Regioni nelle materie dell'immigrazione e dell'ordine pubblico e sicurezza).

Ma il grande assente dalla riforma è la regionalizzazione della seconda Camera. Il tema della trasformazione del Senato in una Camera delle Regioni o, più latamente, in una Camera di rappresentanza territoriale, è stato presente nel dibattito sulla riforma del regionalismo italiano sin dagli anni ot-

---

[52] Su questo tema si v. R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Cedam, Padova, 1995.

[53] Tale principio viene menzionato dall'art. 120, 2° co., a proposito delle modalità di esercizio del potere sostitutivo.

[54] Il sistema delle Conferenze è disciplinato dal decreto legislativo n. 281/1997.

[55] Sulla Conferenza Stato-Regioni si v. G. Pastori, *La conferenza Stato-Regioni fra strategia e gestione*, in *Le Regioni*, 1994, n. 5, p. 1261 ss.; F.S. Marini, *La pseudo-collaborazione di tipo organizzativo. Il caso della Conferenza Stato-Regioni*, in *Rassegna Parlamentare*, 2001, n. 3, p. 649 ss. e, sulla prassi recente I. Riggiu, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e nella XIV legislatura*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1, p. 195 ss. e ivi bibliografia.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 75

tanta[56]. Le soluzioni prospettate nei progetti di riforma costituzionale elaborati in sedi ufficiali (le varie Commissioni bicamerali, il Comitato Speroni) hanno in genere rivelato un approccio debole, attestandosi, soprattutto nella fase più recente, su alcune scelte di fondo: a) per la composizione, la preferenza per l'elezione a suffragio universale dei senatori, in continuità con il sistema attuale, nonostante l'esigenza di superare quest'ultimo sia la ragione della riforma; b) per le funzioni, il superamento del bicameralismo paritario oggi in vigore; c) la limitazione del rapporto fiduciario (ed in genere anche del potere presidenziale di scioglimento anticipato) alla sola Camera; d) la previsione di una pluralità di procedimenti legislativi, e in particolare la distinzione tra procedimenti legislativi nei quali le due Camere resterebbero su un piano di parità e di procedimenti nei quali la Camera dei deputati avrebbe un potere di decisione prevalente rispetto al Senato.

Niente di tutto ciò ha potuto trovare posto nella riforma del titolo V approvata nel 2001, anche per la resistenza dei senatori di entrambe le coalizioni a vedere diminuita la posizione costituzionale dell'organo di cui sono membri. Tuttavia la riforma non ha inteso tacere del tutto sul problema, di cui ha tenuto conto in una disposizione transitoria, l'art. 11, il quale ha previsto che – sino alla riforma della parte della Costituzione relativa al Parlamento – la Commissione parlamentare per le questioni regionali sia *integrata* da un numero di rappresentanti del sistema delle autonomie eguale a quello dei membri parlamentari[57] e che nella sua composizione integrata la Commissione sia chiamata ad emettere pareri obbligatori sulle leggi cornice nelle materie di competenza concorrente e sui disegni di legge in materia di finanza regionale e locale[58]. In caso di parere contrario della Commissione, i disegni di legge in questione potranno essere approvati dalle Camere solo a maggioranza assoluta.

Questa forma originale di partecipazione delle autonomie locali alla funzione legislativa statale dovrà essere attuata dalla legge statale – che dovrà definire la composizione della "integrazione" autonomistica della Commissione – e dai regolamenti delle due Camere, competenti a stabilire il

---

[56] Su questo dibattito si v. L. VIOLINI, *Bundesrat e Camera delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1989; B. PEZZINI, *Il* Bundesrat *della Germania federale. Il modello tedesco e la riforma del bicameralismo nello stato a base regionale*, Giuffrè, Milano, 1990; F. RESCIGNO, *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano*, Giuffrè, Milano, 1995; G. FALCON, *Per una Camera territoriale: problemi e scelte*, in *Le Regioni*, 1997, n. 2-3, p. 425 ss.; G. FALCON, *Il modello Bundesrat e le riforme istituzionali italiane*, in *Le Regioni*, 1997, n. 2-3, p. 277 ss.; G.M. SALERNO, *Il Senato tra riforma del bicameralismo e rappresentanza degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 1998, n. 2, p. 9 ss.; R. TOSI, *La seconda Camera*, in *Le Regioni*, 1997, n. 6, p. 993 ss.; F. BERTOLINI, *La riforma della Camera delle autonomie fra rappresentanza politica e rappresentanza territoriale*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, n. 4, p. 1003 ss.

[57] La Commissione parlamentare per le questioni regionali, menzionata anche dall'art. 126, 1° co., Cost., è composta da 40 membri, secondo la legge n. 775/1970.

[58] Questa soluzione per la partecipazione delle autonomie (e in particolare delle Regioni) alla funzione legislativa statale non è nuova nel dibattito costituzionale italiano. Precedenti di essa furono discussi già in Assemblea costituente e furono poi ripresi dai lavori della Commissione Bozzi (1983-1985) e dalla Commissione D'Alema (1997-1998).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 76

modo di esercizio delle sue funzioni (ad es. precisando se i rappresentanti non parlamentari voteranno per testa o per categoria). A oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001, l'art. 11 è però inattuato.

I.7. LA RIFORMA FRA ATTUAZIONE E ULTERIORE RIFORMA: IL CAMMINO DELLA XIV LEGISLATURA

I.7.1. L'attuazione del titolo V: legge n. 131/2003 e n. 11/2005

Il nuovo titolo V richiede una serie di interventi ulteriori per la sua attuazione. Diversamente dalla Costituzione del 1947, la riforma del 2001 non ha previsto percorsi appositi per la propria attuazione, come il trasferimento delle nuove funzioni regionali e locali. Tuttavia il nuovo testo costituzionale pullula di riserve di legge per rendere operative le innovazioni che esso contiene[59]. Pertanto la riforma del 2001 era sin dall'inizio sospesa tra autoapplicazione ed attuazione mediante l'*interpositio legislatoris*[60].

Il legislatore statale è effettivamente intervenuto dopo due anni con una legge generale di attuazione (legge n. 131/2003), mentre le Regioni tentavano di utilizzare direttamente i nuovi poteri loro attribuiti dalla riforma. La legge generale di attuazione – legata al nome del ministro per gli affari regionali Enrico La Loggia – è entrata in vigore nella primavera del 2003[61].

Al centro della legge vi sono tre maxi-deleghe legislative al Governo, finalizzate a: 1) operare una ricognizione dei principi fondamentali attualmente vigenti nelle materie di competenza legislativa concorrente fra Stato e Regioni. La delega è finalizzata a creare un quadro di certezze nelle materie di competenza concorrente, nell'attesa che siano emanate da parte dello Stato leggi cornice per le singole materie[62]. 2) Racco-

---

[59] Nel nuovo titolo V sono previste riserve di legge negli art. 114, 3° co. (ordinamento di Roma capitale), 116, 3° co., (regionalismo differenziato), 117, 5° co., (partecipazione delle Regioni alla formazione e all'attuazione del diritto comunitario), 117, 9° co. (potere estero regionale), 118 (allocazione delle funzioni amministrative; intese e coordinamento in materie determinate), 119 (autonomia finanziaria); 120, 2° co., (potere sostitutivo statale). Si consideri poi che alcune delle materie di competenza esclusiva dello Stato richiedono un intervento legislativo necessario per il completamento della riforma (si tratta soprattutto della determinazione delle funzioni fondamentali degli enti locali, di cui all'art. 117, 2° co., lett. p).

[60] Al riguardo si v. un quadro dei problemi in T. GROPPI, *La legge costituzionale n. 3/2001 tra attuazione e autoapplicazione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 219 ss.

[61] Si v. al riguardo G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Il Mulino, Bologna, 2003; P. CAVALERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Torino, 2004.

[62] Così l'art. 1, 4° comma, della legge n. 131/2003. La sent. n. 280/2004 ha reputato costituzionalmente legittima tale delega, alla sola condizione che i decreti delegati abbiano carattere meramente ricognitivo delle norme vigenti. Per questo stesso motivo, la Corte ha dichiarato incostituzionali i commi 5 e 6 dell'art. 1 della stessa legge La Loggia, laddove il governo veniva delegato a stabilire quali norme statali nelle materie di competenza concorrente fossero di competenza esclusiva dello Stato sulla base di materie "trasversali" di cui all'art. 117, 2° comma.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 77

gliere in testi unici meramente compilativi le disposizioni legislative statali non di principio (cioè le norme di dettaglio) attualmente in vigore nelle materie di competenza concorrente (e che potranno essere messe liberamente da parte dalle Regioni che decidano di far uso della competenza concorrente di cui al 3° comma dell'art. 117)[63]. 3) Individuare le "funzioni fondamentali" delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni, compito che l'art. 117, 2° comma, lett. p) rimette alla legge statale[64]. Fra i principi previsti dalla delega vi è quello per cui le funzioni fondamentali degli enti locali dovranno essere individuate prevedendo, per ciascun ente, "la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte"; il Governo ha inoltre il potere di incidere sui contenuti della potestà statutaria degli enti locali, di prevedere meccanismi di raccordo fra Regioni ed enti locali, di modificare l'ordinamento finanziario degli enti locali e di procedere alla revisione delle disposizioni del testo unico degli enti locali (decreto legislativo n. 267/2000) che contrastino con il nuovo titolo V della parte II della Costituzione, di rivedere le procedure per l'istituzione delle Città metropolitane, definendone tra l'altro gli organi di governo e le cause di ineleggibilità e di incompatibilità.

Oltre ad avere dato attuazione a varie disposizioni del titolo V che si sono viste sopra, la legge n. 131/2003 è intervenuta su due punti significativi.

Nel suo art. 4, essa regola potestà normativa degli enti locali (Comuni, Province, Città metropolitane), occupandosi delle due fonti tradizionali di tali enti: lo statuto e il regolamento. Lo statuto disciplina "i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare". Alla potestà regolamentare degli enti locali è invece attribuita – in ottemperanza al nuovo art. 117, 6° comma, Cost. – "la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane", nei limiti delle leggi statali e regionali.

L'art. 10 della legge n. 131/2003 contiene poi una disciplina di base della figura del "Rappresentante dello Stato per i rapporti con le autonomie", il cui ruolo viene attribuito al prefetto preposto agli Uffici territoriali del Governo, che eredita alcune delle funzioni in precedenza svolte dal Commissario del Governo presso la Regione.

Alcune ulteriori novità sono poi contenute nella recente legge n. 11/2005, la quale ha disciplinato *ex novo* le procedure per la partecipazione dell'I-

[63] Art. 3 della legge n. 131/2003.

[64] Art. 2 della legge n. 131/2003.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 78

talia alla produzione degli atti normativi dell'Unione europea e per la loro esecuzione. Gli art. 5 e 6 di tale legge si occupano infatti della partecipazione delle Regioni e degli enti locali alla formazione degli atti comunitari.

L'art. 5 stabilisce che i progetti di regolamenti e direttive sono trasmessi alla Conferenza Stato-Regioni e alla Conferenza dei Presidenti regionali, indicando la data presunta per la loro discussione o adozione. Le Regioni possono trasmettere osservazioni sull'atto in questione, tramite il sistema delle Conferenze. Qualora un progetto di atto normativo comunitario riguardi una materia attribuita alla competenza legislativa delle regioni, il Governo convoca la Conferenza Stato-Regioni per raggiungere un'intesa. Su richiesta della Conferenza il Governo può apporre una riserva di esame in sede di Consiglio dei Ministri dell'Unione europea.

Procedure informative sono previste anche dall'art. 6 della legge n. 11/2005 qualora i progetti di atti comunitari "riguardino questioni di particolare rilevanza negli ambiti di competenza degli enti locali". In questi casi è la Conferenza Stato-città ed autonomie locali a svolgere da tramite.

Infine, una ulteriore legge di attuazione del titolo V è la legge cornice che, ai sensi dell'art. 122, 1° comma, stabilisce i principi fondamentali in materia di sistema di elezione e di cause di incompatibilità e di ineleggibilità dei Consiglieri regionali, nonché del Presidente e degli altri membri delle Giunte regionali. La legge n. 165/2004[65] ha adempiuto a tale mandato costituzionale con una disciplina molto scarna, e quindi rispettosa dell'autonomia regionale, che tuttavia, dal punto di vista materiale, include principi su oggetti (i limiti alla rielezione del Presidente della Giunta, le incompatibilità fra la posizione di membro della Giunta e di membro del Consiglio regionale e la necessaria contestualità delle elezioni del Consiglio e del Presidente) che sembrerebbero riguardare più la forma di governo regionale (e quindi la competenza degli statuti) che il sistema di elezione.

I.7.2. La giurisprudenza costituzionale

Un ruolo-chiave è spettato alla giurisprudenza costituzionale, la quale ha iniziato a pronunciarsi sulle questioni poste dal nuovo titolo V nel 2002. Nel periodo trascorso dall'entrata in vigore della riforma costituzionale si è registrata una vera e propria esplosione del contenzioso fra Stato e Regione.

Con due decisioni "strategiche" la Corte è sembrata aprire la via ad una stagione nuova, di respiro in qualche modo federale: si tratta delle sent. n. 282/2002 per la potestà legislativa e della sent. n. 304/2002 per la potestà statutaria. Nella prima la Corte è sembrata prendere molto sul serio l'art. 117, 4° co., laddove prevede la competenza legislativa generale-re-

[65] Al riguardo si v. M. Olivetti, *Commento alla legge n. 165/2004*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, n. 1.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 79

siduale delle Regioni, mentre nella seconda ha lasciato intravedere un ruolo molto significativo per gli statuti regionali, qualificati come vertice del sistema regionale delle fonti, e quindi, implicitamente, come sede in cui sono determinate le grandi scelte condizionanti per le funzioni regionali. Tuttavia gli spunti contenuti in tali decisioni sono stati ben presto abbandonati e, in buona parte delle questioni sottoposte alla sua decisione, la Corte ha seguito l'orientamento che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza sin dagli anni cinquanta, consistente nell'assecondare le scelte del legislatore statale, e nel limitarsi a correggerne di tanto in tanto taluni eccessi. La Corte ha in genere valorizzato gli "strumenti di garanzia dei beni e degli interessi unitari"[66], dando una lettura debole delle disposizioni costituzionali garantiste per le Regioni ed una lettura forte delle disposizioni limitative delle loro funzioni e delle attribuzioni dello Stato. Le tecniche utilizzate sono state diverse[67] e si sono mosse sulla base dell'idea che gli strumenti di garanzia dell'unità fossero impliciti nel principio unitario e non fossero limitati a quanto espressamente previsto dalla Costituzione. Da questo punto di vista, la Corte ha fatto proprie le preoccupazioni diffuse nella maggior parte della dottrina italiana, la quale ha affrontato il nuovo titolo V con un atteggiamento conservatore, timoroso del nuovo, sospettoso verso i nuovi margini di azione praticabili per le Regioni, come se il problema storico del regionalismo italiano non fosse, invece, quello di trovare un equilibrio che rendesse finalmente adulte le Regioni, pur nel quadro del principio di indivisibilità della Repubblica.

Questo atteggiamento della Corte ha avuto un peso negativo a fronte della strategia seguita dal legislatore statale nella XIV legislatura, che è sostanzialmente consistita nell'ignorare il nuovo titolo V[68] e nel continuare a legiferare su ogni materia, malgrado il nuovo riparto di competenze. In generale, la Corte ha valorizzato il principio di continuità, non solo affermando che le norme di legge statale e regionale in materie incise dal nuovo riparto di competenza avrebbero conservato la loro efficacia fino alla adozione di nuove leggi da parte dell'ente competente in base alla riforma del titolo V[69], ma anche nel senso che, nel dubbio circa la portata delle nuove norme costituzionali, queste ultime sono state interpretate alla luce della giurisprudenza precedente della stessa Corte. In questa prospettiva, l'assetto delle competenze in vigore prima del 2001 si è configurato come un limite ad interpretazioni delle nuove norme costituzionali che dessero luogo ad un peggioramento della posizione delle Regioni, ma ha spesso finito per impedire letture più favorevoli ad esse. In questo

---

[66] P. CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro it.*, 2004, parte V, col. 65.

[67] Si v. ad es. l'utilizzazione del criterio della "natura delle cose" nella sent. n. 240/2004.

[68] Lo rileva anche uno degli attuali giudici della Corte: U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in www.federalismi.it, n. 20/2004, p.4.

[69] Si v. le sent. n. 376/2002 e n. 13/2004

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 80

quadro, la Corte ha anche rinunciato a sviluppare gli spunti di carattere federale ravvisabili nel testo della riforma.

Un'altra caratteristica delle decisioni della Corte è stata la tendenza a "dare rilievo a tutti gli elementi di flessibilità presenti nella riforma, al fine di scongiurare il rischio che il nuovo sistema costituzionale assuma ... caratteri di eccessiva rigidezza"[70]: la Corte ha in tal modo ampliato notevolmente i propri margini di valutazione, spingendosi ad innovazioni per le quali un organo giurisdizionale non è fornito della necessaria legittimazione democratica (è il caso, soprattutto, della citata sent. n. 303/2003, ma anche della giurisprudenza in materia finanziaria e di potere sostitutivo). Ne è risultato un *vulnus* per la certezza del diritto, che ha operato soprattutto a danno delle Regioni.

Più in generale è difficile sistematizzare una giurisprudenza costituzionale che appare per lo più ispirata ad una logica di decisione caso per caso, senza che se ne possano dedurre criteri che spieghino – e quindi razionalizzino – le decisioni nel loro complesso.

I.7.3. I progetti di ulteriore revisione costituzionale (la c.d. "riforma della riforma")

Il tema delle riforme istituzionali ha attraversato tutta la XIV legislatura. Dopo che la riforma del sistema regionale, sulla base dello slogan della *devolution*[71], era stata parte del programma con cui la Casa delle Libertà aveva vinto le elezioni del 13 maggio 2001, già nell'estate del 2001 venne fatto informalmente circolare uno schema di disegno di legge di modifica del solo art. 117 Cost. (e di poche altre disposizioni[72]), ancora collocato nella prospettiva del titolo V originario, che, di lì a poco, a seguito del

---

[70] P. CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, cit., 65.

[71] Lo slogan della *devolution* era divenuto la nuova bandiera della Lega Nord, dopo la rinuncia ai progetti secessionisti avanzati nel 1996. Tale slogan mirava a dare un volto rassicurante alla proposta leghista, in vista del rientro della Lega nella coalizione di centro destra (2000), da cui era uscita alla fine del 1994.

[72] L'idea centrale del progetto Bossi era di inserire nell'art. 117 Cost. una disposizione che consentisse, alle Regioni che lo avessero voluto, di acquisire competenze legislative esclusive in materia di sanità, istruzione e sicurezza locale. La disposizione aveva il seguente tenore: «*Nei limiti dei principi fissati nella Costituzione, ciascuna Regione può attivare la propria competenza legislativa esclusiva per le seguenti materie: assistenza e organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione; definizione dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; pubblica sicurezza d'interesse locale*». Il progetto proponeva inoltre di modificare le procedure di nomina dei giudici costituzionali, stabilendo che «La Corte costituzionale è composta di quindici giudici, di cui tre nominati dal Presidente della Repubblica, tre dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, quattro dal Parlamento in seduta comune e cinque dai Presidenti delle Giunte e dei Consigli regionali riuniti in assemblea comune. I giudici della Corte costituzionale sono eletti dal Parlamento e dall'assemblea dei Presidenti delle Giunte e dei Consigli regionali con la maggioranza dei voti degli aventi diritto». Esso intendeva infine rafforzare l'inviolabilità dei parlamentari e dei consiglieri regionali.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 81

referendum costituzionale del 7 ottobre 2001, sarebbe stato modificato dalla legge cost. n. 3/2001.

In continuità con l'impostazione di tale schema, il 26 febbraio 2002 il governo presentò al Senato un disegno di legge costituzionale (Atto Senato n. 1187), volto ad introdurre nel (nuovo) art. 117 la competenza legislativa esclusiva delle Regioni nelle materie dell'«assistenza e organizzazione sanitaria»; dell'«organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche»; nonché della «definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione» e della «polizia locale»[73]. Dopo l'approvazione di tale disegno di legge da parte del Senato il 5 dicembre 2002, la Camera modificò il testo, approvandolo in una nuova versione il 14 aprile 2003, ma, dopo il ritorno del disegno di legge al Senato, e la sua assegnazione alla Commissione affari costituzionali, esso venne di fatto abbandonato.

Nella primavera del 2003, il governo annunciò la presentazione di un nuovo disegno di legge costituzionale, finalizzato a modificare più incisivamente il titolo V: in esso, il contenuto del disegno di legge n. 1187 era trasfuso in un progetto più ampio, che ritoccava il riparto di competenze fra Stato e Regioni contenuto nell'art. 117, mantenendo per il resto immutato l'impianto del testo costituzionale riformato nel 2001 (c.d. disegno di legge Bossi-La Loggia). A partire da questo momento iniziarono a manifestarsi due tendenze che avrebbero continuato a caratterizzare le fasi successive del dibattito: da un lato, l'esigenza di riequilibrare la *devolution*, bilanciandola con una revisione del catalogo di competenze e con la previsione di meccanismi posti a garanzia dell'interesse nazionale; dall'altro la domanda delle forze della coalizione di centro-destra diverse dalla Lega Nord di ottenere l'inserimento nel disegno di legge di riforma di temi che fossero espressione delle rispettive culture di partito, con la conseguente tendenza all'ampliamento del raggio d'azione del progetto riformatore. Ma anche il disegno di legge Bossi-La Loggia si arenò ben presto: trasmesso dal Governo alla Conferenza Stato-Regioni, esso non giunse mai all'esame delle Camere.

E' su questo sfondo che si collocano i lavori dei rappresentanti designati dai partiti della maggioranza, riuniti in una baita dolomitica a Lorenzago nell'agosto 2003. Da tali riunioni venne partorita una bozza (c.d. "bozza di Lorenzago"), che è stata presa come base dal Governo, il quale il 19 settembre 2003 ha presentato al Senato il disegno di legge n. 2544[74], che da quel momento è diventato la base del dibattito sulle riforme. La "bozza di Lorenzago" rappresenta un salto di qualità per quanto attiene alla porta-

---

[73] Su tale progetto v. L. VANDELLI, *Devolution e altre storie*, Il Mulino, Bologna, 2002 e M. OLIVETTI, *Talking about devolution*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, La Repubblica delle autonomie, II ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 275 ss.

[74] Atto Senato n. 2544, XIV legislatura.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 82

ta del progetto di revisione: se sino a quel momento esso aveva riguardato una parte certo rilevante del testo costituzionale, ma in fondo limitata al sistema delle autonomie, il testo che giungeva all'esame del Senato alla ripresa dell'attività politica, dopo la pausa estiva 2003, includeva numerosi altri oggetti. Composto di sei capi, ognuno dei quali volto a modificare ciascuno dei sei titoli di cui è composta la II parte della Costituzione, il disegno di legge n. 2544 concerneva il bicameralismo, la forma di governo, il sistema delle autonomie, le istituzioni di garanzia e la stessa procedura di revisione costituzionale, evidenziando uno spettro di interventi comparabile con i disegni globali di revisione degli anni novanta, elaborati dalla Commissione De Mita-Jotti, dal Comitato Speroni e dalla Commissione D'Alema.

Il disegno di legge n. 2544 è stato approvato dal Senato il 25 marzo 2004, con modificazioni rilevanti rispetto al disegno di legge governativo. Il 15 ottobre 2004 esso è stato a sua volta approvato dalla Camera[75], con ulteriori modificazioni. Il 23 marzo 2005 il Senato ha riapprovato, senza modificazioni, il testo licenziato dalla Camera dei deputati. Per la conclusione dell'*iter* della riforma sarà ora necessaria una seconda deliberazione di ciascuna delle due Camere, da adottarsi quantomeno a maggioranza assoluta, dopo la quale coloro che si oppongono alla riforma potranno richiedere un referendum confermativo, come è già accaduto nel 2001.

Il disegno di legge di riforma costituzionale ha un contenuto molto ampio: esso è diviso in sei parti, ciascuna delle quali modifica i sei titoli in cui è ripartita la parte II della Costituzione del 1947. Esso dunque non si limita a modificare il sistema delle autonomie, come la legge cost. n. 3/2001 e gli altri progetti di riforma elaborati nella XIV legislatura (e citati sopra), ma riscriverebbe – se fosse approvato – tutta la parte organizzativa della Costituzione. In questa sede verranno rapidamente illustrati i contenuti che riguardano – direttamente o indirettamente – il sistema delle autonomie.

In primo luogo il progetto di riforma costituzionale riformerebbe il Senato, che verrebbe denominato "Senato federale"[76] e dovrebbe realizzare l'antico progetto di una Camera delle Regioni.

Il Senato sarebbe composto di 252 senatori, eletti, su base regionale, a suffragio universale e diretto, contestualmente alla elezione dei Consigli regionali, che avrebbero un mandato eguale a quello del Consiglio della Regione in cui verrebbero eletti: in tal modo il Senato non verrebbe più eletto contestualmente alla Camera e potrebbe pertanto avere una maggioranza diversa da esso. Al Senato parteciperebbero inoltre, senza diritto di voto, rappresentanti delle Regioni e delle autonomie locali: ogni Consiglio regionale eleggerebbe un rappresentante della Regione, men-

[75] Atto Camera n. 4862, XIV legislatura.

[76] Così il nuovo testo dell'art. 55.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 83

tre ciascun Consiglio delle autonomie locali eleggerebbe un rappresentante delle autonomie locali[77].

Il Senato non si troverebbe più in posizione paritaria con la Camera per quanto attiene sia alla funzione legislativa, sia al rapporto fiduciario col Governo (come risulta attualmente sulla base degli art. 70 e 94 Cost.), ma parteciperebbe in posizione subordinata al procedimento legislativo e non verrebbe coinvolto nel rapporto di fiducia (e al tempo stesso non potrebbe essere sciolto anticipatamente, come è oggi possibile in base all'art. 88 Cost.).

Particolarmente complicata sarebbe la disciplina del procedimento legislativo. Alla attuale unitarietà del procedimento legislativo regolato dagli art. 70-74 Cost. subentrerebbero tre tipi-base di procedimenti: un procedimento nel quale Camera e Senato sarebbero tuttora in posizione paritaria (indicati dall'art. 70, 3° co.), uno in cui prevarrebbe la Camera (nelle materie di competenza legislativa statale) ed uno in cui prevarrebbe invece il Senato (nelle materie di competenza concorrente, per la fissazione dei principi fondamentali). Quest'ultima sarebbe una rarità nella prospettiva del diritto comparato, ma essa sarebbe destinata a venire meno qualora il Governo dichiarasse che proprie modifiche ad un disegno di legge sottoposto all'esame del Senato federale siano essenziali per l'attuazione del suo programma. In tal caso, previa autorizzazione del Presidente della Repubblica, il Governo potrebbe chiedere alla Camera di decidere definitivamente, con prevalenza sulla opinione del Senato[78].

Varie modifiche riguarderebbero poi direttamente il titolo V. In primo luogo verrebbe generalizzata la portata dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, i quali verrebbero espressamente menzionati nell'art. 114 come canoni per l'esercizio delle rispettive funzioni da parte degli enti territoriali.

In secondo luogo verrebbe modificato il procedimento di formazione degli statuti speciali, stabilendo che la legge costituzionale con cui sono approvati sia adottata previa intesa con la Regione interessata[79].

Le principali modifiche riguarderebbero però l'art. 117. Il riparto di competenze legislative verrebbe modificato attribuendo alle Regioni competenze esclusive nelle quattro materie già menzionate nei precedenti progetti di riforma costituzionale (e previsti nel programma della coalizione di centro-destra nel 2001 come base per l'accordo fra la Lega Nord e gli altri partiti di centro-destra): assistenza e organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica; gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia

[77] Così il nuovo testo dell'art. 57. Per la Regione Trentino-Alto Adige i rappresentanti sarebbero due per ogni Provincia autonoma e verrebbero eletti dai Consigli Provinciali e dai Consigli provinciali delle autonomie locali.

[78] Così il nuovo testo dell'art. 70.

[79] Così il nuovo testo dell'art. 116.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 84

delle istituzioni scolastiche; definizione dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; polizia amministrativa regionale e locale. Tuttavia, questa innovazione verrebbe bilanciata dal rafforzamento delle competenze statali in materie con esse connesse, quali, anzitutto, la "tutela della salute", la quale diverrebbe, da competenza concorrente (quale è attualmente) competenza esclusiva statale. Più in generale varie materie verrebbero riportate nella sfera di competenza esclusiva statale[80], mentre verrebbe modificato l'elenco delle materie di competenza concorrente non solo per spostare alcune materie fra le competenze esclusive, ma anche per limitare alla dimensione regionale la portata di alcune materie che rimarrebbero oggetto di competenza concorrente[81]. L'impatto complessivo di questa riforma del riparto di competenze appare poco chiaro ed ispirato a criteri fra loro contraddittori: da un lato la qualificazione come "esclusive" delle competenze legislative residuali delle Regioni, alcune delle quali (quelle oggetto del programma della *devolution*, sopra menzionate) verrebbero fatte oggetto di espressa enumerazione; dall'altro un riaccentramento di funzioni legislative statali in vari settori, talora mirando a correggere alcune incongruenze degli elenchi di materie previsti nell'attuale titolo V, talaltra mirando, come si diceva, a bilanciare l'effetto di decentralizzazione prodotto dalla c.d. *devolution*.

Il nuovo art. 118, 3° co., costituzionalizzerebbe poi la Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza Stato-autonomie locali, demandandone la disciplina alla legge statale.

Il principio di sussidiarietà "orizzontale", oggi previsto dall'art. 118, 4° co., verrebbe rinforzato prevedendo che l'autonoma iniziativa dei cittadini,

---

[80] Si tratterebbe delle seguenti materie, che verrebbero aggiunte all'elenco dell'art. 117, 2° co.: la «promozione internazionale del sistema economico e produttivo nazionale», la «politica monetaria»; la «tutela del credito»; le «organizzazioni comuni di mercato», le «norme generali sulla tutela della salute; sicurezza e qualità alimentari», la «sicurezza del lavoro», l'«ordinamento della capitale», le «grandi reti strategiche di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza», l'«ordinamento della comunicazione», l'«ordinamento delle professioni intellettuali; ordinamento sportivo nazionale», la «produzione strategica, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia»

[81] Le modificazioni all'art. 117, 3°co., sarebbero le seguenti: All'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) sono soppresse le parole: «e sicurezza»;
b) sono soppresse le parole: «tutela della salute;»;
c) dopo le parole: «ordinamento sportivo» è inserita la seguente: «regionale»;
d) le parole: «grandi reti di trasporto e di navigazione» sono sostituite dalle seguenti: «reti di trasporto e di navigazione»;
e) le parole: «ordinamento della comunicazione» sono sostituite dalle seguenti: «comunicazione di interesse regionale, ivi compresa l'emittenza in ambito regionale; promozione in ambito regionale dello sviluppo
delle comunicazioni elettroniche»;
f) le parole: «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» sono sostituite dalle seguenti: «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia»;
g) le parole: «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale» sono sostituite dalle seguenti: «istituti di credito a carattere regionale».

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 85

singoli e associati, per lo svolgimento di finalità di interesse generale, può essere favorita "anche attraverso misure fiscali" e riconoscendo espressamente il ruolo degli enti di autonomia funzionale (Camere di Commercio, Università), ignorati dall'attuale art. 118.

La disciplina costituzionale del potere sostitutivo verrebbe modificata precisando che la sostituzione prevista dall'art. 120 potrebbe avere ad oggetto sia le funzioni amministrative sia quelle legislative e sopprimendo il riferimento al "Governo" quale soggetto abilitato ad operare la sostituzione con quella più generica allo "Stato".

Una serie di modifiche riguarderebbero poi gli organi di governo regionale. La legge statale verrebbe abilitata a stabilire anche i criteri di composizione degli organi regionali. Sarebbe vietata la rielezione del Presidente della Giunta regionale per più di due mandati consecutivi; il Consiglio delle autonomie locali diverrebbe un organo non solo di consultazione, ma anche di concertazione e di raccordo fra Regione ed enti locali; verrebbero flessibilizzati alcuni automatismi della forma di governo regionale[82]. Infine verrebbe prevista una procedura specifica finalizzata a garantire l'interesse nazionale da eventuali lesioni apportate ad esso dalle leggi regionali. In base ad essa, «il Governo, qualora ritenga che una legge regionale o parte di essa pregiudichi l'interesse nazionale della Repubblica, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione invita la Regione a rimuovere le disposizioni pregiudizievoli. Qualora entro i successivi quindici giorni il Consiglio regionale non rimuova la causa del pregiudizio, il Governo, entro gli ulteriori quindici giorni, sottopone la questione al Parlamento in seduta comune che, entro gli ulteriori quindici giorni, con deliberazione adottata a maggioranza assoluta dei propri componenti, può annullare la legge o sue disposizioni. Il Presidente della Repubblica, entro i successivi dieci giorni, emana il conseguente decreto di annullamento» (art. 127, 3° comma).

Infine, verrebbe riservata al Senato federale l'elezione di quattro dei cinque giudici costituzionali: vi è qui l'idea che in uno Stato federale, l'organo che garantisce il rispetto del riparto di competenza sia composto in parte di giudici di derivazione regionale, sia pure indiretta (cioè attraverso il Senato, che sarebbe integrato dai Presidenti delle Regioni)[83].

Si tratterebbe, dunque, di un intervento di ampia portata sul sistema regionale italiano. Al di là delle critiche che è possibile formulare al suo contenuto – la principale delle quali rimane la contraddittorietà del disegno

[82] In particolare verrebbe precisato che: "Non si fa luogo a dimissioni della Giunta e a scioglimento del Consiglio in caso di morte o impedimento permanente del Presidente della Giunta. In tale caso, lo statuto regionale disciplina la nomina di un nuovo Presidente, cui si applicano le disposizioni previste per il Presidente sostituito. In ogni caso le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio conseguono alle dimissioni contestuali dellamaggioranza dei componenti il Consiglio".

[83] Degli altri 11 giudici, tre verrebbero eletti dalla Camera, quattro sarebbero nominati dal Presidente della Repubblica e quattro dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 86

complessivo – il limite principale di questo progetto di riforma sembra risiedere nel modo in cui è stato sinora portato avanti: ovvero come atto di forza della attuale maggioranza parlamentare, in netta contrapposizione con l'opposizione di centro-sinistra[84]. Per questo motivo è molto probabile che, se il suo *iter* parlamentare si concluderà con la seconda approvazione, a maggioranza assoluta, nelle due Camere (secondo quanto richiesto dall'art. 138 per le leggi di revisione costituzionale), l'opposizione richiederà contro di esso un referendum approvativo e, considerato l'umore oggi prevalente nell'opinione pubblica, le possibilità che esso possa avere esito favorevole all'entrata in vigore della riforma non sembrano molto elevate. Anche se essa dovesse superare positivamente il passaggio referendario, rimarrebbe il suo principale punto debole, rappresentato dalla unilateralità nella sua elaborazione. E la sua possibilità di diventare non solo diritto costituzionale formalmente vigente, ma anche diritto effettivamente applicato ne risulterebbe indebolita.

II. PARTE II. LA RIFORMA DEGLI STATUTI REGIONALI

II.1. LE REGIONI ORDINARIE E LE REGIONI SPECIALI E I LORO STATUTI

Una sintetica discussione sulla natura giuridica degli statuti regionali e circa la loro posizione nell'ordinamento giuridico italiano richiede una distinzione preliminare, che deve fare riferimento ad una caratteristica importante e di solito molto studiata del sistema regionale italiano.

Si è sopra ricordato che la Costituzione italiana del 1947 individua due tipi di Regioni: le Regioni "ordinarie" o di diritto comune e le Regioni a statuto speciale. I due tipi di Regioni corrispondono a due problemi ai quali la creazione dell'ordinamento regionale – all'indomani della seconda guerra mondiale, ma già all'indomani della prima guerra mondiale per quel che riguarda i primi progetti – ha tentato di dare risposta.

Il primo problema era quello della tutela specifica di alcune minoranze linguistiche e culturali e di alcune particolari comunità locali di frontiera. Si tratta di un problema ben diverso in Italia rispetto alla Spagna, in quanto le minoranze linguistiche italiane sono poco numerose e situate in aree di confine: si tratta soprattutto della minoranza tedesca (e in parte ladina) in Alto Adige (al confine con l'Austria), della minoranza francese nella Valle d'Aosta (al confine con la Francia e la Svizzera Romanza), e della

[84] Anche la legge cost. n. 3/2001 venne approvata con i soli voti della maggioranza parlamentare di quel tempo. Tuttavia il modo in cui l'attuale progetto di riforma è stato sinora elaborato è diverso da quello seguito allora: il progetto di riforma costituzionale era parte del programma di governo della maggioranza che vinse le elezioni del 2001; non è mai stata tentata una mediazione con l'opposizione; l'intervento è inoltre di portata ben più ampia, poiché incide non solo su un settore ben individuato dell'organizzazione costituzionale, ma su tutta l'organizzazione dello Stato.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 87

minoranza slovena al confine orientale con l'attuale Repubblica di Slovenia (prima del 1991 con la Repubblica Federale di Jugoslavia[85]). Si tratta di un problema di cui si inizia a prendere coscienza in Italia subito dopo la I guerra mondiale, quando, a seguito della vittoria dell'esercito italiano nel conflitto con l'Impero Austro-Ungarico, furono annesse all'Italia il Sud Tirolo o Alto Adige e la Venezia Giulia. Risale infatti a questo periodo una prima menzione delle Regioni in un atto legislativo italiano: nel regio decreto 8.9.1919, n. 1319, istitutivo di una Commissione consultiva per il riassetto amministrativo dei nuovi territori del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia si preannunciava la concessione di "autonomie regionali" a tali territori (i quali avevano goduto di una forma di autonomia provinciale all'interno dell'Impero austro-ungarico, di cui essi avevano fatto parte sino al 1918): vi è qui l'idea che la speciale posizione geografica (aree di frontiera) e la particolare composizione etnico-culturale (con la presenza di minoranze linguistiche) di talune parti del territorio nazionale renda necessaria la costituzione di apposite Regioni autonome, cui non necessariamente devono affiancarsi enti analoghi sulle restanti parti del territorio nazionale. Questo progetto, peraltro, venne rapidamente accantonato, a seguito dell'avvento nel 1922 del partito fascista, contrario al riconoscimento di ogni identità culturale non puramente italiana.

Il secondo problema ha una radice più antica[86], ma ha trovato una soluzione organizzativa solo in una fase recente. All'indomani dell'unificazione nazionale italiana (1861) si iniziò a discutere sulla forma da dare al nuovo Stato: se accogliere una organizzazione unitaria e centralizzata, di tipo francese, o se optare per il decentramento politico. In effetti Luigi Carlo Farini e Marco Minghetti, esponenti di spicco della destra storica[87] e Presidenti del Consiglio dei Ministri negli anni sessanta e settanta del secolo XIX[88], presentarono subito dopo l'unità alcuni progetti di organizzazione regionale in Italia. Questa prospettiva fu però sconfitta da quella che vo-

---

[85] Altre minoranze, di minore consistenza, sono presenti anche in talune Regioni ordinarie (si pensi ad es. alle minoranze di origine slava ed albanese in Molise e alle minoranze di origine albanese in Calabria).

[86] Si v. R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura (1862-1942)*, Giuffrè, Milano, 1971.

[87] La classe politica liberale dell'ottocento italiano era divisa fra una "destra storica" e una "sinistra storica". La divisione aveva avuto origine riguardo al modo di costruire l'unità nazionale: mentre la destra storica – il cui primo grande leader fu Camillo Cavour – intendeva raggiungere l'unità per via diplomatico-militare (ovvero grazie alle scelte del governo della Monarchia piemontese), la sinistra storica (in parte, all'origine, composta di repubblicani o ex repubblicani) riteneva che l'unità avrebbe dovuto essere fatta non dai governi, ma dai popoli, quindi per via rivoluzionaria. Dopo che l'unità nazionale venne raggiunta nel 1861, la distinzione si attenuò. La destra storica guidò i governi italiani fino al 1876. Dopo la crisi di governo del marzo 1876, il leader della sinistra storica, Agostino Depretis, assunse la guida del governo. Da allora gli esponenti dei due partiti si sarebbero progressivamente "mescolati" in un unica classe dirigente liberale (c.d. "trasformismo"), anche se diviso al suo interno in vari gruppi.

[88] Luigi Carlo Farini era stato Presidente del Consiglio dei Ministri fra il 1862 ed il 1863. Marco Minghetti gli era succeduto nell'incarico, fra il 1863 ed il 1864, ed aveva poi di nuovo guidato il governo fra il 1873 ed il 1876.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 88

leva una soluzione unitaria e centralizzata "forte", di tipo francese, anche per il timore che le Regioni "costassero" troppo o che potessero mettere a rischio l'unità nazionale italiana, conquistata tardivamente. Solo cinquant'anni dopo, alla fine della I guerra mondiale, un partito politico organizzato (il *Partito Popolare Italiano* di Luigi Sturzo, antenato della Democrazia Cristiana) sollevò di nuovo il problema regionale[89]. E solo dopo la II guerra mondiale[90] questi progetti iniziarono ad essere tradotti in norme giuridiche costituzionali. Questa seconda anima del regionalismo italiano, però, è diversa dalla prima: essa non mira a dare risposta ad esigenze particolari di alcune comunità periferiche, ma a riorganizzare, in forma decentrata e rispettosa dell'autonomia, tutto lo Stato italiano.

La Costituzione italiana del 27 dicembre 1947 da voce ad entrambe queste esigenze. Essa, come si accennava, prevede 5 Regioni a statuto speciale (le due isole maggiori: Sicilia e Sardegna; e tre piccole Regioni di confine: Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta[91]) e 14 Regioni a Statuto ordinario, poi aumentate a 15 nel 1963 con l'istituzione della Regione Molise.

La differenza fondamentale, dal punto di vista della struttura regionale, riguarda il modo in cui l'organizzazione e le competenze delle Regioni sono regolate dalla Costituzione.

Le Regioni ordinarie, infatti, sono regolate, per quanto riguarda le loro competenze, dal titolo V della parte II della Costituzione (art. 114-133). La loro organizzazione è in parte regolata dalla stessa Costituzione (art. 121, 122, 123 e 126) ed in parte rimessa ad una fonte di autonomia: lo statuto regionale ordinario, cui l'art. 123 demanda la regolazione della "forma di governo della Regione".

Le Regioni speciali, invece, non sono disciplinate dal titolo V della Costituzione, anche se le norme che le disciplinano devono rispettare i principi desumibili dal titolo V medesimo. Esse sono, appunto, *speciali*, anzi, "a statuto speciale", in quanto il loro statuto ha un significato ben diverso da quello delle Regioni ordinarie. Lo statuto delle Regioni speciali, infatti, contiene l'elenco delle materie di competenza legislativa ed organizzativa della Regione e, in secondo luogo, ma solo in secondo luogo, la disciplina dell'organizzazione politica ed amministrativa della Regione speciale. Poiché contiene le regole sulle competenze regionali, lo statuto non

---

[89] Si v. il manifesto fondativo di tale partito, l'Appello ai liberi e ai forti, pubblicato da don Luigi Sturzo il 18 gennaio 1919.

[90] Su questa fase storica v. E. Rotelli, *L'avvento della Regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1967.

[91] Il nuovo art. 116, 1° comma, Cost. – come modificato dalla legge cost. n. 3/2001 – nel ribadire che alle Regioni speciali sono riconosciute forme e condizioni particolari di autonomia, e nell'elencare le Regioni speciali medesime, ha riconosciuto la *natura bilingue* della Valle d'Aosta e dell'Alto Adige, affiancando alla loro denominazione italiana quelle, rispettivamente, francese (*Vallè d'Aoste*) e tedesca (*Südtirol*).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 89

può, logicamente, essere un atto della Regione stessa (come accade ora per le Regioni ordinarie, per le quali lo statuto ha un contenuto organizzativo: v. *infra*), ma deve essere un atto dello Stato e un atto statale idoneo a vincolare non solo il legislatore regionale, ma anche il legislatore ordinario statale. Si comprende così il senso dell'art. 116 Cost., laddove afferma che alle Regioni Sicilia, Sardegna, Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta sono riconosciute forme e condizioni particolari di autonomia regolate da uno statuto speciale, approvato con *legge costituzionale dello Stato*. La legge costituzionale è una legge approvata con la stessa procedura e avente la medesima forza giuridica delle leggi di revisione della Costituzione (art. 138), da cui si differenzia per il fatto che essa non inserisce nel testo della Costituzione le disposizioni di rango costituzionale in essa contenute e per talune varianti procedimentali introdotte di recente[92]. In ogni caso, essendo una legge costituzionale, lo statuto speciale è in grado di vincolare sia il legislatore statale, sia il legislatore regionale, i quali sono entrambi tenuti al rispetto del riparto di competenze fissato nello statuto.

II.2. IL PROBLEMA DELLA RIFORMA DEGLI STATUTI SPECIALI

Nella prospettiva di una comparazione con le riforme degli statuti delle Comunità autonome spagnole (ed in particolare degli statuti del Paese Basco, della Catalogna e della Andalusia), sarebbe particolarmente interessante prendere in esame gli statuti delle Regioni speciali italiane. In effetti da anni si ragiona, in Italia, dell'esigenza di riformare tali statuti, che sono nel complesso piuttosto datati. Quattro di essi (quelli di Sicilia, Sardegna, Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta) furono approvati nel 1948, dall'Assemblea costituente durante il periodo della sua *prorogatio*. Uno solo di essi è stato intensivamente modificato: lo statuto del Trentino-Alto Adige, che è stato quasi del tutto riscritto nel 1971[93]. Gli altri tre e lo statuto del Friuli Venezia Giulia (approvato nel 1963) sono invece in vigore in una formulazione abbastanza simile a quella originaria, anche se quattro leggi costituzionali hanno modificato alcune disposizioni di tutti gli statuti spe-

[92] La legge cost. n. 2/2001 ha modificato lo stesso *procedimento per la formazione degli statuti speciali*, i quali, ai sensi dell'art. 116 (sia nel testo originario che in quello di cui alla legge cost. n. 3/2001) sono "approvati con legge costituzionale". Al procedimento di cui all'art. 138, che deve in generale essere seguito per approvare e modificare gli statuti speciali, la legge cost. n. 2/2001 ha apportato due importanti deroghe: a) la prima relativa alla fase dell'iniziativa, per cui si prevede che, qualora l'iniziativa per la revisione del singolo statuto speciale non provenga dalla stessa Regione, il progetto di riforma dello statuto deve essere trasmesso alla Regione medesima per un parere; b) la seconda relativa al referendum confermativo nazionale, che non può essere richiesto in questo caso. La procedura di formazione degli statuti speciali si rivela così ben diversa da quella delle altre leggi costituzionali.

[93] Legge cost. 10.11.1971, n. 1 – Modificazioni e integrazioni dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige. In tale Regione, infatti, gran parte dei poteri regionali sono in realtà attribuiti alle due Province autonome (di Trento e Bolzano) in cui essa si articola: e ciò vale sia per le potestà legislative, sia per quelle amministrative, sia per la tutela davanti alla Corte costituzionale.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 90

ciali[94]. Le modifiche, però, hanno riguardato in genere problemi di carattere organizzativo[95], mentre il riparto di competenze rimane tuttora lo stesso contenuto nel testo originario degli statuti speciali (salvo, come si è detto, che per il Trentino-Alto Adige). E una conferma di ciò si può trovare nella legge costituzionale n. 3/2001, che ha modificato in profondità le competenze delle Regioni a statuto ordinario e che, nel suo art. 10, si è preoccupata di estendere alle Regioni speciali le nuove competenze da essa riconosciute alle Regioni ordinarie. Infatti, la riforma del titolo V ha inciso sulle competenze delle Regioni speciali modificando il contesto nel quale esse si collocavano. Ridefinendo a favore delle Regioni il riparto di competenze legislative (in particolare, prevedendo la competenza generale delle leggi regionali ex art. 117, 4° comma), la legge cost. n. 3/2001 ha dato vita ad un contesto nuovo, nel quale il rischio che veniva delineandosi era che la specialità significasse ora trattamento deteriore. Questo retroterra spiega l'art. 10 della legge cost. n. 3/2001, il quale prevede un livellamento verso l'alto delle competenze legislative delle Regioni speciali: nel caso in cui, ai sensi della riforma del titolo V, le Regioni speciali si trovassero ora a godere di un trattamento competenziale deteriore rispetto alle Regioni ordinarie, esse sono parificate a queste ultime. L'equiparazione non opera, però, qualora, anche a seguito della riforma del titolo V, le competenze delle Regioni speciali siano tuttora più ampie di quelle delle Regioni ordinarie. E' interessante sottolineare che, secondo l'art. 10 della legge cost. n. 3/2001 tale clausola di livellamento verso l'alto è destinata a valere solo in via transitoria, cioè fino alla riforma degli statuti speciali, che quindi la stessa legge di revisione costituzionale riconosce come necessaria. Nonostante ciò, nel dibattito sulle riforme costitu-

[94] Si tratta della legge cost. 23.2.1972, n. 1 – Modifica del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia, della legge cost. 12.4.1989, n. 3 – Modifiche ed integrazioni alla legge costituzionale 23 febbraio 1972, n. 1, concernente la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia. Modifica allo Statuto speciale per la Valle d'Aosta, della legge cost. 23.9.1993, n. 2 – Modifiche ed integrazioni agli Statuti speciali per la Valle d'Aosta, per la Sardegna, per il Friuli-Venezia Giulia e per il Trentino-Alto Adige e della legge cost. 31.1.2001, n. 2 – Disposizioni concernenti l' elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

[95] In particolare, per quanto riguarda i profili organizzativi, ovvero la forma di governo regionale, anche le Regioni speciali e le Province autonome sono state interessate da una riforma analoga alla legge cost. n. 1/1999. Con la legge cost. n. 2/2001, alle singole Regioni speciali è riconosciuto il potere di adottare proprie leggi, le quali possono modificare, su punti specifici indicati dalla legge costituzionale stessa, lo statuto speciale. I punti modificabili riguardano ovviamente non il riparto di competenza con lo Stato, ma la forma di governo regionale. A tale potestà di modificare il loro statuto con apposita legge, la legge cost. n. 2/2001 ha poi aggiunto la previsione per ciascuna Regione speciale di una norma transitoria che introduce direttamente l'elezione diretta del Presidente della Regione (con l'eccezione della Regione Trentino-Alto Adige), fino a quando la Regione speciale interessata non pervenga a scegliere la propria forma di governo con la legge sopra menzionata, abilitata a derogare al proprio statuto. Tali leggi regionali si configurano dunque come leggi rinforzate a competenza speciale, e potremmo definirle *leggi di governo* o *leggi statutarie* (anche perché per la loro formazione la legge cost. n. 2/2001 ha previsto un procedimento simile a quello previsto dall'art. 123 per gli statuti regionali).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 91

zionali in Italia, la riforma degli statuti speciali occupa un posto secondario, con la sola parziale eccezione della Sardegna[96] e del Friuli-Venezia Giulia[97], se non per profili di carattere organizzativo (rimessi alle cosiddette leggi di governo dalla legge cost. n. 2/2001[98]). Quando, in Italia, si ragiona di una riforma degli statuti, si fa invece riferimento per lo più ai nuovi statuti ordinari che le 15 Regioni di diritto comune stanno elaborando in questi mesi. E' dunque sugli statuti regionali ordinari che dobbiamo soffermare la nostra attenzione. Nel farlo dobbiamo ricostruire esattamente le coordinate costituzionali di questo atto normativo.

II.3. GLI STATUTI REGIONALI ORDINARI

Gli statuti ordinari sono disciplinati dall'art. 123 Cost, modificato dalle leggi cost. n. 1/1999 e n. 3/2001.

La legge cost. n. 1/1999, infatti, ha inciso in profondità sulle tre coordinate con le quali la dottrina ha studiato gli statuti regionali: il procedimento di formazione, il contenuto ed i limiti. La legge cost. n. 3/2001, poi, ha introdotto un nuovo obbligo di disciplina per gli statuti, imponendo loro di istituire un Consiglio delle autonomie locali; ma, soprattutto, ridefinendo nel suo complesso gli ambiti nei quali può dispiegarsi la potestà normativa delle Regioni, ha inciso indirettamente sulla collocazione dello statuto nel sistema costituzionale.

II.4. IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEGLI STATUTI REGIONALI ORDINARI

La principale innovazione apportata dalla legge cost. n. 1/1999 al *procedimento di formazione* degli statuti è rappresentata dalla regionalizzazione del procedimento stesso. Viene cioè meno la fase statale prevista dal testo originario dell'art. 123 (e dalla legge n. 62/1953), il quale stabiliva che lo statuto della Regione ordinaria doveva essere elaborato e quindi deliberato a maggioranza assoluta dal Consiglio regionale e quindi approvato dal Parlamento con legge statale[99]. Il nuovo art. 123 stabilisce invece che lo statuto si perfeziona all'interno dell'ordinamento regionale: e per questo motivo si è da alcuni ragionato di una *patriation* dello statuto[100].

---

[96] Si v. al riguardo U. PIRARBA, *A proposito dello Statuto sardo*, in *Orientamenti sociali sardi*, 2002, n. 1, p. 7 ss.

[97] La legge regionale n. 12/2004 ha istituito una *Convenzione per la stesura del nuovo Statuto*, che nel settembre 2004 ha approvato un bozza di progetto di nuovo Statuto.

[98] Si v. la nota 95.

[99] La legge statale di approvazione era considerata meramente formale: essa non era cioè abilitata ad introdurre emendamenti.

[100] G. ROLLA, *La nuova forma di governo regionale: note alla legge cost. n. 1/1999*, in *Prime note*, 2000, n. 2.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 92

Secondo l'art. 123, 2° comma, "lo statuto è approvato e modificato dal Consiglio regionale con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi".

Il procedimento di formazione dello statuto regionale ordinario si caratterizza quindi per due profili:

la centralità del Consiglio regionale nella deliberazione dello statuto;

l'introduzione di uno schema procedimentale che, se evidenzia profili simili a quelli che caratterizzano gli atti legislativi, contiene varianti che richiamano la procedura dell'art. 138, in materia di leggi di revisione della Costituzione statale.

II.4.1. L'approvazione dello statuto in Consiglio regionale: rilievi di diritto comparato e problemi pratici

La centralità del Consiglio regionale costituisce una conferma che solo a prima vista può apparire ovvia, se si considera che i procedimenti per la deliberazione degli atti funzionalmente equivalenti agli statuti negli Stati contemporanei (le Costituzioni) vedono una preferenza per il modello dell'«Assemblea costituente» e lasciano trasparire soluzioni alternative, imperniate sul raccordo Capo dell'Esecutivo-corpo elettorale[101]. Entrambe queste soluzioni sono state scartate dalla legge cost. n. 1/1999, che ha preferito la conferma della competenza in materia dell'organo "parlamentare" ordinario (appunto il Consiglio regionale). Implicitamente si è scartata anche un'altra soluzione (di taglio più spiccatamente "federale") consistente nel rimettere alla Regione medesima la scelta circa il procedimento di deliberazione del proprio statuto (c.d. autonomia costituzionale formale), nel quadro di garanzie minime di democraticità della procedura fissate dalla Costituzione statale[102].

Per quanto riguarda l'*iniziativa*, nulla è disposto dall'art. 123 ed hanno pertanto trovato applicazione le norme previste su questo punto dagli statuti regionali del 1971. In fatto si è registrata nelle varie Regioni una scarsa frequenza di progetti di singoli consiglieri e di gruppi consiliari (l'uni-

---

[101] Nell'ultimo senso si possono ricordare la Costituzione gaulliana in Francia e quella eltsiniana in Russia.

[102] L'autonomia costituzionale formale (sui relativi problemi teorici si v. V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des Cantons*, Helbing & Liechtenhahn, Basilea-Ginevra-Monaco, 1999) caratterizza in molti casi gli Stati membri degli Stati federali: ad es. la Svizzera, gli Stati Uniti e la Germania. Si può ad es. ricordare che, mentre alcuni dei nuovi *Länder* tedeschi fecero ricorso ad un'Assemblea costituente per elaborare la loro Costituzione dopo l'adesione alla Repubblica federale nel 1990, altri *Länder*, nella medesima occasione, optarono per l'approvazione della Costituzione da parte dell'organo parlamentare ordinario. In alcuni casi si procedette all'approvazione con referendum, in altri il procedimento si concluse con la deliberazione dell'organo rappresentativo (e la successiva promulgazione).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 93

ca eccezione da questo punto di vista è rappresentata dalla Regione Veneto). In quasi tutte le Regioni la fase dell'iniziativa si è fusa con la fase preparatoria: il compito di predisporre un progetto di statuto è stato affidato a Commissioni speciali, nominate nell'ambito del Consiglio regionale[103]. Ciò si spiega anche con il fatto che in tutte le Regioni ordinarie l'esigenza di riformare i rispettivi statuti – imposta dalle modifiche ad essi apportate dalla legge cost. n. 1/1999 – è stata intesa non come esigenza di adeguamento del testo, ma come necessità di procedere ad una revisione totale dello statuto del 1971.

Alcuni problemi sono stati posti dalla duplicità delle deliberazioni richieste al Consiglio regionale dall'art. 123 Cost. e dalla maggioranza prescritta (quella assoluta). In alcune Regioni si è ritenuto necessario modificare lo statuto dopo che la prima deliberazione era già stata adottata: ed in questi casi (Puglia, Abruzzo) si è proceduto alla revoca della prima deliberazione. Ben più gravi sono i problemi emersi in altre Regioni: talora la seconda deliberazione è sembrata nulla ad alcuni osservatori perchè ripetuta due volte, dopo che nella prima non era stata raggiunta la maggioranza assoluta prescritta dallo statuto (Lazio); talaltra si sarebbe verificata la difformità della seconda deliberazione rispetto alla prima (Umbria[104]).

II.4.2. Il procedimento di formazione degli statuti: le fasi di controllo

Sullo statuto deliberato dal Consiglio regionale, l'art. 123 prevede due fasi di controllo, entrambi eventuali: la facoltà di un cinquantesimo del corpo elettorale regionale e di un quinto del Consiglio regionale di richiedere un referendum approvativo dello Statuto; la facoltà del Governo di impugnare lo statuto regionale davanti alla Corte costituzionale.

Si tratta di un referendum preventivo all'entrata in vigore dello statuto (lo precisa l'art. 123, 2° comma, stabilendo che lo statuto "non può essere promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi"), con effetto sospensivo della promulgazione e con efficacia approvativa e confermativa dello statuto nel caso in cui esso abbia esito positivo. Poiché un referendum sullo statuto non era previsto nelle Regioni italiane prima dell'entrata in vigore della legge cost. n. 1/1999, si è resa necessaria nelle varie Regioni l'adozione di una apposita disciplina di esso, che è costituzionalmente necessaria per consentire la regolare formazione del nuovo statuto regionale ai sensi dell'art. 123 Cost., nuovo testo. In mancanza di

[103] A tal fine la Regione Emilia-Romagna ha provveduto a modificare il suo statuto del 1971 (il quale elencava le Commissioni interne al Consiglio regionale) con la legge regionale n. 29/2001, adottata ai sensi del nuovo art. 123.

[104] Si v. l'intervento del consigliere regionale Carlo Ripa di Meana, su cui v. il punto 7 del ritenuto in fatto della sent. n. 378/2004. Che la difformità sia effettivamente esistita pare desumibile dalle deduzioni della difesa regionale, la quale tende a dare loro rilievo meramente formale: v. il punto 23 del ritenuto in fatto della sent. ora citata (ove si afferma anche che "la difformità riguarderebbe comunque solo l'art. 9 e non l'intero statuto".

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 94

esso, infatti, una fase del procedimento di formazione, prevista come eventuale, ma necessaria se richiesta, non potrebbe aver luogo, con un conseguente vizio procedimentale (cui corrisponderebbe un deficit di democraticità dello statuto rispetto allo *standard* fissato dall'art. 123 Cost.). In effetti, le Regioni italiane che hanno adottato nuovi statuti hanno tutte provveduto a regolare preventivamente il referendum statutario con una apposita legge. Vi è una sola eccezione: la Regione Puglia, che è stata la prima a promulgare un nuovo statuto dopo la riforma del 1999, non ha approvato alcuna disciplina del referendum statutario e si può per questo motivo dubitare che il relativo procedimento di formazione si sia validamente perfezionato. Anche nelle altre Regioni, nelle quali la disciplina del referendum statutario è stata adottata, il referendum non è stato effettivamente richiesto. I soli casi di referendum di questo tipo si sono registrati nelle Regioni a statuto speciale, con riferimento alle leggi di governo[105].

La seconda fase di controllo, come si è detto, consiste nella facoltà del Governo di impugnare, "entro 30 giorni dallasua pubblicazione", lo statuto regionale davanti alla Corte costituzionale, per chiedere che ne sia valutata la legittimità costituzionale[106]. Si tratta, quindi, di un giudizio di legittimità costituzionale in via di azione (o in via principale), comparabile con quello previsto dall'art. 127 per l'impugnazione delle leggi regionali da parte del Governo statale (e delle leggi statali da parte della Regione). Mentre il testo originario dell'art. 123 – con un procedimento per questo aspetto simile a quello previsto nell'ordinamento spagnolo – prevedeva che lo statuto deliberato dal Consiglio regionale fosse approvato con legge dal Parlamento statale, la riforma del 1999 ha abrogato ogni controllo statale preventivo di natura politica (l'unico controllo politico esterno al Consiglio regionale è quello del corpo elettorale con il referendum). L'unica forma di controllo statale è ora il giudizio di legittimità costituzionale. Di tale tipo di controllo non è però chiara la collocazione rispetto al procedimento di formazione dello statuto.

L'art. 123 stabilisce infatti che il Governo può impugnare lo statuto davanti alla Corte costituzionale entro 30 giorni dalla sua pubblicazione, ma non chiarisce se la "pubblicazione" di cui si ragiona in questo caso sia la pubblicazione "necessaria", successiva all'eventuale referendum (o all'inutile decorso del termine per la richiesta di quest'ultimo), ed alla promulgazione e sostanzialmente contestuale alla entrata in vigore dell'atto (con la conseguenza che il giudizio di costituzionalità sarebbe *successivo*) o sia la pubblicazione "anticipata", successiva alla seconda deliberazione consiliare, che svolge la funzione di far decorrere il termine per la richiesta di

[105] Si v. i referendum del 29 settembre 2002 sulla legge di governo del Friuli-Venezia Giulia e del 15 maggio 2005 sulla legge elettorale della Regione siciliana.

[106] Il procedimento di controllo è qualificato dalla Corte come una forma di speciale giudizio in via principale (sent. n. 378/2004): se ne desume la conseguenza della applicabilità a questo tipo di giudizio della illegittimità costituzionale consequenziale.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 95

referendum (con la conseguenza che anche il giudizio di costituzionalità, così come il referendum, sarebbe *preventivo* rispetto all'entrata in vigore dell'atto). La Corte costituzionale, nella sent. n. 304/2002, ha sciolto il dilemma[107], affermando che lo statuto può essere impugnato dopo la prima pubblicazione, facendo leva sulla natura dello statuto di "fonte regionale di vertice", capace di condizionare tutto il sistema normativo della Regione, con la conseguenza che i suoi vizi di costituzionalità rischierebbero, se non eliminati, di ripercuotersi sulle altre fonti normative[108].

La Corte costituzionale ha precisato in seguito che solo il Governo ha facoltà di impugnare preventivamente lo statuto regionale approvato dal Consiglio regionale e che eventuali ricorsi presentati da altri soggetti sono inammissibili (sent. 378/2004). La Corte ha inoltre precisato che sono inammissibili non solo ricorsi, ma anche di "interventi" di altri soggetti, diversi dal Governo centrale, e in particolare di minoranze politiche regionali. Questo è sicuramente un *deficit* di garanzia, ma corrisponde al regime generale dei controlli di costituzionalità nell'ordinamento italiano, nel quale la regola è l'accesso alla Corte in via incidentale, mentre l'impugnazione in via di azione è ammessa solo a tutela del riparto di competenze nello Stato regionale.

Il Governo ha esercitato il suo potere di impugnazione in maniera non sempre trasparente. Gli statuti approvati da maggioranze parlamentari diverse da quella che sostiene il governo centrale sono stati oggetto di controlli ben più attenti di quelli riservati a statuti regionali approvati da maggioranze "amiche" di quella al potere a Roma, anche se talune Regioni rette da Giunte di centro-destra hanno subito anch'esse l'impugnazione (è stato il caso della Calabria e dell'Abruzzo). Più spesso, però, il governo ha condotto trattative informali con i Consigli regionali per ottenere l'eliminazione di disposizioni controverse e dare quindi luce verde allo statuto, ri-

---

[107] Si v. il punto 1 del considerato in diritto: «il termine per promuovere il controllo di legittimità costituzionale dinanzi a questa Corte decorre dalla pubblicazione notiziale della delibera statutaria e non da quella, successiva alla promulgazione, che é condizione per l'entrata in vigore»

[108] La soluzione individuata dalla Corte costituzionale non risolve di per se un secondo problema: se il ricorso è preventivo, deriva da esso l'interruzione del termine (di tre mesi) per la presentazione di una richiesta di referendum sullo statuto? Se tale interruzione non si verificasse – e quindi, decorsi i tre mesi, lo statuto venisse promulgato – il ricorso rimarrebbe preventivo rispetto all'entrata in vigore dello statuto, ma la sentenza – dati i tempi di decisione della Corte – sarebbe di norma successiva all'acquisizione di efficacia dell'atto impugnato.
Il problema si è infatti ripresentato dopo la sent. n. 304/2002, nel caso deciso dalla Corte cost. con la sent. n. 49/2003, che aveva ad oggetto una "delibera legislativa statutaria" (si trattava ovviamente non di uno statuto regionale – che in Valle d'Aosta, come nelle altre Regioni speciali, è approvato con legge costituzionale – ma di una legge statutaria o legge di governo, che, però, per il profilo che qui interessa è equiparabile ad uno statuto regionale) della Regione Valle d'Aosta su impugnazione preventiva del governo statale: ma nelle more del giudizio la legge era stata promulgata dal Presidente di quella Regione. Solo il dato – del tutto contingente – che i soggetti legittimati non avessero richiesto il referendum ha impedito che il controllo di legittimità costituzionale avvenisse dopo quest'ultimo. In ogni caso, in questa vicenda si può vedere che il controllo di costituzionalità, nato preventivo rispetto all'entrata in vigore della legge statutaria, è divenuto (con riguardo al momento della decisione) successivo, nelle more del giudizio.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 96

nunciando alla impugnazione[109]. Si tratta di un metodo già praticato al momento dell'entrata in vigore degli statuti, quando tali trattative si erano svolte fra il Presidente della Commissione affari costituzionali del Senato (il prof. Alfonso Tesauro) e i Consigli regionali.

II.4.3. La fase integrativa dell'efficacia

Esauritasi la fase dei controlli preventivi, il procedimento di formazione dello statuto può concludersi con la promulgazione, la pubblicazione e l'entrata in vigore.

La promulgazione dello statuto è competenza del Presidente della Giunta regionale, come accade in generale per le altre leggi regionali. Sulla base dell'art. 123, testo originario, lo statuto regionale era una legge dello Stato (esso era deliberato dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta, ma poteva acquisire efficacia solo mediante l'approvazione con legge da parte del Parlamento statale): di conseguenza la promulgazione spettava al Presidente della Repubblica. La promulgazione da parte del Presidente della Giunta regionale dipende ora dalla natura regionale dell'atto.

Il problema più serio che si pone nell'esercizio del potere di promulgazione riguarda il caso in cui uno statuto sia stato dichiarato parzialmente incostituzionale dalla Corte costituzionale, adita dal Governo ai sensi dell'art. 123. In un caso simile, è necessaria una nuova doppia deliberazione a maggioranza assoluta del Consiglio regionale, che faccia proprio il testo residuo, o il Presidente della Giunta può promulgare lo statuto, ovviamente omettendo le parti dichiarate incostituzionali? E in questa seconda ipotesi il Presidente può procedere autonomamente alla promulgazione o deve attendere una delibera (singola e a maggioranza semplice) del Consiglio regionale in tal senso? E ammesso che questa via breve sia praticabile, può essa essere utilizzata in ogni caso o solo a fronte di una dichiarazione di incostituzionalità che colpisca un aspetto marginale dello statuto?

Questi problemi si sono effettivamente posti dopo le sent. n. 2/2004, 378 e 379/2004, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme degli statuti delle Regioni Calabria, Emilia-Romagna e Umbria. Mentre nel caso della Regione Calabria le disposizioni dichiarate incostituzionali riguardavano proprio il cuore dello statuto (il sistema di elezione del Presidente della Giunta) e quindi la necessità di una rielaborazione dello statuto da parte del Consiglio regionale non poteva

[109] Obiezioni informalmente sollevate dal Governo (e la replica ad esse da parte del Consiglio regionale toscano, con la risoluzione n. 51 del 2004) sono menzionate anche nella sent. n. 372/2004 (punto 2.2. del ritenuto in fatto).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 97

essere messa in dubbio, nel caso degli statuti umbro ed emiliano-romagnolo, la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità di norme sulla incompatibilità fra le posizioni di membro della Giunta regionale e di membro del Consiglio regionale, che non erano essenziali per l'entrata in vigore di uno statuto completo. In entrambi i casi il Presidente della Giunta ha deciso comunque di non promulgare lo statuto nel testo residuo.

Riguardo alla pubblicazione, essa deve avvenire nel Bollettino Ufficiale della Regione. Non è chiaro se lo statuto debba essere dotato di una numerazione autonoma o se esso debba essere inserito nell'ordine generale delle leggi regionali "ordinarie". Fra gli statuti sinora promulgati, quelli delle Regioni Lazio e Liguria sono qualificati come "legge statutaria" e numerati distintamente dalle altre leggi, mentre gli statuti delle Regioni Puglia, Calabria, Toscana, Piemonte e Marche sono inserite nella numerazione delle leggi ordinarie. Data la natura dello statuto (si v. il paragrafo seguente), la prima soluzione è forse la più corretta.

II.4.4. Osservazioni sulla natura del procedimento di formazione dello statuto

Considerato nel suo complesso, il procedimento disciplinato dall'art. 123 Cost. è assimilabile al procedimento legislativo regionale, così come delineato sinora dalla Costituzione[110] e dai vigenti statuti del 1971. Sono infatti previste la deliberazione consiliare, la promulgazione e la pubblicazione: quindi la sequenza-base tipica che caratterizza le leggi. Inoltre, sia pure con una formula poco elegante, l'art. 123 afferma esplicitamente che lo statuto è "approvato con legge regionale" ed evoca quindi lo stesso *nomen iuris* di legge per l'atto in esame.

D'altro canto, l'art. 123 introduce nella sequenza-base di un procedimento legislativo classico alcune varianti che richiamano quelle previste dall'art. 138 per le leggi di revisione costituzionale. La deliberazione consiliare deve essere ripetuta una seconda volta, non meno di due mesi dopo la prima deliberazione, ed entrambe devono aver luogo a maggioranza assoluta. Sullo statuto deliberato in tal modo, è possibile richiedere un referendum confermativo-sospensivo, "entro tre mesi dalla pubblicazione": i soggetti legittimati a richiedere il referendum sono un cinquantesimo del corpo elettorale regionale e un quinto dei consiglieri regionali. A differenza di quanto previsto nell'art. 138, il referendum può essere richiesto qualunque sia la maggioranza con la quale lo statuto è stato deliberato dal Consiglio.

---

[110] La Costituzione italiana non disciplina nel dettaglio il procedimento di formazione delle leggi regionali ordinarie. Da essa si desume comunque che la legge deve essere approvata dal Consiglio regionale, promulgata dal Presidente della Giunta e che le forme della sua iniziativa e della sua pubblicazione devono essere regolate dallo Statuto.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 98

L'utilizzazione dello schema procedimentale dell'art. 138 non è casuale. Nel momento in cui ha regionalizzato il procedimento di formazione dello statuto ordinario, la legge cost. n. 1/1999 gli ha attribuito un regime e una posizione che lo collocano fra le leggi regionali (del resto è lo stesso art. 123 ad affermare, sia pure con formula poco elegante, che "lo statuto... è approvato con legge regionale), ma al tempo stesso lo differenziano da esso. L'ipotesi che lo statuto sia qualificabile, dal punto di vista procedimentale, come una "legge costituzionale regionale" appare degna di considerazione, anche se essa dovrà essere verificata sotto altri profili.

II.5. LE COMPETENZE DELLO STATUTO ORDINARIO

Le modalità con le quali viene delineato l'*ambito di competenza* dello statuto combinano elementi di continuità con la formulazione originaria dell'art. 123 con alcuni spunti innovativi, che, presi sul serio, offrono importanti spunti ricostruttivi circa la natura dell'atto normativo in esame. Il 1° comma di tale disposizione afferma infatti che "Ciascuna Regione ha uno statuto che (…) ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Lo statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del *referendum* su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali".

La tecnica utilizzata nell'art. 123 riguardo alla individuazione del contenuto degli statuti è in continuità con il testo originario dello stesso articolo. Esso contiene due (potenziali) clausole generali ("forma di governo", "principi generali di organizzazione e funzionamento") e una serie di oggetti più circoscritti (referendum, iniziativa legislativa, pubblicazione).

Particolare rilievo per l'interpretazione dell'art. 123 va riconosciuto alle due clausole generali, in esso contenute, che si prestano entrambe ad una interpretazione estensiva e sembrano evocare norme di indirizzo dell'apparato regionale nel suo profilo statico e dinamico (al punto che potrebbe non essere azzardato ipotizzare che si tratti di una endiadi). La locuzione "forma di governo" è dotata di una maggiore (e del tutto peculiare) pregnanza storica e giuridica, rispetto alla locuzione "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento"[111]. Ciò sembra possa giustificare un tentativo di ricostruire l'ambito di competenza dello statuto muovendo dal concetto di forma di governo.

La nozione di *forma di governo* può essere intesa in senso stretto (come evocante i rapporti fra gli organi regionali di governo e gli atti da questi posti in essere, inclusi gli atti normativi) o in senso lato (come insieme delle norme sul modo in cui la Regione è governata, inclusive di disposizioni di

[111] Per un tentativo di valorizzare invece l'altra clausola generale v. A. SPADARO, *I contenuti degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di governo)*, in *Politica del diritto*, 2001, n. 2, p. 289 ss.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 99

principio relative all'esercizio di competenze regionali). Ove si accogliesse questa seconda prospettiva, si giungerebbe alla conclusione che lo statuto può assumere ogni contenuto che può essere oggetto di disciplina da parte della Regione e può disciplinare, nella forma di disposizioni di principio, le stesse materie regionali, naturalmente nei limiti in cui queste rientrino nella competenza della Regione. A sostegno di questa tesi[112], si potrebbe poi utilizzare la ricostruzione dello statuto come "legge costituzionale regionale" che si è abbozzata nel paragrafo precedente. In quanto legge regionale, esso sarebbe abilitato (ma non obbligato) ad intervenire su tutte le materie rientranti nella competenza legislativa della Regione (nell'art. 117, 4° comma, non vi è un vincolo all'esercizio con legge regionale ordinaria di quelle competenze): lo statuto sarebbe pertanto un atto a competenza generale, cui sarebbero sottratte solo le materie precluse dalla Costituzione alla legge regionale (va poi ricordato che problemi peculiari si pongono tuttora per la competenza concorrente, nella quale la legislazione regionale è vincolata anzitutto dalle norme statali di principio). Ma una volta disciplinata una materia con lo statuto, la Regione avrebbe introdotto nel proprio ordinamento un vincolo operativo nei confronti della propria legislazione ordinaria: il procedimento differenziato esclude che la legge ordinaria regionale possa liberamente modificare una disciplina posta con statuto (anche ove si tratti di una disciplina di principio). Qui il procedimento differenziato dell'art. 123, la natura di legge regionale spettante allo statuto e la clausola generale sulla forma di governo cui è affidata la individuazione dell'ambito di competenza di questo atto normativo si saldano fra loro, esprimendo complessivamente l'idea di uno statuto come atto normativo fondamentale della Regione, il quale – nei limiti del rispetto della Costituzione (anzitutto delle norme sul riparto di competenza da questa poste) e in armonia con la stessa – può definire la forma complessiva dell'ente e il modo in cui questo è governato, ponendo sia norme strumentali sui poteri regionali, e sugli atti da questi adottabili, sia norme materiali (principi, diritti), volte a indirizzare e limitare la potestà legislativa regionale nelle materie ad essa riconosciute, ovvero a indirizzare e limitare l'esercizio dei poteri attribuiti agli organi regionali medesimi.

Questa interpretazione del contenuto dello statuto regionale – malgrado alcuni spunti significativi contenuti nelle sent. n. 196 e 313/2003 – non è stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale sugli statuti, che ha imboccato una strada del tutto diversa, e non priva di contraddizioni. Con le sent. n. 372, 378 e 379 del 2004 (che sviluppano, radicalizzandole, alcune discutibili premesse già contenute nella sent. n. 2/2004), la Corte costituzionale ha risolutamente negato che lo statuto possa essere qualificato come una fonte a competenza generale ed ha accantonato la stessa ri-

[112] Una tesi analoga è stata sostenuta nell'ordinamento austriaco: v. F. KOJA, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer*, Springer, Wien, 1967 (e II ed., 1988).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 100

costruzione dello statuto come fonte di vertice del sistema delle fonti regionali, abbozzata nella sent. n. 304/2002. Secondo sent. n. 372/2004 della Corte costituzionale, nel caso dello statuto «non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali "a competenza riservata e specializzata", cioè di statuti di autonomia" (sent. 2/2004): si tratta, tuttavia, di una affermazione che non è sorretta da motivazione, non potendosi considerare tale quella che segue (che è piuttosto l'enunciazione di una conseguenza): cioè che gli statuti «anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque "essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione" (sentenza n. 196 del 2003)».

La concezione che si è proposta è però la sola che possa spiegare adeguatamente sia i contenuti degli statuti del 1971 (in particolare le disposizioni statutarie di principio già contenute - allora si in violazione dell'ambito di competenza attribuito allo statuto dal testo originario dell'art. 123, che ragionava di '"organizzazione interna" della Regione - negli statuti regionali del 1971, tuttora vigenti sul punto, anche se di fatto disapplicati) e più in generale le disposizioni di principio previste negli statuti adottati di recente o nei progetti di statuto che i Consigli regionali stanno oggi discutendo. Se, infatti, lo statuto è una fonte a competenza specializzata, che può intervenire solo sugli oggetti indicati dall'art. 123, e se la forma di governo va intesa in senso stretto, qual è la base che autorizza la previsione delle disposizioni di principio? La Corte costituzionale ha dato una risposta differenziata, ma insoddisfacente. Da un lato ha ricondotto le disposizioni di principio sull'amministrazione regionale ai "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione" menzionati dall'art. 123 e le ha pertanto ritenute legittime; dall'altro ha escluso che le disposizioni di principio a portata più generale (quelle relative ai fini e agli obiettivi dell'ente Regione) abbiano efficacia giuridica, affermando che esse si limitano ad esprimere gli orientamenti politici e culturali presenti nel Consiglio regionale. In quanto tali, esse sono inefficaci, ma non costituzionalmente illegittime. Secondo la Corte, «alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto»[113]; «tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti»[114]; «Se dunque si accolgono le premesse già formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo,

[113] Punto 2 del cons. in diritto.

[114] Sent. n. 372/2004, punto 2 del cons. in diritto.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 101

ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Nel caso in esame, enunciazioni siffatte si rinvengono nei diversi commi –tra cui in particolare quelli censurati- degli artt. 3 e 4 che non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali. E' quindi inammissibile, per *carenza di lesività*, il ricorso governativo avverso le denunciate proposizioni dei predetti articoli, anche tenendo conto delle esplicite richieste in tal senso della difesa regionale».

Come questa conclusione possa essere ritenuta giuridicamente plausibile rimane un mistero. In effetti era abbastanza evidente che le disposizioni di principio degli statuti regionali erano condannate ad una efficacia interstiziale, suscettibile di manifestarsi, per così dire, nelle pieghe dell'ordinamento, incontrando da un lato il limite delle norme di principio contenute nella Costituzione o comunque desumibili da essa e dall'altro il limite della competenza. Sulla base di questo doppio limite, le disposizioni statutarie di principio, se compatibili con il disegno costituzionale, avrebbero potuto dispiegare una qualche efficacia (orientando e vincolando l'azione del legislatore regionale) solo nelle materie di competenza residuale della Regione, considerato che nelle materie di competenza esclusiva esse non avrebbero potuto dispiegare alcun effetto, e che la stessa avrebbe dovuto essere la conclusione anche nelle materie di competenza concorrente, nelle quali la legislazione regionale è tenuta a rispettare altri principi, quelli stabiliti dalla legge dello Stato. Ma la giurisprudenza della Corte costituzionale è insoddisfacente non solo in quanto non riconosce la possibile efficacia delle disposizioni di principio, ma anche perchè rinuncia a valutarne la legittimità costituzionale sulla base della premessa della loro inefficacia. Invece, disposizioni statutarie di principio che entrassero in conflitto con i valori costituzionali o con le norme costituzionali sulla competenza dovrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime ed espunte dagli statuti e non solo reputate inefficaci. Così una eventuale disposizione in cui una Regione affermasse di voler promuovere la segregazione razziale non sarebbe solo espressione di un orientamento culturale emerso nel Consiglio regionale, ma sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con il principio di eguaglianza.

La giurisprudenza costituzionale ha dunque tracciato un confine solo apparentemente chiaro, ma in realtà molto incerto, all'ambito di competenza dello statuto. Ciononostante esistono ambiti materiali nei quali lo statuto può liberamente dispiegare la sua efficacia: e fra questi vi è anzitutto la forma di governo in senso stretto, ovvero la disciplina dei rapporti fra gli organi politici regionali (che sono individuati dalla stessa Costituzione negli art. 121 e 123: Consiglio regionale, Giunta regionale, Presidente della Giunta, Consiglio delle autonomie locali).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 102

In questo ambito materiale spetta anzitutto allo statuto scegliere se recepire il modello di forma di governo regionale delineato nella Costituzione (art. 121, 122 e 126) – caratterizzato dall'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta regionale, contestualmente al Consiglio regionale e dalla durata parallela di entrambi gli organi, con convocazione di nuove elezioni contestuali per essi in caso di dimissioni del Presidente della Giunta o di sfiducia del Consiglio regionale al Presidente stesso[115] – o se avvalersi della potestà espressamente conferita dalla Costituzione allo statuto di "disporre diversamente" (art. 122, 5° co.), abbandonando l'elezione diretta ed adottando un modello di tipo parlamentare.

In questo ambito, tuttavia, lo statuto incontra limiti gerarchici molto rigorosi. La Costituzione delinea con una certa coerenza il modello di governo regionale caratterizzato dalla elezione diretta del Presidente della Giunta ed impone tutta una serie di conseguenze in tali ipotesi. La Corte costituzionale, nella sent. n. 2/2004, ha esteso tali limiti ai casi in cui l'elezione del Presidente della Giunta regionale sia non formalmente diretta, ma solo "sostanzialmente" tale, bloccando uno dei pochi tentativi compiuti nelle Regioni italiane di individuare correttivi ad un modello di governo regionale che si sta caratterizzando per una notevole concentrazione di poteri nelle mani del capo dell'Esecutivo e per la riduzione del Consiglio regionale ad una camera di registrazione delle decisioni presidenziali. Le sent. n. 372 e 379 del 2004 hanno però escluso che la scelta di una Regione per l'elezione diretta del Presidente della Giunta sia incompatibile con un obbligo fissato dallo statuto a carico del Presidente della Giunta di presentare il programma di governo al Consiglio regionale e di sottoporlo alla approvazione di quest'ultimo.

Oltre ai rapporti fra gli organi regionali, alla struttura di questi ultimi (ad es. il numero dei membri del Consiglio e della Giunta, la *prorogatio* degli organi regionali e le conseguenze dello scioglimento del Consiglio[116]) lo statuto è competente a regolare i c.d. organi regionali "non necessari" e a precisare la configurazione del sistema delle fonti normative a livello regionale (in particolare la titolarità della potestà regolamentare regionale: sent. n. 313/2003; per quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale ha addirittura elaborato un obbligo di disciplina statutaria). La Corte ha poi precisato che non sono incostituzionali disposizioni statutarie che prevedano la delegificazione (sent. 378/2004), salvo verificare il rispetto delle riserve di

[115] Si tratta di un modello simile a quello in vigore in Israele dal 1992 al 2001, e caratterizzato dalla elezione diretta del Primo Ministro con "governo di legislatura". Per la proposta di un modello di questo tipo in Spagna, si v. E. Virgala Foruria, *La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y a la parlamentaria*, in *Revista de estudios politicos*, 1995, p. 1119 ss.

[116] "Una interpretazione sistematica delle citate nuove norme costituzionali conduce a ritenere che la disciplina della eventuale *prorogatio* degli organi elettivi regionali dopo la loro scadenza o scioglimento o dimissioni, e degli eventuali limiti dell'attività degli organi prorogati, sia oggi fondamentalmente di competenza dello statuto della Regione, ai sensi del nuovo articolo 123, come parte della disciplina della forma di governo regionale".

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 103

legge e che lo statuto può regolare con apposito procedimento la formazione di testi unici finalizzati « soltanto ad operare sulla legislazione regionale vigente, a meri fini "di riordino e di semplificazione"»[117].

Allo statuto è invece precluso ogni intervento nella disciplina sia del sistema di elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio regionale, che secondo l'art. 122, 1° comma, sono riservati alla legge regionale nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalla legge dello Stato (si tratta quindi di una competenza concorrente): e lo stesso deve dirsi per le norme sulle incompatibilità e le ineleggibilità dei membri delle Giunte e dei Consigli. La Corte costituzionale ha inteso questa riserva in modo molto rigoroso: essa preclude allo statuto ogni intervento. Su questa base la Corte ha dichiarato incostituzionale il limite di rielezione del Presidente della Giunta per più di due mandati consecutivi, contenuto nello statuto calabrese (sent. 2/2004)[118] e le norme sulle incompatibilità fra le cariche di consigliere regionale e di assessore (sent. n. 378 e 379/2004)[119], nonostante che tali profili (limiti alla rielezione; incompatibilità fra appartenenza all'Esecutivo e al Legislativo) siano pertinenti alla materia della forma di governo più che a quella del sistema

---

[117] Sent. n. 378/2004, punto 7 del cons. in diritto.

[118] Sent. n. 2/2004: «In questo quadro la fonte statutaria è chiamata a svolgere un ruolo necessariamente ridotto, seppur significativo: questa stessa Corte, ad esempio, ha riconosciuto che spetta allo statuto regionale "la disciplina della eventuale *prorogatio* degli organi elettivi regionali dopo la loro scadenza o scioglimento o dimissioni", in quanto istituto che "riguarda solo l'esercizio dei poteri nell'intervallo fra la scadenza, naturale o anticipata, di tale mandato, e l'entrata in carica del nuovo organo eletto" *(sentenza n. 196 del 2003)*. Ma poi, più in generale, sono le scelte statutarie in tema di fonti normative (come, ad esempio, la prescrizione, inserita proprio nel primo comma dell'art. 38, che la legge elettorale regionale debba essere approvata a maggioranza assoluta) e di forma di governo regionale che possono indirettamente condizionare la legislazione elettorale regionale.
A questo proposito, peraltro, occorre prendere atto che non si può pretendere, in nome della competenza statutaria in tema di "forma di governo", di disciplinare la materia elettorale tramite disposizioni statutarie, dal momento che il primo comma dell'art. 123 ed il primo comma dell'art. 122 sono disposizioni tra loro pariordinate: anche se sul piano concettuale può sostenersi che la determinazione della forma di governo può (o addirittura dovrebbe) comprendere la legislazione elettorale, occorre prendere atto che, invece, sul piano della Costituzione vigente, la potestà legislativa elettorale è stata attribuita ad organi ed a procedure diverse da quelli preposti alla adozione dello statuto regionale e che quindi lo statuto regionale non può disciplinare direttamente la materia elettorale o addirittura contraddire la disposizione costituzionale che prevede questa speciale competenza legislativa.
Anzi, il fatto che la legge statale è chiamata a determinare i principi fondamentali nelle materie di cui al primo comma dell'art. 122 della Costituzione inevitabilmente riduce la stessa possibilità della fonte statutaria di indirizzare l'esercizio della potestà legislativa regionale in queste stesse materie.
Sono quindi inammissibili norme statutarie che (…) determinino direttamente, almeno in parte, il sistema di elezione che dovrà invece essere disciplinato dalla legge o che (…) determinino in modo diverso dal primo comma dell'art. 122 della Costituzione, sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, quanto dovrà essere disciplinato dal legislatore regionale sulla base dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale».

[119] Sent. n. 378/2004, punto 8 del considerato in diritto: «L'art. 122 Cost. riserva espressamente alla legge regionale, "nei limiti dei princìpî fondamentali stabiliti con legge della Repubblica", la determinazione delle norme relative al "sistema di elezione" e ai "casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali", *senza che si possa distinguere (come invece ipotizza la difesa regionale) fra ipotesi di incompatibilità "esterne" ed "interne" all'organizzazione istituzionale della Regione*. E' vero che le scelte in tema di incompatibilità fra incarico di componente della Giunta regionale e di consigliere regionale possono essere originate da opzioni statutarie in tema di forma di governo della Regione, ma – come

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 104

elettorale o delle incompatibilità classicamente intese[120].Va sottolineata la radicalità di questa soluzione: a parte l'opinabilità del criterio di riparto orizzontale (in virtù del quale sono ricondotti al sistema di elezione e alla incompatibilità materie che sembrerebbero afferire alla forma di governo in senso stretto) stupisce ancor più che le norme degli statuti in materia siano incostituzionali per difetto di competenza e non per contrasto con norme contenute nella legge statale di principio ex art. 122, 1° co., (alla stregua della quale, infatti, si dovrebbe giungere a conclusioni opposte).

II.6. I LIMITI ALLO STATUTO REGIONALE ORDINARIO

La legge cost. n. 1/1999 ha ridefinito anche il quadro dei *limiti* allo statuto. E' stato ovviamente confermato il limite costituzionale: lo statuto è fonte subordinata alla Costituzione, poiché l'art. 123 Cost. ne costituisce la norma di riconoscimento, che lo fonda e ne delimita – assieme alle altre disposizioni costituzionali – l'ambito di efficacia e di competenza. Ciò trova una conferma nell'art. 117, 1° comma, nell'obbligo di "rispetto" della Costituzione, che viene imposto a tutte le leggi, statali e regionali, e quindi anche allo statuto, in quanto legge regionale – sia pure adottata con procedimento aggravato.

Ciononostante, il limite costituzionale, per quanto attiene a quella "porzione" della materia "forma di governo" che trova in Costituzione un disciplina costituzionale diretta, si manifesta in modalità più articolate di quanto accadeva sino all'entrata in vigore della legge cost. n. 1/1999. In particolare, è consentito espressamente allo statuto di "mettere da parte" alcune norme costituzionali e di disporre diversamente: ciò riguarda sia l'elezione diretta del Presidente della Giunta Regionale, sia una serie di altre norme a quest'ultima strettamente connesse.

II.6.1. In particolare: il limite dell'armonia con la Costituzione

Viene poi in questione il limite dell'"*armonia*" con la Costituzione. In presenza del generale dovere di rispetto della Costituzione da parte dello statuto, appare problematico – oggi, come prima della legge cost. n. 1/1999 – attribuire un senso autonomo a questo vincolo. I tentativi com-

---

questa Corte ha già affermato in relazione ad altra delibera statutaria regionale nella sentenza n. 2 del 2004 – occorre rilevare che il riconoscimento nell'articolo 123 della Costituzione del potere statutario in tema di forma di governo regionale è accompagnato dalla previsione dell'articolo 122 della Costituzione, e che quindi la disciplina dei particolari oggetti cui si riferisce l'articolo 122 sfugge alle determinazioni lasciate all'autonomia statutaria. Né la formulazione del primo comma dell'art. 66 può essere interpretata come espressiva di un mero principio direttivo per il legislatore regionale, nell'ambito della sua discrezionalità legislativa in materia».
Nello stesso senso si v. anche la sent. n. 379/2004 sullo statuto dell'Emilia-Romagna.

[120] Su entrambi i problemi citati nel testo la legge statale n. 165/2004, che contiene le norme di principio in materia di sistema di elezione e di cause di incompatibilità e di ineleggibilità dei membri delle Giunte e dei Consigli regionali, contiene una abilitazione a prevedere i limiti in questione a vantaggio della legge regionale.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 105

piuti al riguardo prima della riforma non paiono riproponibili: ciò vale sia per quelle tesi che avevano desunto dal vincolo di armonia l'obbligo per lo statuto di imitare la Costituzione anche per quelle soluzioni da essa previste con riferimento non all'organizzazione regionale, ma a quella statale[121] (un vincolo di uniformità, quindi); sia per quelle letture che avevano interpretato l'armonia come una valutazione di opportunità rimessa al Parlamento in sede di approvazione con legge statale dello statuto[122].

Il problema-chiave non consiste tanto nell'attribuire un senso magico alla parola "armonia", che in sé sembra certo indicare qualcosa di diverso dal rispetto, bensì nel definire – a partire dalla lettera, ma oltre la lettera, in una prospettiva sistematica che si avvalga anche del diritto comparato – il tipo di rapporto con la Costituzione che il vincolo in esame intenda esprimere, muovendo dal presupposto dell'esistenza del più generale vincolo di rispetto. La chiave del problema consiste forse nella definizione del *quid* con cui lo statuto è tenuto ad armonizzarsi. E il dato di partenza va individuato nell'esistenza di norme costituzionali (principi e regole) poste nella Costituzione non per la Regione, ma per lo Stato, eppure eccedenti quest'ultimo per essere norme generali, relative a tutto l'ordinamento repubblicano, inteso ai sensi dell'art. 114, 1° comma. Fra queste sembra rientrino anzitutto i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sottratti anche alla revisione della Costituzione statale, e suscettibili di imporsi allo statuto anche in assenza di disposizioni costituzionali riferite all'organizzazione della Regione. Inoltre dovrebbero essere inclusi nel *quid* con cui lo statuto è tenuto ad armonizzarsi i principi generali dell'ordinamento costituzionale, vale a dire quei principi che, pur non rientrando nel nucleo intangibile del nostro ordinamento costituzionale, hanno comunque una portata generale, estesa a tutti gli enti territoriali, anche se sono espressamente posti solo per l'organizzazione di governo statale: ad es. l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi; la riserva all'organo rappresentativo dell'approvazione del bilancio dell'ente; l'elezione del Consiglio regionale a suffragio universale e diretto; ecc.

Sul significato del vincolo di "armonia" la Corte costituzionale ha adottato un orientamento oscillante ed ambiguo. La Corte ha certo ribadito con chiarezza la piena ed integrale soggezione dello statuto alla Costituzione: «gli statuti, nel disciplinare la materia, dovranno essere in armonia con i precetti e con i principi tutti ricavabili dalla Costituzione, ai sensi dell'art. 123, primo comma, della Costituzione» (sent. n. 196/2003). D'altro canto, però, la Corte ha tentato di spiegare il vincolo di armonia asserendo che esso impone l'obbligo del rispetto dello "spirito della Costituzione" (sent. 304/2002 e 2/2004:): «questa Corte ha chiarito che gli statuti regio-

[121] In questo senso si era espresso F. Sorrentino, *Lo statuto regionale nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, p. 424 ss.

[122] In questo senso U. De Siervo, *Gli statuti delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1974.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 106

nali non solo, come tutte le norme giuridiche del nostro ordinamento, devono rispettare puntualmente "ogni disposizione della Costituzione", ma devono anche rispettarne lo spirito, in nome della pure costituzionalmente necessaria "armonia con la Costituzione" (sentenza n. 304 del 2002); ciò che, più recentemente, ha trovato conferma nell'affermazione che gli statuti "dovranno essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione" (sentenza n. 196 del 2003)./Da tali premesse la necessità di una lettura particolarmente attenta dei rapporti e dei confini fra le diverse aree normative affidate agli statuti o alle altre fonti legislative statali o regionali, senza presumere la soluzione del problema interpretativo sulla base della sola lettura di una singola disposizione costituzionale, tanto più ove essa utilizzi concetti che possono legittimamente giustificare interpretazioni tra loro non poco difformi a seconda del contesto in cui sono collocati». Il concetto di "spirito" della Costituzione si rivela però, ad una analisi più attenta, come un semplice *escamotage*, che non ha un preciso contenuto giuridico e finisce per consentire alla Corte di plasmare a suo piacimento, senza alcuna certezza, i limiti degli statuti[123]. Fortunatamente ne va registrata la "ritirata" nelle sent. n. 372, 378 e 379, ove pure era stato evocato dall'avvocatura dello Stato[124].

II.6.2. La scomparsa del vincolo di armonia con le leggi della Repubblica

Nel nuovo art. 123 Cost. è invece scomparso il contraddittorio vincolo per lo statuto a porsi in *armonia con le leggi della Repubblica*, previsto nel testo originario di tale disposizione. Esclusa ogni subordinazione dello statuto alle leggi statali, rimane ovviamente l'esigenza di una armonia, che è però ora bilaterale. In ogni caso deve ritenersi tuttora sussistente l'obbligo di armonia dello statuto con quelle leggi statali espressamente abilitate dal nuovo titolo V a regolare materie connesse con la forma di governo regionale, come il potere estero regionale (art. 117, 9° co.) o (sia pure solo per principi) il sistema elettorale (art. 122, 1° co.). Vi è poi l'obbligo dello statuto di armonizzarsi con le leggi regionali di differenziazione, di cui all'art. 116, 3° comma, Cost.

II.7. GLI STATUTI REGIONALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Fino ad oggi la Corte costituzionale si è pronunciata sulla potestà statutaria in cinque casi di maggiore importanza:

---

[123] Al riguardo rinvio a quanto argomentato in M. Olivetti, *Lo "spirito della Costituzione": un concetto giuridicamente inutile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 1.

[124] V. punto 2 del ritenuto in fatto della sent. 378/2004.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 107

il tentativo di adottare leggi derogatorie temporanee degli statuti del 1971 e dell'art. 5 della legge cost. n. 1/1999; la sent. n. 304/2002 della Corte cost.

la disciplina della *prorogatio* degli organi regionali: sent. n. 196/2003

la potestà regolamentare: la sent. n. 313/2003

la deroga all'elezione diretta del Presidente: la sent. n. 2/2004

la previsione negli statuti di norme di principio e la loro efficacia

Non è il caso di entrare nel dettaglio di queste decisioni. Certo, esse hanno fatto un po' di chiarezza su alcune questioni importanti (ad es. il procedimento di formazione dello statuto, come si è visto sopra), ma sull'estensione della potestà statutaria e sul suo rapporto con la Costituzione non disponiamo al momento di un quadro chiaro.

Riguardo all'estensione della potestà statutaria la Corte ha da un lato affermato che riguardo all'organizzazione regionale "l'autonomia è la regola, i limiti sono l'eccezione" (sent. n. 313/2003), con la conseguenza che sarebbe necessario giustificare alla luce della Costituzione le limitazioni della potestà statutaria piuttosto che i fondamenti positivi di essa. Nella sent. n. 2/2004, invece, la Corte costituzionale ha dato una interpretazione estensiva del limite dell'armonia con la Costituzione ed una interpretazione molto restrittiva sia della potestà di deroga alla elezione diretta, sia della facoltà di adottare negli statuti disposizioni di principio. A ciò si è aggiunta, nelle sent. 372, 378 e 379 del 2004, una concezione dello statuto come fonte specializzata (che sembra incompatibile con l'idea che lo statuto sia la regola e i limiti l'eccezione) e una messa in discussione della sua posizione di fonte regionale di vertice affermata nella sent. n. 304/2002. Un quadro, dunque, confuso e insoddisfacente, ispirato più ad una logica di compromesso e mediazione caso per caso nei conflitti costituzionali che alla applicazione di criteri di interpretazione costituzionale coerenti al loro interno.

II.8. LA LEGGE N. 165/2004 SUL SISTEMA DI ELEZIONE DEL CONSIGLIO REGIONALE

Un ulteriore elemento di limitazione della potestà statutaria è ora contenuto nella legge n. 165/2004, adottata quest'anno in attuazione dell'art. 122, 1° comma, Cost., che stabilisce che il sistema di elezione del Consiglio regionale è regolato dalla legge statale con norme di principio e dalla legge regionale con disposizioni di dettaglio.

La legge n. 165 ha stabilito, in particolare, che le elezioni del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta, se eletto direttamente, debbano avvenire "contestualmente". In questo modo si è accentuata la portata

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 108

neoparlamentare della forma di governo regionale, escludendone una evoluzione in chiave di una più netta separazione dei poteri fra Consiglio e Giunta, e quindi un avvicinamento al modello presidenziale.

II.9. LO STATO DI ELABORAZIONE DEI NUOVI STATUTI: I RISULTATI DELLA VII LEGISLATURA REGIONALE

Malgrado siano trascorsi oltre cinque anni dall'entrata in vigore della legge cost. n. 1/1999, che ha imposto alle Regioni l'esigenza di dotarsi di un nuovo statuto, solo sette Regioni (Puglia, Calabria, Lazio, Toscana, Piemonte, Marche, Liguria) hanno ad oggi nuovi statuti, già entrati in vigore.

Altre tre Regioni (Emilia-Romagna, Umbria e Abruzzo) avevano concluso l'elaborazione del loro statuto durante la legislatura regionale terminata nel 2005, ma i loro statuti sono stati impugnati dal Governo davanti alla Corte costituzionale ed i primi due sono stati colpiti da dichiarazione di illegittimità costituzionale, sia pure limitata ad una sola specifica disposizione, mentre per il terzo statuto la Regione Abruzzo ha ritenuto di modificare le disposizioni impugnate dal Governo, ma, in tal modo, non è riuscita a concludere l'iter di approvazione prima della conclusione della legislatura.

Molto più indefinita è la situazione nelle rimanenti cinque Regioni ordinarie, nelle quali i lavori sullo statuto sono rimasti in una fase iniziale durante la VII legislatura regionale (2000-2005): in quattro casi esiste un testo approvato dalla Commissione del Consiglio regionale incaricata di elaborare il progetto di statuto da sottoporre al Consiglio (Veneto, Molise, Basilicata, Campania), mentre nel caso della Lombardia, la principale Regione italiana, che per le sue dimensioni demografiche ed economiche è paragonabile ad uno Stato europeo di medie dimensioni, non si è nemmeno giunti ad approvare un testo da sottoporre all'esame del Consiglio regionale. Nelle Regioni Lombardia, Veneto, Basilicata e Campania l'elaborazione dello statuto dovrà quindi riprendere nell'attuale VIII legislatura regionale – iniziata all'indomani delle elezioni del 3-4 aprile 2005 – mentre la Regione Molise, nella quale la VII legislatura si era conclusa anticipatamente nel 2001 e la legislatura in corso (l'VIII) scadrà nell'autunno 2006, ha ancora qualche probabilità di concludere i lavori sul suo statuto prima delle prossime elezioni regionali.

Premesse queste informazioni sullo stato dell'arte, è ora opportuno dedicare una breve analisi ai contenuti degli statuti regionali in vigore o già approvati in prima o in seconda lettura (inclusi quelli che dovranno essere nuovamente deliberati nell'attuale legislatura regionale). Si tratta, come si è detto, di 10 statuti regionali, che consentono una analisi di alcuni problemi di maggiore rilievo.

A) Tutti gli statuti sinora approvati contengono un elenco di "principi" volti a guidare l'attività (legislativa, amministrativa, politica) della Regione. Si

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 109

tratta di enunciazioni vaghe e generiche ed al tempo stesso ambiziose, che vorrebbero dare uno "stile" costituzionale allo statuto. Formulazioni simili erano già presenti negli statuti approvati nel 1971, al momento dell'avvio concreto delle Regioni ordinarie.

Queste disposizioni di principio riguardano i fini della Regione (quindi si tratta di disposizioni paragonabili alle *Staatszielbestimmungen* analizzate dalla dottrina tedesca, proprio con riferimento alle Costituzioni dei *Länder*) ed impegnano la Regione a perseguire obiettivi che riguardano talora il modo della sua azione, talaltra la vita della comunità regionale nel suo complesso o di alcuni settori di essa. Alcune di queste disposizioni – come quelle contenute negli statuti delle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia Romagna in materia di riconoscimento delle forme di convivenza diverse dalla famiglia o di impegno della Regione a operare per riconoscere il diritto di voto agli immigrati legalmente residenti sul territorio italiano – si pongono in qualche modo in tensione con norme o valori della Costituzione vigente ed intervengono in materie su cui la competenza regionale è dubbia. L'orientamento della Corte costituzionale secondo cui tali disposizioni sarebbero prive di efficacia giuridica ridimensiona per ora il problema della loro legittimità costituzionale, ma si è visto sopra che lo schema concettuale utilizzato dalla Corte per neutralizzarle appare insoddisfacente.

B) La partecipazione popolare e la democrazia diretta. L'art. 123 autorizza lo statuto a prevedere disposizioni in materia di referendum su leggi e provvedimenti amministrativi regionali e già nel 1971 quasi tutti gli statuti avevano previsto norme almeno su due tipi di referendum: abrogativo di iniziativa popolare; consultivo, di iniziativa popolare o degli organi regionali. Gli statuti in corso di approvazione in questi mesi si muovono nella stessa prospettiva. Tuttavia si può intravedere nei testi degli statuti una certa diffidenza delle forze politiche regionali verso i referendum di iniziativa popolare: alle proclamazioni formali in favore della democrazia diretta, che spesso sono formulate in maniera molto chiara ed ampia, non corrispondono infatti scelte innovative, come pure ci si sarebbe potuto aspettare considerato che le competenze regionali sono oggi più ampie che nel 1971, a seguito della riforma del titolo V. L'unica innovazione in questo campo è il referendum propositivo di iniziativa popolare previsto dall'art. 62 del nuovo statuto della Regione Lazio. In generale, comunque, i referendum non sono stati sinora praticati diffusamente a livello regionale, a differenza di quanto è accaduto a livello statale[125].

C) La forma di governo. La tendenza degli statuti è la conferma generalizzata dell'elezione diretta del Presidente con governo di legislatura, ov-

[125] Si segnala che l'Italia è lo Stato democratico con la più diffusa pratica di referendum nazionali, dopo la Svizzera. Dal 1970 ad oggi si sono celebrati ben 61 referendum, di cui 59 abrogativi (art. 75 Cost.), 1 costituzionale (art. 138 Cost.) ed 1 "di indirizzo" (legge cost. n. 2/1999).

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Pagina 110

vero la conferma del modello prescelto dalla Costituzione. Questo però è solo il punto finale di una battaglia politica piuttosto dura che si è svolta nelle Regioni negli scorsi cinque anni. Alcuni Consigli regionali hanno in effetti tentato di sostituire il sistema disegnato dalla Costituzione (elezione diretta del Presidente con governo di legislatura) con una forma più flessibile. Ciò che i consiglieri regionali contestavano, infatti, era non tanto l'elezione diretta del Presidente, quanto la conseguenza dello scioglimento automatico in ogni caso di crisi di giunta, in quanto – secondo molti consiglieri regionali – tale meccanismo rende di fatti i Consigli ostaggio dei Presidenti delle Giunte. Questi tentativi sono però falliti in due Regioni: il Friuli Venezia Giulia (si tratta di una Regione speciale), ove il tentativo di modificare in questo modo lo statuto speciale è stato respinto da un referendum regionale il 29 settembre 2002; e la Calabria, ove è stata la Corte costituzionale, con la sentenza n. 2/2004, ad annullare una parte del nuovo statuto approvato da quella Regione.

Alcuni statuti (Toscana, Emilia-Romagna) hanno tentato di recuperare uno spazio per l'intervento del Consiglio nella determinazione dell'indirizzo politico regionale prevedendo che il Presidente della Giunta presenti al Consiglio un programma di governo, e che il Consiglio debba approvarlo e in un caso addirittura un voto di fiducia iniziale alla nuova Giunta, sia pure senza efficacia giuridica vincolante.

D) Si è visto che un altro nodo storico non solo della fase statutaria, ma più in generale del processo di riforma del sistema regionale italiano è quello del rapporto fra le Regioni e gli enti locali. Il profilo che qui interessa è la previsione di forme di raccordo fra gli enti locali e gli organi regionali di governo. L'art. 123, 4° comma, Cost., inserito dalla legge cost. n. 3/2001, fa obbligo agli statuti di prevedere un apposito *Consiglio delle autonomie locali*, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali infraregionali. Su questo punto gli statuti sono stati esitanti e restii a scegliere, sia per quanto riguarda la composizione, sia riguardo alle funzioni di quest'organo. La tendenza prevalente è stata quella di rinviare le scelte principali alla legge regionale.

E) Una scelta analoga di rinvii è stata compiuta riguardo agli "organi di garanzia della superiorità dello statuto sulla legge regionale", di cui molto si è parlato in dottrina[126] e nel dibattito politico regionale, avendo come punti di riferimento nel diritto comparato le Corti costituzionali dei *Länder* tedeschi e, soprattutto, i Consigli consultivi delle Comunità autonome spagnole. Su questo problema non esiste alcun obbligo costituzionale di disciplina, anzi sono piuttosto i limiti (derivanti dal principio di unità della giurisdizione costituzionale) ad apparire in primo piano. Alcune Regioni (Puglia, Toscana) hanno in effetti previsto organi di questo tipo, ma il più delle vol-

[126] In primo luogo da T. Groppi, *Quale garante per lo statuto regionale?*, in *Le Regioni*, 2001, 2001, n. 5, p. 841 ss.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 111

te gli statuti si sono limitati ad indicarne la composizione e ad abbozzarne appena le funzioni, rinviando ogni scelta critica alla legge regionale. E al riguardo si potrebbe osservare che il mandato costituzionale a regolare la forma di governo regionale non abilita in egual modo la legge regionale, con la conseguenza che, forse, alcune scelte possibili per lo statuto non lo sarebbero per la legge regionale cui questo rinviasse.

F) Vi è infine il delicato nodo del sistema delle fonti di diritto regionale, soprattutto riguardo alle fonti del potere esecutivo, e in particolare alla potestà regolamentare. In genere, i nuovi statuti appena approvati o in corso di approvazione attribuiscono la potestà regolamentare alla Giunta, pur tentando di recuperare uno spazio di consultazione del Consiglio, almeno per i regolamenti di maggiore importanza.

047-112-Estado autonomico5 3/10/05 11:42 Página 112

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 113

CAPÍTULO II.

ESTADO AUTONÓMICO E INTEGRACIÓN

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 114

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 115

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 116

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 117

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN PARA EL ESTADO AUTONÓMICO: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Gregorio Cámara Villar
Caatedrático Derecho Constitucional.
Universidad de Granada

I. VALORACIÓN GENERAL DEL ESTADO DE LA INTEGRACIÓN Y LA COLABORACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO COMO PUNTO DE PARTIDA

I.1. INTRODUCCIÓN

El «principio federalista» actuante en nuestros días, teniendo por centro el respeto de los elementos singulares y de los intereses propios presentes en el pluralismo territorial en el marco de la unidad del Estado, no se cohonesta sin embargo con la dualización y el afincamiento en las relaciones bilaterales entre los entes políticamente descentralizados y el nivel central de gobierno. Antes al contrario, favorece el tratamiento de la complejidad social y política resultante de ese pluralismo en un ámbito que es interdependiente recurriendo a las técnicas de la integración mediante la participación y una más intensa colaboración conforme con los objetivos de legitimar el sistema en su conjunto, procurar la satisfacción de las necesidades colectivas y optimizar la resolución de los problemas comunes.

Estos objetivos sólo pueden realizarse bajo la condición de que los elementos que se pongan en juego trabajen en pos de la búsqueda en cada momento de la síntesis dialéctica y compleja que sea posible entre los intereses generales y comunes y los también generales y, en cierto sentido, también comunes, aunque más específicos, de los diferentes ámbitos territoriales. La atención a la síntesis dialéctica y no al mero equilibrio entre los principios de unidad y autonomía es el cuaderno de bitácora susceptible de guiar razonablemente el funcionamiento y el desarrollo de cualquier Estado compuesto.

Siendo esto así, la «cultura» o, si se quiere, la «ideología federalista» (entendida esta expresión en sentido amplio) se da ya o debe darse por supuesta en los Estados que han decidido organizarse según una forma compuesta, pues viene siendo intelectualmente aquilatada y políticamente

113-134-Estado autonómico6 3/10/05 11:46 Página 118

actuante desde antiguo, esto es, está asentada; la reivindicación de las singularidades y de la heterogeneidad resultante del pluralismo territorial queda plasmada en cada momento histórico de la vida de un país conforme a una singular evolución y según la fuerza que sean capaces de transmitir los agentes sociales, políticos e institucionales de los diferentes territorios. Sin embargo, la «técnica del federalismo» se idea y se planea, se construye y se decide y, en definitiva, se recrea, sin sometimiento a esquemas o a modelos previos, conforme a la experiencia histórica acumulada y a las necesidades que en cada etapa van surgiendo.

Justamente esta valorización de la técnica al servicio del pluralismo territorial y de la «cultura federal» en el marco del Estado social que caracteriza al llamado *new federalism* y que apela como elemento sustentador al principio de «lealtad federal», se abre paso en nuestro sistema autonómico, perteneciente hoy sin duda a la matriz y a la familia de los Estados federales, con tan notoria dificultad como exasperante lentitud.

I.2. CARENCIAS E INCONSISTENCIAS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DEL ESTADO AUTONÓMICO EN RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN, LA COLABORACIÓN Y LA COOPERACIÓN

Así, poco nuevo hay ya que pueda ser dicho a estas alturas, tras largos años de desarrollo, análisis y reflexión, sobre las carencias e inconsistencias estructurales y funcionales de nuestro modelo de Estado, construido, pero no diseñado como tal desde la Constitución, pese a que un balance general sobre su desarrollo y funcionamiento no permitiría ni mucho menos una calificación negativa global.

No obstante, el diagnóstico es claro para la práctica totalidad de los analistas: el de la organización territorial del poder y su distribución es, sin ninguna duda, el más importante de los problemas constitucionales que viene arrastrando España, dado que todavía no se ha resuelto ni encauzado de una manera aceptable, si bien las Comunidades Autónomas han alcanzado un importante nivel de desarrollo y funcionan, en general, de una manera razonable desde la perspectiva institucional interna. Existen tensiones de extraordinaria intensidad entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas y, en general, un elevado nivel de conflictividad, junto con un más que notable grado de debilidad en las relaciones de colaboración tanto verticales como horizontales, pese a que el «deber general de colaboración», que no es preciso justificar en preceptos concretos de la Constitución (como ha reiterado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia), se incardina como elemento central en la esencia de nuestro modelo de organización territorial.

Tal situación es consecuencia, en buena parte, de la inexistencia de mecanismos que pueden ser necesarios o de la insuficiencia de aquellos que sí han sido previstos; pero, sobre todo, lo es del hecho de que a lo largo de

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 119

los años no ha acabado de cimentarse y desarrollarse una «cultura política federalista» integradora, proclive a la coordinación, la colaboración y la cooperación institucional entre las distintas instancias y niveles de gobierno; por el contrario, frente a la articulación que debiera resultar de estas relaciones en torno a la búsqueda de las políticas a aplicar a las necesidades y a los problemas sociales en los diferentes ámbitos territoriales, por regla general tiende a prevalecer la articulación de la dinámica política a partir de las tensiones y conflictos más o menos coyunturales que se generan entre fuerzas políticas o entre los liderazgos políticos de las diferentes instancias de gobierno. La comunicación de estas tensiones a los niveles administrativos de dirección acaban configurando un panorama que realimenta el cuadro de las señaladas carencias institucionales.

Tales insuficiencias marcan una resistencia difícilmente entendible al signo de los nuevos tiempos, cuando los diversos vectores de la globalización y la integración supranacional exigen intervenir con técnicas de preservación, afianzamiento, desarrollo y profundización, acomodación a nuevas circunstancias y articulación del pluralismo más intensas y eficaces, tanto en el plano jurídico como político.

I.2.1. Plano de la integración participativa

Como el constituyente no valoró la hipótesis de una generalización del sistema de autonomías territoriales de alto nivel a partir del desarrollo del principio dispositivo, ni la eventual relevancia política que podrían alcanzar, como han alcanzado, los poderes territoriales, ni tampoco pudo prever los efectos de todo ello en el marco de la integración en Europa, no dotó al texto constitucional de los mecanismos necesarios para la articulación del pluralismo y la integración de las Comunidades Autónomas en la definición de la voluntad estatal.

Como es bien sabido, los mecanismos que por su generalidad y naturaleza propia, en tanto que cauces de participación político-parlamentaria, así como por el eventual alcance general de sus efectos, podrían sustentar el cumplimiento de tales objetivos no responden, manifiestamente, a las necesidades estructurales y funcionales de la descentralización política propia del Estado Autonómico. Al limitado alcance de la iniciativa legislativa de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 87.2 CE) se suma un Senado a todas luces incapaz de cumplir por su diseño la teórica función, constitucionalmente asignada, de ser órgano de representación territorial (art. 69.1) y que, además, queda enteramente subordinado en su papel en relación al Congreso incluso en aquellas materias (con alguna excepción) que presentan dimensiones o perfiles funcionales propiamente autonómicos. De tal manera, no cabe sino concluir que las Comunidades Autónomas no están presentes en este órgano de acuerdo con su relevancia político constitucional, situación que

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 120

ni siquiera llegó a paliarse en lo fundamental con la creación de la Comisión General de las Comunidades Autónomas en 1984.

I.2.2. Plano de la coordinación, colaboración y cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí

Esta situación ha estimulado, ciertamente, el desarrollo de técnicas propias de las *intergovernmental relations*, aunque de una manera abigarrada y desigual en los diferentes ámbitos de gobierno, mediante las cuales el sistema está consiguiendo en determinados sectores un funcionamiento que podría calificarse de aceptable pese a las señaladas deficiencias, alcanzándose cuando menos los objetivos mínimos y fundamentales de la acción pública, tanto en los niveles centrales como autónomos, mediante la coordinación, la colaboración y la concertación entre los ejecutivos tanto en ámbitos multilaterales como bilaterales, si bien con tendencia al mantenimiento del predominio de estos últimos.

No obstante, el panorama no es el mismo según consideremos la colaboración en el plano vertical Estado-CCAA o en el horizontal de las CCAA entre sí, siendo así que un funcionamiento más integrado y armonioso del Estado Autonómico necesitaría en su estadio actual, por las interacciones que se dan entre estos dos planos, de instrumentos añadidos susceptibles de generar tanto una mayor colaboración y cooperación de las CCAA entre sí, como una mayor integración y participación de las CCAA en la definición y adopción de las decisiones generales más importantes susceptibles de producir efectos relevantes en las CCAA. Si puede decirse que se ha avanzado notablemente en la regulación global e integrada de los diferentes instrumentos de colaboración y cooperación vertical, los que existen en la horizontal son demasiado rígidos e inoperantes.

I.2.2.1. La colaboración y cooperación vertical

Respecto a los primeros, partiendo del camino trazado por la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico y de los Acuerdos autonómicos de 1992, la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supuso un indudable avance, aunque quizás por temor a las incertidumbres que proyectaba la apertura del modelo de organización territorial de Estado no se empleó a fondo en el establecimiento de un régimen jurídico más adecuado de las distintas manifestaciones del principio de colaboración y de la cooperación. Posteriormente, la Ley 4/1999, que la reforma, incidió en ciertas imprevisiones normativas y avanzó en el reconocimiento de la existencia de otros órganos de cooperación distintos de las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales de Cooperación, introduciendo y desarrollando la figura del Plan y Programa conjunto en relación con las competencias

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 121

concurrentes y ampliando los sujetos que podrán celebrar convenios de colaboración entre sí y en el marco de sus respectivas competencias. Al compás de esta evolución, la actividad de las Conferencias sectoriales ha ido ciertamente en incremento, aunque de forma desigual, porque las que efectivamente se han reunido de manera regular y efectiva, desarrollando adecuadamente sus funciones, han sido pocas si se tienen en cuenta los objetivos declarados en los acuerdos políticos relativos al desarrollo del *federalismo cooperativo*.

I.2.2.2. La colaboración y cooperación horizontal

Respecto de los segundos -los instrumentos de cooperación horizontal-, cabe subrayar con énfasis que su precariedad ha sido siempre y es hoy tan notoria como alarmante. Baste ilustrar esta situación con la mención de un solo dato: la cota máxima de celebración de esta última clase de convenios se sitúa por ahora en el año 1998, en el que se celebraron cuatro. No deja de ser muy significativo en relación con las carencias e incoherencias de los mecanismos de colaboración previstos para el Estado autonómico que estos convenios estén regulados en la Constitución y en un modo tan rígido (revelador de la desconfianza política hacia las Comunidades Autónomas) mientras que, paradójicamente, nada se haya previsto en ella respecto de los convenios verticales, cuya celebración cabe decir que es variada y prolija, pese a su repetición y reedición temática, en el tiempo y en el espacio.

Esta situación generalizada de la cooperación horizontal también repercute muy negativamente en los rendimientos del sistema autonómico, por lo que es necesario preguntarse por las causas para poder modificar, cuando se den las circunstancias para ello, tan negativo estado de cosas. El diagnóstico no es difícil de hacer.

Por un lado, es claro que existen razones de índole política: el recíprocamente escaso conocimiento mutuo, a veces acompañado de cierto recelo, entre las Comunidades en la fase de construcción del Estado de las autonomías; del mismo modo, el distinto signo político de los ejecutivos de algunas Comunidades, donde de manera inevitable se produce el eco de las tensiones y conflictos existentes entre las principales fuerzas políticas a nivel nacional, desarrollándose a veces con tal intensidad, según la coyuntura y el «clima político», que hacen prácticamente inviable el mantenimiento de las mínimas relaciones de colaboración o institucionales; la propia actitud recelosa de la Administración central cuando las Comunidades se han orientado a adoptar iniciativas sin contar con ella; la falta, de nuevo, de maduración de una «cultura política» que permita identificar como comunes una serie de intereses frente al centro, para cuya representación y defensa deban instrumentarse mecanismos permanentes de relación, etc. Algunas de estas causas eran hasta cierto punto lógicas

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 122

en las primeras fases de la construcción del Estado de las autonomías, en las que tuvo que prevalecer de forma natural el ensimismamiento en los propios problemas, la afirmación de la propia identidad y la reivindicación de la singularidad y no la búsqueda de un modelo global de organización estatal que conlleve la unión y la aproximación de posturas entre Comunidades tras la identificación de intereses comunes.

Pero no tiene sentido que este estado de la cuestión perviva en la actualidad, una vez que se ha consolidado, en lo fundamental, el desarrollo del proceso autonómico; porque de lo que ahora se trata es justamente de perfeccionar y constitucionalizar el modelo de Estado así generado, cuando ya se ha podido comprobar en toda su dimensión y complejidad la amplitud e intensidad de los problemas centrales, la necesaria interdependencia existente entre muchas materias y la presencia de amplios intereses comunes, especialmente entre Comunidades vecinas, cercanas o con áreas comunes de problemas de desarrollo o de gestión.

De otro lado existen también, indudablemente, razones jurídicas: la rigidez con la que se regula la colaboración horizontal en la Constitución y en los Estatutos. Al requisito estatutario de la formación de la voluntad negocial con la intervención de los respectivos parlamentos de las CCAA, hay que sumar el requisito constitucional de la intervención de las Cortes, con el problema adyacente de la difícil calificación de los convenios, pues si son para la gestión y prestación de servicios sólo se requiere la comunicación a las Cortes, pero si se trata de convenios de cooperación, es necesaria la previa aprobación del convenio por las mismas. No es entonces extraño, como se viene destacando por los analistas, que las CCAA hayan preferido, habida cuenta del alto coste que exige su rigidez, huir de estos mecanismos institucionalizados, disimular acuerdos contraídos con denominaciones distintas a los convenios o que, cuando se ha intentado su celebración de acuerdo con las pautas constitucionales, la consecuencia haya sido la gestación de un conflicto político de cierto calado casi siempre motivado por razones partidistas.

No sería por ello mala idea que se incluyera también esta cuestión en la agenda de la prevista reforma constitucional, si bien el limitado alcance con el que se anuncia y los conocidos condicionantes políticos que frenan cualquier impulso reformista en nuestro país probablemente no lo harán posible. El caso es que tal estado de la cuestión dificulta sobremanera, si no impide, la posibilidad de adoptar posiciones comunes por parte de las Comunidades Autónomas en algunas cuestiones de fundamental importancia que, sin embargo, profundizaría la construcción del Estado autonómico, lo perfeccionaría, y evitaría procesos tendencial y coyunturalmente recentralizadores que pueden operar en sentido contrario a la lógica del sistema.

113-134-Estado autonómico6 3/10/05 11:46 Página 123

I.3. UNA CONCAUSA DE ESPECIAL MAGNITUD: LA TENDENCIA A LA BILATERALIZACIÓN DE LAS RELACIONES, ESPECIALMENTE EN DETERMINADAS COMUNIDADES

Si estas son las causas profundas de la debilidad estructural y funcional de los sistemas de integración, coordinación, colaboración y cooperación en el Estado Autonómico, también es preciso apuntar como una concausa de especial magnitud en lo que se refiere a la colaboración y la cooperación el que se haya venido consolidando a lo largo de los años la práctica del bilateralismo en las relaciones entre el Gobierno estatal y los autonómicos, lo que en un escenario en el que no abundan precisamente los marcos institucionales de relación, las vuelve muy proclives a la intermediación de intereses partidistas y a la generación de recurrentes conflictos de esta naturaleza. Por otra parte constituye un serio problema el hecho de que determinadas Comunidades, desde una básica posición de enfrentamiento estratégico por el carácter histórico diferenciado del que parten y esgrimen, mantengan en exclusiva una tendencia al acuerdo circunstancial bilateral con el Estado, huyendo del tratamiento uniforme u homogéneo que sobre determinadas materias podría conseguirse multilateralmente, bien en el marco institucional, bien en el más general de una Conferencia sectorial, donde les resulta mucho más difícil satisfacer las exigencias de su particularidad. Tal tendencia es sin duda susceptible de ser proyectada respecto de otros instrumentos hoy en ensayo, cual es la Conferencia de Presidentes, erigiéndose en el principal obstáculo para su viabilidad y operatividad.

Este inconveniente es especialmente disfuncional en el marco de las relaciones con la Unión Europea, donde es necesario que el Estado se presente con posturas unitarias que previamente hayan sido consensuadas o al menos contrastadas con las posturas e intereses de todas las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva, puede evidenciarse la existencia de déficits importantes tanto por parte del Gobierno para impulsar la actividad de la Conferencia para los Asuntos relacionados con la Unión Europea, como por parte de ciertas Comunidades Autónomas que miran con recelo hacia este organismo y, en concreto, País Vasco y Cataluña, que han instituido Comisiones Bilaterales para el tratamiento de estos asuntos.

I.4. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, se impone la conclusión de que es necesario encarar el futuro del Estado Autonómico con la mirada puesta en dar un nuevo paso cualitativo mediante la adopción de medidas fundamentadas en la importante experiencia previa ya acuñada tanto en el nivel interno como comparado y en los numerosos estudios realizados. Se trata de perfeccionar mecanismos e introducir otros de probada eficacia

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 124

comparada y no ensayados en España que aseguren la libertad y autonomía de las partes, pero en un ámbito y marco común, condición básica del funcionamiento equilibrado de un Estado que ha de estar sustentado en la colaboración y en la corresponsabilización entre los poderes e instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas. A ello obliga especialmente la interdependencia sistémica de las decisiones que se adopten en los diferente niveles del gobierno que, pasando por alto intereses propios, motivaciones y fundamentación competencial, desplegarán sus efectos de manera compleja para todos los territorios en el marco de la globalización de la economía, de las comunicaciones y de los nuevos procesos sociales y culturales aparejados a estos fenómenos.

II. LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN Y DE MEJORA DE LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO

II.1. INTRODUCCIÓN

Del mismo modo que para conseguir una mayor integración y participación institucional de las CCAA en la definición de la voluntad estatal es necesario, como pieza esencial, reconfigurar al Senado como auténtica Cámara de representación territorial, es también especialmente conveniente en el momento presente del Estado Autonómico, para reforzar la dinámica política de la integración y la colaboración, desarrollar y, en su caso, institucionalizar la Conferencia de Presidentes, como se viene reiterando tanto por los analistas como en ciertos ámbitos políticos desde hace ya muchos años.

Desde este punto de vista cabe valorar de manera muy positiva el hecho de que recientemente se hayan dado los primeros pasos para conformar el consenso político básico para su establecimiento, pese a las grandes dificultades políticas que amenazaban - y todavía siguen amenazando- con la imposibilidad de tal empeño. Una vez alcanzado ese primer objetivo, será necesario proceder a sentar las bases generales de su diseño, de acuerdo con las necesidades específicas de nuestro modelo de Estado. No se trata, de un lado, de aventurar reglamentismos, tan inoportunos precisamente en esta sede y en el comienzo de su andadura que, por fuerza y por prudencia, tiene que ser tentativa y flexible; ni se trata tampoco, por otro, de mimetizar modelos o formas concretas ya probadas, por más positivas que éstas hayan podido ser en determinados sistemas federales de nuestro entorno, singularmente en Alemania y en Austria. Las experiencias comparadas, sin duda, son un estímulo y un espejo en el que mirar para buscar guía e inspiración, pero al haberse generado en contextos diferentes, tales experiencias deben ser tenidas en cuenta con la

113-134-Estado autonómico6 3/10/05 11:46 Página 125

cautela que exige atender a la propia realidad, valorando las peculiaridades y las exigencias de los condicionantes propios. En cualquier caso, conviene recordar que hasta ahora no ha brillado en nuestro país el afán por la colaboración y, antes bien, la práctica inexistencia de la colaboración y cooperación horizontal previene sobre cualquier apreciación excesivamente entusiasta de las posibilidades de la Conferencia de Presidentes. De manera singular, la situación política en el País Vasco, la presencia del terrorismo, y la dinámica abierta por la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi», dibujan un escenario de incalculables consecuencias y efectos poco favorables para esta recién iniciada forma de colaboración al más alto nivel político.

Las reflexiones que siguen solo pretenden ser, por tanto, una muy primaria aproximación al perfil que considero conveniente que debería tener este nuevo marco de encuentro político conforme a las particulares características de nuestro modelo de Estado y a la situación política que genera y que a la vez lo sostiene, como contribución para el posterior debate.

II.2. EL PERFIL GENERAL DE LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Como consideración general de la que partir, estimo que para que este nuevo marco de encuentro de máximo nivel político tenga la eficacia necesaria que de él se espera y alcance la significante posición que se le predica, ha de ser susceptible no solo de analizar las grandes cuestiones y problemas relativos al Estado Autonómico, sino también de adoptar posiciones compartidas y decisiones relevantes sobre ellos, así como de definir y reformular, en el marco de los intereses generales, los intereses comunes de las Comunidades Autónomas y las líneas maestras de las estrategias para su satisfacción. Se entiende, naturalmente, que las decisiones a las que me refiero son, por una parte, decisiones de alcance y valor exclusivamente político, pues no se trataría de ningún órgano susceptible de adoptar decisiones colegiadas jurídicamente vinculantes, sino meramente de encuentro, consulta y adopción de compromisos políticos; y, por otra, que tales decisiones se plasmarían en la formulación de criterios, recomendaciones y objetivos de carácter muy general, necesitados de las concreciones político-administrativas y de las formalizaciones jurídicamente requeridas en cada ámbito de gobierno y en las respectivas sedes ejecutiva y/o parlamentaria que correspondan.

Las cuestiones centrales para el perfeccionamiento y desarrollo del modelo de Estado y los aspectos capitales de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas en el marco de la integración europea, son los asuntos que deberían abarcar las funciones de esta Conferencia, con el objetivo de llegar a decisiones susceptibles de ir orientando y reequilibrando el funcionamiento del sistema en su conjunto.

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 126

Perseguir la planta de una Conferencia de solo encuentro, intercambio de información y diálogo sobre los principales asuntos comunes, pese a suponer ya en sí misma un indudable avance, no conduciría a nada nuevo e incluso dejaría de ser simbólicamente significativa una vez pasado el primer estadio de acercamiento y los «beneficiosos y edificantes» efectos de ver reunidos a los todos los Presidentes de las CCAA con el Presidente del Gobierno de la nación; pasada esta fase, la presencia y pervivencia de los grandes problemas sin ulteriores acuerdos o tomas de postura significativas compartidas convertirían inevitablemente en fracaso ante el país las reuniones de los máximos responsables políticos.

Si las Conferencias sectoriales encuentran su posición y operan en un nivel intermedio entre lo político y lo administrativo, la Conferencia de Presidentes quedaría definida en una posición exclusivamente política de encuentro, análisis y compromiso decisional general sobre la base del espacio político inmediatamente resultante del entramado que forman los grandes principios de unidad, autonomía, igualdad básica de los derechos y deberes de todos los españoles, solidaridad, lealtad institucional y colaboración.

II.3. LOS TEMAS SUSCEPTIBLES DE SER ABORDADOS EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES. DIMENSIÓN FUNCIONAL

Así como los grandes temas de interés sectorial común, por muy importantes que sean, han de ser asuntos ordinarios de las Conferencias sectoriales, sólo y exclusivamente los grandes temas de interés general han de ser asunto ordinario o extraordinario a tratar por la Conferencia de Presidentes.

Tales asuntos o temas han de ser apreciados conforme a un criterio muy restrictivo, por tres razones fundamentales:

– Primero, para hacer posible que la Conferencia se concentre y despliegue todas sus posibilidades de negociación y búsqueda del consenso en las cuestiones fundamentales, de tal forma que resulte operativa a los objetivos perseguidos de integración del sistema.

– Segundo, para evitar que la propia dirección político-administrativa de las Comunidades pudiera verse en exceso constreñida en el ejercicio de sus competencias, menoscabando su singularidad, originalidad y apertura, incluso con el riesgo de entrar en una dinámica recentralizadora. Tal cautela es fundamental para evitar caer en el ámbito de la colaboración en el esquema dual Estado/posiciones conjuntas de las CCAA, con olvido de una perspectiva más plural, compleja y policéntrica.

– Tercero, para que las Conferencias sectoriales y otros órganos no relajen su capacidad de acuerdo por la expectativa de una posible remisión,

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 127

Ciertamente no son ni mucho menos desdeñables las críticas que hacen observar que esta clase de Conferencias pueden anticipar, al mismo tiempo que un reforzamiento aún mayor de los ejecutivos y una pérdida refleja de la capacidad de centralidad de los parlamentos, tanto estatal como autonómicos, la posibilidad de un solapamiento funcional que elimine la necesidad de la reforma, como en nuestro caso, del Senado como Cámara de representación territorial. Pero insisto en que ambas perspectivas son complementarias, a condición de que se aquilate muy restrictivamente la adopción por la Conferencia de criterios, recomendaciones y compromisos políticos conforme a las precisiones antes apuntadas.

Supuesto que se trata de una labor calificable de impulso de la acción política e incardinación en el *indirizzo* político general en las materias anteriormente referidas, no puede objetarse a esta configuración de la Conferencia de Presidentes que con su existencia se produciría un inevitable y completo solapamiento y conflicto con otros órganos, singularmente con un Senado que efectivamente se reconfigure como Cámara de representación territorial. La cualidad de esta función de impulso y orientación política no prejuzgaría ni hurtaría, a mi juicio, ni el debate político general en el seno de la Cámara, ni el resultado al que eventualmente pudiera llegarse en los órganos parlamentarios conforme a sus atribuciones, aunque en determinadas materias viniera ya precisada como compromiso político una orientación general sobre la decisión de determinados asuntos y ello pudiera provocar ciertamente determinadas tensiones políticas institucionales.

En definitiva, de acuerdo con esta proyección sobre los anteriormente referidos ámbitos, no sólo se incrementaría la eficacia del sistema, sin merma de las atribuciones y funciones de los órganos parlamentarios, en tanto que determinadas cuestiones de especial relevancia para el Estado Autonómico llegarían a esta sede con un consenso ya trabado, al menos en sus grandes líneas, sino también porque se dotaría al conjunto de los órganos de colaboración, coordinación y cooperación situados en niveles inferiores, como acertadamente se viene subrayando, de un soporte referencial de *indirizzo politico* general que hoy no tienen, lo que incrementaría notablemente su operatividad y eficacia.

Recapitulando, la Conferencia de Presidentes, a la vista de esta proyección material, necesita configurarse conforme al cumplimiento de las siguientes funciones:

De información mutua, reflexión y deliberación sobre los grandes temas del Estado Autonómico y, en especial, de la integración del pluralismo territorial en el proceso de construcción de Europa.

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 128

De promoción, impulso y orientación política general de las actuaciones de coordinación, colaboración y cooperación entre las diferentes instancias de gobierno.

De supervisión y «apelación» en supuestos especiales, por su importancia o conflictividad, para asuntos tratados y no resueltos en otras instancias inferiores, especialmente en las Conferencias sectoriales.

Convencional, generando prácticas y acuerdos de esta naturaleza para mejorar y flexibilizar las relaciones entre las diferentes instancias de gobierno.

De búsqueda permanente del respeto y equilibrio, en el marco del principio de unidad, de los llamados «hechos diferenciales» realmente tales, pieza esencial para la consecución de una real integración de las CCAA en el Estado Autonómico.

Como elemento de reequilibrio permanente de carácter general, en tanto la relativa informalidad de esta Conferencia permitiría nuevos tratamientos igualmente informales de aquellos asuntos que pudieran estar políticamente bloqueados en el ámbito parlamentario.

II.4. SOBRE SU INSTITUCIONALIZACIÓN, COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Respecto a su composición, cabe preguntarse por las posibilidades o conveniencia de su simultáneo doble carácter vertical y horizontal, reuniendo al Presidente del Gobierno de la Nación con todos los Presidentes de las Comunidades Autónomas o por la existencia de un doble formato de reuniones, primero de carácter horizontal entre Presidentes de las Comunidades Autónomas para deliberar y adoptar eventuales posiciones comunes frente o ante el Estado y, en un ulterior momento, reuniones específicas de carácter horizontal-vertical con el Presidente del Gobierno.

En este punto considero que, con independencia de que ese modelo sea más propio de un Estado formalmente federal, las especiales características políticas de nuestro sistema, con al menos dos Comunidades Autónomas con un gran peso político específico (País Vasco y Cataluña), especialmente orientadas hacia la asimetría y hacia el distanciamiento de otras Comunidades por su pregonada y esgrimida condición de nacionalidad histórica y, en consecuencia, instaladas en la querencia por el mantenimiento de relaciones preferentemente bilaterales, no solo no permite, sino que tampoco aconseja, el formato secuencial horizontal-vertical.

A mayor abundamiento, pueden tenerse en cuenta otros argumentos, como son, de un lado, la extraordinaria ausencia de tradición colaboradora y cooperativa entre Comunidades Autónomas y, de otro, las fuertes tensiones y fracturas que el sistema de partidos alimenta en estas Comunidades, operando todo ello sobre el trasfondo de una cultura política

113-134-Estado autonómico6 3/10/05 11:46 Página 129

general de colaboración muy débil y quebradiza tanto entre instituciones como entre partidos políticos.

Por todo ello sería más aconsejable un formato único vertical/horizontal, como el que acaba de ensayarse, que reúna al Presidente del Gobierno con los Presidentes de las Comunidades Autónomas al menos una vez al año o, con carácter extraordinario y flexible, cada vez que un tema o varios lo exijan por su importancia y la urgencia de la situación y así sea apreciado a instancias de uno o de varios Presidentes.

Respecto a su funcionamiento, debido al ámbito funcional en el que nos encontramos, el de la colaboración y coordinación voluntaria y la cooperación, así como a la incidencia de las posiciones políticas de partido en los temas que se traten (aunque los Presidentes puedan adoptar un relativo distanciamiento institucional), es evidente que no puede existir una formalización reglamentada, sino consensuada.

Por otro lado, los acuerdos, en aquellos supuestos en que existan, habrán de adoptarse por unanimidad o por la generación mediante la discusión y la negociación, del necesario consenso, al que sin duda se verán orientados con intensidad (partiendo de la existencia de una amplia mayoría) los Presidentes que mantengan posiciones aisladas divergentes, debido al alto coste político que podría tener mantenerse a ultranza en aquellas. En cualquier caso, es claro que la preservación del principio de autonomía exige que la libertad de decisión de cada una de las Comunidades quede plenamente asegurada, resolviéndose las decisiones, en consecuencia, en compromisos de alcance político.

Cabe prever así que el supuesto de funcionamiento ordinario no sea el de la generación de acuerdos de colaboración o cooperación concretos, sino el de formular recomendaciones, adoptar criterios generalísimos, establecer conclusiones o definir tomas de postura comunes sobre puntos generales relativos a los asuntos tratados, que posteriormente serán desarrollados y formalizados en otras instancias que dispondrán, a su vez, del margen de configuración que respectivamente les venga atribuido. Este modo de funcionamiento se corresponde aun de manera más estrecha con un modelo de Conferencia que no es exclusivamente horizontal, sino que reúne a los Presidentes de las CCAA con el Presidente del Gobierno.

Naturalmente, en este tipo de Conferencias no resultaría admisible que los Presidentes pudieran delegar o ser sustituidos, so riesgo del vaciamiento de su función y, a la postre, del propio sentido de su existencia.

Respecto a su institucionalización, creo que es interesante y digna de ser atendida la propuesta realizada por el Sr. Fraga en relación a que la reforma constitucional incluya también una mención expresa a la Conferencia de Presidentes Autonómicos; esta sería una mejora y perfeccionamiento del modelo de funcionamiento del Estado Autonómico que, jus-

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 130

tamente, es a lo que debiera extenderse la reforma, más allá de los sin duda centrales e importantes aspectos a los que apuntan las propuestas hoy sobre la mesa. En ese caso sería necesaria una ley que estableciera los elementos centrales de configuración y funcionamiento de la Conferencia, pero en la situación actual no es necesaria ni tampoco resultaría adecuada a las circunstancias presentes una regulación detallada, bastando con el acuerdo político sobre su existencia y en la seguridad de que, si se consolida por los efectos que despliegue, la práctica irá generando las regulaciones necesarias.

II.5. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA ADICIONAL CONFERENCIA DE GOBIERNOS AUTONÓMICOS PARA AFIANZAR LA HORIZONTALIDAD DE LA COLABORACIÓN EN UN ESCENARIO SEMEJANTE AL ACTUAL

Finalmente, como elemento adicional cabe sopesar y valorar en este momento de reflexión el que la horizontalidad de las deliberaciones y la eventual definición de posiciones comunes en relación con el Estado se cubriera y adoptara por las Comunidades Autónomas (conforme algunos analistas han propuesto, si bien como alternativa más viable a la inexistencia de una Conferencia de Presidentes –así, E. AJA y M.J. GARCÍA MORALES, 2000: 661-662–) mediante la institucionalización simultánea, con carácter permanente, de una Conferencia de Gobiernos autonómicos formada por los respectivos Consejeros de Presidencia, con al menos dos reuniones anuales más las necesarias de carácter extraordinario. Este apunte se realiza con extrema cautela, toda vez que tal marco de encuentro solo podría tener sentido en un escenario semejante al actual, pero no de llevarse a cabo una reforma del Senado como órgano de representación efectiva de las Comunidades Autónomas, especialmente si esta sigue el modelo *Bundesrat* conforme proponen algunos analistas, toda vez que en este supuesto el Senado cubriría, entre otras funciones, el impulso y desarrollo general de la colaboración entre las Comunidades Autónomas.

Con estas precisiones y solo para el supuesto planteado, podría considerarse que esta Conferencia debería tener como cometido específico fundamental la exploración de las condiciones y términos del establecimiento de posiciones comunes de las Comunidades Autónomas, con planteamiento incluso de las diversas alternativas viables dentro de un marco común posible para el acuerdo de cara, sobre todo, a la preparación de las reuniones de la Conferencia de Presidentes. Desde esta perspectiva, este marco de encuentro podría ser especialmente importante para el incremento y el afianzamiento de la calidad política de la autonomía, hoy en un bajo nivel, causa de grandes tensiones y disfunciones; sin renuncia a la posibilidad de encontrar puntos de acuerdo con el Estado, podrían ser identificadas prácticas estatales centralizadoras y, así, ser enfrentadas mediante su análisis, discusión y tratamiento (por

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 131

ante la entidad de un determinado tema, a la Conferencia de Presidentes, si ésta es inconvenientemente vista como «órgano jerárquico superior».

Este entendimiento del ámbito material sobre el que se proyectaría la Conferencia acotaría su función al máximo nivel político, conforme corresponde a las representaciones que la integran. Me estoy refiriendo a aquellos temas que en el orden político demanden la preservación, desarrollo, perfeccionamiento o reforma de los elementos centrales del modelo de Estado Autonómico y de su articulación con los asuntos que tienen que ver con la participación de las CCAA en las decisiones relativas a la Unión Europea que les afecten. Se trataría, en definitiva, de asuntos generales significativamente incardinables en los siguientes apartados, que obviamente están interrelacionados:

Configuración global y definición o perfeccionamiento de los mecanismos de integración, cooperación y colaboración general.

Integración en Europa, proceso de construcción europea y participación de las CCAA en la formación de la voluntad del Estado en relación con los asuntos europeos.

Elementos centrales del modelo de financiación de las CCAA.

Determinadas materias transversales de especial importancia que requieran la acción coordinada o concertada de las diferentes administraciones (inmigración, por ejemplo).

Asuntos de competencia del Estado sobre los que resulte especialmente indicado oír a las Comunidades Autónomas.

Nada impediría, sino antes bien, estaría aconsejado, que asuntos sectoriales de especial importancia, complejidad o conflictividad, no resueltos y atascados en el marco de una o varias Conferencias sectoriales, pudieran ser desbloqueados en este ámbito mediante un esfuerzo especial por encontrar el acuerdo entre las Comunidades y el Estado, protagonizado por sus máximas autoridades políticas.

La dirección política que se generaría a través de los acuerdos en ella alcanzados en estas materias tendría la fuerza que le otorga la propia posición que ocupa la Presidencia como órganos de preeminencia de los ejecutivos en el sistema parlamentario, en cuanto que disponen de las potestades necesarias para la coordinación y dirección de los ejecutivos, que asumen además el mayor peso cuantitativo y cualitativo de la iniciativa parlamentaria y, a través de los correspondientes grupos parlamentarios, intervienen de manera especialmente intensa en la discusión, elaboración y aprobación de las leyes y la adopción de las grandes decisiones políticas que se formalizan en éste ámbito.

113-134-Estado autonómico6 3/10/05 11:46 Página 132

ejemplo, el recurrente abuso por parte del Estado a determinados títulos competenciales horizontales que tanto recortan las posibilidades de actuación y de definición de una política propia de las Comunidades Autónomas en materias en las que ostentan competencias, a veces incluso asumidas como «exclusivas»).

Por otra parte, en reuniones específicas en las que también estaría integrado el Estado en este marco de encuentro con la presencia del Ministro de la Presidencia o del de Administraciones Públicas, podrían prepararse consensualmente y de modo informal las reuniones de la Conferencia de Presidentes, así como llevar a cabo el filtrado y preparación de los asuntos atascados en las Conferencias sectoriales que por su especial importancia o por la coyuntura política fuera conveniente o necesario «elevar» a aquella para un nuevo examen más «político» y la adopción de una eventual y definitiva decisión; del mismo modo, esta Conferencia de Gobiernos autonómicos, en esta misma versión horizontal/vertical, estaría en condiciones óptimas para ocuparse también de mantener, en un plano a medio camino entre lo político y lo más administrativo y técnico, las orientaciones necesarias y la determinación de criterios generales para la coordinación de las diferentes Conferencias sectoriales.

La existencia de esta otra Conferencia serviría así, por un lado, para que sea posible reservar a la Conferencia de Presidentes exclusivamente los asuntos centrales y de mayor importancia para el sistema que exijan una atención directa por parte de los Presidentes; por otro lado, permitiría además estabilizar, consolidar y potenciar los procesos de colaboración y cooperación en el Estado Autonómico en un nivel más básico y continuado, generando lo que bien pudiera suponer con el paso de los años un poderoso impulso de la lealtad institucional y de la cultura política de la colaboración; al mismo tiempo, permitiría en supuestos especiales amortiguar y minimizar las disfunciones que pudieran representar los cambios políticos y otras coyunturas generadas por el «clima político» del momento. Finalmente, haría posible un más exigente desarrollo de la calidad política de la autonomía al poder identificar mediante la discusión directa y el consenso los problemas estructurales y funcionales comunes que la constriñan, la devalúen o la obstaculicen según el sentir generalizado de los ejecutivos de las Comunidades, y estar así en condiciones de establecer una postura común que plantear al Estado, incorporando propuestas de mejora o solución.

III. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los materiales de más amplio alcance disponibles en castellano sobre esta materia vienen específicamente constituidos por las ponencias y otros documentos integrantes del «Seminario sobre la Conferencia de Presidentes Autonómicos» celebrado en Barcelona el 21 de julio de 2004

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 133

en el Institut de Dret Públic, publicados en la siguiente dirección: http://www.pcb.ub.es/idp/IntranetPresiden. Cabe resaltar como material de conjunto fundamental el «Informe sobre la Conferencia de Presidentes» elaborado por Eliseo AJA sobre las intervenciones y resultados de este Seminario. Forman parte del mismo las siguientes ponencias:

Eduard ROIG: «El papel de la Conferencia de Ministros-Presidentes en el federalismo alemán».

Peter PERNTHALER: «La función de la Conferencia de Presidentes en las últimas décadas del federalismo de Austria».

Maria J. GARCÍA MORALES: «La moderna conferencia de gobiernos de los Cantones en Suiza».

Luciano VANDELLI: «La aportación de la Conferencia de las Regiones al proceso de descentralización italiana».

Es posible igualmente, entre otros materiales, consultar en esta misma página web el debate sobre el esbozo de las líneas de la propuesta de Conferencia en España, a partir de las intervenciones en este Seminario de Enrique GÓMEZ CAMPO, Director General de Cooperación Autonómica; Gabriel ELORRIAGA, Diputado, Ex Secretario de Estado de Organización Territorial; e Ignacio SÁNCHEZ AMOR, Vicepresidente de la Junta de Extremadura.

Del mismo modo, cabe citar el documento sobre «El principio de cooperación: Conferencia de Presidentes», editado por la Xunta de Galicia con motivo del «Debate sobre la situación del Estado de las Autonomías» en la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado (26 de septiembre de 1994).

En general, para contextualizar las cuestiones tratadas en esta ponencia, se han tenido especialmente en cuenta la serie sucesiva de los Informes anuales de Comunidades Autónomas del Instituto de Derecho Público, así como los siguientes trabajos, en algunos de los cuales se recogen igualmente reflexiones específicas relativas a este tipo de Conferencias:

AJA, Eliseo: El Estado autonómico: Federalismo y hechos diferenciales. Madrid, Alianza Editorial, 1999. Segunda Edición, 2003.

AJA, Eliseo y GARCÍA MORALES, M.J. : «Las relaciones entre Comunidades Autónomas: problemas y perspectivas». Informe Comunidades Autónomas, 2000. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2001.Aja, Eliseo y Viver Pi-Sunyer, Carles : «Valoración de 25 años de autonomía». Revista Española de Derecho Constitucional, nº 69, septiembre-diciembre, 2003.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

– «Estado autonómico e integración política». Documentación Administrativa, nº 232-233, 1993.

113-134-Estado autonomico6 3/10/05 11:46 Página 134

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº1, enero-junio 2004, en http://www.ugr.es/ ~redce/; apartado 2,9.

CECCHERINI, Eleonora: «La relazioni tra Governo centrale e Governi territoriali nell»esperienza spagnola». Le Regioni, nº 5, 1999. «Las relaciones de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas. Algunas consideraciones sobre la experiencia española». http//www.clad.org.ve/rev16/cecch-es.html (2001).

GARCÍA MORALES, M.J.: «Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos». Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica. McGraw-Hill, 1998.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan: «El Estado unitario-federal». Madrid, Tecnos, 1985.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: Comunidades Autónomas y política europea. Madrid, IVAP/Civitas, 2000.

PÉREZ CALVO, Alberto (Coordinador): «La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado». Madrid, Instituto Navarro de Administración Pública/Tecnos, 1997.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: «Descentralización y cooperación». Madrid, Instituto de Estudios de Cooperación Local, 1984.

TAJADURA TEJADA, Javier: «El principio de cooperación en el Estado autonómico». Granada, Comares, 2000.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 135

LAS INSTITUCIONES DE DEMOCRACIA DIRECTA EN LOS ÁMBITOS AUTONÓMICO Y LOCAL

Antonio Torres del Moral
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. EL DEFICIENTE PUNTO DE PARTIDA

En la teoría clásica se insistía en que la democracia, entendida como autogobierno popular directo, sólo era posible en pequeños Estados. Recuérdese el tratamiento que hizo Montesquieu de los gobiernos en función de la extensión del territorio. En su exposición venía a concluir que la República, que debía asentarse en un pequeño territorio, era débil para defenderse, mientras que la Monarquía, que ocupa o debe ocupar una extensión mayor, era más fuerte militarmente.

Para Rousseau, el planteamiento es el mismo. Solamente cabe un poder honesto, no corrupto, y un verdadero patriotismo en los Estados pequeños, que permiten la participación directa de los ciudadanos. Pero militarmente son débiles.

Uno y otro, sin embargo, entienden que la única forma de subsistencia de las pequeñas democracias es la federación entre ellas, de manera que el autogobierno popular directo sea garantía de virtud ciudadana y de ejercicio ético del poder, en tanto que la unión resultante sería garantía de fuerza frente al enemigo exterior. Montesquieu se detiene ahí. Rousseau y Helvecio dan un paso más y valoran como deseable esta forma política.

Así, pues, democracia directa y federalismo han estado unidos en la teoría. Pero también en la práctica. En efecto, en Estados Unidos han existido y se mantienen formas de adopción directa de decisiones por el pueblo en los Estados miembros y en los niveles locales inferiores. En las últimas elecciones presidenciales de 2004, aparte de elegirse también todos los miembros de la Cámara de Representantes y un tercio de los senadores, se decidieron muchos referendos estatales, fueron elegidos sherifs de bastantes pueblos, etc. No obstante, es Suiza el ejemplo más elocuente: la participación directa en los cantones y en la política nacional se ha dado siempre junto a una forma confederal o federal.

Sin embargo, la evolución de las instituciones de participación directas ha sido irregular, por no decir que han sido normalmente instrumentaliza-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 136

das por las dictaduras y los bonapartismos. Han sido, en este mismo sentido, utilizadas como armas arrojadizas contra los partidos políticos y los Parlamentos. Y, por todo ello, pasaron de ser una bandera revolucionaria a ser un baluarte reaccionario.

Seguramente por eso el constituyente español, a la salida de un régimen dictatorial, se veía muy inclinado a optar por una democracia representativa y a minimizar las instituciones de participación directa. Lo mismo ocurrió en Alemania, con exclusión total de dichas instituciones, y no, en cambio, en Italia, a pesar de la similar experiencia pasada por los tres países.

Debe aclararse, de todos modos, que Franco Bahamonde no asentó su poder en estas instituciones, a pesar de lo que se dice y se escribe con más voluntad que acierto: sólo hubo dos referendos en cuarenta años, mientras que en la Francia de la Vª República hubo seis en catorce años. Y, además, durante el régimen anterior, también hubo elecciones o pseudoelecciones, dirigidas exclusivamente a legitimar lo ilegítimo. Éste es también otro hecho insoslayable; pero de él no debemos extraer la conclusión de que los procesos electorales y representativos son propios de dictaduras militares.

Pero esta cercanía teórica y práctica de las instituciones de democracia directa al federalismo en sus orígenes resulta de notable interés en esta hora en la que muchos apuestan por la reconversión del Estado autonómico español en un Estado federal o en una «lectura» federalizante de aquél, que llevaría al mismo resultado.

II. EL REFERENDO

II.1. REFERENDO Y PLEBISCITO

Prescindiendo del concepto del referendo, que no es objeto de este congreso ni de esta ponencia, hemos de resaltar que la doctrina y los ordenamientos jurídicos utilizan indistintamente los términos referendo y plebiscito, salvo en Francia, donde se reserva el segundo, con un marcado sentido peyorativo, para las consultas sobre hechos y personas, lo que entraña el riesgo de cierta manipulación y encubrimiento del verdadero alcance jurídico-político de la operación. Se ha podido hablar por ello de referendo bueno y plebiscito malo. Pero, como dice Parody, se trata de una distinción históricamente reciente, geográficamente francesa e intelectualmente confusa. Lamentablemente, la generalidad de la doctrina española sigue a la francesa en este punto.

Nuestra Constitución emplea preferentemente el término referendo. Pero la disposición transitoria 2ª habla de «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía».

En realidad, lo que en esta distinción late es la preocupación por las condiciones en que debe celebrarse un referendo para no ser un mero ins-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 137

trumento antiparlamentario, antipartidista y de personalización del poder. Como mínimo, debe haber pluralismo político y un régimen generalizado de libertades públicas. Además, el planteamiento de la pregunta debe ser diáfano y equitativas las posibilidades reales de las diversas fuerzas políticas en la campaña referendal.

II.2. TIPOLOGÍA DE LOS REFERENDOS ESPAÑOLES

a) Son normativos todos excepto el consultivo del artículo 92 y los municipales que prevén algunos estatutos de autonomía. Los normativos, lógicamente, son vinculantes. (Y el mismo consultivo también, a despecho de lo establecido en el citado precepto.)

b) Hay dos referendos constituyentes (arts. 167.3 y 168.3). Los demás referendos normativos, que son estatuyentes, pueden ser calificados como legislativos por cuanto que los estatutos de autonomía son aprobados por leyes orgánicas.

c) De los dos referendos constituyentes, uno es parcial o de reforma constitucional y otro es de revisión total, o bien asimilado a una revisión total aunque se modifiquen pocos preceptos.

d) Los referendos constituyentes y los estatuyentes pueden ser aprobatorios o abrogatorios, a excepción del de revisión constitucional total, ya que es impensable la abrogación de la Constitución vigente sin la aprobación de otra; y algo similar podría decirse hoy de los Estatutos de Autonomía.

e) Es potestativo el referendo de reforma constitucional ordinaria o parcial, el consultivo y los municipales. Los demás son preceptivos.

f) Referendos nacionales son los constituyentes y el consultivo del artículo 92. Los demás aludidos en la Constitución son regionales. Pero algunas Comunidades Autónomas han asumido competencia (o han previsto su futura asunción) para efectuar consultas municipales.

III. REGULACIÓN GENERAL DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE REFERENDO

III.1. LAS CONSECUENCIAS DEL DEFICIENTE PUNTO DE PARTIDA

El constituyente español optó, como antes hemos comentado, por un total predominio de la democracia representativa. Poca duda puede caber acerca de la legitimidad de tal opción constitucional. Más discutible es, sin embargo, que el resultado final haya sido técnicamente correcto.

No lo es porque, como también hemos anticipado, el planteamiento era forzado. El fortalecimiento del Parlamento no se consigue cercenando otras formas de participación política, sino reforzando su posición frente

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 138

a los actuales verdaderos sujetos de poder, bien dentro del aparato estatal (Gobierno y Administración), bien fuera del mismo (partidos políticos, poderes sociales, económicos, etc.). Y esto puede conseguirse potenciando sus facultades legislativas y de control, que es precisamente lo que no se ha hecho ¡por recelo también frente al Parlamento!

Así, de reconocerse ampliamente las instituciones de democracia directa en un primer momento del proceso constituyente, se pasó a su merma y degradación. Pero los retoques y supresiones no siempre guardaron coherencia entre sí, por lo que a veces se hacen difícilmente inteligibles los preceptos tal como han quedado redactados.

Con tales condicionantes, la Constitución termina admitiendo la iniciativa popular, pero desfigurándola, y termina admitiendo el referendo a nivel nacional (aparte, claro está, de los dos tipos de referendo constituyente), pero desnaturalizándolo al hacerlo meramente consultivo. Además, ambas instituciones adolecen de notables deficiencias técnicas. Por último, pese a la intención clara y confesadamente dilatoria que tenían las remisiones a la ley para su regulación, por motivos de política autonómica, se aprobó la más deficiente aún Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre las distintas modalidades de referendo ¡por el procedimiento de urgencia!, la cual tuvo que ser reformada a los pocos meses de modo poco airoso e inconstitucional para homologar como positivos los resultados negativos habidos en el referendo de iniciativa autonómica andaluza de 28-II-1980.

La Ley, por otra parte, silencia intencionadamente el referendo sobre la posible incorporación de Navarra al País Vasco (lo mismo hace el Estatuto navarro); elude la regulación de los referendos municipales, aunque condiciona su regulación futura, y termina confiriendo a los partidos políticos el protagonismo casi exclusivo en el proceso de consulta referendaria.

Por lo demás, este protagonismo de los partidos nos demuestra, frente a la postura del constituyente, cómo los institutos de democracia directa no tienen naturaleza antipartidista. De manera que, si el resto de la regulación de estas materias no fuera tan deficiente, seguramente tal protagonismo no habría merecido la dura crítica de P. Cruz Villalón, para quien ese monopolio partidista es el golpe más grave que la Ley Orgánica ha infligido al referendo consultivo.

III.2. CONVOCATORIA DE REFERENDO

a) Autorización de la convocatoria

Reitera la Ley Orgánica del Referendo en su artículo 2.° lo que ya había establecido el artículo 149.1.32.ª de la Constitución, a saber: que la autorización de los referendos, en cualquiera de sus modalidades, correspon-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 139

de al Estado (al poder central). Concretamente le atribuye la competencia al Gobierno, a propuesta de su Presidente, salvo el referendo consultivo, cuya autorización corresponde al Congreso de los Diputados por disposición del artículo 92.2.

Hemos de advertir, en primer lugar, que, aunque la Ley excluye de su regulación los referendos municipales, éstos, contra toda lógica, habrán de ser igualmente autorizados por el Gobierno central conforme al antes citado artículo 149.1.32ª de la Constitución. Así lo establecen también los Estatutos de Autonomía que asumen competencias en esta materia.

Y, finalmente, junto a otros errores de la Ley, los referendos de reforma estatutaria tampoco se ajustan a las disposiciones de la Ley Orgánica, como veremos en el apartado siguiente.

b) Órgano convocante

Dice el artículo 62.c de la Constitución que corresponde al Rey convocar referendo en los casos previstos en la misma. Si hubiéramos de interpretar, como hace E. Linde, que la norma se refiere a todos los casos de referendo mencionados en la Constitución, tendríamos que concluir que incluso los municipales necesitan convocatoria regia. No ha sido ésa la intelección del precepto por parte de los Estatutos de Autonomía que regulan su propia reforma por medio de referendo. Pero, por otra parte, la variedad de fórmulas empleadas carece de justificación. Veámoslo:

1. Los estatutos catalán y gallego disponen que la ley orgánica que apruebe la reforma incluirá la autorización para que la Generalidad o la Comunidad Autónoma de Galicia convoquen el referendo.

2. El Estatuto vasco prevé que, por delegación expresa del Estado (el poder central), el Gobierno vasco podrá ser facultado para convocar los referendos de reforma. El órgano delegante ha de ser las Cortes Generales, pues la delegación de facultades estatales exige ley orgánica, según el artículo 150.2 de la Constitución.

3. El Estatuto andaluz, por su parte, dispone que la ley orgánica de reforma «establecerá el plazo dentro del cual el Gobierno de la nación deberá autorizar la convocatoria de referendo». Aquí no son las Cortes el órgano que autoriza, sino el Gobierno de la nación y no se indica el órgano convocante.

Como podemos observar, y frente a una interpretación literal del artículo 62.c de la Constitución, sólo en el caso vasco el referendo podría ser convocado por el Rey en el muy improbable caso de que, llegada la ocasión, no se hiciese la delegación prevista en el Gobierno autonómico y, contra lo que dice la Ley Orgánica del Referendo, únicamente en el

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 140

caso andaluz es el Gobierno de la nación el que autoriza la convocatoria, pero no a propuesta de su Presidente, sino por mandato de la Ley Orgánica de Reforma Estatutaria.

Por la índole del acto y por analogía con lo dispuesto por la Constitución para los referendos estatales, el órgano finalmente convocante debe ser el Presidente de la Comunidad, con refrendo del Consejero de Gobierno que corresponda.

III.3. DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y MAYORÍA APROBATORIA

El tratamiento constitucional de la mayoría aprobatoria es desigual y la Ley Orgánica ha aportado, en algún supuesto, considerables dosis de confusión. Hay tres supuestos distintos:

a) El referendo de iniciativa autonómica debía de ser aprobado por la mayoría absoluta de los electores de cada provincia (art. 151.1 de la Constitución). Nada dice de la participación requerida, pero este dato viene parcialmente condicionado por el anterior. Repárese, en cambio, en que dice electores, cuando no se trata de un proceso electoral. La Ley Orgánica reprodujo la misma exigencia en su artículo 8.4. Este artículo fue posteriormente reformado por la Ley Orgánica 12/1980 de 16 de diciembre, de modo inconstitucional, como ya hemos dicho, pues la exigencia referida consta en la Constitución.

b) El referendo de aprobación del estatuto exigía la aprobación, también en cada provincia, por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

c) En los referendos de reforma estatutaria, la Constitución se remite a los estatutos y éstos no han hecho ninguna concreción al respecto (Estatuto del País Vasco, arts. 46.1.d y 47.1.c y 2; Estatuto de Cataluña, art. 56.1.b; Estatuto de Galicia, arts. 56.1.b y 57 c; Estatuto de Andalucía, arts. 74.1.b y 75.c).

En general, para todos los supuestos en que no se precisa la mayoría aprobatoria, la única tesis aceptable es la de la aprobación por mayoría de los votos válidos expresos, concepto que no equivale al de «mayoría de votos válidamente emitidos» que utiliza la Constitución (art. 151.2.4° y disposición transitoria 4ª) y la Ley Orgánica de Referendo, acaso por inadvertencia de que, de ese modo, los votos en blanco, que están válidamente emitidos, se contabilizan, contra toda razón, como negativos.

III.4. CIRCUNSCRIPCIONES

El artículo 5.2 de la Ley Orgánica del Referendo, de manera igualmente atropellada y manifiestamente errónea, afirma: «La circunscripción será, en todo caso, la provincia. Asimismo, constituirán circunscripciones electorales las ciudades de Ceuta y Melilla.» Anotemos:

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 141

a) No puede haber circunscripciones electorales en un proceso político no electoral. Una cosa es que, por analogía, se tomen referencias de la legislación electoral y otra confundir ambas operaciones políticas (En igual defecto incurren los Estatutos de Autonomía del País Vasco, art. 46.1.d; de Cataluña, art. 56.2; de Galicia, art. 56.2, y de Andalucía, art. 74.2.)

b) Acaso por esa misma confusión habla la ley de circunscripción provincial, cuando resulta evidente que no es así. En efecto:

1. Los referendos nacionales no pueden tener otra circunscripción que la de todo el territorio del Estado.

2. En el de iniciativa autonómica y el de posterior aprobación de un Estatuto de Autonomía (es el caso andaluz solamente), la circunscripción ha sido ciertamente provincial. No obstante, la propia Ley Orgánica computó regionalmente los resultados en el primer supuesto.

3. En los referendos celebrados en Cataluña, País Vasco y Galicia para aprobar sus respectivos Estatutos, las circunscripciones fueron las proyectadas Comunidades Autónomas.

4. En fin, en los de reforma estatutaria hay que estar a lo que disponen los propios Estatutos, y éstos hablan de «referendo positivo de los electores», o del «Cuerpo Electoral», o bien se dice «aprobación de los electores mediante referendo». Junto a la advertencia de que de nuevo se habla erróneamente de electores y de cuerpo electoral en procesos no electorales, hay que concluir que, al hablarse, recta u oblicuamente, de los ciudadanos de toda la Comunidad, ésta parece ser la circunscripción y no la Provincia.

III.5. LIMITACIONES TEMPORALES

No puede celebrarse referendo, en ninguna de sus modalidades, durante la vigencia de los estados de excepción o de sitio (la Ley dice muy defectuosamente «de excepción *y* sitio») en alguno de los ámbitos territoriales en los que hubiere de realizarse la consulta, ni (la Ley dice *o*) en los noventa días anteriores y noventa posteriores a la celebración, en el territorio afectado, de unas elecciones parlamentarias o locales de convocatoria nacional (hay que entender incluidas en la primera expresión las elecciones al Parlamento Europeo y, en una de las dos, las elecciones autonómicas), o bien de otro referendo.

La conclusión es evidente: en un Estado con elecciones generales, europeas, municipales y autonómicas, no siempre coincidentes en su celebración, se hará muy difícil encontrar fechas hábiles para referendos nacionales, pero no tanto para los autonómicos, en su caso.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 142

4. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN EL ÁMBITO REGIONAL

La Constitución dejó la puerta abierta al legislador estatuyente para la recepción de la participación directa en la política autonómica cuando, en el artículo 149.1.32ª, declara competencia exclusiva del Estado (del poder central) la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referendo.

Pues bien, la práctica usual de que los entes federados reproduzcan, en líneas generales, la organización política de la Federación viene a cumplirse en nuestro Estado autonómico en el punto que tratamos. Los Estatutos de Autonomía admiten la iniciativa popular únicamente en su modalidad legislativa, siempre para presentar proposiciones de ley al Parlamento autonómico, no para la celebración de un referendo. En cuanto a este segundo instituto de participación directa, algunos Estatutos, precisamente los que fueron aprobados por referendo, lo instauran para su propia reforma; y ninguno más, hasta el momento, lo ha hecho. De otro lado, afortunadamente, tampoco han acogido en su articulado el deforme y contradictorio referendo consultivo, aunque no lo tienen prohibido para una futura ampliación de competencias, y algunos de ellos habilitan, en cambio, referendos municipales en el ámbito de la propia Comunidad Autónoma.

IV.1. LA INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Preámbulo de la Ley Orgánica afirma que el ejercicio de la iniciativa popular se canaliza con las máximas garantías. Con ello no está aludiendo a las garantías de los ciudadanos firmantes (que también están recogidas), sino a las del régimen político frente a posibles abusos de este instituto. Y es en razón de tales garantías por lo que se excluyen ciertas materias, que, por cierto, son las mismas que dice la Constitución, lo que evidencia la inutilidad de ese párrafo del Preámbulo.

Todos los Estatutos de Autonomía, con excepción del castellano-leonés, habilitan la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley, exigiendo su regulación por ley del propio Parlamento autonómico, que habrá de conformarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica. En la mayoría de las Comunidades Autónomas se han aprobado leyes sobre este instituto.

a) Materias excluidas

Aunque los estatutos no hacen mención de este problema, debemos interpretar que rigen para las Comunidades Autónomas las mismas exclusiones que la Constitución hace para el conjunto del Estado y recoge la mencionada Ley Orgánica (a la que deben ajustarse las leyes autonómi-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 143

cas en este punto), más las resultantes de la distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el poder central.

1. En efecto, deben entenderse excluidas las materias de reforma constitucional y de ley orgánica, que ya están reguladas por la Constitución de otro modo.

2. Otras materias también deben entenderse excluidas porque los respectivos Estatutos confieren la iniciativa al Gobierno autonómico, como sucede con la Ley de Presupuestos.

3. Otras están reservadas al Gobierno, a los parlamentarios o a los Ayuntamientos y Territorios Históricos, como es el caso de la reforma estatutaria.

4. Otras corresponden al legislador central: las propias de ley orgánica, las de carácter internacional y el derecho de gracia.

Hay que entender que las referidas materias están excluidas de la iniciativa legislativa popular con carácter general. Por su parte, las leyes autonómicas, sin unanimidad y con diferencias terminológicas, suelen excluir:

5. La organización de las instituciones de gobierno de la Comunidad.

6. La materia tributaria.

7. Algunas añaden la organización territorial; otras, la planificación general (autonómica) de la actividad económica; las leyes madrileña y vasca excluyen el procedimiento legislativo, en tanto que la canaria, muy cautamente, excluye la iniciativa popular que pretenda legislar sobre la propia iniciativa legislativa popular. El Estatuto navarro excluye las materias que requieren mayoría absoluta en votación final sobre el conjunto de la ley, cuyo único supuesto es el del reglamento parlamentario, lo cual no añade nada a lo ya sabido, puesto que, lo dijera o no el Estatuto, esta materia escapa a toda iniciativa no parlamentaria, por vigencia del principio de autonormatividad de las Cámaras; también excluye la organización administrativa y territorial si así lo dispone el reglamento parlamentario.

Parece evidente que algunas de estas materias (Presupuesto, planificación económica general) se acomodan mejor a las instituciones de representación política y de intereses que a la iniciativa legislativa popular, pues los ciudadanos, usuarios, consumidores, trabajadores, empresarios, profesionales, etc., pueden, a través de los sindicatos y de la gran diversidad de organizaciones sociales, plantear demandas concretas, que habrán de conjugarse entre sí y con otras de diversa procedencia. He aquí cómo los partidos pueden encontrar en estas instituciones de democracia directa, más que enemigos, nuevas formas de su protagonismo en el sistema político, pues sólo ellos, y acaso los sindicatos, pueden emprender tales iniciativas, de manera que la regulación restrictiva de la misma más los perjudica que los beneficia.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 144

Por lo demás y en principio, esto es, en pura teoría política democrática, el resto de las exclusiones no debería haber tenido lugar, por el interés político y ciudadano de su objeto, sobre todo pensando que en su regulación actual la iniciativa legislativa no prejuzga nada, puesto que su tramitación y aprobación corresponden enteramente a las Cortes. Otra cosa sería acaso si se hubiera habilitado la iniciativa para un referendo.

Al recelo con que el constituyente reguló este punto se unió el mimetismo, pues son ésas precisamente las materias excluidas, mudando lo mudable, por la Constitución italiana y las que, en su momento, lo fueron también por la Constitución de nuestra II República. Pero en estos precedentes había una más plausible explicación porque admitieron la iniciativa popular de referendo.

b) Requisitos formales

Respecto del número de firmas acreditadas necesario para impulsar la iniciativa legislativa popular, únicamente el Estatuto extremeño impone un número mínimo de firmas: el 5 por 100 del censo electoral, cifra verdaderamente elevada que viene a ser dos veces y media más de lo que requiere la Constitución española para la iniciativa popular nacional y cincuenta veces más que lo requerido en la Constitución italiana, lo que hace pronosticar que, de no cambiarse el Estatuto en este punto, la iniciativa legislativa popular es prácticamente inviable en Extremadura. Las leyes autonómicas reguladoras de esta materia en otras Comunidades Autónomas son menos disuasorias.

El resto del procedimiento se ajusta de cerca al establecido por la Ley Orgánica y que, mudando lo mudable, podríamos resumir así:

1. El escrito de presentación debe de contener:

1° El texto articulado de la proposición de ley, precedido de una exposición de motivos.

2° Un documento razonado en favor de su tramitación y aprobación por la Cámara.

3° La relación de miembros de la comisión promotora de la iniciativa, con sus datos personales.

2. El escrito se presenta ante la Mesa de la Asamblea Legislativa, la cual examina la documentación y se pronuncia sobre su admisibilidad. Son causas de inadmisibilidad:

1ª Su objeto, si versa sobre materia excluida de este procedimiento o sobre materias heterogéneas.

2ª Los defectos insubsanables de la documentación presentada.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 145

3ª La previa existencia en la Cámara de un proyecto o proposición de ley sobre el mismo objeto y su situación, al menos, en el trámite de enmiendas.

4ª Su igualdad o sustancial equivalencia a otra iniciativa popular presentada durante la misma legislatura.

5ª La preexistencia de una proposición no de ley aprobada por la Cámara sobre la misma materia; causa ésta a la que es difícil encontrar explicación razonable.

Contra la inadmisión de la iniciativa, la comisión promotora puede interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[1].

3. En caso de admisión, se procede a la recogida de firmas

4. Éstas se remiten a las Juntas Electorales Provinciales, que, a su vez, las reenvían a la Junta Electoral Central, la cual procede a su recuento y comprobación para elevar al Congreso la certificación acreditativa y destruir los pliegos.

5. La Mesa del Parlamento autonómico ordena la publicación de la proposición. Su toma en consideración por parte del Pleno se inicia con la lectura del documento razonado al que hacíamos referencia en el punto 2.

6. La proposición no caduca en caso de disolución de la Cámara, pero puede ser retrotraída al trámite que decida la Mesa de ésta.

7. La comisión promotora es resarcida de los gastos realizados.

Como vemos, no se ha establecido un procedimiento legislativo especial en sede parlamentaria; así por ejemplo, se podría haber prescindido del trámite de toma en consideración por el Pleno. Tampoco se ha previsto la defensa de la proposición de ley por parte de la comisión promotora, ni su retirada si las enmiendas introducidas en la Cámara desvirtúan su sentido. Con lo cual, lamentablemente, habilita a ésta para admitir una proposición de ley por esta vía y después darle una redacción distinta, incluso contraria a la proveniente de la iniciativa popular.

A mi entender, esto último sería inconstitucional, porque vulneraría el contenido esencial de esta forma de ejercicio del derecho de participación política. De manera que, aunque la Ley Orgánica lo silencie, hay que entender implícitamente admitida la facultad de la comisión promotora de retirar la proposición de ley en tal circunstancia. En cambio, alguna ley autonómica sobre la materia sí ha tenido en cuenta ambos aspectos y los ha regulado con acierto. Por ejemplo, la ley aragonesa prevé la defensa de la proposición de ley por parte de un miembro de la comisión promotora de la iniciativa ante el Pleno de las Cortes de Ara-

1 Cfr. AATC de 16-I y 18-IX-1985 sobre sendos recursos de amparo contra la inadmisión, por parte de la Mesa del Congreso, de dos iniciativas populares legislativas por tratarse de materia tributaria.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 146

gón en el trámite de su toma en consideración (garantía en la que ha sido seguida por la ley canaria) y también la posibilidad de que la mencionada comisión solicite la retirada de la proposición de ley si entendiera que alguna enmienda introducida desvirtúa su objetivo.

IV.2. EL REFERENDO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La complejidad de la ordenación territorial española se pone de relieve en la variedad de preceptos que recogen otras tantas formas de referendo en el ámbito regional o autonómico. No vemos en ello, empero, mucha participación directa en este ámbito, sino más bien diversidad de fórmulas «de un solo uso», o casi, y alguna de ellas mera previsión ante un hipotético referendo que probablemente no se celebrará nunca.

Los referendos regionales están constitucionalmente regulados en los artículos 151, 152 y disposiciones transitorias 2ª y 4ª. Cabe distinguir cuatro tipos: el de iniciativa autonómica; el de ratificación de un Estatuto de Autonomía redactado conforme al artículo 151 de la Constitución; el de reforma estatutaria, en su caso, y el de la eventual incorporación de Navarra al País Vasco. A ellos hay que añadir los referendos municipales que muchos Estatutos recogen en su texto.

a) Referendo de iniciativa autonómica

Es el exigido por el artículo 151.1 para optar por el procedimiento acelerado de acceso a la autonomía. Ha tenido una sola materialización, el referendo celebrado en Andalucía el 28 de febrero de 1980, habiendo agotado ya su eficacia normativa, toda vez que el Tribunal Constitucional declaró cerrada la fase de iniciativa autonómica. Ya nos hemos referido críticamente a este evento, por lo que remitimos a lo dicho.

b) Referendo de aprobación del Estatuto de Autonomía redactado conforme al artículo 151 de la Constitución

La anterior vía de acceso acelerado culminaba con otro referendo, ahora de aprobación del proyecto de Estatuto preparado por la Asamblea de parlamentarios de las provincias interesadas y aprobado en Comisión por el Congreso, o, en su caso, sobre el proyecto tramitado en las Cortes por ley orgánica.

La disposición transitoria 2ª dispensó de la fase de iniciativa autonómica anteriormente comentada a los territorios que hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de estatutos en el pasado; es decir, Cataluña, País Vasco y Galicia. Por eso en dichos territorios sólo se celebró este segundo referendo, que también tuvo lugar, lógicamente, en Andalucía.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 147

Para su aprobación sólo requería la Constitución la mayoría de votos válidos emitidos, exigencia mucho más fácil de cumplir que la de la primera fase del proceso. Puede verse en ello incongruencia, pero también el deseo del constituyente de no crear más problemas: había que disuadir, sí, de esta forma de acceso a la autonomía, pero, si una región pasaba la primera prueba, se le debía facilitar el término del proceso para evitar frustraciones de consecuencias políticas graves. A ello se añade que este referendo tenía que celebrarse también en Cataluña, País Vasco y Galicia, y el constituyente, como sabemos, se inclinó decididamente desde el primer momento a allanar la constitución de estas Comunidades Autónomas.

Una vez celebrado el referendo con resultado positivo, el proyecto de Estatuto pasaba a las Cortes para su ratificación. Obsérvese que, en la hipótesis constitucional de tramitación de estos proyectos de Estatuto como proyectos de ley ante las Cortes (art. 151.2.5ª), éstas (más acentuadamente el Congreso) se pronuncian varias veces sobre un mismo texto: una, al tramitarlo como ley orgánica, y otra, después de celebrado el referendo regional. Evidentemente, sobraba esta última ratificación, porque es impensable que las Cortes denegaran su apoyo a un Estatuto que había superado tan difíciles pruebas y sobre el que ellas mismas ya se habían pronunciado antes. (No obstante lo cual, la doctrina italiana admite tan desafortunado evento y, entre nosotros, R. ENTRENA arguye que ningún precepto constitucional prohíbe a las Cortes la denegación de la ratificación y que el artículo 151 siempre habla de proyecto en tanto no lo aprueban las Cortes definitivamente, argumento que no me parece inobjetable.)

Esto, realmente, interesa poco en nuestros días, porque ya forma parte de la Historia del Derecho, pero evidencia la muy deficiente confección del precepto constitucional, pudiendo haberse derivado de ello una fuente de conflictos, que afortunadamente no tuvieron lugar, aun al precio de su vulneraración.

Este tipo de referendo también ha consumido su puesta en práctica.

c) Referendo de reforma estatutaria

La índole del contenido material de los Estatutos y su importancia política ha hecho decir a un sector de la doctrina que significa la continuación del proceso constituyente, puesto que, pese a disponer la integración de los Estatutos en el Ordenamiento jurídico estatal como leyes orgánicas, se establecieron unos procedimientos de elaboración y aprobación especiales, en los que no faltan, a veces, elementos de pacto político entre los poderes centrales y los entes territoriales que iniciaban el procedimiento.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 148

Esta misma idea se ha proyectado también sobre la regulación de su reforma. En efecto, la Constitución, más que abordar tal regulación, hace una remisión general a los propios Estatutos, cada uno de los cuales ha podido establecer un procedimiento distinto, lo que afortunadamente no ha sucedido y es de desear que no suceda ahora, cuando se modifiquen los Estatutos en la actual coyuntura reformista.

Únicamente exige la Constitución, en su artículo 147.3, la aprobación de la reforma por ley orgánica, lo cual resultaba obligado por tratarse de una norma de esta misma categoría. El artículo 152.2, refiriéndose a los Estatutos aprobados por los procedimientos ordinario agravado (Andalucía) y especial simplificado (Cataluña, País Vasco y Galicia), añade el requisito de un referendo en la propia Comunidad Autónoma; con ello el constituyente ha querido mantener un paralelismo con el procedimiento seguido para su aprobación. (Evidentemente, a todas estas previsiones hay que añadir la reforma obligatoria de los Estatutos motivada por una reforma constitucional que los afecte.) Pero el artículo 147.3 da libertad al legislador estatuyente para que requiera asimismo referendo en la reforma de otros Estatutos. De hecho, sin embargo, en ninguno de ellos se ha incluido este requisito.

Nada dice la Constitución, por otra parte, sobre si deberá computarse este referendo por Provincias o en el conjunto de la Comunidad Autónoma, pero la Ley Orgánica del Referendo dispone que la circunscripción es siempre la Provincia, lo que, además de no ser cierto, no deja de ser contradictorio con un Estado autonómico y con la naturaleza también autonómica del referendo en cuestión.

El legislador estatuyente ha regulado en los cuatro casos (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) este referendo de reforma sin que ofrezcan nada relevante que reseñar, salvo el Estatuto Vasco. En efecto, los cuatro confirman la necesidad de aprobación referendaria de la reforma y contienen la previsión de la necesaria autorización o delegación del poder central para celebrarlo. Todos regulan por igual la aprobación por los respectivos Parlamentos y por las Cortes Generales, si bien admiten el supuesto de que la reforma estatutaria no necesite aprobación de éstas previa al referendo, porque no se sientan afectadas, a su juicio, por la reforma; dicha inhibición de las Cortes puede producirse por silencio parlamentario.

No obstante, una vez celebrado el referendo de reforma, se vuelve a plantear el problema discutido en el anterior apartado sobre la facultad de enmienda y de no aprobación de las Cortes, por lo que doy por reproducido el comentario allí hecho. Más aún: si las mismas Cortes rehúsan intervenir en la fase previa porque la reforma no les afecta, ¿cómo después van a poder enmendar el texto aprobado en referendo o denegar su aprobación? Parece menos desatinado entender que las Cortes quedan vinculadas por sus propios actos y, por tanto, atenerse a su op-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 149

ción, lo que no contradice en modo alguno la prohibición de mandato del artículo 67.2 de la Constitución. En esto, la regulación uniforme de los cuatro Estatutos de Autonomía es harto defectuosa.

El Estatuto vasco añade dos modalidades más de referendo de reforma estatutaria. Uno es el relativo a la posible incorporación de Navarra al País Vasco, modalidad que comentaremos en el apartado siguiente. El otro es el exigido para suprimir el precepto estatutario que habilita la intervención de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en ciertos supuestos bajo la responsabilidad exclusiva del Gobierno de la nación.

d) Referendo sobre la incorporación de Navarra al País Vasco

La disposición transitoria 4ª de la Constitución prevé la celebración de un referendo en caso de que Navarra decida incorporarse a la Comunidad Autónoma del País Vasco. La iniciativa de esta decisión corresponde al Parlamento navarro por mayoría absoluta de sus miembros y debe ser aprobada por referendo expresamente convocado al efecto, exigiéndose para su aprobación la mayoría de los votos válidos emitidos.

Lo destacable de esta disposición es que ha sido desarrollada por el Estatuto vasco, pero no por el navarro. En efecto, mientras que aquél lo regula sumariamente en su artículo 47.2 como un caso de reforma estatutaria, explicitando que se celebrará un referendo en el conjunto de los territorios afectados, la LORARFNA es muy parca (y esto es muy significativo) en la recepción de los institutos de participación directa, entre los que no se encuentra ningún tipo de referendo. La alusión a una hipotética incorporación a otra Comunidad Autónoma va seguida de la afirmación de su carácter reversible, atribuyendo competencia al Parlamento tanto para lo uno como para lo otro.

Estas previsiones más bien liquidan el problema, salvo que se proceda a una reforma previa de la LORARFNA. En efecto, de un lado, ésta no se hace eco de la previsión de la disposición transitoria 4ª de la Constitución en lo que se refiere a la convocatoria de referendo, por cuanto no admite ningún tipo de éste (como sólo es una previsión de la norma suprema, no hay inconstitucionalidad en tal silencio); y, de otro, la regulación navarra lleva implícita la subsistencia de su Parlamento, incluso en el caso de incorporación a otra Comunidad Autónoma. Lo que vale tanto como decir que Navarra seguirá siendo una Comunidad Autónoma a pesar de todo, puesto que, como toda la doctrina afirma, la cualificación de una autonomía como política radica en la existencia de potestad legislativa, potestad que la LORARFNA consagra y nadie niega; luego, si el Parlamento navarro subsiste, subsiste la correspondiente Comunidad Autónoma y su incorporación a otra sería, consiguientemente, una federación. Pero esto, precisamente, está prohibido por la Constitución (art. 145.1).

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 150

V. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

La Constitución, en su artículo 140, recoge la institución del Concejo Abierto y remite a la ley la regulación de sus condiciones. El Concejo Abierto es una forma de adopción directa de decisiones por parte de los vecinos sin representación interpuesta (el Ayuntamiento, que, no obstante, existe en tales municipios, con su alcalde a la cabeza; es precisamente el alcalde el que convoca a Concejo). Institución similar a los Landsgemeindes suizos y a los Town meetings americanos, tiene cierta raigambre en municipios de Castilla y León. La II República lo constitucionalizó, como se ha hecho también ahora. No está restringido a ninguna Comunidad Autónoma y la Ley de Régimen Local facilita su instauración, pero no parece que vaya a ser una alternativa respecto de los Ayuntamientos representativos.

Por otra parte, dicho quedó en páginas anteriores que algunos Estatutos de Autonomía prevén la celebración de referendos municipales, de conformidad con la Ley Orgánica del Referendo y la Ley de Régimen Local. Aún no ha habido ningún referendo popular (otra cosa son las consultas informales) por inexistencia de desarrollo legislativo, tanto de las Cortes como de los Parlamentos autonómicos. La Ley Orgánica del Referendo excluye esta modalidad de su regulación, haciendo una remisión a la Ley de Régimen Local. Además, no todos los Estatutos de Autonomía se han hecho eco de esta posibilidad constitucional. Pero, en realidad, todas las Comunidades Autónomas, por la vía de la reforma de sus respectivos Estatutos -y en esta tesitura nos encontramos hoy-, pueden incorporar el referendo municipal al conjunto de sus competencias acogiéndose a las previsiones de la Ley de Bases del Régimen Local, como ha hecho el Estatuto de Castilla y León (art. 36,1.12ª).

Y es precisamente en este ámbito local en el que el referendo podría rendir mejores frutos por cuanto confluyen en él las condiciones que lo refuerzan, ya que la proximidad del colegio referendal a los problemas propuestos redunda en el interés inmediato por ellos y en el conocimiento de los mismos. Por esas mismas razones, en normalidad de circunstancias, la regulación futura que hagan del referendo municipal los distintos Estatutos de Autonomía, o las leyes autonómicas a las que estos remitan, debería dar entrada a la iniciativa popular para ponerlo en marcha; huelga decir que con las garantías pertinentes.

* * *

VI. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA DEMOCRACIA DIRECTA REGIONAL Y MUNICIPAL EN ESPAÑA Y EN NUESTROS DÍAS

Hasta aquí, la teoría clásica, críticamente expuesta, y su recepción, más bien torpe por el Ordenamiento jurídico español. Sin embargo, en las ac-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 151

tuales circunstancias de renacimientos o nuevas apariciones de los nacionalismos en todo el mundo, y particularmente en Europa, y aún más en España, por un lado, y, por otro, su acompañamiento, en algunos casos, del terrorismo, cambia por completo la perspectiva pervirtiendo los conceptos. Pues, para estas fuerzas políticas antisistema (y no digamos para las organizaciones terroristas) no significan lo mismo la soberanía, el poder constituyente, la nación, la democracia, el pluralismo y tantas otras nociones básicas de la Teoría Política. Con lo que surge un preproblema, el semántico, que es clave para un entendimiento medianamente correcto de aquello de lo que estamos hablando. A lo que siguen las actitudes ampliamente contrastadas de dichos movimientos, cuyas iniciativas populares, tanto legislativas como de referendo, son fácilmente imaginables, con lo que se introducirían serios riesgos a la hora de la práctica de las instituciones que estudiamos. Y, como resultado, éstas pueden ser desvirtuadas desde la raíz.

Por eso, a partir de este momento, la ponencia ha de realizar un giro casi copernicano: de exponer los orígenes turbios de la democracia representativa y las interesadas y no siempre certeras invectivas contra la democracia directa, hemos de introducir una inflexión en nuestra reflexión acerca de las mismas en estos momentos en España. Y ello por mor de la existencia y aparente crecimiento de un nacionalismo soberanista, secesionista (al menos, en su aspiración final), que no deja pasar día sin ocupar la primera de los medios de comunicación social con reivindicaciones viejas y nuevas, y poniendo en tela de juicio, en su explicación, los soportes del Estado constitucional que nos dimos en 1978.

En estas condiciones, es evidente que las instituciones de democracia directa, sobre todo si las extendemos a todas las Comunidades Autónomas y a los más de 8.000 municipios españoles, pueden dar como resultado la total ingobernabilidad del país. No habría día sin una docena de referendos y/o iniciativas populares municipales ni año sin media docena de referendos y/o iniciativas populares autonómicos. Y el problema no sería sólo esta cuantía desorbitada de eventos participativos en un Estado que ya tiene diversos tipos de consultas electorales, no siempre coincidentes en el tiempo. Mayor recelo suscita, de una parte, la política de campanario que pretenderían con toda seguridad algunos de sus proponentes, y, de otra, pero de manera más importante, el cuestionamiento del actual Estado democrático de Derecho.

Es decir: frente a lo que siempre se ha reprochado a las instituciones de democracia directa (a saber: ser fácilmente instrumentalizables por los bonapartismos), ahora, si quisiéramos llevarlas a los ámbitos autonómico y local, el riesgo residiría en su utilización por las fuerzas antisistema y por las formaciones secuaces del terrorismo para desestabilizar y romper el pacto constitucional de 1978, e incluso, en algunos casos, el pacto auto-

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 152

nómico de 1979 y los que puedan alcanzarse en el actual proceso reformista. El problema ha dado un giro de 180 grados.

Es por eso de la máxima trascendencia regular con detalle, desde su iniciativa hasta la proclamación de sus resultados, la celebración de estas instituciones para evitar en lo posible su instrumentalización interesada. En tal regulación jurídica no pueden faltar ni la identificación de los límites materiales de tales instituciones, ni los límites temporales para su propuesta y celebración, facetas ambas verdaderamente complicadas.

a) Límites materiales

No deben ser objeto de estas formas participativas aquellas materias que comporten un cuestionamiento de la soberanía popular del pueblo español y de su poder constituyente, de la unidad de España, del pacto constituyente, de los límites territoriales de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas, etc. A estas materias habría que añadir algunas contempladas en el artículo 87 de la Constitución respecto de la iniciativa legislativa popular, principalmente la materia tributaria, la de carácter internacional y los indultos personales.

Estos límites deben rezar tanto para la propuesta de referendos, como para la iniciativa legislativa popular y para la iniciativa popular de celebración de referendos, con las variaciones que correspondan (como debe haberlas: por ejemplo, no parece imprudente exigir que la iniciativa legislativa popular se geste en más de un municipio, etc.)

Naturalmente, el establecimiento de estos límites materiales y de procedimiento debe llevar conexa la posibilidad de prohibición de tales propuestas cuando éstos sean rebasados.

b) Límites temporales

Dejando a un lado el caso de Suiza, no parece que la proliferación de referendos y de iniciativas legislativas populares puedan ser la piedra filosofal de la democracia española. La acumulación de estas formas de participación más oscurecería el panorama político que lo aclararía. Por eso deben ponerse límites temporales tanto a las Comunidades Autónomas (p.ej., un referendo o una iniciativa legislativa popular por año) como a los municipios (*v. gr.*, un referendo en dos municipios de una Comunidad Autónoma por año, siempre que no coincida con un evento autonómico de este tipo). Como también debería establecerse la imposibilidad de reiterar un intento de alguna de estas formas de participación que haya fracasado, hasta pasadas varias legislaturas. En fin, las fórmulas pueden ser muy variadas, pero, desde luego, algunas deben ser prescritas para evitar la ceremonia de la confusión.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 153

Igual que dijimos antes, debe preverse la posibilidad de prohibir tales celebraciones cuando no se atengan a los límites temporales antedichos. En todos los aspectos de este problema, la solución está en los límites, en una prudente y circunstanciada regulación de los límites a los que deban someterse las instituciones estudiadas.

c) Revocación de representantes

Mención aparte merece la institución de la revocación de representantes municipales, provinciales y autonómicos. Es ésta una forma de participación directa que debe de ser regulada de manera que no la monopolicen los partidos políticos y, sobre todo, que no la instrumentalicen para restar efectivos a los partidos adversarios. Hay que precisar con prudencia el número de firmas necesarias para ponerla en marcha, el procedimiento de su desarrollo, la forma de aprobación final, el modo de sustitución de los representantes revocados por otros (los suplentes de su candidatura electoral, por ejemplo, para que en el partido «castigado» no haya merma en los efectivos queridos en su momento por el cuerpo electoral), la imposibilidad de reiterar estas iniciativas durante la misma legislatura por parte de sus suscriptores o del partido o partidos patrocinadores, etc.

135-154-Estado autonómico7 3/10/05 12:46 Página 154

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 155

SOBRE EL INTERÉS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan Francisco Sánchez Barrilao
Profesor Titular Derecho Constitucional.
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN: ENTRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA

Sin duda, el contexto actual resulta una extraordinaria oportunidad científica para los constitucionalistas españoles; y es que, más allá del *momento constitucional* por excelencia que supone la actuación del poder constituyente, las transformaciones políticas y jurídicas que acaecen hoy a nivel europeo, estatal y regional, con la ratificación del *Tratado por el que se establece una Constitución en Europa*, y la muy que plausible y necesaria reforma de la Constitución de 1978 y de los Estatutos de Autonomía, ofrecen al estudioso del Derecho constitucional la oportunidad de reflexionar con propuestas alternativas al sistema actual[1]. Pero ello no sólo como mero ejercicio especulativo, sino desde la perspectiva crítica que ofrece un punto extraño al plano constitucional en el que habitualmente nos movemos, a fin de un mejor conocimiento del mismo, además de, claro está, abrir nuevas puertas al desarrollo constitucional[2]. En este marco intelectual nos parece atractivo el análisis, aún somero (dadas las limitaciones propias de estas notas), del interés que las Comunidades Autónomas muestran ya en la composición del Tribunal Constitucional, en cuanto que inclinación a sentirse partícipes del mismo en garantía de la efectividad de su respectivo Derecho y autonomía[3]; así como en la forma en que ello se pueda de-

---

[1] Ya, en un sentido similar (la reforma del Estatuto andaluz), Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «Aproximación crítica a la jurisdicción contable y la Cámara de Cuentas de Andalucía», en AAVV *El Parlamento de Andalucía. Órganos de extracción parlamentaria. Órganos consultivos o participación parlamentaria (Jornadas de Estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía en el XX Aniversario del Estatuto)*, Juan CANO BUESO (coord.), Comares, Granada, 2004, p. 323.

[2] E igualmente con relación al Derecho comparado, dado que, al margen del mero positivismo, instrumento de perspectiva crítica y escaparate de posibles respuestas para cuestiones internas; desde tal perspectiva, *cfr.* Fulco LANCHESTER, "El método en el Derecho constitucional comparado (Luigi Rossi y sus sucesores)", Remedio SÁNCHEZ FÉRRIZ y Luis JIMENA QUESADA (trad.), *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993, pp. 5 y ss.

[3] Sobre la efectividad del Derecho como parámetro de su validez, *vid.*, entre otros, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (I. Principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 93 a 97, y 121 y 123.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 156

senvolver constitucional y estatutariamente, con relación al referido proceso reformador que se muestra en estos momentos[4].

En tal sentido, y por ejemplo, atiéndase (y sin perjuicio de volver a ello) a la Resolución 1416/VI del Parlamento de Cataluña por la que se acuerda presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley por la que se modifique la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional para que los magistrados nominados y propuestos por el Senado lo sean en representación de las Comunidades Autónomas (29 de mayo de 2002), según la cual: «Els magistrats proposats pel Senat han d'ésser designats en representació de les comunitats autònomes, a proposta de la Comissió General de les Autonomies, amb la consulta prèvia a les assemblees legislatives de les comunitats autònomes o, si n'hi ha alguna de dissolta, a l'òrgan collegiat de govern, d'accord amb el que estableixi la llei pròpia de cada comunitat»; y ello, ulteriormente actualizado con ocasión de la proposición de Ley 622/000002 Orgánica de modificación de la referida Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la elección de los magistrados a propuesta de las Comunidades, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (22 de abril de 2004)[5]. Un interés aquél, por otra parte, que encuentra también reflejo en otros procesos de incidencia descentralizadora, como es el que acontece en Italia con el *decálogo* de BOSSI en torno a la *devolution* allí (y con el antecedente del proyecto de reforma constitucional de la *bicamerale* en 1998, hasta alcanzar el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Senado el 25 de marzo de 2004, y por la Cámara de Diputados el 15 de octubre de 2004)[6], y que son expresión, al margen de determinadas coyunturas más o menos compartidas, de cuestiones comunes en Derecho constitucional comparado[7].

---

[4] Otoño de 2004, cuando son escritas originariamente estas líneas, durante el vigésimo quinto aniversario del Estatuto vasco y catalán.

[5] «Los magistrados propuestos por el Senado serán designados en representación de las comunidades autónomas, a propuesta de la Comisión General de las Autonomías, previa consulta a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o, de haber alguna disuelta, al órgano colegiado de gobierno, de acuerdo con lo establezca la Ley propia de cada Comunidad» (propuesta de reforma de art. 16.1 LOTC).

[6] Ya, para una primerísima aproximación al caso italiano, *vid.* Roberto BIN, «Le regioni nella Corte costituzionale: davvero uno scandalo?», en web/unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/dis-corte.htm (15/10/2004); pero ello, *curiosamente*, presentado al caso español como modelo de intervención autonómica en la elección de magistrados constitucionales a partir del supuesto carácter representativo territorial del Senado aquí.

[7] Y de ahí la proyección comparada, y su importación a España, de parte del debate doctrinal acahecido en Italia con ocasión de las propuestas que se comentan, más allá de los riesgos concretos de politización de la Corte Constitucional italiana que se advierten al respecto de la específica iniciativa de BOSSI; en tal sentido, *vid.* Antonio RUGGERI «Regionalizzazione» apparente e «politicizzazione» evidente della Corte costituzionale, atraverso la modifica della sua composizione», también en web/unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/dis-corte.htm (15/10/2004).

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 157

Pero un interés, sobre todo, que permite una reflexión de entera *ingeniería constitucional*[8] sobre la forma territorial del Estado, el orden jurisdiccional constitucional y ordinario, y el sistema mismo de fuentes del Derecho; y de ahí precisamente su mayor incentivo, y la conveniencia de seguir incidiendo en la cuestión, conforme la doctrina viene apuntando[9]. Así es que, de otro lado, el interés señalado exceda de la simple reforma estatutaria, entrando en una paralela reforma de las instituciones del Estado, e incluso, en particular, de la propia Constitución. Y de este modo, que la postulación de reformas estatutarias al respecto vayan normalmente acompañadas de otras más abiertas a nivel legal y/o constitucional; en tal sentido, precisamente, se expresa el «Informe sobre la Reforma de L'Estatut» catalán a cargo de *Institut D'Estudis Autonòmics*, al instar a la reforma constitucional e institucional[10].

II. APROXIMACIÓN COMPARADA AL ESTADO COMPUESTO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS TERRITORIOS EN LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS TERRITORIALES

Resulta difícil individuar constantes en la aproximación comparada a cómo los territorios partes de un Estado descentralizado constitucionalmente intervienen en la composición del supremo órgano garante de su Constitución y de la descentralización por ella reconocida y garantizada; y es que, más allá de la diversificación que al respecto de tal participación se plantea, no menos relevante es la heterogeneidad de dichos órganos, sus funciones y su relación con la estructura federal o regional del

---

[8] En la terminología de Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada (Una investigación de estructuras, incentivos y resultados)*, Roberto REYES MAZZONI (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

[9] Así, David Fabio ESBORRAZ, Pamela Beth HARRIS, Anna-Maria Gräfin von LÖSCH, Patrick PEREON, Paolo RIDOLA, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, Nicola SANDULLI y Dalva TONATO, *La scelta dei giudici delle Corti costituzionali e delle Corti o Tribunali con funzioni di giustizia costituzionale negli ordinamenti federali o regionali*, Corte Costituzionale-Servizio Studi-Sezione di diritto costituzionale comparato, COM 129, Roma, 2002; desde aquí mi reconocimiento a todos ellos, pero particularmente a Paolo RIDOLA y Patrick PEREON (junto a Lizette DELGADO). También de interés (y sin perjuicio de volver a ellos), *vid.*: Jacques BROSSARD, *La Court Suprême et la Constitution*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, primera parte; AAVV «Table-Ronde: Les Juges Constitutionnels», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988; Louis FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, Vicente VILLACAMPA (trad.), Ariel Barcelona, 1994; Nicola VIZIOLI, «Brevi considerazioni sull'elezione dei giudici costituzionali negli Stati decentrati», en AAVV *Principio di autonomia e forma dello Stato (La participazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata)*, Tania GROPPI (ed.), G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 301 a 322; SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN del Tribunal Constitucional, «Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 209 a 237; y muy especialmente, Santiago A. ROURA, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 (El Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

[10] www10.gencat.net/drep_epc/recursos/iea5.pdf, p. 10 (14/10/2004).

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 158

Estado[11]. No en vano, resulta difícil hablar de homogeneidad tanto en relación con el Estado federal y regional, como con respecto a la jurisdicción constitucional[12]. Con todo, adelantamos, cabe hablar de una conexión entre descentralización territorial, Constitución y jurisdicción constitucional, además de un cierto grado comparado de participación de los territorios en dichos órganos constitucionales, sin perjuicio de cómo efectivamente se desarrolle.

De este modo, respecto a los Estados Unidos de Norteamérica (*Supreme Court*)[13], y al amparo del sistema de control difuso de constitucionalidad allí, la cláusula de *supremacy* de la Constitución federal (art. VI) supone, de partida, cómo los jueces de cada uno de los Estados miembros (dado que con autonomía jurisdiccional, y conformando así poderes judiciales estatales propios e independientes)[14] resultan plenamente sujetos a la Constitución y a la legislación federal, frente a posibles contradicciones con las Constituciones y Derechos estatales; de esta forma, ya, que el Derecho estatal resulte subordinado al federal, y ello, en principio, en manos de órganos judiciales propiamente estatales[15]. Y de otra parte, la jurisdicción federal, con el Tribunal Supremo en su cúspide, extendiendo su competencia a cualquier caso en el que resulte implicado la Constitución y el Derecho federal (art. III), así como en conflictos entre Estados, Estados y ciudadanos, o ciudadanos entre diversos Estados, y llegando incluso a controlar sentencias de Tribunales estatales. En cuanto al procedimiento para la elección de los jueces federales (art. II.2), éstos son nombrados por el Presidente con el parecer[16] y el consenso[17] del Senado (*advice and consent*), conforme al diseño de división de poderes mediante vetos (*checks and balances*), de forma que ni el poder ejecutivo ni el legislativo terminen por controlar los nombramientos del judicial[18]; pero ello,

---

[11] Paolo RIDOLA «Introduzione», en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti costituzionali... cit.*, pp. 5 y 6.

[12] Así, en cuanto al Estado federal y su heterogénea proyección, *vid.*, por ejemplo, Giovanni BOGNETTI, *Federalismo*, Utet, Torino, 2001 (en particular, pp. 91 y ss.); y sobre la jurisdicción constitucional y sus diversas manifestaciones, Lucio PEGORARO, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Marta LEÓN ALONSO (trad.), Dynkinson, Madrid, 2004.

[13] Pamela Beth HARRIS, «La scelta dei giudici della Corte Suprema e delle corti inferiori negli ordinamenti federali degli Stati Uniti e dal Canada», en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti Costituzionali... cit.*, pp. 58 a 65.

[14] Gregorio RUIZ, *Federalismo judicial (El modelo americano)*, Civitas, Madrid, 1994.

[15] *Cfr.* Laurence H. TRIBE, *American Constitutonal Law (I)*, 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, § 6-29.

[16] Parecer o informe, que evidentemente adquiere mayor relieve cuando coincide políticamente dicha cámara con el Presidente.

[17] La cuestión es examinada en primer lugar por una Comisión para asuntos judiciales (*Judiciary Committee*), la cual debe decidir recomendar o no la aprobación de la elección por la cámara. Al respecto, la Comisión desarrolla una audiencia pública con los candidatos, siendo interrogados no sólo con relación a su cualificación profesional y jurídica, sino además respecto a su filosofía jurídica y opiniones políticas. Michael H. DAVIS, «Etats-Unis», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, pp. 137 y 138.

[18] A tales efectos, la participación activa de *grupos de intereses* resulta relevante, a la vista de la incidencia política que suponen tales nombramientos.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 159

también, a modo de garantía de los pequeños Estados ante tal poder presidencial, desde la dinámica federal que conlleva el Senado[19].

Respecto a Canadá[20], la Corte Suprema (*Supreme Court of Canada*) ejerce tanto de Tribunal Constitucional, como de Tribunal Supremo, decidiendo entonces sobre apelaciones resueltas por las Cortes de Apelación federales y provinciales; y esto, con relación a la distribución federal del poder, invalidando actos tanto federales como provinciales, como respecto a la suprema interpretación del Derecho provincial. Sin embargo, la Corte Suprema del Canadá no es obra del constituyente canadiense sino del legislativo federal[21], si bien cierta constitucionalización cabe admitir tras la reforma constitucional de 1982[22]. En cuanto a la composición de la Corte Suprema de Canadá, inicialmente estaba formada por seis miembros de los cuales dos, por disposición de la *Supreme and Exchequer Court Act*, debían proceder de Québec (1875), añadiéndose uno más en 1927 y otros dos en 1949, y alcanzándose ya el número actual de nueve, de los cuales por disposición legal tres han de corresponder a Québec, y por convención tres a Ontario (en igualdad con Québec), dos a las provincias del Oeste y uno más a las provincias Atlánticas (salvo en el período 1972-1982, en que fueron nombrados tres del Oeste y sólo dos de Ontario); también por convención, el *Chief Justiceship* es alternado entre miembros francos y angloparlantes[23]. Y respecto al procedimiento de elección de los miembros de la Corte Suprema, corres-

---

[19] *Cfr.* Larry W. YACKLE, «Choosing Judges the Democratic Way», *Boston University Law Review*, marzo, 1989, p. 278.

[20] Pamela Beth HARRIS, *op. cit.*, pp. 66 a 69; también, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, comunicación «La constitucionalización de la participación de Québec en el Tribunal Supremo del Canadá», presentada en el *V Congreso Internacional de Estudios Canadienses*, organizado por la Asociación Española de Estudios Canadienses y celebrado en Madrid los días 11 a 13 de noviembre de 1994 (no publicada).

[21] No obstante se apunta desde la doctrina canadiense cómo, en la práctica (y debido al cambio acaecido en el sentir de las Provincias hacia la Corte como consecuencia de su jurisprudencia descentralizadora), ésta ha terminado por convertirse en la principal garantía de aquéllas ganando un «lugar de primer orden en el esquema del gobierno canadiense», con lo que difícilmente los gobiernos provinciales permitirían una abolición del mismo; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2ª ed., The Carswell Company Limited, Toronto, 1985, p. 166. Además, acerca del papel jugado por la Corte en el federalismo canadiense, *vid.*: G. P. BROWNE, *The Judicial Committe and the British North America Act*, University of Toronto Press, Toronto, 1967; y Jacques BROSSARD, *La Court Suprême et la Constitution... cit.*, segunda y tercera parte.

[22] Aunque no se sabe muy bien en qué grado, al referirse a ésta los arts. 41 y 42 con ocasión de los procedimientos de reforma constitucional. *Vid.*, al respecto las dudas que plantea Peter MCCORMICK en «The Courts: Toward a Provincial Role in Judicial Appointments», en AAVV *Meech Lake and Canada. Perspectives from the West*, Roger Gibbins (ed.), Academic Printing & Publishinng, Edmongton, 1989, p. 45. A partir de dicha mención entendemos, aunque con ciertas reservas, bien podría comprenderse constitucionalizado al menos lo que es la constitución en sí de la Corte y su naturaleza de Corte General de apelación para Canadá (esto último, en razón al art. 101 de la Ley Constitucional de 1867).

[23] Respecto a cómo se compone la Corte en su funcionamiento, requiere de cinco miembros para constituir *quorum*, salvo en aquellos casos en que la propia Corte considere necesario el pleno a tenor de la importancia del caso a decidir. Lo normal así es que funcione por secciones de cinco miembros y especializadas por regiones; es decir, con mayoría de jueces pertenecientes a las provincias de los que procede la apelación.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 160

ponde en exclusividad al Consejo de Gobierno federal: el *Chief Justiceship* es nombrado a propuesta del Primer Ministro, mientras el resto de los componentes lo es a propuesta del Ministro federal de Justicia. En este procedimiento los únicos requisitos impuestos por la *Supreme and Exchequer Court Act* al gobierno federal son dos: el primero relativo a la composición, y según el cual tres han de ser de Quebec (art. 6); y el segundo referido a la cualificación de los nombrados, los cuales han de ser o bien jueces de Tribunales Superiores Provinciales, o bien abogados con diez años de ejercicio en un *foro* provincial (art. 5)[24]. Pero todo ello, sin embargo, sin intervención alguna de las Provincias, ni del Parlamento federal, y por tanto sin ningún tipo de control[25].

Con relación a Alemania[26], corresponde al Tribunal Constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*), respecto a la resolución de controversias entre el Estado y los entes autónomos, o entre éstos mismos: las controversias entre órganos federales, el control abstracto y concreto de normas, el control abstracto sobre la competencia, las controversias entre el Estado central y los *Länder*, el recurso de inconstitucionalidad local, la acusación contra el Presidente federal, la acusación contra Jueces federales, y el planteamiento de divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal y los Tribunales Constitucionales de los *Länder*, y es que, con relación a este último caso, se ha de advertir cómo en Alemania coexisten la jurisdicción constitucional federal y la de los *Länder* (salvo *Schleswig-Holstein*), al haber constituidos Tribunales Constitucionales con los que tutelar e interpretar sus respectivas Constituciones[27]. Pero no se reduce la dimensión funcional del Tribunal Constitucional federal a la proyección territorial de la Ley Fundamental alemana, aun siendo ésta esencial (según se ha anotado), extendiéndose a toda ella y especialmente a una parte tan relevante como son los derechos fundamentales; así, por ejemplo, el recurso de amparo. Con todo, los *Länder* participan también en la composición del Tribunal Constitucional federal a través del Consejo Federal (*Bundesrat*), formado por representantes de los Gobiernos de los diversos *Länder*, quien elige la mitad de los miembros del

[24] Según Allen M. LINDEN y Wendy Jill LINDEN, la experiencia judicial a niveles de apelación parece ser un requisito para la elección; así, la mayoría de los nombrados han servido en Tribunales de apelación. A su vez bastantes de éstos han sido profesores a tiempo parcial, y destacan también cómo casi todos son bilingües; «The Supreme Court of Canada and Canadian Tort Law (1970-1985)», en Gerald-A. BEAUDOIN (comp.), *The Supreme Court of Canada. (Proceding of the October 1985 Conference)*, Les Editions Yuon Blais INC, Quebec, 1986, p. 103.

[25] Acerca de la «anomalía constitucional» que supone la importancia de la Corte Suprema en el sistema federal canadiense, y sin embargo la falta de participación y control de las Provincias en el procedimiento gubernamental de selección de los miembros de ésta, Peter MCCORMICK, *op. cit.* p. 45.

[26] Anna-Maria Gräfin von LÖSCH, «La scelta dei giudici della Corte costituzionale in relazione all'ordinamento federale in Germania», asimismo en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti Costituzionali... cit.*, pp. 25 a 32.

[27] Hans-Hochen VOGEL, «El régimen federal de la Ley Fundamental», junto a Ernst BENDA, Werner MAIHOFER, Konrad HESSE y Wolfgang HEYDE, en *Manual de Derecho constitucional*, Antonio López Pina (trad.), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 660 a 662.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 161

Tribunal, ocho (la otra mitad, otros ocho, por el *Bundestag*); y ello, mediante dos tercios de los votos, lo que obliga a intensos acuerdos entre partidos en base a un previo *reparto* de candidatos (salvo veto en contrario, de cada candidato presentado por la otra parte), y la intervención de una comisión *ad hoc* compuesta por los ministros de justicia de los *Länder*[28].

En el caso de Austria[29], y enraizada en una profunda tradición federal y de resolución de conflictos territoriales[30], el Tribunal Constitucional (*Bundes-Verfassungsgesetz*) ostenta amplias e importantes competencias con relación al sistema federal, como son: los conflictos de competencia, positivos y negativos; el control de los acuerdos entre la Federación y los *Länder*, y entre ellos mismos; el control de legitimidad de los reglamentos; el control de la *republicación* de disposiciones jurídicas; el control de constitucionalidad de la ley, tanto federal como de los *Länder*; el control de legitimidad de tratados estipulados por los *Länder*; la jurisdicción electoral; y los controles de órganos supremos del Estado central y de los *Länder* por violación culposa de Derecho, en ejercicio de sus funciones. Ya de otra parte, al margen de la dimensión territorial del sistema constitucional, el Tribunal Constitucional austriaco desarrolla otras funciones en material electoral, conflictos, administrativas, e incluso de justicia. Volviendo nuevamente a la proyección del interés de los *Länder* en la composición del Tribunal Constitucional, éste se articular a través del Consejo Federal (*Bundesrat*) como segunda cámara en representación de aquéllos, en concurrencia con el Gobierno federal y el Consejo Nacional (*Nationalrat*), con la propuesta de cuatro de sus miembros, tres titulares y uno suplente, de los veinte (incluidos los suplentes) a nombrar por el Presidente federal[31]; además, y como refuerzo del federalismo, la exigencia de que cinco de los miembros del Tribunal (tres titulares y dos suplentes) sean elegidos entre *no residentes* de la Capital federal (Viena). A tales efectos, por último, en la *praxis* dicha designación sigue, desde hace tiempo, el acuerdo entre los dos mayores partidos[32].

---

[28] En la base de la propuesta de candidatos hay ya un pacto estipulado por los partidos, según el cual a los dos más grandes (SPD y CDU/CSU) le corresponden cuatro candidatos (respecto a cada cámara), tres de los cuales serán reservados a miembros del partido o a otros sujetos de particular confianza, mientras el otro se reserva a personajes considerados neutrales; mientras, en el caso de gobiernos de coalición, el partido dominante puede dejar uno al partido minoritario. Sobre la práctica de dichas negociaciones, *vid.* Michet FROMONT, «Allemagne Federale», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, pp. 85 y 86.

[29] Nuevamente Anna-Maria GRÄFIN VON LÖSCH, pero ahora «La scelta dei giudici della Corte Costituzionale austriaca (VfGH) alla luce dell'ordinamento federale», en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti Costituzionali... cit.*, pp. 7 a 13.

[30] Nicola VIZIOLI, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

[31] De los otros, el Gobierno al Presidente y al Vicepresidente, además de la mitad del resto de los miembros, mientras que el Consejo Nacional propone tres titulares y dos suplentes.

[32] *Vid.* Theo ÖHLINGER, «Les Juges constitutionnels autrichiens depuis 1945», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, p. 96.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 162

Respecto a Bélgica[33], la Corte de Arbitraje (*Cour d'Arbitrage*) se inscribe plenamente en el proceso de transformación de la forma de Estado allí; así, en su origen (1980), la Corte se concibe exclusivamente como órgano resolutor de conflictos territoriales, a lo que en su composición y organización se da traslado de las comunidades flamenca y valonas, no siendo hasta más tarde (1989) cuando se extiende a la garantía parcial de ciertos derechos, si bien, todavía, con una clara dimensión territorial[34]. A tales efectos, la Corte es reflejo de la dualidad lingüística, cultural y social del Estado belga (*federalismo bipolar*), exigiéndose un elevado consenso a fin de garantizar la igualdad de ambos grupos: una presencia de cada comunidad lingüística igual a la mayoría de sus miembros[35]. Son doce los miembros de la Corte de Arbitraje belga, de los cuales seis deben ser de lengua francesa y los otros seis de lengua holandesa (Ley especial de la *Cour d'arbitrage*, de 1989); e incluso, y con relación a cada grupo lingüístico, una igual representación respecto a los dos tipos de miembros de la Corte[36]. O aún más, la presidencia es bipartida anual y sucesivamente por un representante de cada comunidad. De otra parte, los miembros son nombrados por el Rey a iniciativa de la Cámara de los representantes y del Senado, los cuales, alternativamente, proponen una doble lista[37]; a este fin, y en el Senado, se ha desarrollado un mecanismo de audiencia con la que evaluar la preparación y neutralidad de los candidatos a cargo de la Comisión de las reformas institucionales, siendo ulteriormente aprobado por mayoría proporcional de la cámara. Así es que, a modo de conclusión, se deduzca una estrecha relación en Bélgica entre la composición y funciones de la Corte de Arbitraje, y la forma territorial del Estado y los derechos de las comunidades que la integran, hasta el punto de considerar como un atentado a éstas cualquier agresión a la igual representación entre las comunidades; no en vano, la *paridad* es uno de los elementos configuradores básicos de la Corte[38]. Es así,

---

[33] Patrick Péréon, «L'incidenza della forma dello Stato sulla procedura di scelta dei giudici e sulle regole di organizzazione della *Cour d'arbitrage* belga», asimismo en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti Costituzionali... cit.*, pp. 18 a 24; también, P. Peeters, junto a D. D'Hooghe, «The Judiciary», en AAVV *The Institutions of Federal Belgiums (An Introduction to Belgian Public Law)*, G. Graenen (ed.), ACCO, Leuven, 1996, pp. 124 y ss.

[34] Principio de igualdad y no discriminación, y educación, pero con relación al reparto de competencia en materia de enseñanza y a fin de evitar discriminaciones al respecto; *cfr.* Bernard Tilleman y André Alen, «The Judiciary», en AAVV *Treatise on Belgian Constitutional Law*, André Alen (ed.), Kluwer, Deventer, 1992, p. 112.

[35] A ello se añade una doble mayoría cualificada, de forma que la Ley de organización de la Corte debe ser aprobada con la mayoría de dos tercios de los votos válidos de cada cámara, además de con la mayoría de los sufragios de cada grupo lingüístico (arts. 142 y 4 de la Constitución).

[36] Parlamentarios, que hayan ejercido el mandato al menos ocho años; y juristas, magistrados o profesores de Derecho que hayan ejercido al menos cinco años tal actividad profesional.

[37] Con anterioridad, sin embargo, era la totalidad de los miembros de la Corte los propuestos por el Senado.

[38] *Cfr.* Francis Delpérée, «Les juges constitutionnels», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, p. 105.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 163

finalmente, que se llegue en Bélgica a una identificación entre minorías y federalismo con su garantía a través de la Corte de Arbitraje; como, e incluso, a la propia institucionalización de las minorías en los órganos federales, y en especial en la propia Corte, como parte de la lógica de un sistema en constante pugna y que necesita de permanente arbitraje y garantía entre las diversas comunidades lingüísticas y políticas[39].

En cuanto a Suiza[40], y desde sus orígenes federales en 1848, ha contado con un Tribunal garante del reparto competencial entre la Federación y los Cantones, y entre éstos mismos[41], y ello en un progresivo crecimiento competencial (ya, desde 1874), además de supremo con relación a los veintiséis sistemas jurídicos cantonales (de muy diversas culturas); a tales efectos, el Tribunal es dotado al tiempo con 30 miembros, 15 jueces titulares y otros 15 suplentes (1943), si bien tal alcance competencial lleva al Tribunal a subdividirse en varias Cortes (dos de Derecho público, otras dos civiles, y una de casación penal), desarrollando funciones de jurisdicción suprema respecto al Derecho de los Cantones. Con todo, la competencia del Tribunal federal ha tomado peso con relación al control de la sujeción de los Cantones al Derecho federal (significativamente la ley federal), mas sin que esto haya supuesto particular proyección en aquél, al quedar la designación de sus miembros en manos de la Asamblea Federal (las Cámaras del Parlamento, reunidas en sesión conjunta); y es que los representantes de los Cantones en la Asamblea se reducen a 46, frente a los 200 del pueblo. Sin embargo, la Constitución garantiza una representación de las diversas lenguas oficiales y comunidades en el Tribunal (art. 188.4), alcanzando incluso a los grupos religiosos y políticos: 18 suizo-alemanes, 9 suizo-franceses, 2 suizo-italianos y 1 reto-romances[42].

Y respecto a Italia, la Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*)[43] es la encargada constitucionalmente de garantizar la suprema normatividad de la Constitución republicana, mediante el control de constitucionalidad de leyes tanto estatales y como regionales (directo e indirecto), la decisión sobre conflictos de atribuciones, el juicio de acusación del Presidente

---

[39] A tales efectos *vid.* Xavier DELGRANGE, «Fédéralisme et protection des minorités», en AAVV *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Francis DELPÉRÉE (ed.), Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 67 y ss. (y en particular, p. 78).

[40] Otra vez Patrick PÉRÉON, pero «L'incidenza della forma dello Stato sulla procedura di scelta dei giudici del Tribunale federale svizzero e sulle regole della sua organizzazione», en AAVV *La scelta dei giudici delle Corti Costituzionali... cit.*, pp. 52 a 57.

[41] Con 11 miembros e itinerante, hasta 1874 residenciándose en Losanna; *vid.* André GRISEL, «Le Tribunal fédéral suisse», *Revue de Droit Suisse*, 1971, I, p. 386.

[42] Tal proyección lingüística se prolonga con relación al personal que asiste a los jueces: 59 representantes de la comunidad alemana, 26 de la francófona, y 9 de la italiana; y ello, por designación plenaria del Tribunal.

[43] Para una preliminar aproximación a las funciones y composición de la Corte Constitucional italiana, y tras las reformas constitucionales de 1999 y 2001: Giuseppe UGO RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 6ª ed., Zanichelli, Bologna, 2001, pp. 466 y ss.; y Roberto BIN y Giovanni PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, 412 y ss.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 164

de la República y el de admisibilidad del referéndum abrogativo; y ello, con particular atención en relación a la ordenación territorial de la República, como acontece con relación al control de constitucionalidad de los Estatutos regionales (ordinarios y especiales)[44]. En cuanto a la composición de la Corte, ya, está compuesta de 15 jueces: 5 a propuesta del Parlamento, en sede conjunta; 5 a iniciativa de las supremas magistraturas del Estado, tanto ordinaria como administrativa; y los otros 5 a instancia del Presidente de la República. No obstante, la ausencia de intervención regional en la elección de los magistrados constitucionales en Italia no se ha visto exenta del interés mostrado por ciertos movimientos regionalistas al respecto; así lo evidencia el decálogo con el que BOSSI articulara la *devolutión* allí (2002), y en virtud del cual se procuraría una mayor sensibilidad de la Corte Constitucional ante las Regiones y entes locales mediante la participación directa de éstos en el proceso de elección y nombramiento de los referidos magistrados (los cuales, se supone, pasarían a actuar en garantía y representación de aquéllos)[45]. En tal sentido, y a la sombra todavía de la *bicamerale* de 1998[46], se activa por el Gobierno italiano (9 de mayo de 2002) un proyecto de ley constitucional conforme al cual cinco de los miembros de la Corte Constitucional pasarían a ser nombrados directamente por las Regiones, a través de un órgano compuesto por representantes de todos los Consejos regionales (Cámara de las Regiones)[47]; y con ello, además, aumentando de 15 a 19 el número final de magistrados constitucionales[48]. Sin embargo, los progresivos textos aprobados en el Senado y en la Cámara de los Diputados (respectivamente, 25 de marzo de 2004 y 15 de octubre de 2004), aun siguiendo las líneas básicas apuntadas, tienden a cierta reconducción (en particular, respecto aquellos aspectos más criticados). Así, con relación al proyecto de ley constitucional aprobado por el Senado, se vuelve al número de 15 magistrados, de los cuales cuatro continúan siendo nombrados por el Presidente de la República, otros cuatro por las supremas magistraturas ordi-

---

[44] Al respecto, *vid.* Anna Maria POGGI, «L'autonomia statutaria delle regioni», en AAVV *La Repubblica delle autonomie (Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V),* Tania Groppi y Marco Olivetti (ed.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 59 y ss.; y especialmente, Antonio SPANDARO, «Il limite costituzionale dell'«armonia con la Costituzione» e i rapporti fra lo Statuto e le altre fonti del diritto», en AAVV *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione (Temi rilevanti e profili comparati),* A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 81 y ss.

[45] *Vid.* www.leganord.org/a_2_docpolitici_devolution.htm (15/10/2004).

[46] Proyecto de art. 135, primer párrafo: «La Corte costituzionale è composta da venti giudici. Cinque giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica; cinque giudici sono nominati dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa; cinque giudici sono nominati dal Senato della Repubblica; cinque giudici sono nominati da un collegio formato dai rappresentanti dei Comuni, delle Province e delle Regioni che integrano il Senato della Repubblica in sessione speciale».

[47] *Cfr.* Giovanni D'ALESSANDRO, «La revisione della composizione della Corte costituzionale e il «decalogo» di Bossi per le riforme», en www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/ file/decaologobossi.html (15/10/2004).

[48] En una aproximación crítica, al respecto, Alessandro PACE, «Riformare la Corte Costituzionale?», en www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=133 (15/10/2004).

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 165

narias y adminstrativas, y ahora siete por un supuesto Senado federal de la República e integrado por los Presidentes de las Juntas de las Regiones y de las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano; en cambio, en el texto de la Cámara de los Diputados sólo cuatro magistrados son nombrados por el referido Senado federal y con intervención regional, mientras que tres quedan a la propuesta de la Cámara de los Diputados[49].

Como posible conclusión del anterior análisis comparado cabría sostener, junto a la más arriba anotada participación de los territorios en la composición de los órganos de jurisdicción constitucional, una estrecha interrelación entre cómo se desenvuelve tal participación y sus causas, con las funciones que desarrolla dicho órgano y su consiguiente proyección en la forma territorial del respectivo Estado en cuestión; y ello, además, sin perder de vista las peculiaridades propias de cada uno de los sistemas constitucionales apuntados y su específica incidencia en tales órganos, de manera que, y ya con relación al caso español, se sea capaz de desvincular el referido interés de las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional de los variados modos en que éste quepa expresarse. Así, con todo, cabría destacar una preferencia por el encauzamiento procedimental de tal participación mediante la intervención de una cámara más o menos representativa de los territorios con relación a la selección de los miembros de dichos órganos constitucionales (lo que por otra parte concuerda, sobre todo en el caso de órganos de jurisdicción constitucional concentrada, con la preponderancia de procedimientos de tipo parlamentarios en la elección de sus miembros)[50], quedando al margen los supuestos de representación directa de territorios y comunidades en la composición de aquéllos: Canadá, Bélgica y Suiza, en atención a especificidades de tales órganos, más allá de la mera relación entre el Estado federal y el referido interés que comentamos[51]. Y es que, con carácter general, dicho interés de los territorios se difuminaría en la función abstracta de garantía constitucional de tales Tribunales, dado que garantes e intérpretes supremos de la Constitución.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: FUNCIONES Y COMPOSICIÓN

El desafortunado precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, con la participación de las Regiones en su composi-

---

[49] «La Corte costituzionale è composta da quindici giudici. Quattro giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica; quattro giudici sono nominati dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative; tre giudici sono nominati dalla Camera dei deputati e quattro giudici sono nominati dal Senato federale della Repubblica, integrato dai Presidenti delle Giunte delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano».

[50] *Cfr.* SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN del Tribunal Constitucional, *op. cit.*, pp. 210 y 216.

[51] De *patologías* llega a hablar ROURA, al respecto; Santiago A. ROURA, *op. cit.*, p. 152.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 166

ción (15 miembros, de un total de 25)[52], encontró escaso eco en su posterior desarrollo durante el proceso constituyente de 1978, no siendo aceptada ninguna de las enmiendas presentadas por las minorías nacionalistas al respecto[53]. Pero que ello fuera así en aquel momento, no significa que en la evolución del Estado Autonómico no hayan cambiado las cosas, como en otras tantas cuestiones; y más, aún, a las alturas de este momento de reformas estatutarias y constitucional. A tales efectos, y como hemos anotado con relación a los sistemas constitucionales foráneos, comenzaremos por un apunte funcional del Tribunal Constitucional con el que establecer el grado de interés que las Comunidades Autónomas tengan al respecto de su composición, para luego, conforme al marco jurídico-constitucional vigente, comprobar si se verifica o no algún tipo de intervención de las Comunidades, y cuál sea, en su caso, su repercusión política. A este fin, y en el ámbito de las competencias del Tribunal respecto a las Comunidades, se pueden distinguir tres grupos, según su grado incidencia al efecto; pero ello, no obstante, sin agotar su genérica condición de supremo intérprete y garante de la Constitución, y especialmente de los derechos fundamentales. Así:

a) Competencias específicamente dirigidas a resolver los conflictos existentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y entre ellas mismas. Es el caso del «Conflicto de competencias» inicialmente previsto en el artículo 161.1.c de la Constitución, y desarrollado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tanto entre el Estado y una o varias Comunidades (art. 59.1.a LOTC), como entre las mismas Comunidades Autónomas (art. 59.1.b LOTC), y sea tanto en su modalidad positiva (arts. 60 a 67 LOTC), como en la negativa (arts. 60, 61 y 68 a 72 LOTC). Se trata así de una función típica de la jurisdicción constitucional concentrada en los Estados descentralizados (con sus orígenes en Austria), y en la que el Tribunal Constitucional viene a actuar, en buena medida, *a modo* de árbitro constitucional en disputas por las competencias[54].

b) Competencias dirigidas al control de constitucionalidad de la ley, y otras fuentes con valor de ley. Se trata de una función no inmediatamente conexa con el ordenamiento territorial del Estado, pero que permite el control sobre la máxima expresión normativa de la autonomía política de las Comunidades, las leyes autonómicas (en sentido amplio), como de las leyes estatales en cuanto que incidan o infieran sobre dicha autonomía

---

[52] Y esto, sin exigirse una determinada caracterización jurídica de dichos *jueces regionales*, lo aumentaba la falta de funcionalidad del Tribunal; al respecto, *vid.* Rosa M. Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República*, BOSCH, Barcelona, 1982, pp. 162 a 175.

[53] Germán Valencia Martín, «Artículo 5», en AAVV *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Juan Luis Requejo Pagés (coord.), Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 148 y 149.

[54] Manuel Aragón Reyes, «Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional», en AAVV *Comentarios a la Constitución española de 1978 (XII)*, Oscar Alzaga Villaamil (dir.), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1999, pp. 224 y ss.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 167

conforme al *bloque de constitucionalidad* (art. 28.1 LOTC)[55]. Mas debe advertirse que esta genérica función de control de constitucionalidad de la ley es, respecto a la de tipo arbitral antes indicada, la función que todavía especifica y caracteriza la jurisdicción constitucional y, especialmente, al Tribunal Constitucional español[56]. En cuanto a sus manifestaciones, la primera y principal es el «recurso de inconstitucionalidad» (art. 161.1.a CE), con una particular proyección y carácter político, dado que instrumento de oposición política (arts. 162.1.a CE y 32 LOTC), y, en particular, respecto al Gobierno de la nación, al poder éste solicitar la suspensión de la norma autonómica impugnada (art. 161.2 CE); por ello, precisamente, se ha previsto (LO 1/2000) la posibilidad de llegar a acuerdos políticos entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, a fin de evitar los recursos al Tribunal Constitucional (art. 33.2 y 3 LOTC)[57]. Por otra parte está la «cuestión de constitucionalidad», en la que su interposición judicial viene a despolitizarla (art. 163 CE), pero sin que esto reduzca su incidencia en razón al carácter permanente que supone el control jurisdiccional con relación a cualquier norma a aplicar y sobre la que dependa un proceso ordinario; al contrario, la cuestión deviene en el instrumento de control de constitucionalidad más operativo, cualquiera que sea el tipo de ley objeto de la misma[58]. Y por último, está el conflicto en defensa de la autonomía local (arts. 161.1.d CE y 75 *bis*, *ter*, *quarter* y *quinquies* LOTC), en cuanto que auténtico control de constitucionalidad de la ley enmascarado y a beneficio de los entes locales; y esto, especialmente, frente a la leyes autonómicas, en presencia de las amplias competencias legislativas que con respecto al ámbito local tienen las Comunidades Autónomas[59].

c) Competencias relativamente conexas a la descentralización del poder. Con ello nos referimos a controles que, sin estar directamente dirigidos a verificar el respeto por el Estado y las Comunidades Autónomas del *bloque de la constitucionalidad*, en cuanto tal, pueden depender o incidir al respecto; es el caso del «recurso de amparo» (arts. 53.2 y 161.1.b

---

[55] Entre otros, Francisco RUBIO LLORENTE, en su ya clásico «El bloque de constitucionalidad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 99 y ss. Y de manera específica, sobre la relación entre *bloque de constitucionalidad* y normas sobre producción jurídica, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 49; y José Antonio MONTILLA MARTOS, *Las Leyes orgánicas de transferencia y delegación (Configuración constitucional y práctica política)*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 61.

[56] Al respecto, ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 119 y ss.

[57] *Cfr.* José Antonio MONTILLA MARTOS, «La solución política a las controversias competenciales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núms. 12-13, 2000-2001, pp. 113 a 136.

[58] En general, Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», junto a Francisco RUBIO LLORENTE, en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 91 a 108.

[59] Entre otros, *vid.*: José María PORRAS RAMÍREZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001; y Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *El proceso constitucional para la protección de la autonomía local en España y Alemania*, Instituto Nacional de Administración Pública-Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2003.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 168

CE), con relación a una lesión de un derecho fundamental conectado con el diseño constitucional del reparto de competencias entre el Estado y las Autonomías.

Es de este modo que, aun siendo fundamental el peso funcional de las competencias del Tribunal Constitucional directamente referidas a la dimensión autonómica del Estado, no es menos cierto que el centro funcional del mismo sigue recayendo respecto al Estado de Derecho, coronándolo, en cuanto garante de la Constitución y de la limitación del poder por ella sancionada; y esto, esencialmente, mediante el control nomofiláctico-constitucional de la ley, como, y cada vez más, con ocasión de la garantía de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo[60]. Con lo que, aun siendo de trascendental importancia la proyección funcional del Tribunal Constitucional con relación a sus competencias en materia territorial (insistimos), no es, sin embargo, lo que en última instancia lo define institucional y funcionalmente[61]. De esta forma, el interés de las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional, aunque existente y reconocible, se difumina en el contexto más amplio de la entera dimensión funcional del Tribunal, en tanto que garante supremo de la Constitución española.

En cuanto a la composición del Tribunal Constitucional y el procedimiento de elección de sus miembros, ahora, el artículo 159.1 de la Constitución fija en doce el número de magistrados constitucionales, siendo nombrados por el Rey. De éstos, el Congreso de los Diputados propone cuatro por mayoría de tres cuartos de sus miembros, y otros cuatro el Senado con igual mayoría; y los otros cuatro, dos el Gobierno, y dos el Consejo General del Poder Judicial[62]. Es así cómo el nombramiento real queda sujeto a la propuesta previa de los órganos políticos con legitimación democrática, en conformidad con la monarquía parlamentaria en tanto que forma de gobierno (art. 1.3 CE); y cómo, además, predomina la propuesta por las Cortes Generales, dada su posición en el sistema político español en tanto que democráticamente representantes del pueblo español (art. 66.1 CE). Ya, respecto a su concreta procedimentalización, y en conformidad con el Reglamento del Congreso de los Diputados, la propuesta de éste corresponde al pleno de la cámara (art. 204.1 RC). A este fin, los grupos parlamentarios podrán proponer hasta un máximo de cuatro candidatos, pudiendo intervenir en su postulación un representante del Grupo proponente antes de la votación (art. 204.2 RC); y en cuan-

---

[60] Francisco RUBIO LLORENTE, «Tendences actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1996, pp. 11 y ss.

[61] Así, sobre el carácter *no arbitral* del Tribunal Constitucional, *cfr.* Santiago A. ROURA, *op. cit.*, p. 152.

[62] Para una primera aproximación a la composición del Tribunal Constitucional español, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «Artículo 159. La composición del Tribunal Constitucional», en AAVV *Comentarios a la Constitución española de 1978 (XII)... cit.*, pp. 71 y ss.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 169

to a la votación, los Diputados podrán escribir en la papeleta hasta cuatro nombres (art. 204.3 RC), siendo elegidos los cuatro candidatos que obtenga más votos, siempre que alcancen los tres quintos de los votos de los miembros del Congreso (art. 204.4 RC)[63]. Es de este modo que en la propuesta del Congreso el interés autonómico en la composición del Tribunal Constitucional se expresa, en su caso, mediante la propuesta de candidatos por los grupos parlamentarios de los partidos políticos regionalistas o nacionalistas. De otra parte, y respecto a los magistrados constitucionales propuestos por la cámara alta, parece mayor la capacidad de intervención de las Comunidades Autónomas con razón al carácter representativo territorial que, en principio, es atribuida al Senado (art. 69.1 CE); pero no es así, en cambio, a la sombra de su Reglamento. Y es que, estando concentrada la mayor parte de las funciones del Senado relativas a las Comunidades Autónomas en la Comisión General de las Comunidades Autónomas (art. 56 RS), dicha Comisión no interviene, sin embargo, en la propuesta en cuestión; es más, la propuesta del Senado de los cuatro magistrados es decidida por el Pleno de la cámara, pero previo informe sobre las candidaturas presentadas por los grupos parlamentarios en la Comisión de Nombramientos, integrada por los Portavoces de los grupos, y no por representantes de las Comunidades (arts. 184 a 186 RS)[64]. Por último, con relación a los otros cuatro candidatos, corresponde al Pleno del Consejo General del Poder Judicial la propuesta, por mayoría de tres quintos, de dos magistrados constitucionales (arts. 107.2 y 127.1 LOPJ), y al Gobierno los otros dos; obviamente, y en ambos dos casos, no hay elementos normativos que permitan establecer intervención alguna de las Comunidades Autónomas a los efectos de la elección de los referidos magistrados.

Ahora bien, el panorama normativo anterior no impide por sí la posibilidad de cierta influencia política de las Comunidades Autónomas en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, en particular a la vista de la singular proyección del sistema de partidos en España respecto a partidos regionalistas y nacionalistas en el Congreso de los Diputados y en el Senado, y el rol que en los mismo pueden llegar a desarrollar (sobre todo, en caso de coalición gubernamental)[65]. Mas, y a diferencia de otros modelos de justicia constitucional en Derecho comparado, no hay en Es-

---

[63] De otra parte, los arts. 204.5 y 204.6 del RC establecen diversas normas para el supuesto en que sea necesaria la repetición de las referidas votaciones, por falta de mayoría o por empate.

[64] El procedimiento de propuesta de los magistrados constitucionales en el Senado es similar al apuntado en el Congreso, a diferencia de la intervención previa de la Comisión de Nombramientos y el informe que ésta hace sobre la idoneidad de los candidatos para su sucesiva votación en el Pleno del Senado; al respecto, incluso, es relevante la posibilidad de comparecencia de los candidatos ante la Comisión.

[65] A estos efectos téngase en cuenta la singularísima proyección que en el sistema de partidos español alcanzan los partidos nacionalistas y regionalistas, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de Estados descentralizados.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 170

paña una *praxis* que exija una específica representación de los intereses autonómicos en el seno del Tribunal Constitucional. Con ello, y al amparo de las mayorías requeridas y del consiguiente consenso resultante, la efectiva posibilidad de intervención política de las Autonomías en la elección de los candidatos a magistrados constitucionales depende mucho de circunstancias coyunturales, en tanto que los votos positivos de los partidos nacionalistas o regionalistas resulten necesarios para la formación de mayorías requeridas[66]. En tal sentido, sólo una vez se ha elegido un magistrado cuya candidatura ha sido presentada por partidos regionalistas y nacionalistas[67], siendo la regla general, en cambio, que los candidatos al Tribunal sean elegidos en el área de los dos partidos con mayor representación parlamentaria. A ello, también, se añade cómo la renovación de los magistrados constitucionales (cada nueve años) es solamente parcial, escalonándose cada tres, de forma que el número de magistrados a *repartir* no es doce, sino cuatro (art. 159.3 CE); y cómo, de otra parte, no se procede únicamente a la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, sino asimismo de otros órganos constitucionales, con lo que la posible representación de intereses políticos y autonómicos resulta difuminada en el conjunto de la entera operación[68].

Con todo, y a pesar de experiencias singulares y situaciones específicas[69], la práctica de veinticinco años de funcionamiento del Tribunal Constitucional nos lleva a afirmar, en general, cómo la falta de una representatividad autonómica en el seno del Alto Tribunal no ha influido

---

[66] No en vano, el efectivo control en España del sistema de gobierno por los partidos (*Estado de partidos*) condiciona, como es sabido, en gran medida tanto la vida del Parlamento, como sus relaciones con el Gobierno.

[67] Jesús Leguina Villa, propuesto en 1996 por el Congreso de los Diputados, y bajo la iniciativa conjunta del Partido Socialista Obrero Español, el Partido Nacionalista Vasco y el Grupo Parlamentario Mixto.

[68] De este modo puede darse el caso de que los partidos regionalistas y nacionalistas no presenten candidatos al Tribunal Constitucional, pero sí, en cambio, a otros órganos de máxima relevancia constitucional como es el Consejo General del Poder Judicial, cuyos miembros son también elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado (arts. 122.3 CE, y 111 a 116 LOPJ). Así es que, a veces, lo anterior haya incidido negativamente en la elección de los magistrados constitucionales, a tenor de las dificultades añadidas de los consensos necesarios para los acuerdos relativos a la composición de los otros órganos. Y con la eventualidad, también, de que los partidos nacionalistas no consigan que se elija ninguno de los candidatos propuestos por éstos como miembros para cualquier órgano, en un momento dado. Así ocurrió durante el verano-otoño de 2001, con ocasión de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, los vocales del Consejo General del Poder Judicial, y los miembros del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado y de otros órganos de menor relieve; y con ello, retardándose la elección de todos los componentes de tales órganos en razón a problemas concretos (y sin que se eligiera, según se acaba de advertir, a ninguno de los candidatos propuestos por los partidos regionalistas y nacionalistas).

[69] Como viene aconteciendo con relación al País Vasco desde 1990, ante la negativa de esta Comunidad de recurrir al Tribunal Constitucional por considerarlo pro-estatal (Eliseo AJA, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2003, pp. 156 y 157); y la denuncia por ciertos partidos nacionalistas de centralismo con relación a la actuación del Tribunal Constitucional («Declaración de Barcelona», 1998), reclamando su participación en el mismo (críticamente, al efecto: Eliseo AJA, *op. cit.*, pp. 157 y 158; y Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 148 a 150).

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 171

negativamente sobre las Comunidades Autónomas; al contrario, y desde una perspectiva política, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un *rol* fundamental en el nacimiento, desarrollo, consolidación y evolución del Estado de las Autonomías, y esto, en bastantes ocasiones, a partir de una jurisprudencia pro-autonómica, si no, e incluso, pro-federalista. Por tanto, es políticamente injusto disminuir el papel autonomista ejercido por los magistrados constitucionales en su conjunto, al margen de cual haya sido el origen político de sus concretas candidaturas.

Todavía en una perspectiva política, y al hilo de la preponderancia parlamentaria en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional[70], tal sistema cabe ser considerado como una de las claves de la legitimación democrática del Alto Tribunal; y es que, aunque la legitimación del Constitucional no se limite a la elección de sus miembros (legitimación *funcional*), la representación democrático-parlamentaria continúa siendo el *cordón umbilical* esencial entre cualquier poder y el pueblo español en cuanto que titular del mismo (art. 1.2, *in fine*, CE)[71]. Ello explica la preeminencia del Congreso de los Diputados y del Senado en la designación de los magistrados constitucionales[72], pero exige también una composición pluralista en el seno del Tribunal Constitucional. A este último fin, y según se ha apuntado, la Constitución requiere una mayoría muy elevada en el Congreso y en el Senado, tres quintos (art. 159.1 CE), como garantía de un más fuerte acuerdo entre mayorías y minorías políticas con representación parlamentaria. Sin embargo, y conforme tales mayorías han sido tradicionalmente acordadas entre los dos partidos con mayor número de parlamentarios y además tales acuerdos se han conjugado con otros relativos a otros órganos (como se ha indicado más arriba), lo que originariamente se presenta como fuente de consenso termina eventualmente por ser un obstáculo del propio acuerdo; y esto en dos sentidos: retrasando en el tiempo la elección de los magistrados constitucionales, y resultando marginadas las minorías con relación a la elección misma[73].

---

[70] *Cfr.* Pierre BON, «Espagne», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, pp. 118 y 119.

[71] Acerca de la centralidad de las Cortes Generales, sin perjuicio del establecimiento a la postre de un parlamentarismo racionalizado potenciándose al Gobierno, *vid.*, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, 1996, pp. 39 a 56.

[72] Así, *cfr.* Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano 2000, pp. 72 y 73.

[73] Sin embargo, en cuanto al primer aspecto, y en presencia de la *prorogatio* de las funciones de los magistrados salientes (art. 17.2 LOTC), el problema no es tan grave. Qué duda cabe que un largo período sin nombrar los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional puede determinar una fuerte tensión, pero no limita su actividad, permaneciendo garantizado su funcionamiento. No en vano, de un lado, es fundamental que los partidos minoritarios utilicen la necesidad del consenso como elemento de fuerza frente a los partidos mayoritarios; y de otro, que la *prorogatio* de los magistrados constitucionales constriña a los grupos políticos a llegar a un acuerdo, al no gozar aquellos ya del apoyo de éstos. Es respecto a la posibilidad de que la mayoría cualificada sea utilizada no como consenso, sino como *puerta* para la marginación de las fuerzas minoritarias cuando nos encontremos ante un auténtico problema, al alterar el concepto de democracia pluralista y garante de las minorías con arreglo al que es previsto por la Constitución de 1978. Mas la Constitución

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 172

IV. PROPUESTAS EN ESPAÑA EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por tanto, y como acabamos de ver, no se encuentra, en principio, proyección alguna entre las funciones del Tribunal Constitucional español en cuanto al Estado Autonómico y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas participen de manera efectiva en la composición de éste; las Comunidades no alcanzan así auténtica capacidad para incidir en la elección de los magistrados constitucionales, y esto tanto a las Autonomías dado que entes territoriales, como, e incluso, con relación a una hipotética influencia de los partidos regionalistas y nacionalistas de las Comunidades. Y es que, se debe advertir, en España el Tribunal Constitucional se presenta, en general, no tanto como un árbitro constitucional del Estado Autonómico (aun actuando como tal), sino como el máximo garante de la supremacía constitucional y de la unidad de la Constitución misma. «Unidad», obviamente, que no ha de entenderse como «uniformidad» o «centralismo», a la vista del *pluralismo* en cuanto que valor superior del ordenamiento constitucional español (art. 1.1 CE), de forma que en la función de garantía de la Constitución el Tribunal Constitucional deba servir también al pluralismo político y territorial que presupone la autonomía (art. 2 CE); en este sentido es conveniente que la composición, y el propio funcionamiento, del Tribunal Constitucional responda al pluralismo político, cultural y territorial existente en España, mas ello en el ámbito de la unidad constitucional en cuanto garantía, a su vez, del propio pluralismo.

Al respecto, cabría considerarse la institución del voto particular (art. 164.1 CE) como un efectivo factor de garantía de las minorías en el seno del Tri-

---

prevé algunos instrumentos con los que limitar los efectos perniciosos de tal modo de actuar. El primero es la prescripción de una determinada capacidad técnico-jurídica y profesional de los magistrados (art. 159.2 CE), garantizándose ya una cierta preparación jurídica y la imparcialidad de éstos; no es que los magistrados por ello no tengan una determinada ideología (pues, y a diferencia de los jueces y magistrados ordinarios, los magistrados constitucionales pueden pertenecer a partidos políticos, pero no formar parte de su órganos directivos (art. 159.2 CE)), y no puedan expresarla en el momentos de interpretar la Constitución, aunque ello deba llevarse a cabo en el ámbito jurídico de la función jurisdiccional (al respecto, una ulterior garantía es dada por el número mínimo de magistrados constitucionales pertenecientes al orden judicial ordinario, ya que, no siendo previsto normativamente, ha devenido en *praxis* mantenida con relación a los magistrados elegidos por el Consejo General del Poder Judicial). El segundo instrumento es la posibilidad de que los magistrados constitucionales expliciten sus opiniones disidentes y éstas acompañen a la Sentencia en su publicación (art. 164.1 CE); esto, como ya ha sucedido en no pocas ocasiones, obliga a la mayoría a argumentar con mayor cuidado, en presencia del control que conlleva la argumentación de la minoría. Otra garantía consiste en la renovación parcial, cada tres años, del largo mandato de los magistrados (nueve años (art. 159.3 CE)), lo que presupone siempre una relación cíclica y cuasipermanente entre mayorías y minorías con respecto a la composición del Tribunal Constitucional. Y finalmente, como garantía de la independencia de los magistrados constitucionales (art. 159.5 CE), está la imposibilidad de que vuelvan inmediatamente a ser nominados, siendo reelegidos (art. 16.2 LOTC), al distanciar aquellos del influjo de las fuerzas políticas que originariamente les propusieran.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 173

bunal Constitucional, además de factor de legitimación del mismo[74]. Y por tanto, podría concluirse cómo no resulta imprescindible una representación autonómica en el seno del Tribunal Constitucional, en tanto que éste respeta y garantiza de manera efectiva el pluralismo y es sensible al principio autonómico en el marco de la unidad constitucional. Sin embargo lo anterior no es obstáculo para que, como ha declarado CRUZ VILLALÓN (ex-presidente del Tribunal Constitucional, en discurso institucional pronunciado con ocasión de una renovación parcial del Tribunal (7 de noviembre de 2001)), toda renovación del Constitucional pueda considerarse como un «momento de renovación del consenso constitucional», y consiguientemente cómo cualquier forma de expansión del pluralismo en el seno del Tribunal Constitucional deba ser bien recibida. En esta línea, continúa CRUZ VILLALÓN, el Senado, como cámara de representación territorial, bien podría asumir y liderar una «sensibilidad autonómica» con relación a la composición del Constitucional, sin perjuicio de la necesaria reestructuración del propio Senado en cuanto que auténtica cámara territorial[75].

Asimismo en tal sentido se viene pronunciado parte de la doctrina, como por ejemplo ESPÍN TEMPLADO, AJA, CÁMARA VILLAR, ROURA o RUIZ ROBLEDO (en distinto grado)[76]; o el propio *Institut D'Estudis Autonòmics* en su «Informe sobre la Reforma de L'Estatut» catalán[77], a la sombra del déficit que supone la falta de participación de las Comunidades Autónomas en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional a pesar de su función arbitral en los conflictos territoriales[78], postulando mecanismos de relación entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña a fin de fomentar la participación de ésta en la vida política estatal como acontece con la designación, a través del Senado, de los magistrados constitucionales[79].

Ya a nivel político están diversas propuestas, como es la referida Resolución 1416/VI del Parlamento de Cataluña por la que se acordaba presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley

[74] Gregorio CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981_1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1 a 72.

[75] Pedro CRUZ VILLALÓN, «Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Constitucional con ocasión de la renovación parcial del Tribunal (7 de noviembre de 2001)» www.tribunalconstitucional.es/discursos.htm.

[76] Respectivamente, *cfr.*: muy matizadamente, Eduardo ESPÍN TEMPLADO, «Art. 16», en AAVV *Cometarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional... cit.*, pp. 296 y 297; Eliseo AJA, *op. cit.*, pp. 157, 158, 255, 256 y 342 (y junto a Carles VIVER PI-SUNYER, «Valoración de 25 años de autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 109 y 110); Gregorio CÁMARA VILLLAR, «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, p. 217; también matizadamente, Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; y Agustín RUIZ ROBLEDO, «Veinticinco años de Estado autonómico», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, p. 723.

[77] Con la colaboración de una Comisión académica integrada por Enoch ALBERTÍ, Enric ARGULLOL, Joaquim FERRET y Carles VIVER; ya como grupo de trabajo del propio Instituto, Antoni BAYONA, Xavier BERNADÍ, Laura DÍEZ y Antoni BAYONA (coord.).

[78] www10.gencat.net/drep_epc/recursos/iea5.pdf, p. 29 (14/10/2004).

[79] www10.gencat.net/drep_epc/recursos/iea5.pdf, pp. 50, 51, 141, 142, 143 y 144.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 174

por la que se modificara la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional para que los magistrados nominados a propuesta del Senado lo sean en representación de las Comunidades Autónomas (29 de mayo de 2002)[80], como la también citada proposición de ley 622/000002 Orgánica de modificación de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y presentada por el *Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió* (22 de abril de 2004), y a tenor de la cual los magistrados propuestos por el Senado serían designados en representación de las Comunidades Autónomas a propuesta de la Comisión General de las Comunidades Autónomas y previa consulta a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas[81]. Y es que, al margen de las limitaciones de ambas propuestas[82], se alcanza al menos cierta provisionalidad del referido régimen en tanto no se constitucionalice una configuración efectivamente territorial del Senado[83].

Todavía en el ámbito de las propuestas políticas con relación a la Comunidad Autónoma de Cataluña, y al hilo de su reforma estatutaria en el seno del Parlamento catalán, nos encontramos también las siguientes iniciativas: la de *Partit del Socialistes de Catalunya-Ciutadans pel Canvi*, «Bases per a l'Elaboració de l'Estatut de Catalunya»[84], a favor de que la *Generalitat* participe efectivamente en la formación de la voluntad política del Estado fomentando su representación en el Senado y su intervención en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional en cuanto que órgano común del Estado; la de *Convergència i Unió*, «Bases per a un nuo Estatut de Catalunya»[85], con la previsión de un procedimiento dirigido a la participación de la *Generalitat* en la designación de los magistrados constitucionales; la de *Iniciativa per Catalunya Verds*,

---

[80] Nuevamente: «Els magistrats proposats pel Senat han d'ésser designats en representació de les comunitats autònomes, a proposta de la Comissió General de les Autonomies, amb la consulta prèvia a les assemblees legislatives de les comunitats autònomes o, si n'hi ha alguna de dissolta, a l'òrgan collegiat de govern, d'accord amb el que estableixi la llei pròpia de cada comunitat»

[81] «(...) o, de haber alguna disuelta, al órgano colegiado de gobierno, de acuerdo con lo establezca la Ley propia de cada Comunidad».

[82] Como son, a nuestro entender: primero, el afectar a reserva reglamentaria del Senado (art. 72.1 CE), y por tanto al margen de la reserva de ley orgánica (ya general, art. 81 CE, o específica de LOTC conforme al art. 165 CE); segundo, el encomendarse tal función a un órgano como es la Comisión General de las Comunidades Autónomas de mera previsión reglamentaria, que no constitucional (arts. 55 y ss. RS); y tercero, las limitaciones mismas que viene mostrando la referida Comisión, según advierte la doctrina (así, por ejemplo, *cfr.* Ramón PUNSET, «Razón e identidad del Senado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, pp. 33 y ss.).

[83] En similar sentido: Jorge LOZANO MIRALLES y Albino SACCOMANNO, *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 166; y especialmente, el referido informe del *Institut D'Estudis Autonomics* (www10.gencat.net/drep_epc/recursos/iea5.pdf, p. 144).

[84] www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_soc.pdf (14/10/2004).

[85] www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_ciu.pdf (14/10/2004).

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 175

«Bases per a la Reforma Constitucional i Estatutària»[86], en la que, al hilo de la reforma constitucional, se postula la introducción del pluralismo, sin más, en la composición del Tribunal Constitucional: o finalmente, la de *Esquerra Republicana de Catalunya*, «Constituciò de l'Estat Lliure de Catalunya»[87], a favor de que a la Generalitat, a la luz de su coparticipación en el ejercicio de competencias Estatales, le corresponda el nombramiento de magistrados constitucionales representantes de Cataluña.

En tal idea representativa, pero incidiendo mucho más en ello (y en su dimensión conflictual), está la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» presentada por el *Lehendakari* como reforma estatutaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ajuria-Enea, 25 de octubre de 2003), conforme a la cual, y al amparo de un *hipotético* pacto político del País Vasco con el Estado español y su configuración como Comunidad «libremente asociada» a éste (arts. 1 y 12)[88], se prevé, nada más y nada menos, que un específico «Tribunal de Conflicto Euskadi-Estado» (art. 16) a modo de Sala Especial del Tribunal Constitucional[89], a integrarse por seis magistrados: los tres primeros, designados por el Tribunal en Pleno y a propuesta del Senado, entre los magistrados que se integran ya en el propio Tribunal; y los otros tres restantes, de nuevo nombramiento a cargo del Rey, pero a propuesta del Parlamento Vasco entre juristas vascos[90].

V. EL INTERÉS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL DERECHO AUTONÓMICO

Con todo, lo anteriormente expuesto no comporta que actualmente en el ordenamiento constitucional español no se encuentre una sensibilidad expresa hacia el evidente interés de las Comunidades Autónomas en la organización y composición de los órganos llamados a garantizar jurídicamente sus respectivos Derechos autonómicos, y con ello su autonomía

---

[86] «Una proposta des del federalisme pluralista i la radicalitat democràtica. Un procés de participació social per a l'elaboració d'un nou Estatut», www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_icu.pdf (14/10/2004).

[87] www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_erc.pdf (14/10/2004).

[88] En general, sobre las *dificultades* constitucionales que supone la referida propuesta, también conocida como *Plan Ibarretxe, vid.*, por ejemplo, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «La viabilidad jurídico-política del plan de Ibarretxe», en *Nación y Constitución (Soberanía y autonomía en la forma política española)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 228 y ss.

[89] Art. 16.1: «Se crea una nueva Sala Especial del Tribunal Constitucional, que se constituirá en el Tribunal de Conflictos Euskadi-Estado, y conocerá de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y de los conflictos constitucionales que se puedan suscitar en relación con las Instituciones y Poderes de la Comunidad de Euskadi, absorbiendo a tal fin las facultades de entre las señaladas que conrrespondan al Tribunal en Pleno».

[90] Art. 16.2, *in fine*: «(...) entre juristas vascos que requerirán las mismas condiciones de competencia como juristas que los magistrados del Tribunal. Actuará como Presidente de la Sala Especial uno de los magistrados de las misma por turno, que tendrá voto de calidad».

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 176

política a través de la efectividad de su Derecho del que es expresión y ejercicio. Mas esto en un nivel distinto al constitucional, sino en el de la jurisdicción ordinaria, y así la previsión constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas como órganos jurisdiccionales que, sin ser de las Autonomías, se hayan en el vértice de la organización jurisdiccional en la Comunidad (art. 152.1 CE)[91]. En tal sentido, los Estatutos de las Comunidades y la Ley Orgánica del Poder Judicial contienen normas relativas a los Tribunales Superiores de Justicia en tanto que Tribunales «para» las Comunidades Autónomas a la vista de las competencias prevista al respecto[92]. De este modo los Estatutos han asumido importantes competencias a favor de los Tribunales Superiores de Justicia, como el *aforamiento* de los parlamentarios y de los miembros de los Consejos de Gobierno autonómicos, o el que estos órganos sean los superiores en la organización judicial en sus ámbitos territoriales agotando las sucesivas instancias procesales, particularmente en los ámbitos relativos al Derecho civil, foral o especial; y además, el conocimiento de los recursos contra los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas autonómicas (art. 152.1 CE) en los términos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial[93].

---

[91] *Cfr.* Pedro Cruz Villalón, «La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía», en AAVV *El Poder Judicial (II)*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 913 y ss.

[92] Ya, *vid.* Juan Francisco Sánchez Barrilao, «El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como juez del Derecho andaluz: imperio de la ley y unidad jurisdiccional», en AAVV *El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía (Jornadas de Estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía en el XX Aniversario del Estatuto)*, Gregorio Cámara Villar (coord.), Comares, Granada, 2003, pp. 199 a 224.

[93] La LOPJ confiere, entre otras, las siguientes atribuciones a los Tribunales Superiores de Justicia: de los recursos de casación y revisión que establezcan la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de ésta, y cuando el correspondiente Estatuto así lo haya previsto (art. 73.1.a y b); en única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de las Comunidades y contra los miembros de la Asamblea legislativa cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos, al Tribunal Supremo (art. 73.2.a); en única instancia, también, del conocimiento de las causas penales que los Estatutos le reservan, como así sucede en relación a parlamentarios y miembros de los Consejos de Gobierno autonómicos (art. 73.3.a); en única instancia, de nuevo, de los recursos contenciosos-administrativos que se formulen contra los actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 74.1.a), las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas (art. 74.1.b), los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial (art. 74.1.c), los actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contenciosos-electorales contra acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de Corporaciones locales en los términos de la legislación electoral (art. 74.1.f); otra vez, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los correspondientes al recurso de queja (art. 74.2); y además, el conocimiento de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 74.3), del recurso de Casación para la unificación de la Doctrina en términos previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 74.5), y, por

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 177

A tales efectos, la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene otros dos preceptos claves en la comprensión del interés de las Comunidades Autónomas en la aplicación y garantías de sus respectivos Derechos autonómicos. Éstos son los artículos 330.4 y 341.1, los cuales prevén la participación de las Comunidades Autónomas en la elección de algunos miembros de las Secciones Civiles y Penales de los Tribunales Superiores de Justicia, como la valoración del Derecho civil, foral o especial autonómico de los Presidentes de dichas Secciones[94]. De esta forma, se pretende dar una concreta respuesta al interés de las Comunidades por asegurar la participación en los Tribunales Superiores de Justicia de especialistas en su Derecho, y con ello garantizar una adecuada composición del mismo con relación al Derecho sustantivo autonómico a aplicar (arts. 35.1, 25, 30.1 y 63.2 EEAA Vasco, Gallego, Aragonés y Navarro)[95]. A primera vista lo anterior bien puede suponer una pequeña expresión del interés que venimos comentando, pero sin embargo expresa un gran significado jurídico. No en vano, es ante el Poder Judicial, y no tanto frente al Tribunal Constitucional, donde los ciudadanos acuden y dan traslado de sus conflictos jurídicos en post de tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 117.3 CE), al tiempo que colaboran en el control concreto y permanente de constitucionalidad de las leyes, tanto estatales como autonómicas, mediante la cuestión de constitucionalidad (art. 163 CE)[96]. Y con esto, la garantía constitucional de la autonomía llevada a término estatutoriamente (arts. 2, 143 y 147.1 CE), y especialmente al amparo de la consideración de los Estatutos autonómicos en cuanto que parte del *bloque de constitucionalidad* (nuevamente art. 28.1 LOTC).

Sin embargo, y respecto a la garantía del Estatuto en sí y al Derecho autonómico, resulta ésta deficitaria dado que, como es sabido, la misma se proyecta en última instancia con relación a la Constitución (STC 36/1981,

último, del recurso de casación en interés de la Ley en los casos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 74.6). Ya, para una aproximación al ámbito competencial de los Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo en materia Contencioso-administrativa, *vid.* Luis COSCULLUELA MONTANER, «Artículo 10», en AAVV *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (Edición especial del número 100 de Revista Española de Derecho Administrativo)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 160 a 166.

[94] Dada su relevancia, permítasenos transcribir ambos preceptos: art. 330.4, «en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, una de cada tres plazas se cubrirá con un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa; las restantes plazas serán cubiertas por Magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven diez años en la categoría y tengan especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma»; y art. 341.1, «para la provisión de las plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias, en aquellas Comunidades Autónomas que gocen de Derecho Civil Especial o Foral, así como de idioma oficial propio, el Consejo General del Poder Judicial valorará como mérito la especialización de estos Derechos Civil Especial o Foral y el conocimiento del idioma propio de la Comunidad».

[95] Mas ello, sin perjuicio de su deseable reforzamiento con relación al Derecho público de las Comunidades Autónomas, e incluso mediante la intervención de hipotéticos Consejos judiciales a nivel autonómico al respecto del nombramiento de dichos magistrados.

[96] En general, Manuel ARAGÓN REYES, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 163 y ss.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 178

de 12 de noviembre (FJ núm. 4)), y el Estatuto como mera *norma interposta* (en la nomenclatura italiana) en el juicio de constitucionalidad[97]; no obstante, buena parte la doctrina se manifiesta en favor de una relación jerárquica entre los Estatutos y las respectivas leyes autonómicas[98]. Aquí sí que, entendemos, resulta un déficit en el interés de las Comunidades Autónomas en la garantía de su Derecho, en particular de su Estatuto en cuanto a sus propias leyes; y esto en tanto que, aun siendo el Estatuto la norma fundante de su respectivo ordenamiento jurídico[99], no se ha articulado un específico mecanismo de garantía estatutaria, sino sólo de la Constitución[100]. Ciertamente que, mientras tanto, los Consejos Consultivos han venido desarrollando tal función, mas a modo preventivo y, consecuentemente, limitadamente[101]; no es sólo que, en caso de reforma de la Constitución y sea ésta la que definitivamente determine el régimen competencial entre Estado y las Comunidades, los Estatutos pierdan dimensión constitucional como norma interpuesta, sino el que los Estatutos autonómicos conforman ya un marco principial y de valores a modo de *momento condicionante de la vida jurídica de la Comunidad*, ofreciendo así regulación sustantiva y principial de cuestiones que se consideren de especial importancia en el seno de la autonomía política de la Comunidad[102]. Surge, por tanto, un específico y concreto interés de las Comunidades Autónomas en un órgano, y en la composición del mis-

---

[97] Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 137 y ss.

[98] Por ejemplo Javier PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 194 y 195, y Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Estatuto de autonomía», en AAVV *Temas básicos de Derecho constitucional (II. Organización del Estado)*, Manuel Aragón Reyes (coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 271 y 272.

[99] Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II)... cit.*, pp. 144 y ss.; asimismo, de interés, *vid.* Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «El Estado autonómico en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, 2004, pp. 12 y 13.

[100] De esta forma se ha puesto de manifiesto en Italia, al ser únicamente la Corte Constitucional la llamada a realizar el juicio de validez de la ley, sea estatal o regional, y en base exclusivamente a la garantía de la Constitución. Al respecto, precisamente, Tania GROPPI ha advertido cómo dicha concepción estatutaria requiere no ya de una protección externa a partir de la Constitución (y al hilo del mero entendimiento del Estatuto ordinario como *norma interpuesta*), sino de una garantía «interna»; es decir, desde él mismo. Para ello, y continuando con su argumentación, la garantía estatutaria frente a las leyes regionales ya no podría residir en la Corte Constitucional, sino en Tribunales Constitucionales regionales específicamente creados por las Regiones; mas ante su imposibilidad, a la vista de la unidad de la jurisdicción constitucional que mantiene la propia Corte Constitucional (S. 6/1970), la autora plantea al menos la previsión de órganos regionales de control preventivo, a medio camino entre el Consejo Constitucional francés, y los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas en España (*cfr.* Quale garante per lo Statuto regionale?», en AAVV *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione... cit.*, pp. 295 y ss.

[101] *Cfr.* Tomás FONT I LLOVET, «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas», *Autonomies*, núm. 8, 1987, pp. 17 y 19; y Gumersindo TRUJILLO: «La función consultiva en la Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 226, 1991, pp. 171 a 173. Asimismo, y más recientemente, Adoración GARCÍA VICTORIA, *Constitución, función consultiva y Estado autonómico*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2004, pp. 365, y 371 y ss.

[102] Sobre tal expresión, aunque referida a los Estatutos de la Regiones ordinarias en Italia, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «Acerca de la nueva naturaleza de los Estatutos de las Regiones ordinarias en Italia, a la luz de la Sentencia de la Corte Constitucional 304/2002», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, pp. 302, 303 y 305.

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 179

mo (como acontece en Alemania), que ofrezca una adecuada garantía estatutaria ante el desarrollo legal del marco competencial, al margen claro está, siempre, de la garantía de su constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional (además del amparo de los derechos fundamentales)[103]. Se trataría así de un hipotético órgano autonómico en garantía formal y sustantiva del respectivo Estatuto, y en expresión de un interés exclusivamente de la Comunidad[104].

VI. CONSIDERACIONES FINALES: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN

La Constitución prevé la jurisdicción constitucional, en manos del Tribunal Constitucional (Tít. IX CE), como garantía formal y sustantiva de la misma[105]; mas también, a modo de sede privilegiada en la que reintegrar procedimentalmente las diversas y plurales posiciones en conflicto, tanto con relación al binomio mayoría-minorías[106], como al de Estado-Comunidades Autónomas[107]. Ello es consustancial a la comprensión de la función de garante de los Tribunales Constitucionales en el seno de las modernas Constituciones normativas y pluralistas, en las que el valor del pluralismo promueve a tales Tribunales como sede privilegiada en las que reintegrar procedimental y constitucionalmente las diversas y plurales posiciones políticas existentes respecto a los distintos operadores políticos concurrentes en la comunidad política de que se trate[108]. Y es que el conflicto en el Estado constitucional no es ya en sí una situación patológica del sistema, como acontecía en el Estado liberal, sino mero resultado de las relaciones dialécticas que supone el pluralismo garantizado constitucionalmente[109].

---

[103] En este sentido, ya, Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

[104] Y ajeno, consecuentemente, al de unidad que representan tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, como órganos del Estado-federación en tanto que *unidad*. Desde tal perspectiva, *vid.*: Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «La constitucionalización del Estado autonómico», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, pp. 149 y 150; y Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Poder Judicial y la Administración de Justicia», en AAVV *Administraciones Públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, Enrique Alvarez Conde (coord.), INAP, Madrid, 1998, pp. 714 a 716. Sin embargo, sobre la consideración del Tribunal Constitucional como órgano estatal, Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

[105] Entre otros, Francisco RUBIO LLORENTE y Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

[106] Así, José Antonio MONTILLA MARTOS, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002

[107] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, «El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Obras Completas (III)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 1825 y ss.

[108] Acerca de la justicia constitucional en el marco de la Democracia pluralista, *vid.* Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale... cit.*, pp. 11 y ss.

[109] Sobre la Constitución, el pluralismo y el conflicto, *vid.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II)... cit.*, pp. 31 a 33.

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 180

Como ha señalado HÄBERLE, el reconocimiento del pluralismo en el interior de los Tribunales Constitucionales, en su composición[110], no puede sino enriquecer el discurso pluralista, consustancial al constitucionalismo actual[111]; y de ahí, apuntamos, que postular un reflejo de dicho pluralismo con relación al Estado Autonómico resulte coherente. Por tanto, sin ser la participación autonómica en el Tribunal Constitucional una exigencia sistémica del actual Estado Autonómico, no cabe negar sus virtudes como expresión y reforzamiento del pluralismo como valor constitucional en el seno del Alto Tribunal; es decir, la articulación del pluralismo territorial que significa ya el Estado Autonómico con relación al Tribunal Constitución, mediante el fomento de *sensibilidades* que conecten, sin llegar a representar, con las Comunidades Autónomas[112]. Y ello, precisamente, a través de un órgano que encarne la integración de tal pluralismo en su dimensión territorial: en tal sentido, parece más adecuado que sea un órgano representativo del pluralismo territorial el que exteriorice dicho pluralismo (como componedor de dichos intereses), enmarcándolo en el seno del pluralismo político abstracto que significa la Constitución; y en esta idea, precisamente, el Senado como Cámara efectivamente funcional y representativa del pluralismo territorial que supone el Estado autonómico[113], sin perjuicio de la oportuna reforma constitucional al respecto (según se viene postulando). Lo que además, a buen seguro, vendrá a reducir la conflictividad entre Estado y Comunidades, dado el papel *amortiguador* que supondría un Senado con efectiva representación y funcionalidad autonómica, y así a rebajar la tensión política ante el propio Tribunal Constitucional[114].

Ahora bien, postular en cambio la expresión de intereses de concretas fuerzas políticas territoriales o territorios, no lleva sino a una limitación y encorsetamiento del mismo pluralismo[115]. Así, y más allá de lo anterior, estaría la garantía expresa de concretas manifestaciones autonómicas en el seno del Tribunal Constitucional, ya a nivel político como lingüístico[116]. E igualmente, la

---

[110] A favor de una mayor garantía del pluralismo, incluso, en el seno de los Tribunales Constitucionales, Peter HÄBERLE, «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en AAVV *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coors.), Dykinson, Madrid, 1997, pp. 235 y 236.

[111] Nuevamente Peter HÄBERLE, pero ahora *Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta)*, Emilio MIKUNDA (trad.), Tecnos, Madrid, 2002.

[112] Sobre cómo en los sistemas federales comparados, anteriormente vistos, los magistrados constitucionales no llegan a representar a los territorios, *vid.* Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 45 a 47; si no, lo más, a trasladar, aumentando, una particular sensibilidad territorial, *cfr.* Nicola VIZIOLI, *op. cit.*, p. 313.

[113] Si bien desde Italia, Gaetano AZZARITI, «La deriviazione «regionale» di una quota di giudici della Corte costituzionale: corsi e ricorsi storici», en www.costituzionalismo.it/ articolo.asp?id=115, *in fine*.

[114] En tal sentido: Eliseo AJA, *op. cit.*, pp. 157, 245 y ss., y 338 a 341; y especialmente Santiago A. ROURA, *op. cit.*, pp. 200 y ss. (con él, Javier TAJADURA TEJADA, en su al trabajo de éste, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, 2004, p. 467).

[115] Y del principio de igualdad, según nuevamente Santiago A. ROURA, *op. cit.*, p.153.

[116] Al margen que tal consideración sí que parece incidir más en la vertiente conflictual del Tribunal Constitucional que en su consideración integradora-plural, resulta difícil reducir y reconducirse a fór-

155-182-Estado autonomico8 3/10/05 13:15 Página 181

configuración arbitral y bilateral de un órgano resolutor de los conflictos entre el Estado y una Comunidad, tal como se postula en el conocido como *Plan Ibarretxe*[117], al cercenar la dimensión territorial de la Constitución, de la dogmática y orgánica, y rompiendo de este modo su unidad sistémica e interpretativa (al quedar su garantía en manos de dos órganos diversos)[118].

Ya, por último, se habría de tener en cuenta alterar lo menos posible el equilibrio *intra* e *interorgánico* actualmente reconocible, de manera que los cambios propuestos no desequilibren aspectos considerados pacíficos, como es el no aumento del número de miembros del Tribunal Constitucional, o, a nuestro entender, el propio Poder Judicial en su triple dimensión de europeo, nacional y autonómico, sin perjuicio de potenciar el carácter autonómico de los Tribunales Superiores de Justicia. Distinto sucedería, eso sí, con relación a una hipotética previsión de órganos autonómicos garantes de los respectivos Estatutos, en razón a la ya deficitaria garantía estatutaria en cuanto que limitada a parámetro de constitucionalidad.

---

mulas cerradas, sobre todo a la vista de una falta de experiencia o usos que así haya venido actuando hasta ahora, y al que se vendría a institucionalizar. Además, y no poco relevante, es el alcance de la supuesta reserva de magistrados constitucionales, y el si ello, finalmente, no tendría que superar los cuatros hoy encomendados al Senado.

[117] Aprobado ya por el Parlamento Vasco, a fecha de 30 de diciembre de 2004, y en comunicación a las Cortes Generales a fin de su hipotética aprobación mediante ley orgánica, como reforma estatutaria (arts. 81.1 y 147.3 CE).

[118] Alterando la naturaleza de la jurisdicción constitucional de garante de la Constitución en su unidad y pluralismo, a representante directo de intereses particulares (ya sean estatales, o autonómicos). Nuevamente, mas para el caso de Italia, Gaetano AZZARITI, *op. cit.* Otra cosa sería la simple consideración de cierto compromiso por parte de los órganos encargados de la selección de los magistrados constitucionales de advertir la dimensión territorial del Estado. Así por ejemplo el Gobierno teniendo presente, imaginemos, el parecer de la recientísima Comisión de Presidentes, al menos como ausencia de veto de éstos; o con relación al Congreso de los Diputados, la capacidad permanente, en abstracto, de los partidos nacionalistas para intervenir en la formación de las elevadas mayorías y acuerdos requeridos para dichos nombramientos. Pero con ello, también, la consideración misma de la dimensión territorial del Tribunal Constitucional sin necesidad de específicas garantías institucionales, si no a la vista de una praxis respetuosa del pluralismo territorial que supone hoy ya el Estado autonómico (como también para el caso italiano, en su contexto, ha venido a señalar, Roberto DE LISO, «Le regioni nella Corte costituzionale: già oggi é possibile», en web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/ contributi/dis-corte.htm (15/10/2004)).

155-182-Estado autonómico8 3/10/05 13:15 Página 182

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 183

REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA LOCAL A LOS VEINTICINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS DEMOCRÁTICOS (1979-2004)

Antonio Javier Trujillo Pérez
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Málaga

La autonomía local, además de un principio configurador del Estado, es un concepto jurídico de particular interés porque en algunos ordenamientos reviste la forma de garantía institucional. En el caso español, estos ordenamientos son el estatal general y, también, los autonómicos. De esta forma, a un Estado comúnmente caracterizado como compuesto, se añade una particular complejidad jurídica y política que se intentará abordar sumariamente en lo relativo a su estructura interna.

I. CONFIGURACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Indicado que la autonomía local posee carácter estructural en el Estado constitucionalmente diseñado, interesa comenzar por indicar que, en su dimensión externa, esta categoría no sólo indica una forma de articulación territorial del Estado. También posee otras virtualidades entre las que merece destacarse –por constituir un aspecto sujeto a próximas iniciativas normativas–, la de crear una estructura propia de la representación política con unos componentes de representatividad particularmente acusados. Las relaciones derivadas de artículos 137, 140 y 141.2 de la Constitución española y el modo en que, hasta ahora, éstas han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional confluyen en un modelo legal caracterizado por el papel preponderante de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL). Esta norma, dictada por las Cortes Generales, ha integrado efectivamente el parámetro de constitucionalidad de la legislación sectorial del Estado en su acepción estatal general, así como el de la legislación autonómica, ya sea de carácter general, cuanto sectorial. Este aspecto ha sido objeto de debate incluso dentro de los propios órganos jurisdiccionales, pues ha sido utilizado como justificación de votos particulares a resoluciones de diverso tipo. Junto a este aspecto y en un momento en que se está abordando la modificación constitucional y estatutaria, resulta indudable el interés por advertir cómo contempla la autonomía local el propio legislador autonómico.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 184

Un primer punto a destacar viene dado por la acumulación de contenidos, jurídicos y políticos entre otros, que presenta este concepto. Esta característica ofrece una funcionalidad adecuada a la configuración de un Estado compuesto, pues permite a los distintos intérpretes constitucionales resolver los conflictos planteados. En este sentido, reducir su virtualidad a un instrumento de defensa de las competencias del Estado central, acaba empobreciendo la autonomía local. Esta ocurre también si esta función de defensa, en el fondo política, de las competencias se utiliza para proteger las de las propias Comunidades Autónomas en su relación con los entes locales existentes en su territorio. Este operación sufre, inevitablemente, tensiones cuando los primeros destinatarios de la legislación son los propios entes locales (por ejemplo, en la Ley para la Modernización del Gobierno local, en la de las grandes ciudades, la de Capitalidad de Madrid o la Carta Municipal de Barcelona).

Otro punto lo constituye el impacto que la normativización del concepto de autonomía local produce. Aquí, además, deben tenerse en cuenta no sólo las previsiones constitucionales, sino también las derivadas de los textos de los Estatutos de Autonomía y las de las distintas legislaciones de carácter general, ya sean estatales generales, como autonómicas. Ha sido, en efecto, el legislador autonómico quien en distintas ocasiones ha reproducido el modelo de relaciones y las pretensiones que, en su relación con él, han tenido las Cortes Generales y sus producciones normativas.

Esta dimensión reviste una particular relevancia cuando del texto constitucional podría haberse deducido un verdadero sistema de gobierno local. Esto aparece apuntado en la jurisprudencia constitucional y hubiera podido profundizarse si se hubiera evitado la reducción a la confrontación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. No puede olvidarse, no obstante, que el desarrollo de las previsiones constitucionales coincide temporalmente con la transición de régimen, la creación del Estado Autonómico y la adhesión e integración en la Unión Europea.

Además, han de tenerse en cuenta aquí las consecuencias derivadas de la importancia que la jurisprudencia constitucional ha jugado en las primeras fases de consolidación del Estado Autonómico. Esto puede haber permitido la influencia de un determinado modelo jurisprudencial de Estado o, al menos, de determinados rasgos del mismo, en detrimento del que pudiera haber ofrecido la coexistencia de unos modelos normativos elaborados por los propios legisladores. Estos habrían tenido un papel más decisivo si se hubiera construido un sistema electoral autonómico menos mimético del existente para proveer a la representación política general, básicamente creado entre enero y marzo de 1977. Igualmente, el análisis detallado de las resoluciones jurisdiccionales sobre la autonomía local pone de manifiesto los puntos de conexión de este principio con el propio concepto de Constitución. En efecto, llama la atención que haya sido en esta materia donde se han producido afirmaciones

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 185

precisas sobre la naturaleza de la relación del poder constituyente con los poderes constituidos y, en particular, con el Tribunal Constitucional.

La mención de la legislación electoral, elaborada para regular las elecciones de junio de 1977, debe conectarse con la Ley de Elecciones Locales de 1978. Sobre esta Ley, al igual que respecto a otras normas elaboradas o aprobadas por las Cortes Generales entre julio de 1977 y enero de 1979, es preciso hacer notar cómo han disfrutado de una peculiar posición en la interpretación postconstitucional. En concreto, el Tribunal Constitucional ha recalcado que se trataba de una normativa elaborada por un legislador que, a la vez, realizó tareas constituyentes: esto ha posibilitado dotar de un determinado *valor* a varias leyes, efectuando una interpretación muy generosa de las mismas para evitar su declaración de inconstitucionalidad. Pero, además, ha de reconocerse que este singular valor ha sido otorgado a veces por otros órganos e intérpretes distintos a los de carácter jurisdiccional. Así, las mismas fuerzas políticas y el legislador han preferido obviar o retrasar unas modificaciones de dichas normas que venían exigidas por el propio desarrollo constitucional. Es posible concluir que esta opción, eminentemente política, esté relacionada con las circunstancias en que se efectuó la elaboración de la Constitución y contribuye a valorar las peculiaridades con las que actúa el poder constituyente. Finalmente, es evidente que esta situación no ha de prolongarse una vez *normalizado* el Derecho Constitucional.

II. LA CATEGORÍA CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL

Al hablar de la autonomía local es preciso hacer unas advertencias metodológicas relacionadas con el objeto de estudio. En primer lugar, el término local que adjetiva y cualifica, en este caso, a la noción de autonomía la hace aparecer como un concepto vivo, esto es, del que constantemente se señalan nuevas funcionalidades –nacionales e internacionales y, todas ellas, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo–. También, han de tenerse en cuenta las consecuencias que para ese concepto de autonomía surgen de su caracterización por la Constitución. Finalmente, es inevitable al afrontar su análisis referirse a la categoría dogmática de la garantía institucional de la autonomía local.

En nuestro ordenamiento para acercarse a la autonomía local ha de acudirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en primer lugar, a la Sentencia 4/1981. Es importante resaltar que la sentencia no utiliza la categoría de la garantía institucional. La relevancia de la resolución procede de las precisiones que realiza respecto «al principio de autonomía de los Municipios y Provincias que garantiza la CE» –en el art. 137– y que se plasma «en orden al gobierno y administración de las Corporaciones Locales en los arts. 140 y 141.2 CE». Sí es preciso recordar aquí que tempranamente se señaló por la doctrina la existencia de una garantía insti-

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 186

tucional en ese art. 137 CE aunque, como se verá más adelante, en realidad la garantía procede de un conjunto de preceptos constitucionales.

II.1. LA POSICIÓN INICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CONSTRUIDA AL MARGEN DE LA CATEGORÍA DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL

Se caracteriza en la STC 4/81 dicho principio de autonomía conectándolo con la función del Tribunal Constitucional en un sistema de pluralismo político, lo cual no deja de ser significativo a la hora de analizar el desarrollo llevado a cabo por la jurisprudencia constitucional.

Para ello es necesario precisar el alcance del art. 137 CE, deduciendo que la autonomía hace referencia a un poder limitado –circunscrito a la «gestión de sus respectivos intereses»– y que dicho poder se ejerce en el marco del Ordenamiento. Estas dos notas conducirán a dos consecuencias diferentes: en primer lugar, que «es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la CE» y, en segundo lugar, tanto en relación con las Comunidades Autónomas como con los entes locales, el texto fundamental «contempla la necesidad de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad».

Esa posición de superioridad –que aparece en el punto de partida de la construcción del Tribunal Constitucional, quizá por lógicos motivos de prudencia política, relacionados también con un aspecto del propio concepto de autonomía– va a cumplir a su vez una doble funcionalidad: por un lado, permitirá al Tribunal apreciar qué tipos de controles son compatibles con el principio de autonomía, estableciéndose así uno de los elementos esenciales del modelo de autonomía local constitucionalmente garantizada, y por otro lado, acabará predicándose, no sólo del Estado-aparato, sino también de la ley estatal que se promulgue posteriormente por el legislador central.

Ya se ha apuntado que, para el Tribunal Constitucional, los arts. 137, 140 y 141.2 CE tienen un diferente papel. El primero garantiza el principio de autonomía de los Municipios y Provincias y se plasma en los otros dos «en orden al gobierno y administración de las Corporaciones Locales». Esto tiene un preciso significado y se puede exponer como sigue: «las Corporaciones locales son de carácter representativo y su gobierno y administración tienen el carácter de «autónomos» para –art. 137 de la CE– la gestión de sus respectivos intereses».

De este modo se puede advertir el juego de cuatro principios: el de autonomía de los Municipios y Provincias (art. 137 CE), el de gobierno y administración autónomos de los mismos (plasmación del art. 137 en los arts. 140 y 141.2 C, el del carácter representativo de las Corporaciones Locales (arts. 140 y 141.2 CE) y el del carácter representativo de sus miembros (arts. 140 y 141.2 CE). Todos ellos –aunque podrían considerarse de modo indepen-

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 187

diente– se relacionan de una forma específica al proceder del entramado constituido por la relación de los arts. 137, 140 y 141.2 CE. Esa relación no impide encontrar un ámbito diferente de actuación para cada principio y así ocurre cuando el propio Tribunal Constitucional extrae consecuencias diversas de y para cada uno. Además, esto se acentúa cuando se considera que esa distribución territorial del poder implica consecuencias para otros aspectos como el de la propia representación política.

Tiene interés desentrañar la existencia de estos cuatro principios, así como sus interrelaciones y sus hipotéticos ámbitos independientes de actuación, por cuanto las posibilidades de desenvolvimiento de todos ellos dependen, obviamente, de la propia Constitución y no de posibles circunstancias o concepciones históricas.

Finalmente, interesa reiterar una consecuencia extraída por el Tribunal al hilo de su razonamiento en torno al principio de autonomía y referida al papel de la Ley. En efecto, ella será «la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución». Esto se dice tanto respecto a las Comunidades Autónomas, como para los otros entes señalados en el art. 137 CE y en un contexto determinado, como es el de la necesidad de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, necesidad «consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación». Esa Ley establecerá «con carácter general», por lo menos, un gobierno, administración y régimen económico.

Pero hay que tener en cuenta que la Ley a que se hace mención no se había promulgado aún y por eso «el ajuste a la Constitución de la legislación de régimen local –en términos positivos y no de evitar incompatibilidades– se producirá cuando se promulgue una nueva Ley en cumplimiento del mandato implícito contenido en la Constitución».

En la Sentencia 14/1981, primera que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, se confirman los planteamientos ya conocidos, haciéndose residir también ahora la autonomía local en el art. 137 CE, autonomía que está cualificada por la gestión de sus propios intereses y «entendida como un ámbito de actuación propia que tiene sus propios límites».

II.2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

La recepción *oficial* de la doctrina de la garantía institucional por el Tribunal Constitucional se opera a través de la STC 32/1981, referida –en concreto– a una entidad local, la provincia. La estructura compleja de esta resolución merece ser puesta de relieve y exige un análisis pormenorizado. Ello ocurre, como se describe a continuación, porque se anuncia la existencia de una garantía institucional configurada por la Constitución aunque sin especificar cuál es; seguidamente, se procede a una

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 188

definición en abstracto de esta figura y tras ello se intenta identificar la institución favorecida por ella; además, se resalta la insuficiencia de su caracterización constitucional, extrayendo de ello importantes consecuencias, entre las cuales están sus límites, para finalizar analizando las repercusiones de la ley cuestionada, al hilo de lo cual se establecerán los conceptos de autonomía local, los grados de autonomía en la Constitución y la noción constitucional de bases.

En efecto, se anuncia la existencia «de la garantía institucional que los arts. 137, 141 y 142 de la CE configuran», a lo que sigue la definición en abstracto de esa figura.

En esta determinación se resalta el aspecto teleológico perseguido con esta construcción –en sus orígenes y en la actualidad– y que viene dado por la necesidad de asegurar los principios constitucionales preservando unas determinadas instituciones cualificadas por su relación a esos mismos principios. En este caso, el principio constitucional a asegurar sería el de autonomía. Me parece oportuno indicar en este momento que esto significa que la garantía institucional, más que un contenido sustancial, tiene un contenido instrumental: realiza una función de aseguramiento de la propia Constitución. Se trata de una función jurídica –que es también claramente política– de defensa de la Constitución. Esa función jurídico-política se predica del propio concepto de institución política.

Pero igualmente se resalta otro aspecto de la figura –que tiene una íntima y profunda relación con el carácter de aseguramiento de los principios constitucionales perseguido por la garantía institucional– y es el papel configurador que de ella realiza el legislador ordinario, papel que tiene un límite preciso, «el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la CE garantiza». Pero este papel se proyecta, en un primer momento, sobre ese elemento de la garantía institucional que es la institución que instrumentalmente asegura un determinado principio constitucional. La razón de esta importante actuación del legislador se hace radicar en la propia definición de la garantía institucional, pero en referencia únicamente a esta institución. Es preciso señalar que esos límites no operan únicamente en relación con el legislador, sino también respecto a otros operadores jurídicos, aunque lo hacen de distinta forma.

A la hora de identificar qué es protegido por la garantía institucional, vuelven a aparecer los dos elementos que se han puesto de manifiesto. Por un lado, se dice que es la autonomía provincial –que sería la manifestación en este caso del principio de autonomía– e, inmediatamente, se habla de la institución, que es aquí la provincia.

La cuarta referencia a que se ha hecho mención anteriormente corresponde al reconocimiento de la insuficiencia de la caracterización efectuada por la Constitución, que también abarca a los dos elementos. Sin embargo,

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 189

sí es posible hacer derivar del texto constitucional algunas consecuencias que ayuden a caracterizarlos. La primera se refiere a los diferentes grados de autonomía reconocidos en el texto fundamental y la segunda a la redistribución de competencias entre las diversas entidades dotadas de autonomía, consecuencias que no están exentas de dificultades.

Esa redistribución supondrá un proceso de cambios del que resultará una estructura diferenciada de Estado y no cabe establecer a *priori* el resultado de dicho proceso de reestructuración, aunque sí sus límites que también afectan a los dos aspectos de la garantía institucional. Por un lado, no podrá desaparecer la institución y, por otro, no podrá dañarse el propio principio de autonomía, en este caso en su manifestación provincial.

Es importante señalar que es respecto al legislador, especialmente, frente al que juegan estos límites, debido al entendimiento de la autonomía como algo que lleva aparejado un «contenido competencial» que hay que determinar y que la figura de la garantía institucional no asegura de una vez por todas. Entiendo que esta consecuencia se da en principio por dos motivos, uno interno al concepto de garantía institucional y otro externo al mismo, referido en este caso al concepto de autonomía local. Pero también puede señalarse un tercer motivo producido por la interrelación de los dos en esta garantía institucional de la autonomía local.

El primer motivo derivaría del carácter dinámico que –casi contradictoriamente– ofrece el concepto de garantía institucional, debido a la remisión hecha a la imagen que de lo garantizado se tiene en la conciencia social, pero sobre todo es fruto del propio impacto que en esa misma imagen tiene una Constitución que es normativa.

El segundo depende de los principios que se podrían derivar de aquel entramado entre los arts. 137, 140 y 141 CE y cristaliza en la consideración de la autonomía local «como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañe, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible».

Una vez llegados a este punto, se produce el surgimiento de una nueva perspectiva de la garantía que se traduce en un nuevo ámbito de funcionalidad –y aquí radica lo importante– también dentro de la dimensión política mencionada. Para el Tribunal Constitucional, «la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de los principios o criterios básicos en ma-

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 190

teria de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado». Se reconoce que la fijación de esas condiciones básicas debe permitir opciones diversas, ya que no en vano la STC 4/1981 –aunque aquí no se reconozca expresamente– había establecido en la conexión autonomía/pluralismo político su propia posición y «porque la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario».

En el caso concreto tratado, esto se deriva de la interpretación efectuada del art. 149.1.18ª CE y del art. 9.8 Estatuto de Autonomía de Cataluña que a él se remite, «interpretación que, por lo demás, es la única compatible con el tenor literal de tales preceptos y la que, desde otra perspectiva, permite armonizar los principios de unidad y autonomía constitucionalmente consagrados (arts. 2 y 137)». En esta última razón de armonización de esos principios constitucionales se puede advertir el rasgo de defensa de la Constitución perseguido por la garantía institucional. Igualmente se apuntan otros argumentos, no desarrollados, que permitirían llegar a las mismas conclusiones en orden a que corresponde al Estado central la fijación de esas bases.

Las consecuencias de esta nueva funcionalidad de la garantía institucional en dimensión política se muestran en que parece convertirse así en un instrumento de defensa del papel del legislador estatal frente al autonómico, precisamente al producirse la integración del art. 149.1.18ª CE en el entramado de la garantía institucional, lo cual ha sido criticado doctrinalmente pero cuenta con ventajas en estos momentos de construcción del modelo de Estado.

También se requiere la identificación de la legislación a tener en cuenta en el momento del recurso para discernir las bases que debería respetar la ley impugnada, diferenciándose dos grupos: El integrado por la Ley de Elecciones Locales y el integrado por «la legislación de régimen local». De este segundo, se infieren tres nociones que son «elementos imprescindibles constitutivos del núcleo esencial de la institución constitucionalmente garantizada»: interés peculiar, competencias y servicios mínimos.

La importancia de esta posición es que, circunscrita a este segundo aspecto, es donde aparece más claramente de manifiesto el papel de la garantía institucional como instrumento que juega en favor del legislador estatal, sobre todo, en la distribución de competencias.

II.3. Sobre el carácter «intracomunitario» o «extracomunitario» de la autonomía local constitucionalmente garantizada

Este es un problema que había alcanzado relevancia en los debates constituyentes y será uno de los aspectos centrales de la STC 84/1982.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 191

Aunque no se refiere a la figura de la garantía institucional, la sentencia sí hace precisiones interesantes en orden a desentrañar las relaciones internas de las normas constitucionales involucradas en esta cuestión.

En primer lugar, el régimen jurídico de las Corporaciones Locales no es susceptible de una definición unívoca en este asunto, debido a que «aun en aquellas Comunidades Autónomas que, como la catalana, asumen el *maximum* de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y de las Comunidades Autónomas».

En segundo lugar, entiendo que se produce una matización importante en torno al papel de la ley y su relación con el principio de autonomía de los entes locales. La STC 4/1981 había indicado que la ley concretaba el principio de autonomía de cada uno de los entes del art. 137 CE, si bien esa concreción debía operarse de acuerdo con la Constitución. Pues ahora, en esta sentencia se precisa mejor el papel de la ley, por cuanto se diferencia entre el contenido autonómico garantizado constitucionalmente y la actuación que, para su concreción, desarrolle el legislador. Este determinará los intereses de los entes locales y les atribuirá competencias concretas, pero eso lo realizará respetando en todo caso su autonomía. Por ello, puede obtenerse la conclusión de que esa tarea –determinación de los intereses y asignación de las competencias– no abarca completamente el contenido de la autonomía local.

De todas formas, la sentencia no abandona el contexto en que se movió el Tribunal en 1981. Aquellas reflexiones se hicieron con objeto de dejar claro la necesidad de reflejar la posición de superioridad del Estado. Ahora, esa posición de superioridad se reconoce a las Comunidades Autónomas sobre los entes locales.

La discusión sobre el carácter «intra» o «extracomunitario» de la autonomía local reconduce en esta ocasión al problema de la posibilidad de existencia de instrumentos de colaboración directa entre el Estado (central) y las Corporaciones Locales, lo cual es admitido matizadamente por el Tribunal Constitucional, debido en parte a esa posición de superioridad reconocida a las Comunidades Autónomas.

II.4. Nuevas funcionalidades de la autonomía local constitucionalmente garantizada

Lo calificado aquí como nuevas funcionalidades de la autonomía local constitucionalmente garantizada viene a ser resultado de un proceso que comienza en la STC 27/1987, se continúa a lo largo de 1988 y acaba alrededor de 1993, estableciendo un modelo de democracia local que tiene su raíz en las potencialidades de la autonomía local configurada en las sentencias de 1981 y 1982. Debe volver a indicarse que, como en

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 192

1981, la categoría de la garantía institucional vuelve a estar ausente del inicio del proceso, en concreto, la STC 27/1987 no la menciona.

Un rasgo que cualifica a este proceso es el uso como parámetro de constitucionalidad de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases del Régimen Local, Ley que estaba también recurrida ante el Tribunal y a la que acabará dotándose de una posición singular en el sistema de fuentes. Para el entendimiento de esta aplicación no es suficiente acogerse al concepto de función constitucional que desarrollaría esta Ley, sino que también ha de advertirse el impacto que la garantía institucional de la autonomía local produce en la legislación básica postconstitucional, que puede ampliar el ámbito de esa autonomía. Este impacto tendrá un efecto acumulativo debido al doble fundamento –constitucional y legal– que en nuestro ordenamiento encuentra la autonomía local. Esta acumulación se explica porque la nueva configuración del Estado que trae consigo la Constitución opera desde ella misma –principalmente a través de la jurisprudencia constitucional– sobre una legislación que ha de acomodarse al nuevo modelo de distribución territorial del poder por imperativo de la normatividad de la propia Constitución.

La primera de estas sentencias además del matiz señalado anteriormente de no considerar al art. 141.2 CE como una plasmación del principio de autonomía garantizado en el art. 137 CE, ofrece en la misma definición de la autonomía local un carácter más sobrio, que contrasta con el de las anteriores sentencias y que denota el mayor hincapié en el «contenido competencial» que lleva aparejado la autonomía.

Esto tiene una concreta explicación radicada en la mayor importancia concedida al legislador, que –no hay que olvidar– ya había actuado a través de la LRBRL. Por eso el límite del núcleo esencial de la institución opera, más que frente**,** dentro de la ley, debido a una finalidad –una vez más– política.

También se advierte esta nueva concepción en la expresa referencia a la posición de superioridad ostentada tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales.

Las sentencias de 1988 matizan la importancia de la función que realizó el Tribunal Constitucional en la STC 4/1981, donde «no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador». Aun siendo así, no impedía que éste ampliase el ámbito de esa autonomía.

Esa ampliación de la autonomía operará como un límite para el legislador autonómico y acaba construyendo un modelo de autonomía local, con sus propios elementos fundamentales.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 193

Llegado el momento de estudiar la STC 214/1989 es necesario hacer alguna precisión inicial. Llama la atención la omisión, en los razonamientos del Tribunal Constitucional, de la Carta Europea de la Autonomía Local, en vigor en esos momentos y vinculando –por tanto– a todos los operadores jurídicos, como se había puesto de relieve en la tramitación parlamentaria de la autorización para su ratificación. Dicho texto ofrece un modelo de autonomía local con precisiones importantes e implica un sustancial cambio en la concepción de la autonomía local a nivel internacional, con inevitables consecuencias jurídico-políticas respecto a la estructura territorial del Estado con un potencial y evolutivo efecto de desplazamiento de las instituciones del llamado nivel superior en favor de las entidades locales. Una explicación, más bien política, a esta omisión, se encuentra en que el centro de gravedad de la resolución de los recursos se sitúa en la discusión competencial acerca y sobre el régimen local y no en el alcance de la autonomía local, con un cierto e implícito convencimiento sobre la suficiente protección de la misma en la legislación española.

Considero, con motivo de la mención de la Carta Europea, que se puede introducir una nueva dimensión jurídico-política del concepto actual de autonomía local y que es manifestación del pluralismo normativo que sobre ella incide. Esa dimensión puede caracterizarse como pluriordinamental: en efecto, sobre el objeto autonomía local confluyen diversos órdenes normativos que es preciso tener en cuenta a la vez para interpretarla y darle el contenido apropiado.

La posición global del Tribunal Constitucional al resolver los recursos planteados se apoya en la propia jurisprudencia desarrollada hasta ese momento y en un concreto punto de arranque: el entroncamiento del art. 149.1.18ª CE con la garantía institucional de la autonomía local, lo que produce una modulación consistente en un ensanchamiento de la competencia estatal.

Las razones de esto son, por un lado, el carácter configurador del modelo de Estado efectuado por la garantía y, por otro, precisamente la necesidad de proteger esa autonomía constitucionalmente garantizada –pero frente al legislador autonómico-. Esta es la doctrina que «con carácter general, inspira el sistema que articula la LRBRL». De todas formas se recuerda que la garantía institucional únicamente protege a las entidades locales necesarias.

Esta posición global es la que permite reiterar algo ya puesto de manifiesto en lo que es el juego de la garantía institucional: más que frente a la ley, opera dentro de la ley. Pero aquí se avanza un paso más, ya que el legislador –estatal o central, por supuesto– podrá intervenir en la definición de esa garantía institucional constitucionalmente asegurada. De todas formas esa intervención no podrá ser absoluta, sino que habrá de mantenerse en el plano de los principios generales y, por tanto, se pue-

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 194

den reconocer como bases de la materia. Aunque es preciso señalar que, para el Tribunal Constitucional, se produce aquí un ensanchamiento de la limitación si el legislador es el autonómico, lo cual –por otra parte– no legitima cualquier opción del legislador estatal.

Incluso se avanza más en esta línea de preponderancia del protagonismo del legislador estatal, ya que cabe que establezca *garantías adicionales* a la autonomía local. Se introduce, así, un concepto que posteriormente se clarificará y es el de contenido legal de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Así de esta forma puede recobrar fuerza aquella pretensión de superioridad ordinamental que el legislador básico se autoatribuye y, que en principio, parecía rechazar el Tribunal. Además, se produce un nuevo efecto acumulativo y algo contradictorio con lo anterior por cuanto permitirá el afianzamiento de la concepción de la garantía estatutaria de la autonomía local.

He hablado antes de un cierto cambio de tono empleado por el Tribunal Constitucional al referirse ahora a la garantía institucional de la autonomía local. Eso se confirma cuando se considera que «dicha garantía sólo se extiende a la existencia misma de esa autonomía y, por tanto, de las corporaciones gestoras de la misma, pero no, obviamente, al mantenimiento de un determinado *statu quo* organizativo», manifestación «del contenido mínimo que a la institución municipal corresponde en todo caso, y ello como exigencia de la garantía de su autonomía».

También se hace eco esta sentencia de la cuestión relativa a la garantía constitucional –aquí no se dice institucional– que protege la foralidad.

Al finalizar el estudio de esta resolución, es preciso detenerse en el voto particular suscrito por el Magistrado DÍAZ EIMIL, para quien existe un modelo de organización municipal diseñado por la Constitución y transido por el respeto a la autonomía municipal consagrada en su art. 140. Esa autonomía conlleva límites tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas.

Tras esta sentencia sobre la LRBRL comienza una línea jurisprudencial que intenta clarificar el proceso analíticamente, para lo cual, entre otros aspectos, se introducen aportaciones conceptuales como la distinción entre el contenido esencial y básico en la autonomía local.

Aún antes de ella, el propio Tribunal Constitucional había señalado un contenido mínimo en la garantía institucional de la autonomía local, que funcionaría como límite al legislador y más allá del cual se encontraría un concepto jurídico de contenido legal que permite opciones diversas.

La distinción entre un contenido esencial y un contenido básico en la autonomía local se establece con nitidez en la STC 148/1991. Lo más característico de esa diferenciación es el fundamento encontrado a cada uno de ellos.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 195

Así, el primero está «garantizado directamente por el art. 137 CE», mientras que el segundo está «establecido por la Ley Estatal de Régimen Local».

Ambos tienen en común que configuran un ámbito de protección frente al legislador, si bien es cierto que con un alcance diferente. Respecto al contenido o núcleo esencial de la garantía institucional, establece unos «límites mínimos de la autonomía local, que en ningún caso puede traspasar el legislador». Pero respecto al contenido básico –que puede o no suponer una ampliación del ámbito de esa autonomía– constituye un segundo nivel en el que es necesario el respeto por el legislador autonómico «de las normas básicas estatales» sobre el punto que se trate, aunque esto no puede implicar la paralización del ejercicio de las competencias propias del legislador autonómico.

Aunque no ha sido tratado por el Tribunal Constitucional, también podría incluirse dentro de ese contenido legal de la autonomía local, no sólo el concepto básico, sino también aquellas normas de desarrollo autonómico dirigidas a reforzar la garantía institucional.

Finalmente, se retoma un tema apuntado en la STC 4/1981 y consistente en el fundamento de la posición constitucional de los entes locales. Dicha posición, «fundada según los arts. 137 y 140 CE en el carácter representativo de sus órganos de gobierno, y en la gestión autónoma de sus propios intereses, conllevan su separación y sustantivación respecto de las Administraciones del Estado y de su respectiva Comunidad Autónoma», dándose un paso decisivo en la configuración de un modelo de democracia local, consecuencia de la autonomía local constitucionalmente asegurada.

Continuando una línea de fondo presente en la jurisprudencia recaída sobre la autonomía local, se ha puesto de relieve el carácter configurador que tiene la misma sobre el modelo de Estado diseñado por la Constitución. De una forma más rotunda, esta influencia se ha señalado a lo largo de 1993 por el Tribunal Constitucional, aunque no se haga mención de la figura de la garantía institucional en el razonamiento.

Esto ha permitido identificar algunos «aspectos esenciales» de ese modelo, realzándose aquel elemento teleológico que se encontraba en los primeros pronunciamientos sobre la materia.

Las consecuencias de esta indagación son de orden tanto interpretativas, como definitorio, ya que acaba definiéndose «precisamente un modelo de democracia local», debido a que «es evidente que uno de los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales». De todas formas se produce un resultado por elevación, que acaba afectando a la definición del propio modelo de Estado democrático y pluralista.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 196

A su vez, el papel del legislador estatal a través de la LRBRL, completa la definición del modelo, porque atiende «dentro de él, en concreto, a lo que afecta al *quorum* y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local». Debido a la opción realizada por el legislador estatal se acaba incardinando esa «concepción de la organización democrática de la institución» en «una democracia basada en el juego de las mayorías» y no en «una democracia de acuerdo».

Igualmente se ha profundizado en el carácter bifronte del régimen local, aunque haciéndose más hincapié ahora en la dimensión referente a la relación con las Comunidades Autónomas

Continuando con la línea emprendida de determinar los aspectos esenciales del modelo de autonomía local, se ha señalado por la STC 36/1994 otro de ellos. En efecto, según esta resolución «la exclusión de la potestad gubernativa de suspender los acuerdos de las Entidades Locales es uno de los elementos fundamentales del modelo de autonomía local configurado por la Ley».

Lo que se quiere señalar en este punto es que este elemento fundamental correspondería al contenido básico de la autonomía local, esto es, al que procede de la legislación básica estatal.

Se ha dicho que en estas últimas sentencias –aun cuando se habla de la autonomía local y de su garantía constitucional– no se hace mención de la figura de la garantía institucional. Sí aparecerá de nuevo en contextos variados.

El primero corresponde a un voto particular que somete a esta categoría dogmática a una fuerte crítica. También, el Tribunal Constitucional ha advertido de consideraciones excesivamente rígidas del alcance de la garantía institucional.

III. CONCLUSIÓN: LA DEFINICIÓN DE UN MODELO DE DEMOCRACIA LOCAL, CONSECUENCIA DE LA AUTONOMÍA LOCAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA

Las implicaciones metodológicas insertas en el propio concepto de autonomía local han posibilitado el uso que de ella ha realizado el Tribunal Constitucional. Dicha utilización ha estado presidida por la función política del concepto y favorecida por la técnica de la garantía institucional que se le reconoce. De este modo, la jurisprudencia constitucional ha construido un modelo adecuado en cada momento a las circunstancias coyunturales, lo cual no deja de tener innegables consecuencias políticas. Quizá, esa fuera la opción más plausible, dada la nueva construcción del Estado

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 197

que imponía la Constitución y la falta de adecuación del resto del ordenamiento a ella.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional inició su construcción en la STC 4/1981, sin utilizar en ella la categoría de la garantía institucional. Sin embargo, el Tribunal fijaba significativamente su posición en el carácter relacional del concepto y en su propia función dentro de un sistema de pluralismo político. Ahí se encuentran las bases para atribuir un papel preponderante al legislador a la hora de definir la garantía institucional. Como ese legislador será el estatal, su posición de superioridad acabará predicándose también del instrumento normativo que usa –la LRBRL-. Además, la autonomía local se encuentra garantizada en los arts. 137, 140 y 141 CE, de los cuales se deducen diferentes principios y modos de interrelación.

En toda la construcción jurisprudencial, resalta el papel teleológico perseguido por la utilización de la categoría de la garantía institucional. Este carácter está inserto en el propio concepto desde sus orígenes doctrinales, apareciendo estrechamente relacionado con el proceso de consecución de una Constitución normativa. Esa es una de las razones que posibilita su uso en aquellas circunstancias en las cuales es preciso el asentamiento de la propia Constitución y, en particular, durante el proceso de cambios a que conduce la nueva estructura del Estado. Por eso, la garantía institucional tiene un contenido instrumental, más que sustantivo, y pueden diferenciarse en ella dos elementos: el principio constitucional que se pretende asegurar y la institución que instrumentalmente asegura ese principio constitucional. Por eso, el importante papel atribuido al legislador tiene un doble origen: es consecuencia, por un lado, del carácter dinámico implícito al propio concepto de garantía institucional y, por otro, del impacto que –a su vez– la Constitución produce en la institución garantizada.

De este modo, una nueva perspectiva de la garantía institucional surge en clave política: consiste en la atribución al Estado de la fijación de los principios básicos que afectan a la configuración general del modelo de Estado. Eso se hace gracias al entroncamiento del art. 149.1 18ª CE con la garantía institucional de la autonomía local. Así, se convierte en un instrumento de defensa del legislador estatal frente al autonómico. Esta perspectiva se acrecienta desde la LRBRL, cuando comienza el proceso conducente a la nueva concepción de la garantía institucional de la autonomía local. Dicho proceso servirá para acabar estableciendo un modelo de democracia local, cuyas raíces se encuentran en las potencialidades de los principios enunciados en 1981 y que no habían sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional debido a su reduccionismo a la discusión competencial. Entre los aspectos esenciales de dicho modelo de democracia local habrá unos que proceden del contenido esencial de la autonomía local y otros del contenido básico de la misma. Una vez asentado esto, se ha profundizado mejor en la dimensión relacional de las entidades locales con las Comunidades Autónomas.

183-198-Estado autonomico9 3/10/05 12:51 Página 198

La garantía institucional y el límite de su núcleo esencial van a operar dentro de la ley, más que frente a la ley. Pero es preciso retener que sobre la autonomía local van a incidir una pluralidad de ordenamientos, lo cual influirá a la hora de interpretarla y dotarla de sentido. En la construcción efectuada por el Tribunal Constitucional, se adivina la diferenciación entre un contenido esencial de la autonomía local *ex Constitutione* y un contenido legal más allá de él, que permite opciones diversas. Ese contenido legal incluirá un contenido básico –ofertado por la LRBRL– y otros contenidos normativos, que pueden ser estatutarios y de desarrollo legislativo autonómico. Ahora bien, en todos los casos ha funcionado para favorecer la autonomía local y establecer garantías adicionales a la misma.

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 199

CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA DEL SENADO*

Ricardo Chueca Rodríguez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de La Rioja

I. INTRODUCCIÓN

En el texto que sigue se parte de una acepción de condicionamiento entendido como limitación, es decir, como uno o varios factores que establecen el marco dentro del que se desenvuelve una acción. Ahora bien, por condicionamiento se suele entender tanto la acción que produce la limitación como el efecto condicionador que produce como resultado. Ello advierte sobre un matiz que es el que le hace merecedor de figurar en el título de estas líneas, a saber, que tales limitaciones son ajenas e indisponibles, en un preciso sentido, para quien ve así acotada su capacidad de acción. Que para el actor que se desenvuelve dentro del campo delimitado, aquéllos condicionamientos son un dato de hecho que, cabalmente por ello, somete su acción.

Éste es, sin duda, el caso de la acción de reforma que ha recibido recientemente su impulso político inicial. De hecho, toda iniciativa de reforma, una vez definido su objeto, sufre de condicionamientos en la medida en que sólo pretende actuar de modo parcial sobre un conjunto jurídico-político singularizado por la nota de constitucionalidad. La propia idea de reforma alude a una modificación parcial (incluso en el caso de revisión total, realizada según la constitución a sustituir) en el marco de una unidad lógica y coherente, precisamente en favor del mantenimiento de su solidez y eficacia.

Las líneas que siguen tratan de aportar unas consideraciones sobre las dificultades que, en forma de limitaciones imputables a la propia norma constitucional, son esperables a la hora de modificar la institución del Senado. No son pues imputables a ninguna voluntad orgánica o de autoridad. Con ello sólo pretendo recordar que nuestro singular Estado compuesto se fundamenta en unas bases constitucionales determinadas que son –y lo han sido a veces con mucho esfuerzo– interpretadas de modo coherente y sistemático, y que configuran un modelo de Estado, que pue-

* Estas páginas se han beneficiado de las observaciones de varios colegas, durante su exposición y debate en el Congreso. Y de las indicaciones de Gonzalo Arruego, que sin duda han mejorado el texto.

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 200

de considerarse inacabado quizá en algún extremo preciso (esto último tanto hoy como en el futuro, pues se trata de una afirmación *en el tiempo*) pero que, como se ha dicho tantas veces, no es un Estado *indefinido*.

Lo anterior no agota, sin embargo, la reducción del escenario de reforma, pues también son inferibles otros condicionamientos del hecho de que el objeto de la reforma sea, precisamente, una institución. Una institución constitucional dotada de un conjunto de atribuciones, con una composición determinada, inserta en un marco complejo de relaciones interorgánicas y, en fin, con unas determinadas tendencias de funcionamiento adquiridas a lo largo de ya más de veinticinco años. Hasta el punto de que puede afirmarse la existencia de cierta «cultura de institución» que no sólo caracteriza al propio Senado, sino a la estructura bicameral en que se integra, las Cortes Generales y, por extensión, al sistema político de la Constitución de 1978 en su conjunto.

Otros condicionamientos provienen, en fin, de una obviedad. El objeto de reforma no es la Cámara alta sino el sistema bicameral. Dicho de otro modo, se pretende actuar sobre el órgano Cortes Generales. Sin perjuicio de lo que más adelante se diga, cabe adelantar ya un dato obvio, mas no menor: nuestro bicameralismo, como todo aquél que responde a un corte clásico y que hoy sobrevive, es plasmación institucional de un compromiso. Ello en absoluto impide su modificación, ni introduce una dificultad suplementaria a la acción de reforma. Pero sí es importante retener que, en la medida en que se trata de la cristalización institucional de un compromiso entre posiciones y percepciones contrarias o distintas, su modificación afecta al todo, es decir, a las Cortes Generales. Y ello debe incluirse necesariamente en los cálculos previos característicos de todo intento de reforma.

A lo anterior debe unirse otra consideración también perteneciente al mundo de lo obvio. Reformar la Constitución, uno o varios preceptos, es una acción de alcance variable en función del objeto concreto de normación sobre el que se actúe. De tratarse de una institución, es preciso tener en cuenta que, además del efecto que denominaremos sistémico y al que ya nos hemos referido, se produce un efecto transversal que afecta al conjunto de funciones y procesos en que dicho órgano participa, dentro de la compleja estructura que toda Constitución supone. Para el caso del Senado, y sin ánimo de exhaustividad, esta transversalidad afecta al menos a los siguientes aspectos reseñables:

1. Su función en el procedimiento legislativo, como cámara de *segunda lectura*, dotada de un poder de veto de alcance limitado y de un poder de enmienda subordinado.

2. Competencias en materia de reforma constitucional.

3. Función de información, control.

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 201

4. Función de propuesta de miembros de órganos constitucionales y estatales.

5. Funciones destacadas en materias propias del Título II.

6. Función de integración del órgano Cortes Generales junto con los miembros del Congreso de los Diputados.

7. Funciones específicas en materia autonómica, arts. 74 y 155 CE.

Retenga de momento el lector no tanto toda esta relación de competencias o atribuciones, cuanto su heterogeneidad y variado grado de incidencia en el ejercicio de funciones de formulación y expresión de la voluntad estatal. Y ello, a los solos efectos, para el caso de actuar sobre la composición actual de la Cámara, de escrutar la congruencia exigible entre funciones atribuidas y composición del órgano que se proponga.

II. EL CONDICIONAMIENTO DEL ENUNCIADO CONSTITUCIONAL

«El Senado es la cámara de representación territorial», afirma el artículo 69.1 CE.

El Título III de la Constitución Española, que se ocupa de las Cortes Generales, dedica su Capítulo I a las Cámaras, configurando en su artículo 66.1 una estructura bicameral del órgano que representa al pueblo español, es decir, que formula la voluntad del pueblo como unidad política identificada por la nota de la soberanía. La formulación que emplea tal precepto, incluye una descripción de la representación que se imputa a una de las Cámaras, una representación de naturaleza territorial y, de otro lado, la atribución de la función de representación política al órgano Cortes Generales. Ello hace especialmente ilustrativo el hecho de que la norma no atribuya al Congreso de los Diputados representación *especial* alguna. Pero por ello mismo se está queriendo afirmar que la representación que actúan las Cortes Generales no lo es *ante* nadie. Se está afirmando, y esto indubitadamente, que la representación política estatal incluye la atribución de una representación política *especial* que compone, o se integra como, una parte de la función de representación política que actúan las Cortes Generales. Y que, por consiguiente, la distribución funcional que la Constitución opera atribuyendo competencias a los tres órganos, Congreso, Senado y Cortes Generales, está toda ella vertebrada y dirigida a realizar el proceso de conformación y formulación de la voluntad del pueblo español. En definitiva, se quiere afirmar con todo ello que el órgano Cortes Generales no expresa sino una única voluntad, independientemente de la diferenciación orgánica que acoge la Constitución, que se concibe, en todo caso e indubitadamente, como unificadas en el enunciado del artículo 66.1 CE.

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 202

Esta interpretación nos parece destacable atendido el hecho de que, prácticamente desde la promulgación de la Constitución, se advirtió la existencia de contradicción o incongruencia entre el enunciado del artículo 69.1 CE, composición de la Cámara y funciones constitucionalmente atribuidas. Hasta el punto de llegar a producirse cierto espejismo entre la doctrina científica, que llegó a atribuir al Senado una suerte de autonomía orgánica diferenciada –presentado como un deseable futurible– en el actual marco constitucional. Dicho de otro modo, que la afirmación del 69.1 CE posea un alcance puramente formal, o responda a una función *realmente existente*, no incide sino en la formación de la voluntad del órgano Cortes Generales, pero en ningún caso convierte a la Segunda cámara en más o menos *representativa* de intereses o instituciones. Ésta última es una cuestión muy otra, desde una correcta intelección del concepto de representación.

En conclusión, cuando afirmamos con la Constitución que el Senado es la cámara de representación territorial, estamos diciendo que es el órgano de las Cortes Generales que incorpora la voluntad de unas entidades territoriales que el ordenamiento constitucional entiende relevantes para la formulación de la voluntad del órgano Cortes Generales.

II.1. ASPECTOS IMPRECISOS DEL ENUNCIADO

Una ojeada retrospectiva a las posiciones políticas y doctrinales sostenidas durante el último cuarto de siglo con apoyo en la formulación del artículo 69.1 CE, nos indica que éstas han sido variadas y numerosas, pero sobre todo cambiantes. Nada hay en ello de reprochable, pues la interpretación jurídica se hace siempre desde el presente político e institucional; y es evidente que este precepto ha ido alterando su significado *potencial*, tan característico por lo demás de los preceptos constitucionales, en tanto que *normas abiertas*. Para el caso que nos ocupa, este fenómeno se ha producido al tiempo que se ha ido conformando progresiva y minuciosamente un Estado, denominado Autonómico ahora, pero inexistente en el momento de aprobarse el artículo 69.1 CE aludido.

La imposibilidad o inoportunidad políticas, o quizá ambas circunstancias, de afrontar una reforma constitucional durante el primer cuarto de siglo ha tenido –o eso nos parece– mucho que ver con la evolución experimentada en las posiciones de la doctrina, que quizá tendrían la nota común de una cierta sobreactuación crítica (visto ahora, claro) en relación con el Senado. En un escenario en el que una reforma constitucional de la segunda cámara era el objetivo a evitar, recurriendo alternativamente a desproporcionados esfuerzos de modificación del Reglamento de la Cámara, se facilitó sobremanera una libertad política y doctrinal capaz de imaginar espectaculares modificaciones propuestas desde la conciencia de la imposibilidad de su realización inmediata, por impedirlo la

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 203

necesidad de acudir a una revisión constitucional. La rigidez constitucional y la imposibilidad política funcionaron paradójicamente como creadores de un amplísimo espacio de libertad reformadora *virtual.*

El estímulo de las posiciones críticas y reformadoras de la Segunda cámara se alimentó siempre de una suerte de acuerdo universal sobre una definición constitucional discutible. Rechazando con ello que el bicameralismo constituyente fue jurídica y políticamente inevitable, producto de un compromiso negativo trabado en circunstancias felizmente irrepetibles y, por ello, de corte *clásico* o tradicional. Aunque no esté de más recordar que el bicameralismo, cualquier bicameralismo, es siempre producto de un compromiso. No ya de un compromiso político, lo que es evidente, sino de un compromiso entre objetivos, principios o finalidades que en el extremo son constitucionalmente incompatibles. Pero a este bicameralismo clásico y, hasta si se quiere, anacrónico para el último cuarto del siglo XX, si observamos la tendencia a su extinción en los modelos comparados, ha habido que superponerle una trayectoria carente de un perfil definido. La impresión entre los actores políticos se resume pues en una cámara inútil o, lo que quizá pueda ser todavía peor, instrumento y hasta objeto de confrontación, pero no marco para ella. Y sin embargo, llama la atención la descompensación entre el esfuerzo doctrinal dirigido a destacar sus limitaciones y la ausencia de estudios de evaluación real de su función en el marco de la estructura bicameral realmente existente. Conocemos todos los matices de su descalificación política, debilidad competencial e incongruente composición. Estas críticas son frecuentemente realizada por unos actores políticos que, siguiendo la tradición de otros sistemas bicamerales languidecientes, han convertido el Senado en refugio de políticos de retaguardia y en auténtica cámara *representativa*, si no *territorial,* sí *local.* Sin embargo, desconocemos *exactamente* cuál ha sido su función real en el procedimiento legislativo, por ejemplo. Este es un estudio por hacer; hasta donde me consta al menos. Es claro que una función correctamente desempeñada en el procedimiento legislativo, o la calidad del Informe emitido por una Comisión de Estudio no justifica la existencia o el formato de la Cámara, pero sí resulta de utilidad el rendimiento presente para perfilar mejor eventuales reformas y no incurrir en errores de diseño perfectamente evitables.

Pero todas las críticas anteriores no empañan, en lo más mínimo, el mérito central de esta segunda cámara, que tanta utilidad nos puede proporcionar ahora: su carácter de *cámara de reserva*. Y lo es, porque se trata de un órgano que carece de competencias constitucionales en materia de responsabilidad política con consecuencias jurídicas vinculadas, pues como se sabe ésas están atribuidas al Congreso de los Diputados en su totalidad. Disponemos pues de una cámara de reserva, un recurso constitucional de gran valor, y cuya necesidad aparece hoy bastante perfilada en nuestro horizonte de reforma.

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 204

Frente a las muy diversas formas de concebir el Senado, hoy parece existir una conciencia mayoritaria de que el *significado* atribuido al artículo 69.1 CE se corresponde con una carencia institucional, reconocida por los actores políticos con carácter general y coincidente en un punto concreto. Dicha coincidencia, importa mucho recalcarlo, nace de una determinada consolidación del Estado Autonómico, con un elevado grado de irreversibilidad, salvo cambio total de la constitución. Dicha consolidación se apoya políticamente en una secuencia de alternancias políticas e institucionales experimentadas al nivel de los órganos centrales del Estado y, desde luego, al de las diversas unidades territoriales que componen dicho Estado Autonómico. Hoy todos los responsables institucionales, y todas las fuerzas políticas parlamentarias incluyen, y han incluido en comicios pasados en sus respectivos programas electorales, el objetivo de reformar el Senado. Y todos ellos con la misma finalidad: hacer cierto –o más cierto, si se quiere– el enunciado del 69.1 CE. Es precisamente esto lo que nos sitúa en un escenario de verosímil reforma de la regulación constitucional del Senado, o sea, de las Cortes Generales.

El objetivo que, con los matices propios del caso, se prefigura en dicha reforma se ajusta al siguiente planteamiento. Todo Estado descentralizado políticamente, o compuesto si se quiere, precisa de una estructura orgánica institucionalizada jurídica y/o políticamente dirigida a incluir las voluntades de las entidades políticas descentralizadas en el proceso de toma de decisiones, imputadas o atribuidas constitucionalmente a la unidad política estatal en tanto que tal. Y esta es la carencia con la que hoy nos encontramos, al haber desembocado en una estructura institucional descentralizada, pero inexistente –y difícilmente imaginable en su actual *veste*– en el momento de la entrada en vigor de la norma de 1978. El problema que, en definitiva, debe atacar la reforma del Senado es el de contribuir a reducir, en clave institucional, el espacio de vacío orgánico y funcional originado por el grado de descentralización conseguido por el Estado Autonómico. Una situación que sólo cabe explicar como consecuencia del despliegue de los preceptos constitucionales descentralizadores, y de la llamativa potencialidad desplegada en su articulación política e institucional. Hoy, las competencias distribuidas entre las CCAA y la capacidad de gobierno sobre su territorio, a su vez e inescindiblemente parte del territorio del Estado, exigen una réplica institucional al máximo nivel, es decir, en el órgano Cortes Generales, articulada a través de una reforma que, aunque tiene por objeto directo el Senado, no cabe ocultar que incide directamente sobre el modo de articular la representación política atribuida a aquéllas.

Bien puede decirse que es precisamente la Constitución, y los logros políticos conquistados a su amparo, los que ahora nos sitúan en la tesitura de la reforma constitucional. Pero esos mismos logros, como vuelvo a decir, son los que atribuyen al enunciado del 69.1 un significado jurídico y políti-

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 205

co, de entre los varios que pudieron atribuírsele en su origen, y que quedan ahora postergados frente a la concreta plasmación institucional. A un aspecto muy concreto de estos cambios nos dedicaremos a continuación.

III. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL?

Es de sobra conocido el grado de dificultad que plantea la definición del concepto de representación territorial. Y lo mismo ocurre, por inferencia, a la hora de fijar las reglas que fijan sus relaciones con la representación política. Sin perjuicio de que tales dificultades inciden en nuestro caso particular, negarlo sería ocioso, las consideraciones que siguen se refieren a la representación territorial concreta acogida en nuestro ordenamiento constitucional. Y ello con la finalidad de delimitar el objeto de una acción de representación, que hasta el momento no ha realizado el Senado de modo satisfactorio al parecer, y que la reforma pretende precisamente atribuirle ahora indubitadamente a través de una más precisa articulación de aquélla en ley de reforma constitucional.

Esta acotación sobre la representación de carácter territorial la reputamos precisa, pero no desde esencialismos, ni siquiera desde requerimientos de carácter teórico o científico, sino desde las exigencias planteadas por la reforma constitucional concreta. Nótese que lo que se persigue es establecer los elementos capaces de configurar un equilibrio armónico, una congruencia, entre una estructura descentralizada de poder ya claramente institucionalizada y políticamente consolidada, y un Senado cuya naturaleza y composición resulten congruentes con aquélla.

Pues bien, en este punto es preciso advertir sobre la diferente naturaleza de dos elementos que conviven, según se sabe, en nuestra Constitución como en cualquier otra de las democráticas. En efecto, la democracia representativa se asienta sobre la lógica de que, precisamente, la función de representación estatal atribuida al órgano es la que cabalmente exige que dicho órgano sea, al tiempo, representativo. Dicho de otro modo, la representatividad o correspondencia –del tipo que fuere– entre miembros del órgano y sujeto representado, es una exigencia del principio estatal de representación en su estadio democrático. Representación y representatividad democrática son dos exigencias discernibles y relacionadas a un tiempo una con otra en la forma dicha, forma a la que solemos denominar, sincrética y expeditivamente, con el término democracia representativa.

Ello significa que cuando hablamos de representación territorial y atribuimos la realización de dicha función a un órgano de las Cortes Generales, estamos sosteniendo que en el proceso de formación de la decisión del órgano deben integrarse las unidades políticas descentralizadas. De este

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 206

modo, se corrige la desviación o *cleavage* existente entre órgano de decisión y función de representación en el actual estado de cosas. Este aspecto, aunque sutil y hasta de matiz, nos parece sin embargo central en la orientación de la reforma, pues ésta no persigue –como parece entenderse a veces– hacer presentes los *intereses* de las CCAA *ante* el Estado central– sino integrar a aquéllas en el proceso de decisión del Estado como un todo. Se quiere en definitiva afirmar que el Senado no es una cámara de representación de las CCAA. Y se quiere afirmar también que parece difícil que pueda serlo sin modificaciones, muy de fondo, en el ordenamiento constitucional. Es, o mejor deberá ser, un órgano de las Cortes Generales que hace presente la voluntad de los territorios políticamente descentralizados en la formación de la decisión estatal. Pero en ningún caso un órgano de *puesta de manifiesto de los intereses de las CCAA ante* el órgano de decisión estatal. Una y otra cosa no es, evidentemente, lo mismo.

Sin embargo, dada la inserción del Senado en una estructura bicameral, el planteamiento anterior tiene unos límites difícilmente superables; de desear apuntarse hacia un formato de tipo *dieta*. Precisamente ello me temo que nos lleve irremisiblemente al mantenimiento del *carácter híbrido* del Senado, según sostuve por escrito hace ya más de veinte años; dicho sea a los solos efectos de recordar el tiempo que llevamos con esta condición, con este condicionamiento, a cuestas.

La fórmula de dieta es, según se sabe, no parlamentaria y no representativa en sentido estricto: precisamente porque actúa una representación de derecho público, no una representación política. Ello nos impide optar por este camino con todas sus consecuencias, aunque debamos partir de la necesidad de incluir en el nuevo Senado una fórmula que acredite indubitadamente que, en la decisión del órgano representativo, está presente la voluntad de cada unidad política descentralizada, de cada Comunidad Autónoma en definitiva. El problema radica en que satisfacer tal exigencia no cabe a costa de sacrificar el carácter *políticamente representativo* de dicha voluntad. Dicho de otro modo, necesitamos hacer presente en el Senado la voluntad de la Comunidad Autónoma en tanto que tal –lo que cabe perfectamente incluso recurriendo a una representación de derecho público– pero al tiempo es preciso que dicha voluntad no diluya totalmente el componente representativo de una asamblea parlamentaria en un Estado democrático, con el que de un modo u otro deberá convivir.[1]

Creo que al avizorar esta dificultad es cuando realmente las dos fuerzas políticas mayoritarias han dado siempre un paso atrás, al menos hasta hoy, ante la reforma del Senado. Aunque ciertamente la negativa a

[1] Lo que plantea una dificultad especial, aunque no insalvable, pues mientras que la representación de derecho público es *binaria*, existe o no, la representatividad carece de dicha naturaleza.

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 207

acometerla haya podido fundarse en factores de coyuntura, estimo que éstos pueden ser vistos hoy como manifestaciones de la dificultad de fondo a que ahora aludo.

III. 1. UNA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL «CONFORME»

Como decíamos antes, el término representación territorial acogido hoy en la Constitución Española no significa lo mismo que en 1978, al menos si somos respetuosos con las reglas más elementales de la interpretación jurídica. La mera constatación de que en el momento de aprobación de la Constitución, la subsunción de todo el territorio del Estado constituido en una estructura políticamente descentralizada no era un futurible aceptado, bastaría para aceptar ahora que el enunciado del artículo 69.1 CE ha ido modificando profundamente su significado jurídico. En definitiva, se quiere establecer lo que, por otro lado, es un dato de hecho para la doctrina: que el Senado pudo haber sido perfectamente una cámara de representación territorial de territorios de muy distinta naturaleza. Incluso hoy es discutible que todos los Senadores «autonómicos» operen la representación de una comunidad autónoma, por más que sí lo sea de naturaleza territorial.

Dicho así, parece quedar claro que la representación territorial que se demanda es la que sitúe, o haga presente en sede de Cortes Generales, la voluntad de unos entes territoriales concretos: las Comunidades Autónomas. Lo que implica una decisión de exclusión en sede parlamentaria de municipios y provincias. Esta es una decisión política de importancia difícilmente ocultable, pues el legislador de la reforma proclama así simultáneamente la existencia de cauces de representación bastantes para dichos entes. O, dicho de otro modo, declara la no necesidad de institucionalizar una presencia de dichos entes territoriales de base local en la segunda cámara.

De este modo, la reforma para *realizar* una representación territorial acorde al mandato constitucional, implica un juicio estimativo; definidor de la acción de representación imputable al Senado, pero también a las Cortes Generales en cuanto tales. Nótese que, si hablamos de representación territorial, no estamos aludiendo *prima facie* a que la base u origen de la representación sea el territorio, las hectáreas para entendernos, sino a la configuración de un órgano capaz de hacer presente e incorporar, de objetivar en definitiva, una determinada voluntad de dicha naturaleza. Como consecuencia de ello, y de la exigencia de representatividad del Estado democrático, dicha opción requiere un procedimiento congruente de selección de los miembros que han de integrar el órgano que actuará dicha representación *especial*.

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 208

La representación territorial de que hablamos sería así, curiosamente, un tipo de representación paradójicamente opuesta a la que reputamos hoy más genuinamente territorial, es decir, la que imputamos a los denominados senadores autonómicos que, siendo elegidos o pudiendo ser designados incluso por el ejecutivo (por más que ninguna Comunidad haya optado formalmente por esta última solución), son cooptados por el Parlamento autonómico correspondiente. Pero precisamente este procedimiento de elección, que les hace indudablemente representativos, les impide representar a la Comunidad Autónoma. Por ello quizá optan más pragmáticamente por seguir las instrucciones políticas de su portavoz de grupo, y no las que hipotéticamente pudiera dictarles el Presidente de su Comunidad Autónoma. Son pues Senadores autonómicos *por su origen*, pero nada más lejos de ellos que operar una representación de carácter territorial.

La representación territorial de que hablamos, y que parece precisar nuestro modelo de representación política atendida la realidad del Estado Autonómico, es una representación territorial en sentido propio, es decir, un procedimiento mediante el que se hace presente en sede de Cortes Generales la voluntad del ente territorial, tal y como se formula por el órgano que expresa su voluntad.

Pero esta concepción estricta de la representación territorial, o especial si se quiere, frente a la política, implica unos requerimientos:

1. Una uniformidad en el número y distribución de representantes entre las entidades territoriales representadas.

2. Un sistema de selección que acredite un nexo *cierto* entre representante y entidad representada garantizando además la permanencia de dicho vínculo. En definitiva, una representación de naturaleza jurídica.

El problema, que no hay por qué ocultar a estas alturas, está en cómo insertar esta nueva categoría en una institución representativa como el Senado, cuya composición actual ya es sobradamente heteróclita; una cualidad difícilmente erradicable además. Hay Senadores electos y designados, o circunscripciones manifiestamente desiguales –unas prefijadas en la norma constitucional y otras no-, etc. Esta consideración no debe entenderse como reproche al rigor taxonómico del constituyente, sino como mera constatación de que, en la forma de cooptación de los miembros del Senado, subyacen, o a veces incluso se solapan, vínculos entre elección y representación de diversa naturaleza. A los que ahora deberá añadirse esta representación de cada una de las Comunidades Autónomas, que introduce otro nuevo nexo.

Es preciso añadir todavía una reflexión sobre el carácter necesariamente provisional de esta aproximación al concepto de representación territorial que hemos dado en denominar conforme, o congruente, con el conjunto

199-212-Estado autonómico10 3/10/05 13:00 Página 209

institucional constitucionalmente reflejado. Si, según es moneda común, nuestro Estado Autonómico es una respuesta singular y relativamente original a una específica demanda de descentralización política, deberemos quizá también tener la prudencia de experimentar y agotar mecanismos que, hasta ahora mismo, sólo están en una fase inicial de funcionamiento. Este es el caso de determinadas estructuras de cooperación, cuyo desarrollo difícilmente ha sido posible hasta que no se ha producido la generalización de determinadas competencias a todas las CCAA. Aunque todavía más incipiente parece la conciencia de la necesidad de cooperación, eso que de modo rimbombante venimos denominando lealtad institucional o «sentido de Estado», y que, en realidad, es, en un Estado descentralizado, fruto de la necesidad que nace del interés. Así nos parece estar viéndolo en aquéllas competencias que más seriamente amenazan el equilibrio económico del Estado Autonómico y de las CCAA que lo integran: las dificultades comunes se tornan genuinos vectores de estructuras de cooperación formalizadas según conveniencia.

En este sentido es preciso llamar la atención sobre la escasa validez de la representación territorial aquí estudiada para hacer valer intereses legítimos, pero sólo intereses, de los entes territoriales. Ya desde la experiencia federal americana sabemos que, si de intereses se trata, nadie como uno mismo para hacerlos valer. Y para eso están los ejecutivos y las estructuras de cooperación precisas. Hay por este lado un cierto riesgo de creer que una reforma del Senado va a producir resultados terapéuticos directos en determinadas disfunciones del Estado Autonómico.

IV. PARA QUÉ NO SIRVE LA REFORMA DEL SENADO

El papel de los constitucionalistas, llegadas las cosas al punto en que parecen encontrarse, no consiste –al menos en nuestro criterio– en proponer un contenido concreto de la reforma, pues, como ya se sugirió, se trata de una materia sólo políticamente discernible en sus aspectos determinantes; y siempre, y sólo, en términos de compromiso entre los actores políticos.

Pero sí me parece que forma parte muy principal de nuestra misión advertir de las limitaciones del derecho. También del constitucional y, por lo mismo, del limitado alcance de una reforma institucional como la que nos ocupa.

Es muy frecuente escuchar afirmaciones que postulan un Senado-foro de las CCAA, donde éstas manifiesten los puntos de vista de los diversos ejecutivos autonómicos sobre temas especialmente sensibles para el buen orden y funcionamiento del Estado Autonómico. Es igualmente frecuente también escuchar la apología de un Senado, por venir, en donde las CCAA concluyan acuerdos ordenadores de los intereses en conflicto, a

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 210

base de concordia y negociación. Bien, creo que debe quedar claro que todo esto –muy en especial lo segundo– es manifiestamente ajeno a cualquier acepción de representación territorial que se acoja. El Senado español de la Constitución de 1978 nunca podrá ser una cámara de ejecutivos autonómicos; pero no porque a ello se oponga la arquitectura constitucional existente, sino porque ese modo de resolución de conflictos en los Estados compuestos no se compagina con la realidad. El espacio de negociación de intereses en conflicto es el de –y entre– los ejecutivos; a través de una gran variedad de órganos perfectamente descritos en los manuales respectivos. Pero ese espacio no es, usualmente, un espacio parlamentario, ni todavía menos un órgano constitucional. Cuando se defienden estas posiciones, se está ya embocando la conocida paradoja de *Madison* descrita por DEHOUSSE, es decir, en el comienzo del descrédito de la Cámara a la que se le atribuyen, en términos estrictamente virtuales, tales bondades.

En todo Estado altamente descentralizado, la ausencia de acuerdo por parte de las unidades políticamente descentralizadas no hace sino entregar el objeto de decisión a la cámara que actúa la representación política directa del pueblo. Los conflictos territoriales irresolutos, transmutados así en estrictamente políticos, son pues dirimidos por el órgano directamente representativo del pueblo, por la cámara de representación política. Con el consiguiente debilitamiento y perjuicio de la cámara de representación territorial.

Si se atiende bien a este aspecto, quizá no sea muy conveniente concebir un Senado a base de un criterio exclusivo de representación territorial en sentido estricto. Quizá mantener una composición híbrida no sea, después de todo, una mala idea democrática...

V. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones expuestas parece oportuno proponer algunas consideraciones finales.

1. Formulada ya una «agenda de reforma» y sensiblemente diluido el respeto reverencial a la reforma, aparece la reforma del Senado en su auténtica dificultad: cómo articularla. La rigidez formal y la no menos importante rigidez *simbólica* nos habían protegido hasta ahora de la exigencia de la concreción, si exceptuamos meritorios esfuerzos de algún especialista. Pero, ahora, a aquélla dificultad se une la prudencia, que se alimenta del fracaso experimentado en los pasados intentos de reavivar el Senado mediante el recurso a modificaciones reglamentarias que, sin embargo, lo mantuvieron tan cumplidor de sus obligaciones constitucionales cuan políticamente mortecino. Ahora se trata de reformarlo desde la Constitución; y un fracaso en su reforma ya no encontraría más paliativo que el del carácter colectivo

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 211

del intento, derivado de las mayorías exigidas por el procedimiento de reforma constitucional. Bien se podría decir que, mientras hemos estado instalados en la dificultad de la reforma, vivíamos mejor.

2. Ahora se trata, constatada una cierta voluntad de reforma que, sin embargo, todavía no parece claramente formalizada por todas las fuerzas políticas con idéntico alcance, de articular el objeto de decisión. O, lo que es lo mismo, se debe definir una reforma del Senado instrumentando un conjunto de modificaciones al servicio de un diagnóstico sobre el que sí parece haber cierta coincidencia de criterio.

3. Pero para que este proceso permanezca vivo es preciso que, cuanto antes, perdamos el miedo a las palabras. Ello incluye verbalizar que el objeto de reforma, por serlo el Senado, lo son las Cortes Generales, dado que en todo sistema bicameral la actuación sobre la composición o competencias de una de las Cámaras modifica necesariamente el status y función de la otra. Se trata por tanto de un juego *suma-cero*, en términos de competencias, pero también en clave de representación simbólica y, por ende, de legitimidad política.

4. Es preciso, en todo caso, reformar el Senado desde la conciencia de que no se trata de corregir un error del constituyente; algo que puede llegar a inferirse implícitamente de las duras críticas que recibe su actual configuración. Se trata de adaptarlo al éxito logrado por la Constitución de 1978 en la configuración del Estado Autonómico que disfrutamos.

5. El desajuste orgánico y funcional del Senado actual, tan fuera de discusión, ha creado un espacio de consenso, aunque no todavía el consenso, sobre su reforma. Esta necesidad es consecuencia de la Constitución y su exitoso despliegue. Pero dicha necesidad no está en la Constitución, por más que su despliegue la haya provocado. Hay aquí por ello un «espacio de creación o innovación» para el legislador de la reforma aunque, como se ha visto, presenta perfiles problemáticos en cuanto a su amplitud real y verdadera. Pero lo hay.

Quizá a la vista de lo anterior, a la vista de todos los condicionamientos existentes, todo aconseje una reforma de mínimos dirigida a integrar de modo eficaz e indubitado la voluntad de las CCAA en la formación de la voluntad estatal.

Quizá debamos dejar que el tiempo constitucional y democrático futuro nos vaya indicando los pasos posteriores una vez roto, definitivamente, el «velo de la reforma».

Quizá, después de todo, no sea tan malo seguir contando con una cámara *reformada* de reserva, a la que poder recurrir de nuevo en un hipotético futuro.

199-212-Estado autonomico10 3/10/05 13:00 Página 212

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 213

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN DE LAS CCAA EN LA ORGÁNICA DEL ESTADO: LA REFORMA DEL SENADO

Rafael de Agapito Serrano
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

La más grave deficiencia de la situación constitucional actual reside en el desfase existente entre la consolidación de la descentralización política, que es ya estructura y base del funcionamiento del Estado, y la precariedad de la regulación del Senado, esa Cámara que la propia Constitución define como Cámara de representación territorial.

Los constituyentes, con una audacia y amplitud de perspectiva sorprendentes, abrieron la puerta a una descentralización política del Estado que ha supuesto una profunda ruptura con nuestra tradición de Estado unitario. Sin duda pesó en su conciencia el atraso y las deficiencias de la instauración y el desarrollo de nuestro Estado constitucional en etapas históricas anteriores, en las que ni la representación política ni la función de las instituciones centrales se ajustaron por entero ni siquiera a los criterios de racionalidad del Estado liberal. Y también pudo pesar entonces la tendencia actual generalizada a responder a la complejidad de las sociedades actuales con este mecanismo de la descentralización, que busca acercar las decisiones del Estado a sus destinatarios. Pero, sean cuales fueran las razones que entraron en juego entonces, el hecho es que la Constitución abrió, en definitiva, una vía para establecer y potenciar la función constitucional de la descentralización política.

La función real del Senado, sin embargo, siendo entonces imprevisible el desarrollo del Estado Autonómico, quedó en la CE meramente enunciada. El que su configuracion representativa acabara dando como resultado un mero reflejo de la composición política del Congreso, y que su peso en el procedimiento legislativo *ex* art. 90 sea tan escaso, ha llevado a este órgano del Estado a la inoperancia. Es cierto que ha habido intentos de desarrollar su función a través de la reforma del Reglamento de la Cámara, como con la Comisión General de las Autonomías, pero pueden entenderse más bien como reflejo de la mala conciencia de las distintas mayorías políticas por posponer una y otra vez el desarrollo constitucional de unas funciones efectivas para el Senado. La actual Conferencia de Presi-

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 214

dentes apunta en una dirección adecuada, pero sólo puede considerarse como algo provisional o transitorio. En cualquier caso, lo que ha tenido efectividad en este terreno han sido las Conferencias Sectoriales, que han operado sin duda como un instrumento eficaz, pero sin que pueda pasarse por alto que operan fundamentalmente en la vía ejecutiva. [1]

En términos generales, el hilo conductor de este proceso de descentralización política ha sido entender el principio de autonomía únicamente desde su dimensión negativa, es decir, básicamente como una garantía de la autonomía frente a las instancias centrales. Y ello haciendo caso omiso de que, junto a la tendencia hoy casi general hacia la descentralización en todos los Estados constitucionales, es también evidente que algunas de las decisiones básicas que corresponden a las instituciones centrales afectan, se quiera o no, de un modo sustancial incluso a aquellos ámbitos que han sido definidos como competencias exclusivas de las Comunidades.

No es trivial tampoco recordar aquí que, con alguna frecuencia, para la formación de mayorías políticas han sido necesarios acuerdos entre partidos nacionales y regionales, y que esto ha supuesto en la práctica conceder tácitamente a alguna Comunidad una especie de derecho de veto sobre decisiones fundamentales de política general.

Hoy parece que, finalmente, se ha abierto esta cuestión a su tratamiento, y que en buena medida se asume que la posición y la función de las CCAA deben integrarse de forma explícita en la orgánica constitucional mediante la consiguiente Reforma constitucional**.** Esto es, que más allá de las simples necesidades pragmáticas de coordinación administrativa, o de la canalización informal de los intereses de las Comunidades Autónomas a través de la dinámica de los partidos, el Senado debe configurarse como una cámara que refleje claramente una representación específica y diferenciada de los entes territoriales, y que pueda influir de forma directa y efectiva en la legislación general del Estado. [2]

Ahora bien, una reforma del Senado que trate de dar forma a la integración de las funciones constitucionales de las CCAA en la estructura del Estado no se puede plantear como un tema aislado. No cabe limitarse a presentar y debatir, desde un punto de vista meramente técnico, los aspectos concretos de esa reforma, ni asumir compromisos o soluciones políticas, sin reflexionar sobre sus presupuestos y consecuencias constitucionales, ya que el tema tiene implicaciones y consecuencias que afectan a otros campos fundamentales de la normativa y de la práctica constitucionales.

---

[1] Cfr. E. AJA / A. VIVES, «25 años de autonomía». *REDC* 69.

[2] Cfr. las contribuciones que han seguido a las diversas iniciativas para una reforma del Senado que se han ido produciendo: R. PUNSET, *El Senado y las CCAA,* Tecnos 1987; E. ESPIN, *La reforma del Senado,* CEC 1994; PAU I VALL, F. (ed.), *El Senado, Cámara de representación territorial.* Tecnos 1996; AAVV, *Ante el futuro del Senado,* Inst. Est. Autonomics, Barcelona 1996.

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 215

Piénsese, por ejemplo, en el tema de la unidad del Estado, en el que se bascula entre la afirmación y la defensa a ultranza del principio de unidad, por un lado, y la creencia en que una intensificación progresiva del autogobierno de las Comunidades equivale sin más a una ampliación de la legitimidad democrática, por el otro. O bien, piénsese en el efecto que tendría para la dinámica política de los partidos una Cámara configurada con una representación distinta de la del Congreso de los Diputados, acostumbrados, y alentados por el sistema electoral vigente, a buscar y ejercer sin trabas la mayoría electoral obtenida. O bien, finalmente, la cuestión de la realización del Estado social, en la que, sin duda, corresponde a las CCAA un papel de especial relevancia, ya que hoy su acción es determinante en servicios tan básicos como la educación, sanidad, etc.

El problema es complejo, tanto más cuanto que en buena medida las disfunciones presentes tienen que ver con una comprensión y utilización inadecuadas de categorías e institutos constitucionales. Y la dificultad se agrava porque en la propia dinámica política se están poniendo en juego conceptos que son confusos, y que operan como frenos efectivos para el desarrollo constitucional de este órgano y de la función que podría realizar.

A mi juicio hay tres aspectos que tienen especial relevancia a la hora de comprender todo el alcance constitucional que tiene plantear la reforma del Senado, y que requieren una aclaración:

1) La supuesta contraposición entre los principios de unidad y de autonomía en un Estado constitucional democrático,

2) Las resistencias a incorporar y aplicar a la representación y al proceso políticos las consecuencias de una integración coherente del principio de autonomía, y, finalmente

3) los obstáculos que se plantean para admitir una participación efectiva de las CCAA en la orgánica constitucional.

II. LA CONTRAPOSICIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DE AUTONOMÍA

El art. 2 CE recoge, al mismo tiempo, el principio de unidad y el principio de autonomía, y en el texto constitucional se habla ciertamente de nacionalidades y regiones. Pues bien, tomando pie en la letra del precepto, se viene defendiendo que la Constitución impone la obligación de reconocer un «hecho diferencial» entre las CCAA, y de ello se infiere que en la configuración del Senado tendría que aplicarse un criterio de asimetría para hacer justicia a esa determinación. [3]

---

[3] *Vid.* LEGUINA VILLA, J., «La reforma del Senado y los hechos diferenciales», en: *RAP* 143 (1997). RUIZ RUIZ J.J. «La reforma constitucional del Senado en España y la asimetría del Estado autonómico»,. en: *El Senado. Cámara de representación territorial.* Tecnos 1996; CASTELLS ARTECHE J.M., «El Senado

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 216

Esta pretensión se mantiene a pesar de que, desde una interpretación sistemática o de conjunto de la Constitución, como exige la Disp. Adic. 1ª, no se encuentra ningún apoyo que dé pie para mantener o desplegar esa diferencia. La diferenciación de competencias asumibles por las Comunidades sólo aparece como un límite temporal, y el texto constitucional está cargado de prescripciones que expresan, como derechos y como fines del Estado, la exigencia de mantener un equilibrio en la situación jurídica y social de las Comunidades Autónomas (cfr. arts. 149, 139 …).

El hecho es que, en una amplia medida, el principio de autonomía se ha entendido básicamente en un sentido negativo y, consecuentemente, las relaciones entre CCAA y Estado se han polarizado en la dimensión vertical de la relación entre cada Comunidad con las instituciones centrales, o, formulado con más exactitud, con el Gobierno, y ha quedado en suspenso la dimensión horizontal de la relación entre Comunidades. Esa relación bilateral ha llegado a extremarse, en algunos casos, en posiciones que oponen el autogobierno de éstas, como intensificación de la democracia, a la función constitucional de las instituciones centrales, y que defienden diferencias sustanciales entre las mismas Comunidades.

Pues bien, como soporte de esta concepción negativa y diferenciadora de la autonomía se utiliza un concepto de pueblo, como titular del autogobierno o de la autodeterminación, que es confuso. Es confuso porque en estas propuestas ese «pueblo» se identifica con el concepto de Nación que es propio del romanticismo o del historicismo de comienzos del XIX. El pueblo se entiende aquí como etnia o como unidad cultural o histórica, y a partir de él se da el salto a la idea de Nación, que tiene en ese formato la connotación directa de su independencia y soberanía.[4]

Este significado de pueblo, sin embargo, no se corresponde hoy con una concepción constitucionalmente adecuada a la idea de un Estado social y democrático de derecho. Utilizar el concepto de pueblo con este significado supone entenderlo como un sujeto colectivo basado en supuestos rasgos o características particulares, que se imponen de forma homogénea para todos los ciudadanos. Y esto plantea un obstáculo difícil de salvar para la tarea de comprender y articular de forma coherente los principios de unidad y de autonomía. Bajo esta perspectiva no resulta fácil tampoco definir la función constitucional del Senado, esto es, su definición como el órgano a través del cual debe articularse la participación de estos entes territoriales en la toma de unas decisiones que, desde un punto de vista constitucional, sólo se pueden justificar desde el criterio de su validez general.

---

y el reconocimiento del hecho diferencial», en: *Ante el Futuro del Senado, op. cit.;* E. Argullol Murgadas, «Uniformidad y diversidad en la posicion de las CCAA en el Senado», en: *Ante el futuro del Senado*. Barcelona 1996.

[4] *Vid.* E.W. Böckenförde, «La democracia como principio constitucional», en Id., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia», Ed. Trotta, 2000.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 217

Un concepto constitucionalmente adecuado del «pueblo» no puede confundirse con el mero ejercicio fáctico de la voluntad de un sujeto, sea cual sea el rasgo particular que lo identifique como tal sujeto. Y su condición de «soberano» no puede limitarse sólo a la afirmación de su capacidad formal, y por tanto ilimitada, para tomar decisiones sobre su futuro[5]. Su condición de soberano depende de que vaya acompañado también de las condiciones de libertad que permitan que esas decisiones se tomen libre y por lo tanto democráticamente. La idea de un pueblo soberano tiene, pues, también una dimensión sustantiva: la de que ese sujeto es «soberano» no sólo porque pueda decidir en abstracto lo que quiere, sino porque dispone también de un conjunto de libertades que aseguran la autonomía de la decisión de los ciudadanos. Y es evidente que esas libertades serán tanto más efectivas si están reconocidas y aseguradas a través de las garantías propias de una norma jurídica fundamental.

En este sentido, por ejemplo, el «pueblo» al que el art. 1, 2 CE atribuye la soberanía nacional es soberano porque además es titular de los derechos fundamentales, y es soberano en la medida en que pueda ejercer de modo general y efectivo las libertades garantizadas por la Constitución. La consecuencia de esta definición jurídico-constitucional del pueblo como soberano es, pues, que es en tales derechos, o más exactamente en su vigencia general y efectiva, donde pueden tener su fundamento tanto la «unidad» del Estado español como la «autonomía» de los entes territoriales.[6]

Desde el momento en que se reconoce como ineludible la necesidad de que la categoría jurídico-constitucional de la soberanía popular (y de su correlato actual que es hoy el principio democrático) tiene que ir acompañada de condiciones de libertad, y de que éstas se aseguren como garantías jurídicas sustantivas, la norma jurídico-fundamental que las recoja se presentará como un patrón ineludible de la validez de todas las propuestas que se realicen a su amparo. En otras palabras, si se asume que todo criterio de legitimidad reside en que cualquier decisión tiene que estar vinculada a garantías jurídicas sustantivas de libertad, es lógico entender que cualquier propuesta que se plantee estará sometida a algun límite: el de que ninguna puede suponer una merma o una reducción en el nivel de libertad alcanzado y asegurado ya por esa norma fundamental, tanto en lo que se refiere a las condiciones del procedimiento de toma de las decisiones como a la finalidad de la propuesta[7].

Sobre la base de esta aclaración carecen de justificación dos tipos de estrategias argumentativas que se han utilizado en este terreno, porque simplifican ostensiblemente la cuestión:

---

[5] Sobre las aporías históricas del concepto de poder constituyente, P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* Tecnos 1985.

[6] Cfr. J.J. SOLOZÁBAL, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma politica española.* Madrid 2004, esp. aquí Primera Parte: Cuestiones autonómicas.

[7] Cfr. E. ALAEZ CORRAL, *Los límites materiales de la reforma de la C.E. de 1978.* CEC 2000.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 218

Por un lado, la que se promueve desde el punto de vista nacionalista, al argumentar que existe un conflicto entre una opción plenamente justificada porque pretende lisa y llanamente un ejercicio fáctico de la democracia, un ejercicio del poder originario de un pueblo, y otra opción que se opone a ella desde las normas del Estado. En base a esta apelación a la democracia, se reprocha a esta segunda opción que no tenga otro apoyo que el de defender la vigencia de una norma jurídica positiva que, aunque sea una norma constitucional, no deja de ser mero derecho positivo, y por tanto modificable. En esta estrategia de argumentación, democracia y derecho aparecen como algo contrapuesto. Y esto es algo que desde las premisas del desarrollo constitucional alcanzado hasta hoy carece de sentido.

Por el otro, la estrategia que se plantea, en parte, desde las instancias centrales, al tratar de responder a este «conflicto» desde un concepto de unidad que no utiliza, sin embargo, todas las posibilidades que ofrece una interpretación constitucional sistemática de este principio.

Y el hecho es que la confrontación entre ambas posiciones no deja ver que lo que está en juego en el actual contexto constitucional es una nueva concepción del Estado, o más exactamente de la unidad del Estado; que la unidad no puede ni descargarse sobre las competencias y la acción de las instancias centrales del Estado, ni tampoco entenderse por éstas, a la inversa, como patrimonio suyo.

La unidad que proclama el art. 2 CE no puede interpretarse como el reconocimiento de un «hecho» previo e indiscutible, cosa que sin embargo se hace con frecuencia cuando se recurre a la expresión de una «unidad indisoluble». Su significado sólo puede descifrarse desde la Constitución misma, no desde cualquier elemento externo a ella. Y, de acuerdo con la norma fundamental, la unidad tiene que interpretarse, en primer lugar, no como un hecho que, además, se declara indiscutible, pues en nuestra Constitución no hay cláusulas de intangibilidad, sino más bien como un principio constitucional; un principio, por tanto, que tiene la función de orientar la interpretación del texto constitucional y de su desarrollo a través de las leyes. Y, en segundo lugar, la unidad no puede entenderse tampoco, consecuentemente, como algo meramente dado, sino más bien como una tarea, como un proceso que se orienta de acuerdo con la finalidad de construir el Estado social y democrático de derecho que la propia Constitución prescribe.

En estos momentos está sobre la mesa una propuesta casi generalizada de reforma de los Estatutos[8], en la que se incluyen pretensiones que pueden afectar sustancialmente a la unidad del Estado. Y, desde un punto

[8] Cfr. C. Viver i Pi-Sunyer, F. Balaguer y J. Tajadura Tejada, *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Especial referencia al caso de Cataluña*, Madrid, 2005. J.J. Solozábal, *Nación y Constitución, op. cit.* Parte segunda.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 219

de vista constitucional, no tiene por qué escandalizar a nadie que puedan plantearse propuestas que impliquen, incluso, una segregación de parte del territorio y de la población. Los Estados nacionales son siempre algo histórico, que puede variar en el tiempo, aunque no sea indiferente cómo y hacia dónde lo hagan. Es precisamente el ejercicio de los derechos y libertades garantizados por la Constitución lo que permite, sin duda, defender cualquier pretensión. Pero, eso sí, la misma lógica del respeto a esos derechos y libertades excluye que puedan utilizarse medios de coerción directa o indirecta que limiten la libertad de pensamiento y de decisión de los interesados.

Es evidente que cualquiera de las propuestas, y especialmente las de carácter extremo, afectan en primer plano a los ciudadanos que residen en las correspondientes Comunidades. Pero, ciertamente, estas propuestas no les incumben sólo, o exclusivamente, porque sean portadores de una naturaleza singular, sino específicamente por su condición de ciudadanos dotados, a través de una Constitución, de unos derechos y unas libertades que corresponden por igual al resto de los ciudadanos del Estado. Cualquier propuesta, pues, tiene que respetar y contar con esos derechos y libertades de los ciudadanos, base de cualquier decisión realmente libre, así como con los procedimientos que garanticen que las decisiones tengan la suficiente justificación y aceptabilidad general. Cualquier propuesta que afecte, con mayor o menor intensidad, a la unidad, se refiere y afecta en definitiva al conjunto de ese sujeto soberano que es el pueblo.

Esta es la razón por la que los órganos constitucionales del Estado en su conjunto están legitimados para actuar jurídicamente y para participar política y democráticamente en estos procesos de toma de decisiones. Y lo están en una doble dirección:

Por una parte, desde un punto de vista jurídico-constitucional, porque tienen que cumplir con su obligación constitucional de asegurar y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, y particularmente para esa parte del pueblo español que son los miembros de cada Comunidad.

Por la otra, desde un punto de vista político-democrático, porque tienen que representar políticamente en el proceso en curso los intereses del resto de los ciudadanos del Estado español, que son tan legítimos como los de aquéllos, pues tales propuestas pueden afectar a los niveles de libertad social general que se hayan alcanzado en la sociedad.

Esta interpretación de la unidad vale, no obstante, no sólo de cara a los planteamientos extremos, sino también y ante todo para el funcionamiento normal de las instituciones del Estado. En buena interpretación jurídica, ambos principios, el de unidad y el de autonomía, no pueden interpretarse constitucionalmente como principios contrapuestos. Pero, ciertamente, la potencialidad contenida en su integración coherente sólo se puede desplegar y hacer efectiva si se asumen sus consecuen-

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 220

cias para el proceso político, tanto en lo que se refiere a la representación política como a su participación efectiva en la toma de decisiones a través de la orgánica constitucional. Y en el centro de este desarrollo está la figura del Senado.

III. LA SUPERACIÓN DE RESTRICCIONES DEL PROCESO POLÍTICO DERIVADAS DE LA IDENTIFICACIÓN DE DEMOCRACIA Y PRINCIPIO MAYORITARIO

Un segundo factor que ha frenado y sigue dificultando hoy el desarrollo del Senado es la tendencia a confundir o identificar sin más la democracia con el principio de la mayoría.

Como justificación de esta identificación se ha hecho, y se hace uso, de distintos argumentos: que la legitimación democrática que se obtiene al alcanzar una mayoría electoral legitima a quien la tiene para realizar su programa sin más «trabas». O también el argumento genérico de la necesidad de eficacia del ejecutivo, como una necesidad sistémica de las sociedades complejas actuales. Y, por parte de posiciones nacionalistas, se recurre a este principio apoyando sus pretensiones en una «mayoría» que, como expresión del pueblo como sujeto colectivo, se identifica sin más con la voluntad de todos[9].

La consecuencia de esta dinámica política es que no interesa que exista ninguna otra instancia u órgano, basado en una representación distinta, pues puede frenar, o simplemente añadir una mayor complejidad, a la actuación y a la toma de decisiones de la mayoría[10].

El principio de la mayoría tuvo ya una temprana justificación en etapas previas al Estado constitucional. La posibilidad de tomar decisiones por mayoría, eludiendo la exigencia de unanimidad, se planteó ya en los Consejos de las ciudades italianas como el medio de evitar el veto de una minoría. La decisión mayoritaria aparece así desde entonces como un instrumento que hace posible el desarrollo del derecho; que impide, por tanto, el bloqueo o la paralización de un progreso en la normativa vigente frente a la opción de mantener conservadoramente la situación existente[11]. Pero ya en ese mismo momento se puso de relieve el lado negativo de este principio, cuando se lo utiliza para legitimar a la parte como si fuera el todo.

---

[9] *Vid.* la panorámica que se ofrece sobre estas cuestiones en A. Garrorena Morales (ed.), *El parlamento y sus transformaciones actuales.* Tecnos 1990. Cfr. F. López Ruiz, «Los conceptos de todo y parte en el estudio de los Estados compuestos», en: *REDC*, 49.

[10] *Vid.* Ferri Dura, J.E., «La actitud de los partidos políticos ante reforma del Senado», en: F. Pau i Vall, *op. cit.*

[11] Cfr. E. Ruffini, *Il principio maggioritario.* Profilo storico. Adelphi Edizioni 1976.

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 221

En el contexto del Estado constitucional este principio recibe también esta misma justificación: tiene la función de hacer posible un desarrollo del derecho de acuerdo con las necesidades e intereses generales que vayan definiéndose en la vía política. Pero también en él se ponen de relieve desde sus comienzos los límites de este principio, ya que se entiende que el criterio de legitimación de las decisiones normativas no puede ser otro que el de su carácter general. Es claro desde entonces que la mayoría no coincide automáticamente con la justificación general de las propuestas y decisiones[12]. Y en un Estado que asume el principio democrático no cabe olvidar que la democracia se refiere a todos los ciudadanos.

Una confusión entre principio mayoritario y democracia en un Estado constitucional tiene efectos distorsionantes para la función del proceso político, y los tiene en un sentido reductor. Tal reducción tiene además consecuencias más graves en un Estado que reconoce una amplia descentralización política.

Ciertamente toda regulación de los distintos elementos de que se compone el proceso político, desde la fase electoral hasta la del trabajo parlamentario, ha de tener, desde luego, la función de hacer posible que se llegue a decisiones, de que sea posible gobernar. Y el principio mayoritario es uno de los instrumentos adecuados para ello. Pero este criterio de la eficacia sólo mantiene su justificación si va acompañado en todas sus fases de un elenco de garantías adicionales que sean suficientes como para asegurar que el proceso cumple en todo su alcance la función que le corresponde constitucionalmente[13].

Desde los presupuestos del Estado constitucional, el proceso político no puede contraerse hasta ser sólo el medio a través del cual se determina la opción mayoritaria que va a ejercer las funciones de Gobierno; ni tampoco el medio en el que se dirime la pugna entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, cara a una posible y ulterior alternancia en la posición de Gobierno. En un Estado constitucional democrático, en el que hay que suponer que sigue en pie la vieja pretensión de establecer un gobierno de las leyes, y no de los hombres, no se puede olvidar que la función básica del proceso político es la tarea de elaborar y aprobar normas de carácter general[14]. Y es en relación con esta función como pueden y deben ponerse de manifiesto las condiciones necesarias para que el proceso político cumpla con toda su función constitucional.

Estas condiciones remiten, pues, a un complejo de garantías que tendrá como misión asegurar que las normas resultantes de este proceso obten-

---

[12] *Vid.* la referencia a límites internos y externos del principio de la mayoría en E.W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*

[13] Sobre ello *vid.* «Teoría de la democracia representativa y Parlamentarismo», cap. 2 de la obra A. LÓPEZ PINA (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo,* Servicio de Publicaciones del Senado, 1994.

[14] M. KRIELE, *Introducción a la teoria del Estado,* Gedisa 1984, Parte Segunda, cap. 1.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 222

gan y alcancen una validez general. Y en el desarrollo del Estado constitucional democrático tales condiciones se han llegado a formular poniendo al descubierto los dos presupuestos fundamentales de la validez general del derecho:

– Las decisiones normativas del Estado a las que se llega a través de la vía política tienen que tomarse a partir de una información no recortada de los intereses existentes en la sociedad, o expresado de forma más gráfica, a partir de una «información democrática» de los intereses en juego.

– Y, a su vez, sólo podrán resultar justificadas en el caso de que se llegue a ellas a través de una participación efectiva de los interesados en tales decisiones, porque sólo esa capacidad de los interesados de influir de forma efectiva en las decisiones puede asegurar su aceptación «general».

Estos presupuestos del proceso político requieren, en particular, que se concreten y desarrollen en los mecanismos constitucionales de la representación política y de la regulación del trabajo parlamentario.

Requieren, en primer lugar, que se desarrollen garantías para que en el proceso de deliberación o discusión estén presentes, sin restricción injustificada, los diversos intereses que puedan verse afectados en las propuestas planteadas. Es el contenido de estos diversos intereses el que debe actuar como fuente u origen de las propuestas, y el patrón con el que podrá medirse la adecuación de las decisiones normativas a la realidad social.

Y, en segundo lugar, requieren también que la decisión final se apoye realmente en el desarrollo de un proceso de argumentación, en el que haya sido ineludible contrastar las propuestas con todos esos intereses, y hacer expresas las razones que avalan su pretendida justificación general. A estos efectos, pues, la participación de los interesados es condición sine qua non de la justificación de la decisión final.

Cara a estas exigencias, y tal como está configurado actualmente el proceso político, la situación resultante es que la representación de los entes territoriales queda al margen de este proceso, o sólo se introducen en él de forma indirecta a través de la acción de los partidos políticos. Y, de esta forma, se desaprovechan las posibilidades inherentes al mecanismo de la descentralización política. A esta situación han contribuido tanto las CCAA como las instancias centrales: las primeras han entrado en una dinámica de defensa meramente negativa y expansiva de la autonomía, a la cual las segundas contraponen directamente las necesidades pragmáticas de la coordinación. Y la consecuencia de ello es que la reducción del proceso político a esa dinámica de mayorías en torno al Ejecutivo ha condicionado no sólo que la adecuada información sobre los intereses específicos que representan las CCAA carezca de acceso directo al proceso político, sino también, y especialmente, que éstas no

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 223

tengan la posibilidad de que sus intereses influyan directamente en la elaboración de la legislación general[15].

Frente a ello, es preciso poner de relieve que esta influencia directa en la legislación general representaría de hecho una ampliación y un desarrollo de la efectividad del autogobierno atribuido a las CCAA por la Constitución, pues supondría incorporar la posibilidad de que condicionen la formación de la voluntad del Estado desde sus propios intereses. Y a esto se añaden además las garantías que implica la participación política a través de la vía parlamentaria. Las garantías de la vía parlamentaria se orientan en principio a aportar las condiciones necesarias para asegurar que el análisis y las decisiones parlamentarias tengan que llevarse a cabo de forma pública y mediante una obligada justificación. Sin ese carácter público de la participación difícilmente puede hacerse efectiva la responsabilidad política de todos los actores, tanto de las instancias centrales como de las Comunidades Autónomas, lo cual es consustancial a todo Estado democrático de derecho.

La participación directa de los entes territoriales en la legislación general remite finalmente a un tercer aspecto que requiere consideración: el del desarrollo de la orgánica constitucional en coherencia con los presupuestos y potencialidades de la descentralización política.

IV. LOS OBSTÁCULOS PARA UN DESARROLLO DE LA ORGÁNICA CONSTITUCIONAL ACORDE CON LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA.

La concepción de la naturaleza de nuestro Estado de las Autonomías sigue manteniéndose en una marcada ambigüedad, como se comprueba examinando el tipo de afirmaciones que se han ido formulando en relación con la forma del Estado Federal. Entre las opciones políticas más volcadas en favor de un aumento del autogobierno se viene utilizando la noción de Estado federal en direcciones contrapuestas.

Defienden unos, de forma poco clara, que es necesario un desarrollo federal de nuestro Estado de las autonomías, porque esto permitiría alcanzar una intensificación del autogobierno, más allá del que existe en la situación actual. Pero el hecho es que la forma de Estado en la que se está pensando aquí es la de una unión de tipo confederal. No se tiene en cuenta que, en lo que se refiere a la intensidad de la descentralización politica, no existe ya una diferencia neta entre un Estado federal tipo y nuestro Estado de las Autonomías. Y, por lo demás, en algún aspecto la garantía de la autonomía está más reforzada en nuestro Estado

[15] Cfr. A. Perez Calvo (ed.), La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado. Tecnos 1997.

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 224

de las Autonomías de lo que es usual en un Estado federal. Recuérdese simplemente la exigencia en algunos Estatutos de un referendum para su reforma, de forma que, una vez que se incorporan competencias al Estatuto, sólo se podría dar marcha atrás con el consentimiento de la población de la comunidad correspondiente.

Otras posiciones, en cambio, se oponen a un desarrollo de nuestro Estado hacia la forma de un Estado federal, en base a las connotaciones de igualdad y homogeneidad de peso de los entes territoriales en la composición de la segunda cámara y en el criterio de su participación en las decisiones generales. Desde la concepción meramente negativa de la autonomía se intenta aquí eludir la configuración del Senado como cámara de participación efectiva de las CCAA en la legislación general, o bien se defiende una configuración de esta cámara desde un criterio asimétrico que reconozca un peso distinto a las diversas comunidades.

Estos planteamientos tienen sin duda poco que ver con la búsqueda actual, práctica y doctrinal[16], de un nuevo significado para la categoría y el instrumento del federalismo en el contexto de nuestro constitucionalismo democrático y social[17]. Ejemplo de esta búsqueda podría ser esa caracterización inicial del federalismo alemán de K. Hesse como «federalismo unitario», y que ha acabado cuajando en el concepto más complejo del «federalismo cooperativo»[18].

La búsqueda se centra en este campo en dar respuesta a un problema de fondo que es común a todos los Estados actuales dotados de una descentralización política: el problema, por un lado, de reconocer el innegable aumento actual del peso de las decisiones de las instancias centrales, que deriva no sólo de la legitimación de la función del Estado para intervenir en el proceso social, sino también, y especialmente, de las obligaciones del Estado vinculadas a su definición como Estado social; y, por el otro, el de resolver la necesidad de conservar en estas sociedades complejas las ventajas de la descentralización política, tanto en lo que se refiere a la eficacia de la gestión como a la obtención de información más detallada para la toma de decisiones generales.

Cara a estos dos aspectos cabe actualizar la justificación constitucional a partir de la cual tiene sentido la incorporación de la descentralización política a la configuración de nuestro Estado constitucional. Sin duda, lo primero que habría que destacar es que esta justificación pasa por asu-

---

[16] A. La Pergola, Los nuevos senderos del federalismo, CEC 1994; M. Croisat, El federalismo en las democracias contemporáneas, Barcelona 1995.

[17] P. Lerche, «Föderalismus vor den Anforderungen der Gegenwart», en: AöR 115 (2); J. Isensee, «Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart», en: AöR, 115 (2).

[18] P. Lerche/Gunlicks, «Prinzipien des deutschen und amerikanischen Föderalismus», en: Kirchof, *Germany and its Basic Law,* 1996; E. Alberti Rovira, *Federalismo y cooperación en la RFA,* CEC 1991.

213-228-Estado autonomico11 3/10/05 12:59 Página 225

mir en todo su alcance el respeto al principio constitucional de la autonomía de los entes territoriales, una autonomía que, expresamente, se ha definido con todo rigor como «política».

Pero es preciso aclarar el significado constitucional de esta caracterización de la autonomía como «política». Desde un punto de vista general, la naturaleza política de la autonomía implica, en primer lugar, que no cabe confundir o identificar el autogobierno de estos entes territoriales con el principio democrático. Pues el principio democrático es aplicable normativamente al conjunto de la legitimación del Estado, y la autonomía política de estos entes sólo se refiere a una parte del pueblo español. Este último en su conjunto es el único sujeto al que se le puede atribuir la legitimidad de la voluntad democrática[19].

Y, en segundo lugar, que la naturaleza «política» de la autonomía ha de entenderse en sus propios términos, y esto significa que las diversas propuestas o pretensiones que surjan de ella no pueden tener, o pretender tener, directamente y por sí mismas una naturaleza «política constitucional». Son sólo eso, pretensiones meramente «políticas» y, en cuanto tales, concurren y tienen que confrontarse con todas las que se hagan presentes en el conjunto del Estado[20].

La aclaración de esta relación entre el autogobierno y el principio democrático permite explicitar y precisar la función constitucional que puede corresponder a una participación explícita de las Autonomías en la orgánica del Estado, a través de su actuación en un órgano especializado.

La garantía de la autonomía política de las CCAA, consagrada en la Constitución, obliga consecuentemente a asegurar la existencia de un cauce para la representación de los intereses o necesidades concretos de los ciudadanos que derivan específicamente de la realidad de estos ámbitos territoriales. Desde la complejidad de las sociedades actuales, estos intereses no pueden ser tomados en consideración por las instancias centrales con la misma cercanía y apreciación que pueden tener desde la experiencia de gestión de las CCAA. Y ésta es la razón constitucional que justifica una diferenciación, o desdoblamiento, de la representación política: la referencia genérica a la población como base de la representación del Congreso ofrece un cauce adecuado para el planteamiento de los problemas de carácter global, pero estos problemas son algo diferente de los intereses que afectan de modo específico o particular a los distintos ámbitos de las CCAA.

---

[19] VID. E.W. BÖCKENFÖRDE, «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en: id. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, op. cit.*

[20] La diferenciación entre constitución y política es un componente esencial de la concepción de la constitución como norma jurídico-fundamental.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 226

Además esta garantía supone también, y especialmente, que la función de aportar contenidos concretos a las decisiones políticas generales no agota su alcance en la defensa unilateral de los intereses de cada comunidad frente a las otras. Su justificación constitucional se extiende también a asegurar su participación efectiva en la formación de la voluntad general del Estado[21].

La reforma del Senado tiene pues que orientarse tanto hacia el establecimiento de un cauce de representación política abierta a esos intereses específicos, como también hacia el establecimiento de una capacidad de influir, en condiciones efectivas para todos, en las decisiones legislativas. La efectividad de las competencias que se atribuyan a esta Cámara y el grado de homogeneidad en su composición representativa constituyen de hecho las claves para apreciar su posible contribución efectiva a la formación de una voluntad general del Estado. Sin duda, en ambos aspectos estos criterios podrían matizarse en su aplicación, como ocurre por ejemplo en Alemania; podría establecerse alguna gradación tanto en lo que se refiere al alcance de la competencia de la segunda cámara como a su configuración, pero los criterios enunciados tendrían que mantenerse como referencia inexcusable, si no se quiere ignorar o desvirtuar su función.

En el contexto de una descentralización política, la unidad del Estado sólo puede, pues, construirse atendiendo a ambos criterios. Las posibilidades de una mejor adecuación de las decisiones políticas a esos ámbitos concretos de cada Autonomía, y de una mayor eficacia de la gestión, son algo que es hoy ya viable desde el grado de descentralización alcanzado. Pero, junto a ello, se añade la posibilidad de que las CCAA participen en la toma de decisiones normativas de la política general del país. Cara al aumento del alcance y la repercusión de las decisiones de las instancias centrales, la participación directa de las CCAA en la elaboración de la legislación general puede contribuir a que las condiciones bajo las cuales se toman las decisiones normativas generales se desarrollen en un sentido que haga justicia a la función constitucional del proceso político en un Estado complejo como el que tenemos.

Como cauce de representación y defensa de los intereses específicos de las Comunidades, en primer término, la participación directa de las CCAA supondría la aportación de contenidos específicos, y, consecuentemente, supondría introducir límites materiales en la elaboración de las decisiones que se toman en el nivel de las instancias centrales. Y, en segundo lugar, su participación efectiva en la aprobación de esas decisiones repercutiría sobre las decisiones finales asegurando un grado más amplio de aceptabilidad general que el derivado meramente del juego de las mayorías de partido.

---

[21] *Vid.* J.A. Alonso de Antonio, «El Senado en el procedimiento legislativo ordinario», *Rev. Fac. Univ. Complut.* 86, 1994-5; R. Punset Blanco, «El Senado en el procedimiento legislativo: una reforma imposible», en: A. Garrorena (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales,* A. Garrorena 1990.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 227

Desde el punto de vista de la mecánica constitucional, un desarrollo de la orgánica constitucional que incorpore una actuación propia y efectiva del Senado como cámara de representación territorial tendría, cuando menos, dos consecuencias plenamente acordes con los presupuestos de un Estado democrático y social:

A) El desarrollo de la posición del Senado en el proceso político y parlamentario introduciría una mayor complejidad, y un contrapeso, al juego y a la dinámica de las mayorías con las que opera el Ejecutivo[22]. Desde luego, además del acuerdo que se alcanzara en el Congreso, sería necesario lograr la aceptación de un órgano que se articula con una representatividad claramente diferenciada, y que opera a través de una discusión horizontal entre las Comunidades como base de su intervención en el procedimiento legislativo. Esto representaría, sin duda, una mayor dificultad a la hora de tomar decisiones, pero tendría sin embargo como correlato el que decisiones políticas normativas tuvieran una mayor concreción y adecuación a la compleja realidad social actual. Y parece lógico pensar, además, que la existencia de un órgano en el que estuviera articulada de forma efectiva la representación territorial y esa vía horizontal para llegar a acuerdos tendría, como mínimo, el efecto de que los conflictos de intereses no pudieran ya desviarse hacia un enfrentamiento bilateral entre las Comunidades y el Gobierno de la Nación.

La introducción de un Senado con una legitimación representativa específica, y con una capacidad efectiva para participar en la toma de decisiones generales, no responde en realidad más que a ese viejo hallazgo del Estado constitucional, formulado hace ya tiempo por Montesquieu[23], que se proyecta en dos de los objetivos desde los que se intentaba establecer éste.

Por un lado, el objetivo de evitar que los conflictos de intereses se planteen fuera de la estructura constitucional, fuera de los órganos del Estado, por no haber un cauce adecuado para canalizarlos, analizarlos y elaborar soluciones, ya sea en el ámbito judicial o político. Esta temprana idea de Montesquieu parte de la visión realista de que si los conflictos, o las pretensiones existentes en la sociedad, no tienen cabida en los órganos y procedimientos establecidos a través de los cuales se toman las decisiones colectivas, aquellos que quedan excluidos utilizarán irremediablemente la vía de los hechos, y los conflictos degenerarán en puros y simples enfrentamientos de facto.

Y, por el otro, el objetivo de obligar a que las diversas propuestas tengan que contrastarse y perfilarse con las otras existentes igualmente en la so-

---

[22] J.J. Ruiz Ruiz, «La reforma constitucional del Senado en España. Adecuación de los principios de la forma gobierno... en: *Formas de Gobierno y sistema electoral en Italia y España»,* Tirant lo Blanc 1997

[23] *Vid.* R. de Agapito Serrano, *Libertad y división de poderes,* Tecnos 1989, cap. III.

213-228-Estado autonomicoII 3/10/05 12:59 Página 228

ciedad, cosa que sólo ocurre realmente si se asegura una participación efectiva de los interesados en la toma de decisiones mediante su presencia en un órgano con competencias para ello. Esta capacidad de influir en las decisiones puede contribuir a dar concreción a las mismas, y a evitar, con ello, que se radicalicen pretensiones cada vez más abstractas, esto es, más distanciadas de las posibilidades y de la realidad social.

B) Una segunda consecuencia tiene que ver con las posibilidades efectivas de la realización del principio del Estado social, que no puede hacerse depender sólo de los medios que ofrecen las garantías jurídicas, sino también de la vía política de su realización.[24] La unidad que puede crear este Estado no es ningún concepto abstracto: tiene su base en la conciencia de unos ciudadanos que aceptan de forma general las normas que se establecen, las cuales se justifican a su vez por el nivel de libertad general que crean. Esa unidad se refiere desde luego a la igualdad de derechos de los ciudadanos en el plano de lo jurídico, pero también a la igual libertad real de los ciudadanos, que obliga normativamente al Estado a procurar unas condiciones sociales que permitan un ejercicio igual de las libertades para todos.

Y, en este sentido, la incorporación a la orgánica constitucional de un órgano de estas características haría posible tanto el acercamiento de la legislación general a los distintos intereses concretos existentes en los ámbitos propios de los entes territoriales, como una verificación de que esto ocurre realmente. Sería pues una fórmula adecuada para dar cuenta del principio de unidad, respetuosa con el principio de la autonomía, y coherente con el objetivo de contribuir al desarrollo de los niveles de libertad social general de nuestra sociedad.

[24] Cfr. A. CANTARO, «Stato federale, eguaglianza e diritti sociali», en: *Democrazia e Diritto,* 34 (2-3), 1994). E. SÁENZ ROYO, *Estado social y descentralización política. Perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España.* Civitas, 2003.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 229

LAS REGIONES EN LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 230

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 231

LA DIMENSION REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Teresa Freixes San Juan[1]
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN: LAS EXPECTATIVAS GENERADAS POR EL LIBRO BLANCO SOBRE LA "GOBERNANZA"

Desde esta presidencia de sesión, teniendo en cuenta el programa que se anuncia para este panel, en el que varios ponentes van a intervenir acerca de la posición actual de las regiones en la Unión y, mas concretamente, en la regulación que han obtenido en la Constitución europea, me voy a limitar a situar en tema en el debate comunitario y a explicar como abordo la dimensión regional la Convención para el futuro de Europa.

El Libro Blanco «Gouvernance européenne» comenzaba diciendo: «Los dirigentes políticos de toda Europa se enfrentan hoy día a una verdadera paradoja. Por una parte, los ciudadanos europeos esperan de ellos que les proporcionen soluciones a los grandes problemas de nuestras sociedades. Por otra parte, estos mismos ciudadanos tienen cada vez menos confianza en las instituciones y la política, o bien simplemente se desinteresan de todo ello». Con tal afirmación, ya desde el Libro Blanco se abrió un debate, interinstitucional por una parte, y con la sociedad civil por otra, a través del cual se han ido detectando las múltiples facetas que presentan estos problemas y, al mismo tiempo, apuntando propuestas dirigidas a intentar proporcionar una respuesta adecuada a estas cuestiones.

Paralelamente, la Unión Europea se ha enfrentado también a la elaboración del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, desarrollando las previsiones de la cumbre de Laeken, mediante la puesta en marcha de una Convención similar a la que elaboró la Carta de los derechos fundamentales y creando, con el nombre de «Futurum», un espacio de debate que ha tenido como finalidad conseguir que la sociedad civil se integre en este proceso. Esta Convención aprobó el «Proyec-

---

[1] Teresa Freixes es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo. Pertenece, como representante para España al "Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux" y al Grupo «Constitución» de la Comisión Europea (Acción Jean Monnet).

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 232

to de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa» que, tras unas complejas negociaciones entre los Estados miembros, fue adoptado por la Conferencia Intergubernamental comenzada en otoño del 2003 y culminada en el mes de mayo de 2004.

Estos dos procesos, en parte paralelos (la última etapa del debate sobre la «Gobernanza» y la primera sobre la elaboración de la Constitución europea han estado superpuestas), confluyen en diversos paradigmas, siendo uno de ellos importante a los efectos de este trabajo, puesto que, siquiera como premisa, se puede llegar a la afirmación de que determinar los principios de la formalización constitucional de Europa es incidir en el grado de legitimidad de las Instituciones y de las políticas.

En este contexto, parece que en la Constitución europea hubiera tenido que regularse mejor lo que podríamos denominar un «partenariado territorial» en múltiples niveles, estableciendo mejores instrumentos de participación de los territorios con características específicas y de las colectividades locales en la toma de decisión y la ejecución de las políticas comunitarias. Ello resultaba especialmente significativo en el caso de las regiones con competencias legislativas, aunque no exclusivamente para ellas, puesto que la simple ejecución de las políticas contiene elementos de intensa complejidad, como consecuencia del «multi level» administrativo y de gestión que se ha ido creando progresivamente, a lo largo del proceso de integración europea.

Sin embargo, la Constitución europea contiene una parca regulación con relación a la inserción de las regiones, los länder, o las comunidades sub-estatales en la Unión Europea del futuro.

Ciertamente, si tenemos en cuenta las expectativas que se generaron, a partir de la conexión entre el proceso de la «Gouvernance» y el debate sobre el futuro de Europa centrado en la puesta en marcha de la Convención que elaboró el Proyecto de Constitución, alrededor de la necesidad de articular mejor las relaciones tripartitas (órganos comunitarios, Estados y regiones) en la Unión Europea, el resultado obtenido en la regulación que ofrece el Proyecto de la Convención para el fututo de Europa se enmarca dentro del ámbito de indefinición que ya había sido apuntado desde la propia Comisión europea.

En el marco de la Comisión, teniendo en cuenta que la articulación de este «multi level» obedece tanto a razones dogmáticas (necesidad de ampliar la legitimidad en la toma de decisión) como funcionales (conseguir una mayor eficacia en las políticas comunitarias) durante los debates derivados de «Gobernanza» y en conexión con la puesta en marcha de la Convención, se consideró necesario asociar, en la definición de las políticas comunitarias, a los agentes políticos competentes para desarrollarlas. En este sentido, el Presidente de la Comisión europea afirmaba que «La Unión Europea tiene mucho que aprender de la «democracia

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 233

de proximidad» para mejorar la comunicación y la práctica política», al mismo tiempo que señalaba que «Los principios reguladores del ejercicio de las competencias de la Unión son los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que traducen en el plano político el concepto del valor añadido de la acción europea, preservando plenamente las competencias de los Estados, de las regiones y de los organismos locales que permanecen como los principales interlocutores de los ciudadanos europeos», aunque reconocía, al mismo tiempo, que «La expresión más elevada del principio de subsidiariedad impone a la Unión Europea el no inmiscuirse en las relaciones entre los Estados y sus regiones y, con mayor razón, no tratar tampoco de regular tales relaciones de una manera uniforme a nivel europeo».

En esta línea, el Comité de las Regiones también se pronunció en su día, con motivo de la preparación de la actual CIG, solicitando la apertura de un debate público acerca de las reformas que podrían derivar de un adecuado planteamiento de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, solicitando una participación intensiva de las regiones y municipios en relación con la reforma de los Tratados aunque dentro del respeto a la posición que ocupan los gobiernos de los Estados miembros, proponiendo que entre los miembros titulares de la Convención para el futuro de Europa se incluyera a dos representantes del Comité de las Regiones y afirmando que las regiones y los entes municipales deberían tener una mayor participación en el proceso decisorio europeo en el marco de las delegaciones nacionales en el Consejo. Paralelamente, el Comité de las Regiones hizo público un Memorando solicitando «con firmeza» participar en el grupo preparatorio de la CIG con pleno derecho de voto, al considerar que su participación como observador en la Convención de la Carta de Derechos Fundamentales fue insuficiente e inadecuada; razones tales como la necesidad de un mejor ordenamiento de las competencias, la responsabilidad de las regiones y los municipios en áreas como educación, cultura, investigación o medioambiental, la experiencia de las entidades sub-estatales para aportar mayor proximidad a la ciudadanía, el estricto respeto al principio de subsidiaridad y la inserción de estos entes en las estructuras de los Estados, actuando en interés público y desempeñando funciones públicas, avalaban la petición del Comité de las Regiones.

¿Por qué una tal insistencia en la mejora de la representatividad de las regiones en el proceso decisorio de la Unión Europea? Al respecto creo que fue decisivo el hecho de que, además de las constantes tomas de posición de los entes sub-estatales presentes en el territorio de la Unión, las sugerencias, muy articuladas, del Libro Blanco «Gouvernance européenne» resultaron decisivas para reforzar las reivindicaciones preexistentes. Así, en el Libro Blanco se constataba que la manera de funcionar de la Unión no permitía una interacción suficiente en un partenariado a múlti-

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 234

ples niveles, en el cual los gobiernos nacionales implicaran plenamente a las regiones y las ciudades en la definición de las políticas europeas y se afirmaba que cada Estado debía prever mecanismos adecuados para organizar amplias consultas en relación con el examen y la puesta en práctica de decisiones y políticas europeas comprendiendo una dimensión territorial. Además el Libro Blanco proponía, como método de actuación adecuado a estos efectos, la celebración de «contratos por objetivos» entre los Estados miembros, las regiones y colectividades locales y la Comisión europea, en los que se designaran las acciones concretas que cada uno de estos niveles decisorios tenía que ejecutar. También se afirmaba que el Comité de las regiones tenía que desempeñar un papel más proactivo en relación con las acciones comunitarias.

II. LA PARTICIPACIÓN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES EN LA CONVENCIÓN PARA EL FUTURO DE EUROPA

La composición de la Convención para el futuro de Europa se decidió en el Consejo europeo de Laeken, tomando como modelo a la Convención que había elaborado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero teniendo en cuenta la perspectiva de la ampliación.

Pese a las numerosas llamadas de atención que, como hemos visto, se realizaron desde distintos ámbitos para que una tal situación no volviera a repetirse con la Convención para el futuro de Europa, el Consejo de Laeken, al decidir la composición y establecer el procedimiento de trabajo de la nueva Convención, no incluyó a los representantes del Comité de las Regiones entre los miembros titulares de la Convención, sino que quedaron otra vez relegados a meros «observadores» en la misma.

La Declaración de Laeken prevé que la Convención se formará a partir de una presidencia designada por el mismo Consejo de Laeken y los representantes de los Estados miembros (en el ámbito gubernamental y parlamentario) y de las Instituciones europeas, a los que se añadirían, con voz pero sin voto, representantes de los países candidatos a la ampliación y diversos observadores. Al mismo tiempo, también se prevé la formación de un Presidium como órgano de dirección de los trabajos de la Convención.

De este modo, ya en Laeken se decidió nombrar Presidente de la Convención a Valéry Giscard d'Estaing (ex Presidente de Francia) y como Vicepresidentes a Giuliano Amato (ex Jefe del Gobierno de Italia) y a Jean-Luc Dehaene (ex Primer Ministro de Bélgica) y en el Presidium no se contó con la presencia de ningún representante del Comité de las Regiones.

Fue en el grupo, de los «observadores», donde se contó con una representación del Comité de las Regiones, sobre quienes recayó la tarea de impulsar el reconocimiento de estas entidades sub-estatales y de su participación en la toma de decisión comunitaria, en el marco de la elaboración de la Cons-

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 235

titución europea. La propia Declaración de Laeken ofrecía un cierto margen al respecto, puesto que en ella se afirmaba que «Muchos piensan también que la Unión debería prestar mayor atención a sus preocupaciones concretas en lugar de intervenir en los más mínimos detalles en asuntos que, por su propia naturaleza, sería mejor poner en manos de los representantes electos de los Estados miembros y de las regiones», al tiempo que se constataba que «Las diferencias nacionales y regionales a menudo son fruto de la historia o de la tradición, y pueden resultar enriquecedoras».

En este contexto, la débil posición de los representantes del Comité, como meros observadores, sin poder ejercer plenamente funciones decisorias, constituye una de las plausibles explicaciones del escaso reconocimiento que esta entidad y, también, los entes sub-estatales, han obtenido en el marco del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Por otra parte, también hay que señalar que el Comité de las Regiones participó en las Audiciones que la Convención organizó para que la denominada sociedad civil expusiera sus posiciones en torno a la futura Constitución europea. Y aquí es necesario remarcar lo inadecuado de esta participación, puesto que el Comité de las Regiones es un órgano comunitario de carácter público que bajo ningún concepto puede ser encuadrado dentro de las organizaciones de la «sociedad civil» las cuales, necesariamente, han de tener naturaleza jurídica privada. Además, como órgano comunitario, el Comité de las Regiones no puede expresar otros intereses que los que le corresponden como tal órgano público europeo, situación que lo sitúa en un plano totalmente diferente de la mayor parte de las organizaciones sociales participantes en las audiciones, ya que éstas han representado la defensa de sus propios intereses, aportando desde esta perspectiva sus posiciones en los debates habidos en las audiciones. Desde este doble orden de especulaciones, no parece apropiada la forma en que el Comité de las Regiones se ha integrado en el debate para el futuro de Europa, puesto que hubiera debido tener una representación directa, a todos los efectos, como miembro titular de la Convención y no forzar su participación como «observador» y como entidad encuadrada en la «sociedad civil». Poco hubiera variado el contenido del Proyecto de Constitución Europea con la inclusión de un par o tres miembros más con voz y voto en la Convención, puesto que se buscó el consenso y no la votación de los temas y, aunque a veces hubiera alguna, el resultado global del recuento no hubiera producido distorsiones significativas.

III. LAS REGIONES EN EL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS DE LA CONVENCION PARA EL FUTURO DE EUROPA

Sin embargo, pese a la escasa presencia regional, las regiones estuvieron presentes en los debates de la Convención para el futuro de Europa. Tanto en las Audiciones que la Convención llevó a cabo para incorporar

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 236

a la sociedad civil al proceso de constitucionalización, como desde la página web «Futurum», centrada sobre el futuro de la propia Unión, se observa una intensa preocupación por cuál va a ser el futuro de estas entidades sub-estatales en la Europa actual. Además, la propia Convención abordó en diversas ocasiones el tema y el texto final adoptado en la Conferencia Intergubernamental contiene regulaciones específicas acerca de la función que los entes regionales han de desempeñar en la nueva Europa constitucional.

En los Discursos que se pronunciaron en la sesión inaugural de la Convención, el 28 de febrero de 2002, únicamente Pat COX, el entonces Presidente del Parlamento Europeo se refirió a las regiones, en forma genérica, sin precisar contenidos del futuro texto constitucional.

La función de las regiones como interlocutores sociales, apuntada por el Vicepresidente DEHAENE en relación con la organización de un Foro muldimensional que se crearía como instrumento de diálogo con la Convención, fue también resaltada por John KERR, Secretario General de la Convención, en una Nota que fue transmitida a los convencionales tras la sesión inaugural. En la Nota se describían el método de trabajo que la Convención seguiría y la organización de los debates con la sociedad civil, ámbito en el que se destacaba el papel que podían jugar los interlocutores regionales. Concretamente, la Nota terminaba con unas «Recomendaciones» dentro de las cuales la de «Animar... al Comité de las Regiones y a los interlocutores sociales a que hagan pleno uso de su papel como puente entre la Convención y la sociedad civil». Desde el primer momento, pues, el ámbito regional quedó situado en el mismo plano que las organizaciones de la sociedad civil, los interlocutores sociales o las organizaciones no gubernamentales originándose con ello la paradoja de que un órgano de la Unión, como es el Comité de las Regiones o los entes regionales, que son instituciones públicas, participaran en lo que se denominó el «Foro de la sociedad civil».

En la primera fase de plenarios de la Convención, antes de la aparición del Anteproyecto de Giscard d'Estaing, se realizaron diversas referencias a las regiones, en el marco de la delimitación de competencias y del principio de subsidiaridad. En el primero, la mayor parte de los convencionales reclamaron un reparto competencial más sencillo «en el que cada cual sepa con facilitad lo que compete a la Unión y lo que debe tratarse en el plano nacional, regional o incluso local». En la segunda sesión plenaria, cuando se abordaron específicamente los principios de delimitación de competencias y de subsidiariedad, la mayoría de los oradores se pronunció por un mecanismo, a priori o a posteriori, compuesto por representantes de los parlamentos nacionales, pero hubo también voces que «se pronunciaron a favor de la participación de las regiones en tal control, en particular de las que tengan poderes legislativos, si bien se señaló que el reparto de las competencias entre los Estados federales

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 237

y sus entidades federadas debería seguir siendo competencia de la organización de los correspondientes Estados miembros».

Esta idea de posibilitar el acceso de las regiones al control sobre el reparto de competencias entre la Unión y los Estados que a su vez tengan un reparto competencial interno, dentro del respeto a la división de competencias que tenga establecida internamente cada Estado miembro, se retoma en la Nota del *Presidium* a la Convención que se emite el 14 de mayo de 2002. En ella se afirma que «También podría examinarse la cuestión de un posible refuerzo del control por parte del Tribunal de Justicia de la conformidad de los actos legislativos adoptados con arreglo a dichos principios, en particular, confiriendo a los Parlamentos nacionales la facultad de producir un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia en caso de violación de los principios de subsidiariedad y de atribución. Algunos han mencionado la posibilidad de conferir dicha facultad a las entidades constitucionales dotadas de poder legislativo en los Estados miembros o en el Comité de las Regiones». En esta misma Nota, las regiones son consideradas como elementos de refuerzo de la cohesión económica y social, al tiempo que se reconoce la competencia de éstas en materia de cultura. Y la misma idea se repitió en la Sesión plenaria de los días 23 y 24 de mayo.

Tras decidir la Convención que uno de los grupos de trabajo se dedicaría al estudio de la subsidiariedad, el Sr. MÉNDEZ DE VIGO, como miembro del *Presidium*, envió una Nota a la Convención explicando el mandato del grupo. En ella se constata también la posibilidad de que el Comité de las Regiones o las entidades constitucionales cuyas competencias legislativas pudieran verse menoscabadas tuvieran acceso al recurso ante el Tribunal de Justicia por violación de los principios de delimitación de competencias.

También hay que destacar que en las contribuciones que diversas organizaciones de la sociedad civil enviaron al Foro abierto a tal fin en Internet, diversas entidades sub-estatales (regionales o locales) se refirieron al papel que las entidades regionales y locales tenían que desempeñar en el marco de la nueva Unión Europea. Muchas de ellas reclamaron el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a la democracia local, la integración en el Tratado de la Carta del Consejo de Europa sobre autonomía local y una estrecha participación de las autoridades regionales y locales en todas las fases del proceso legislativo comunitario. También se señaló la necesidad de reconocer con claridad los «cuatro niveles de gobierno: europeo, nacional, regional y local» y de establecer un «sistema efectivo de control de la subsidiariedad (tanto ex ante como ex post)». Otras propuestas se refieren a la «necesidad de tener en cuenta en mayor medida las consecuencias financieras que tienen para las entidades sub-estatales las decisiones adoptadas a escala europea», a que «las regiones con competencias legislativas gocen de legitimación pro-

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 238

cesal ante el Tribunal de Justicia», a un «reconocimiento expreso en el Tratado» de éstas y al «derecho de participar en las reuniones de la COSAC». También se ha mencionado la idea de «crear uniones regionales que actúen agrupadas en el conjunto de la UE».

Pero fue en el Grupo de contacto con la sociedad civil «Regiones y entidades locales» donde se realizaron las propuestas más extensas y concretas en relación con la posición de las regiones en la Constitución europea. El Grupo de trabajo, al igual que la Convención, aplicó el método del consenso para formular sus propuestas. Tras recordar que «los gobiernos regionales y locales, que son elegidos por sufragio universal... forman parte del sistema de gobierno de la Unión y que en la mayor parte de los casos tienen el cometido de aplicar la legislación comunitaria», formularon propuestas en el marco de los derechos fundamentales, en las misiones de la Unión, en los instrumentos, en el marco de la subsidiariedad y las competencias, sobre el Comité de las Regiones y, específicamente en relación con las regiones con competencias legislativas. En materia de derechos fundamentales se propuso que en el art. 6 del Tratado se tuviera en cuenta a las regiones (para vincularlas explícitamente al respeto de los derechos) y que se integrara en el mismo la Carta de Autonomía Local del Consejo de Europa. En el marco de las misiones de la Unión se abogó «por una discriminación positiva en el Tratado a favor de las regiones ultra periféricas de la Unión». Como instrumentos a reconocer en la Constitución se solicitó la instauración de consultas previas, equitativas y transparentes, en las primeras fases del proceso legislativo, para crear una auténtica colaboración entre las Instituciones y las entidades regionales y locales, consulta que debería ser obligatoria para todas las políticas con gran impacto regional o local y para todas las que tengas repercusiones financieras para las regiones y los núcleos urbanos. Sobre la articulación de la subsidiariedad se propuso el reconocimiento expreso de los cuatro niveles de gobierno a que antes hemos hecho referencia, la modificación del art. 5 TCE con el fin de reconocer el papel de las entidades regionales y locales dentro del respeto a las estructuras internas de los Estados miembros, la modificación del art. 10 TCE implicando a las entidades regionales y locales en la cooperación leal y el reconocimiento del «principio de conexidad» por el que el legislador europeo debería asumir las consecuencias financieras de sus decisiones o dar a las entidades territoriales que deban aplicarlas los recursos suficientes para ello. Con relación al Comité de las Regiones, se propuso su reconocimiento como institución de la Unión, atribuyéndole legitimación ante el Tribunal de Justicia en defensa de sus prerrogativas. También se sostuvo que las regiones con competencias legislativas tuvieran derecho de recurso individual ante el Tribunal de Justicia en el control de legalidad (como mínimo, a través del Comité de las Regiones), que pudieran tener un estatuto especial en el Tratado (o la propuesta de Lamassoure de regiones «socias de la Unión»), que pudieran participar en la COISAC y que los ministros regionales pudieran participar en el Consejo de conformidad con el art. 203 TCE.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 239

Por el contrario, desde la Convención, en la segunda reunión del Grupo de Trabajo sobre la subsidiariedad, únicamente se hizo referencia a las regiones en la intervención del Sr. Jos CHABERT, Ministro y ex presidente del Comité de las Regiones, quien indicó que el funcionamiento de las instituciones belgas y de la Cour d'Arbitrage, como instrumento de resolución de conflictos, podría ser una fuente de inspiración adecuada. Tampoco se avanzó en la reunión conjunta de los Grupos «Subsidiariedad» y «Parlamentos nacionales» que tuvo lugar el 22 de julio; sus conclusiones se referían mucho más al papel de control que tenían que tener los parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad y sólo algunas voces indicaron que sería también oportuno conceder legitimación para ello al Comité de las Regiones.

La sociedad civil, sin embargo, se mostró mucho más incisiva y proactiva. En la segunda audición con la sociedad civil organizada por la Convención, el Sector «Regiones y entidades locales» reiteró las propuestas que había realizado en la primera de las audiciones y que no repetiré por reiterativas.

Pero si la sociedad civil intentó reiteradamente reforzar el papel de las regiones en la estructura de la Unión, la Convención se decantó claramente por no modificar el *status quo* existente y, por el contrario, reforzar el papel de los parlamentos nacionales en la función legislativa de la Unión y en el control del principio de subsidiariedad.

Los Grupos de Trabajo creados por la Convención, como paso previo a la adopción del Anteproyecto constitucional, emitieron sendos informes, según el objeto de su misión. En ellos quedó de manifiesto la postura mayoritaria de la Convención, y unánime en el *Presidium*, de mantener sin casi modificaciones el papel de que goza actualmente el Comité de las Regiones en los Tratados y de considerar que la participación de las regiones en la Unión es una materia de competencia exclusiva de los Estados miembros.

IV. LAS REGIONES EN EL ANTEPROYECTO DE TRATADO CONSTITUCIONAL

El 28 de octubre de 2002 el Presidente de la Convención, Giscard D'ESTAING, presentó a la los miembros de la Convención el Anteproyecto de Tratado Constitucional elaborado por el *Presidium*.

En este texto, básicamente se diseñaba el pretendido esquema o esqueleto de la futura Constitución, partiendo de un Preámbulo, una Primera parte comprendiendo específicamente la arquitectura constitucional, una Parte II referida a las políticas y la realización de las acciones de la Unión y una Parte III con las disposiciones generales y finales. Muchos de los contenidos están solamente enunciados, dejando su desarrollo concreto a resultas de los posteriores debates de la Convención.

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 240

A este respecto hay que señalar que en el anteproyecto se mantuvo la opinión que hemos constatado como mayoritaria en los trabajos preliminares y los Informes de los Grupos de Trabajo. Así, cuando el art. 8 se refiere al principio de la subsidiariedad se dispone que «Se mencionaría a este respecto el cometido de los Parlamentos nacionales» sin hacer referencia explícita a las entidades sub-estatales. Además, en la presentación del Anteproyecto, se afirmó, sin regularlo, el instrumento de la «alerta rápida» que los Parlamentos nacionales podría utilizar en el control del principio de subsidiariedad. Por otra parte, en el art. 23 se dispone que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión están asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones «órganos que ejercerán funciones consultivas».

Esta parca reglamentación, auspiciada por el *Presidium*, obedece, de otra parte, a la difícil negociación de las cuestiones institucionales, que permaneció a lo largo de todo el proceso. A falta de acuerdos firmes sobre la composición de la Comisión, el funcionamiento y la votación en el Consejo o la extensión de la co-decisión con el Parlamento, en el primer texto de Tratado Constitucional, las instituciones y los órganos de la Unión, el Comité de las Regiones incluido, sólo quedaron mencionados o mínimamente esbozados.

En este punto, es necesario señalar que la concreción de la regulación del Comité de las Regiones en el Proyecto de Tratado constitucional vino de la mano del Grupo de Expertos designado por los Servicios Jurídicos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En él, sobre la base de la actual regulación prevista por los vigentes Tratados, en el marco de una «refundición» o «simplificación» de los mismos, se hizo hincapié acerca de la futura composición del Comité y, especialmente, de los asuntos en los que el Comité de las Regiones tenía que emitir Informe, tanto en relación con el procedimiento legislativo como sobre las políticas de la Unión. Pero este Informe no incorporó ninguna de las previsiones de ampliación de funciones del Comité en relación con el mecanismo de alerta rápida o con su legitimación para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia en defensa del principio de subsidiariedad.

El Anteproyecto del *Presidium* fue debatido por el plenario de la Convención en diversas ocasiones y en algunas de ellas se volvió a plantear el tema de la participación de las regiones en la Unión. En concreto, en el debate habido el 8 de noviembre, se sugirió «mencionar explícitamente la función de las regiones». Pero las acciones más importantes al respecto se concretaron en diversos documentos de reflexión elaborados por el *Presidium*, el Parlamento Europeo y la Secretaría de la Convención.

En efecto, consciente de la omisión perpetrada por el Anteproyecto en relación con las regiones, el *Presidium* presentó a la Convención un documento sobre «La dimensión regional y local en Europa», destinado a

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 241

abrir una reflexión más intensa sobre este tema en los siguientes plenarios. En el mismo, se recuerdan ciertas regulaciones ya existentes que no pueden ser obviadas de cara al futuro. Por una parte, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales cuando se hace referencia al respeto a «la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local». Por otra parte, el art. 6.3 TUE, cuando precisa que los elementos esenciales de la identidad nacional incluyen, entre otros, «su estructura política y constitucional, incluido el autogobierno local y regional». Además, el art. 203 TCE, cuando regula la composición del Consejo, dispone que «estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de cada Estado miembro», disposición que desde Maastrich permitía que los Estados miembros, de acuerdo con su ordenamiento interno, pudiera estar representados en el Consejo por ministros regionales que representarían, no a su región, sino al Estado. También se hacía referencia a las expectativas abiertas por el debate sobre la «Gobernanza» y a la práctica de las consultas (incluyendo a los organismos regionales y locales) instaurada en el ámbito de la Comisión, tanto en el marco legislativo como en la elaboración de las políticas y la aplicación de los Fondos estructurales (con base en el principio de colaboración). En el documento se examinaba al Comité de las Regiones, considerando que su composición actual no refleja las realidades demográficas de los Estados miembros y las recomendaciones que sobre el mismo había realizado el Grupo «Subsidiariedad». Y, en relación con las regiones con competencias legislativas, tras reconocer que éstas están muchas veces llamadas a desarrollar directivas y que han de incorporar el Derecho comunitario, el documento afirma que «no compete a las instituciones de la Comunidad pronunciarse sobre el reparto de competencias internas de cada Estado miembro» y que, a pesar de que las regiones están legitimadas para actuar ante el Tribunal de Justicia como personas jurídicas cuando es titular de derechos e intereses particulares que se ven directa e individualmente afectados por un acto comunitario, no se contempla la posibilidad de concederles un derecho de recurso por violación del principio de subsidiariedad.

El segundo documento a resaltar es la Resolución del Parlamento Europeo sobre «El Papel de los poderes regionales y locales en la construcción europea». En el mismo se realizan diversas propuestas a la Convención, bajo la forma de «enmiendas a los Tratados», entre las que señalaré, por su conexión con este trabajo las siguientes: modificar el art. 6.3 TUE para que éste disponga que «La Unión respetará las identidades nacionales de sus Estados miembros, sí como su estructura territorial y la autonomía de las regiones y los municipios». Adicionar, al art. 5.2 TCE, después de «los Estados miembros, «o por las autoridades regionales y locales sobre la base de los poderes que les confiere el Derecho del Estado miembro en cuestión» Mencionar a las colectividades locales y regionales, de acuerdo con

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 242

el Derecho interno, en el art. 10.1 TCE, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Añadir un nuevo artículo al TCE, el art. 10 bis diciendo: «En los ámbitos previstos por las legislaciones nacionales, los poderes regionales y locales de los Estados miembros participarán en la realización de los objetivos y en la valorización de la actuación de la Unión». Incluir en el TCE un nuevo art. 151 bis con el siguiente texto: «La Comunidad, dentro de sus esferas de competencia, respetará y promoverá la diversidad lingüística en Europa, incluidas las lenguas regionales o minoritarias como expresión de esta diversidad....». Añadir al art. 211 TCE: «La Comisión... desarrollará su actividad en un espíritu de cooperación recíproca con los Estados miembros y sus colectividades locales y regionales». Legitimar al Comité de Regiones para interponer recursos en defensa del principio de subsidiariedad o con el fin de salvaguardar sus prerrogativas. Y consolidar el art. 299.2 TCE, relativo a las regiones ultra periféricas.

Y, por último, señalaré el «Documento de trabajo de las asociaciones europeas de autoridades locales y regionales», incorporado a los trabajos de la Convención por el Grupo de contacto sobre «Regiones y entidades locales», ya que contiene las propuestas de la plataforma de asociaciones compuesta por ARE (Asamblea de las Regiones de Europa), ARFE (Asociación de Regiones Fronterizas de Europa), CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas), CMRE (Consejo de Municipios y Regiones de Europa), CRPM (Conferencia de Regiones Periféricas Marítimas de Europa) y EUROCITIES (Red de grandes ciudades europeas» así como del REG LEG (Comité de coordinación de regiones con poder legislativo). Estas organizaciones se pronunciaron acerca del respeto a las identidades nacionales, regionales y locales, el principio de subsidiariedad como interrelación entre los niveles comunitario, nacional, regional y local, el reconocimiento del principio de la democracia y la autonomía local como valores fundamentales de la Unión, la colaboración y la consulta previa de los entes regionales y locales por la Comisión Europea, la mención de la cohesión territorial en los objetivos de la Unión Europea, el papel del Comité de las Regiones y su legitimación para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia y la cooperación local.

En la sesión plenaria de la Convención que tuvo lugar los días 6 y 7 de febrero de 2003, cuando el Presidente Giscard D'ESTAING presentó, en nombre del *Presidium,* el proyecto de texto de los 16 primeros artículos de la Constitución, se debatió también la dimensión regional y local de la Unión, reproduciéndose en el mismo las posiciones que se habían mantenido con anterioridad y concluyendo con la existencia de una «voluntad común... favorable a la inclusión en los rimeros artículos de la Constitución de una referencia a la realidad de la dimensión regional y local de la Unión», así como «la consulta a los entes regionales y locales, que debería preverse en el titulo VI de la Constitución, relativo a la vida democrática de la Unión y en el protocolo sobre la subsidiariedad».

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:23 Página 243

Sobre esta concreción de artículos destacaremos aquellos que recibieron enmiendas en relación con las entidades sub-estatales.

El artículo 1, sobre la creación de la Unión, contenía la siguiente redacción: En el apartado 1, «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los pueblos y de los Estados de Europa...». En el apartado 3, «la Unión está abierta a todos los Estados europeos cuyos pueblos compartan los mismos valores, los respeten y se comprometan a promoverlos en común».

El apartado 2 del artículo 1 disponía: «La Unión respeta la identidad nacional de sus Estados miembros».

El artículo 2, sobre los valores de la Unión, tenía el siguiente texto: «La Unión se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, valores que son comunes a los Estados miembros. Su fin es ser una sociedad pacífica que practique la tolerancia, la justicia y la solidaridad».

El artículo 3, sobre los objetivos de la Unión, tenía el texto siguiente: «La Unión obrará en pro de una Europa con desarrollo sostenible, basada en un crecimiento económico equilibrado y en la justicia social, con un mercado único libre y una unión económica y monetaria, persiguiendo el pleno empleo y generando un alto grado de competitividad y un nivel de vida elevado. Fomentará la cohesión económica y social, la igualdad entre mujeres y hombres y la protección medioambiental y social, e impulsará el progreso científico y tecnológico, incluida la exploración espacial. Alentará la solidaridad entre generaciones y entre Estados, así como la igualdad de oportunidades para todos.

La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se cultiven los valores compartidos y se respete la riqueza de su diversidad cultural».

El artículo 8 regulaba los «Principios fundamentales:

1. La delimitación y ejercicio de las competencias de la Unión se rigen por los principios de atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y cooperación leal.
2. Según el principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuye la Constitución, con el fin de lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión por la Constitución corresponde a los Estados miembros.
3. Según el principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros sino que puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión.

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:23 Página 244

4. Según el principio de proporcionalidad, el contenido y forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.
5. Según el principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones que se desprendan de la Constitución.»

En el artículo 9, relativo a la aplicación de los principios fundamentales, destacamos los siguientes apartados:

En el ejercicio de las competencias no exclusivas de la Unión, las instituciones aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo a la Constitución. El procedimiento establecido en este protocolo permitirá a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros velar por el respeto del principio de subsidiariedad.

La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros vinculada a la estructura fundamental de éstos y a las funciones esenciales de un Estado, y en particular su estructura política y constitucional, incluida la organización de los poderes públicos en los planos nacional, regional y local.

La regulación del Comité de las Regiones apareció mucho más tarde, cuando se concretaron, después del Informe del Comité de Expertos, los artículos del Título IV de la Parte I de la Constitución, dedicado a las instituciones.

«Artículo 23: *Los organismos consultivos de la Unión.*

1. El Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión Europea están asistidos por un Comité de las Regiones y por un Comité Económico y social, que ejercerán funciones consultivas.
2. El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral de un ente regional o local, o que ostenten responsabilidad política ante una asamblea elegida.
3. Los miembros del Comité de las Regiones y del Comité Económico y social no estarán vinculados por ningún mandato imperativo. Ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.
4. Las normas relativas a la composición de estos Comités, la designación de sus miembros, sus competencias y su funcionamiento se definen en los artículos XY de la Parte II de la Constitución. El Consejo, a propuesta de la Comisión, revisará periódicamente las normas relativas a la composición en función de la evolución económica, social y demográfica de la Unión».

Por otra parte, tras la decisión de reformar el Protocolo sobre la subsidiariedad y de desplazar al mismo algunas de las propuestas y sugerencias que se habían formulado, en relación con la función de las regiones en

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 245

la Unión, a lo largo del proceso de formación del Tratado Constitucional, el *Presidium* envió a la Convención un Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En este Proyecto, el *Presidium* proponía que «la facultad de activar el mecanismo de alerta rápida debería confiarse a cada parlamento nacional y que correspondería a éste organizar el procedimiento interno de consulta de cada una de las cámaras en el caso de parlamentos bicamerales o, en su caso, de los parlamentos regionales con competencias legislativas». Por otra parte, también se consideraba que la Comisión tenía que incluir a las entidades regionales y locales en las consultas relativas a la elaboración de disposiciones legislativas y que «cualquier carga, tanto financiera como administrativa que recaiga sobre la Unión, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales... deberá ser proporcional al objetivo a alcanzar». Además, «el Tribunal de Justicia debería tener competencia para conocer de recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por los Estados miembros, a instancia, si procede, de sus parlamentos nacionales o de sus parlamentos regionales con competencia legislativa. El Comité de las Regiones también debía disponer de la misma facultad respecto de los actos legislativos en relación con los cuales se le consultó».

Las reacciones que suscitó este Proyecto explican claramente los cambios que tuvo en su redacción final. Si bien los observadores del Comité de las Regiones defendieron la equiparación de las facultades de control del Comité con las de los Parlamentos nacionales, varios convencionales se opusieron argumentando que el Comité era un órgano consultivo y, como tal, no podía gozar de legitimación ante el Tribunal de Justicia. Por otra parte, se reforzó la dimensión interna acerca de la decisión sobre la participación de las regiones con competencias legislativas en las consultas.

Paralelamente, se tramitó también el Proyecto de Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y en el debate que se suscitó sobre este Proyecto, aparecieron algunas enmiendas dirigidas a ampliar la capacidad de las regiones con competencias legislativas, equiparándolas a los parlamentos nacionales, cuando la Constitución de un Estado miembro así lo regule o cuando los Estados miembros notifiquen su pertinencia.

Teniendo en cuenta toda esta serie de trabajos, y para poder culminar la tramitación del Proyecto de Tratado Constitucional, el Presidente de la Convención, Giscard D'ESTAING presentó, en el último plenario previo a la presentación del Proyecto, una propuesta de método de trabajo para el futuro que, según sus palabras «conduciría a la formación de un consenso», impuesto por la Declaración de Laeken, excluyendo toda votación, porque «no sería representativa en una asamblea de su composición. Con ello, a partir de la presentación del Proyecto de Tratado Constitucional, el método de trabajo de la Convención se orientó en esa dirección,

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:24 Página 246

con gran protagonismo del propio Presidente de la Convención, del *Presidium* y de los representantes de los Gobiernos. Mediante este «método» se obtuvo el texto que, finalmente, la Convención para el futuro de Europa presento a la Conferencia intergubernamental.

V. LA REGULACIÓN DE LAS REGIONES EN EL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA APROBADO POR LA CONVENCIÓN

El 20 de junio de 2003, en Salónica, el Presidente de la Convención Valery Giscard D'ESTAING, presentó al Consejo Europeo la primera parte del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, conteniendo las regulaciones definitivamente aprobadas por la Convención. Casi un mes después, el 10 de julio, la Convención adoptó definitivamente el resto del Proyecto. En el mismo, los textos correspondientes a regulaciones relacionadas con el papel de las entidades sub-estatales (regiones y entes locales) y el Comité de las Regiones, cuya elaboración por la Convención hemos examinado, quedaron de la siguiente manera:

Referencia a los pueblos en el Preámbulo

«En la certeza de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su Soria nacional, están resueltos a superar sus antiguas divisiones u, cada vez más estrechamente unidos, a formar un destino común».

Fundamentación de la Unión en los ciudadanos y los Estados

Artículo I-1 Creación de la Unión.
La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común...

El respeto a la autonomía local y regional

Artículo I-5. Relaciones entre las Unión y los Estados miembros.

1. La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior.
2. En virtud del principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 247

Respeto a la diversidad cultural y lingüística

Artículo I-3. Objetivos de la Unión.
(Entre otros)
La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la presentación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

La aplicación del principio de subsidiariedad a las regiones y entes locales

Artículo I-9. Principios fundamentales.
3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente de los Estados miembros bien a nivel central o bien a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión.
   Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo a la Constitución. Los parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio de conformidad con el procedimiento establecido en el Protocolo mencionado.

El Comité de las Regiones como órgano consultivo de la Unión

Artículo I-31. Organismos consultivos de la Unión
1. El Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión Europea están asistidos por un Comité de las Regiones y por un Comité Económico y Social, que ejercerán funciones consultivas.
2. El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral de un ente regional o local, o que ostenten responsabilidad política ante una asamblea elegida.
4. Los miembros del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social no estarán vinculados por ningún mandato imperativo. Ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.
5. Las normas relativas a la composición de estos Comités, la designación de sus miembros, sus competencias y su funcionamiento se definen en los artículos III-292 a III-298. El Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión, revisará periódicamente las normas relativas a su composición en función de la evolución económica, social y demográfica de la Unión.

La preservación de la diversidad cultural de los pueblos y de la organización regional y local en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales (Parte II).

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 248

(...) La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes (la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad) dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local (...).

La regulación de las lenguas de relación con los organismos de la Unión

Artículo III-13
Las lenguas en las que todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse a las instituciones u organismos consultivos en virtud del artículo I-8 (derecho de petición) y recibir una contestación son las que se enumeran en el artículo IV-10 (alemana, danesa, española, finesa, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa, portuguesa, sueca, checa, estonia, letona, lituana, húngara, maltesa, polaca, eslovaca y eslovena).

El Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

2. Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones consideradas (...)
4. (A los efectos de controlar la aplicación del principio de subsidiariedad) Incumbirá a cada parlamento nacional o a cada cámara de un parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas.
7. El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los recursos por incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo, interpuesto (...) por los Estados miembros, o transmitidos por éstos de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su parlamento nacional o de una cámara del mismo.
   (...), el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos respecto de actos legislativos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta.

Con ello, doy fin a la presente intervención introductiva, en la que se pretende mostrar en qué modo la Convención para el futuro de Europa abordó la participación de los entes regionales en la Unión Europea. Los demás integrantes de esta Mesa abordarán la regulación definitiva en la Constitución y otras cuestiones relacionadas con la dimensión regional en la Unión Europea.

VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para la elaboración de esta Ponencia, se han tenido en cuenta básicamente la siguiente bibliografía y documentación:

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:24 Página 249

BAR CENDON, A. «El Libro Blanco "La Gobernanza Europea2 y la reforma de la Unión». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas,* nº 22, 2001.

BILANCIA, P. (A cura di). Il proceso costituente europeo. Giufrè Editore. Milano, 2002.

COMITÉ DE LAS REGIONES. *Resolución de 14 de noviembre de 2001 sobre «La preparación del Consejo Europeo de Laeken y el desarrollo de la Unión Europea en el marco de la próxima Conferencia intergubernamental de 2004»*. Bruselas, 20 de noviembre de 2001. COM-AI/021.

COMITÉ DE LAS REGIONES. *Memorándum sobre la participación del Comité de las Regiones en el debate estructurado sobre el futuro de la Unión Europea*. Bruselas, 3 de octubre de 2001. CDR 325/2001 fin FR/DE-FGA/GL/sz/mf.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. *Gouvernance européenne. Un livre blanc*. Bruxelles, 25.7.2001 COM (2001)428. Pág. 3.

CONVENCIÓ CATALANA PER AL DEBAT SOBRE EL FUTUR DE LA UNIÓ EUROPEA. *Conclusions i propostes de la Convenció Catalana per al debat sobre el futur de la Unió Europea*. Barcelona Digital, s.l., enero de 2003

CONVENCIÓN EUROPEA. El Secretario General. *Nota de transmisión*. Bruselas, 8 de marzo de 2002. CONV 8/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaria. *Nota relativa a la sesión plenaria* (del 21 y 22 de marzo). Bruselas, 23 de marzo de 2002. CONV 14/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaria. *Nota relativa a la sesión plenaria* (del 15 y 16 de abril). Bruselas, 25 de abril de 2002. CONV 40/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota del Presidium a la Convención. Asunto: Delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Sistema actual, problemas y vías de reflexión*. Bruselas, 15 de mayo de 2002. CONV 47/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota relativa a la sesión plenaria* (23 y 24 de mayo). Bruselas, 29 de mayo de 2002. CONV 60/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. Nota del Sr. Iñigo Méndez de Vigo a los miembros de la Convención. Asunto: Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad. Bruselas, 30 de mayo de 2002. CONV 71/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota introductoria de la Secretaría a la Convención. Asunto: Resumen de las contribuciones al Foro*. Bruselas, 17 de junio de 2002. CONV 112/02.

COMISIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota Informativa de Secretaría a Convención. Asunto: Grupos de contacto con la sociedad civil.* Bruselas, 19 de junio de 2002. CONV 120/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de la Secretaría al Grupo «Subsidiariedad»*. Bruselas, 20 de junio de 2002. CONV 106/02.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 250

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de trasmisión. Emisor: Secretaría. Destinatario: Convención. Asunto: Debate nacional sobre el futuro de Europa: España*. Bruselas, 20 de junio de 2002 CONV 136/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de la Secretaría a los Grupos «Subsidiariedad» y «Parlamentos nacionales». Asunto: Nota resumida de la reunión conjunta del lunes 22 de julio de 2002*. Bruselas, 30 de julio de 2002. CONV 210/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de la Secretaria al Grupo V «Competencias complementarias». Asunto: Nota resumida de la reunión del 6 de septiembre de 2002*. Bruselas, 9 de septiembre de 2002. CONV 251/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota sobre la Sesión plenaria de los días 24 y 25 de junio de 2002*. Bruselas, 4 de julio de 2002. CONV 167/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Texto definitivo adoptado por la Convención de los Jóvenes*. Bruselas, 19 de julio de 2002. CONV 205/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota resumida relativa a la sesión plenaria. Bruselas 12 y 13 de septiembre de 2002*. Bruselas, 17 de septiembre de 2002. CONV 284/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe del Presidente del Grupo I «Subsidiariedad» a los miembros de la Convención. Asunto: Conclusiones del Grupo I sobre el principio de subsidiariedad*. Bruselas, 23 de septiembre de 2002. CONV 286/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria. Bruselas, 3 y 4 de octubre de 2002*. Bruselas, 11 de octubre de 2002. CONV 331/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe del Grupo IV «Parlamentos nacionales» a los miembros de la Convención*. Bruselas, 22 de octubre de 2002. CONV 363/02.

COMISIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe del Presidente del Grupo V «Competencias complementarias» a los miembros de la Convención*. Bruselas, 4 de noviembre de 2002. CONV 375/02..

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Anteproyecto de Tratado Constitucional*. Bruselas, 28 de octubre de 2002. CONV 369/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de la Secretaría a la Convención. Asunto: Parte II de la Constitución. Informe del Grupo de Expertos designados por los Servicios Jurídicos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión*. Bruselas, 17 de marzo de 2003. CONV 618/03.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 251

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria. Bruselas, 7 y 8 de noviembre de 2002*. Bruselas, 13 de noviembre de 2002. CONV 400/02.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: La dimensión regional y local en Europa*. Bruselas, 29 de enero de 2003. CONV 518/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota informativa de la Secretaría a la Convención. Asunto: Síntesis de los trabajos del Grupo de contacto «Regiones y entidades locales»*. Bruselas 31 de enero de 2003. CONV 523/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria. Bruselas, 6 y 7 de febrero de 2003*. Bruselas, 13 de febrero de 2003.CONV 548/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota del Presidium a la Convención. Asunto: Instituciones - Proyecto de artículos para el Título IV de la Parte I de la Constitución*. Bruselas, 23 de abril de 2003. CONV 691/93.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: *Reacciones frente al proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional. Análisis*. Bruselas, 21 de febrero de 2003. CONV 574/1/03. Este trabajo contiene también las adiciones de la versión revisada el 26 de febrero.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido del pleno adicional. Bruselas, 5 de marzo de 2003*. Bruselas, 17 de marzo de 2003. CONV 624/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria, días 17 y 18 de marzo de 2003*. Bruselas, 21 de marzo de 2003.

CONV 630/03. CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: *Propuestas de la CDU y la CSU para un Tratado constitucional europeo*. Bruselas, 1 de abril de 2003.

CONV 616/03. CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Ficha de análisis de las propuestas de enmiendas relativas a la vida democrática de la Unión. Proyectos de artículos relativos a la Parte I de la Constitución. Título VI (artículos 33 a 37)*. Bruselas, 15 de abril de 2003.

CONV 670/03. CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria - Bruselas, 24 y 25 de abril de 2003*. Bruselas, 30 de abril de 2003. CONV 696/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Ficha de análisis de las enmiendas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia: Proyecto de artículo 31 de la*

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 252

Parte I y de artículos de la Parte II. Bruselas, 7 de mayo de 2003. CONV 644/1/03. REV 1.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Texto transmitido por los observadores del Comité de las Regiones a la Convención - La cohesión territorial*. Bruselas, 21 de mayo de 2003. CONV 754/03 (El Texto es el Dictamen del Comité de las Regiones de 10 de abril de 2003 sobre la cohesión territorial).

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Artículos sobre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Gran Instancia*. Bruselas, 12 de mayo de 2003. CONV 734/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Protocolos sobre: - la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad - el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea*. Bruselas, 27 de febrero de 2003. CONV 579/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Reacciones al Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad*. Bruselas, 12 de marzo de 2003. CONV 610/03. revisión del 13 de marzo de 2003.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Reacciones al Proyecto de Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea*. Bruselas, 12 de marzo de 2003. CONV 611/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Informe resumido de la sesión plenaria - Bruselas, 15 y 16 de mayo de 2003*. Bruselas, 27 de mayo de 2003. CONV 748/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen 1. Texto revisado de la Parte I*. Bruselas, 24 de mayo de 2003.CONV 724/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen 1. Texto revisado de la Parte I*. Bruselas, 28 de mayo de 2003.CONV 724/1/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Parte I , Título IV (Instituciones) - texto revisado*. Bruselas, 2 de junio de 2003.CONV 770/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución, Volumen II - Proyecto de texto de las Partes II, III y IV*. Bruselas, 27 de mayo de 2003. CONV 725/03.

229-254-Estado autonómico12 3/10/05 13:24 Página 253

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Versión revisada de la Parte I*. Bruselas, 10 de junio de 2003. CONV 797/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Reacciones al proyecto de artículos del texto revisado de la Parte I (Volumen I)*. Bruselas, 4 de junio de 2003.CONV 779/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen I. Texto revisado de la Parte I*. Bruselas, 28 de mayo de 2003. CONV 724/1/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen I. Texto revisado de la Parte I*. Bruselas, 28 de mayo de 2003. CONV 724/1/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención. Asunto: Reacciones al proyecto de artículos del texto revisado de la Parte I (Volumen I)*. Bruselas, 4 de junio de 2003. CONV 779/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen I. Texto revisado de la Parte I*. Bruselas, 28 de mayo de 2003. CONV 724/1/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de texto de secciones de la Parte III, con comentarios*. Bruselas, 27 de mayo de 2003. CONV 727/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Proyecto de Constitución. Volumen II. Texto revisado de las Partes II, III y IV*. Bruselas, 27 de mayo de 2003. CONV 725/03.

CONVENCIÓN EUROPEA. Secretaría. *Nota de transmisión del Presidium a la Convención. Asunto: Versión revisada de la Parte I*. Bruselas, 10 de junio de 2003. CONV 797/03-.

EUROPEAN COMISIÓN. *Gouvernance in the European Union* (Ed. By Olivier De Schutter, Notis Lebessis and John Paterson). 2001.

FREIXES, Teresa. «El futuro de Europa y la Gobernanza europea». En *Il proceso costituente europeo*. A cura di Paola Bilancia. Giuffré Editore, Milano, 2002. Págs. 70-71.

FREIXES, Teresa y REMOTTI, José Carlos. *El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales*. Edición. conjunta de la Universidad de Valencia, la de Santiago de Compostela y el Instituto Europeo de Derecho. MINIM, Valencia, 2002.

PARLAMENTO EUROPEO. *Papel de los poderes regionales y locales en la construcción europea. Resolución del Parlamento europeo sobre el papel*

229-254-Estado autonomico12 3/10/05 13:24 Página 254

de los poderes regionales y locales en la construcción europea (2002/2141 (INI).

PRODI, Romano. *Le rôle des régions dans le processus de construction de la nouvelle Europe - Gouvernance et convention*. Rencontre avec les Présidents des régions d'Europe. Bellagio, 15 juillet 2002.

T-238/97, Comunidad Autónoma de Cantabria c. Consejo. Rec. 1998, II-2271; Freistaat Sachsen c. Comisión. Rec. 1999, II-3663, att. 87.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 255

AUTONOMÍA REGIONAL Y CONSTITUCIÓN EUROPEA

Íñigo Bullain López
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo va a circunscribirse al texto aprobado por los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea reunidos en Dublín y cuya firma solemne se celebró en Roma el 29 de octubre de 2004. Dicha ceremonia se llevó a cabo en una de las míticas colinas de la capital romana –Capitol– allí donde en tiempos de la monarquía tarquina se edificó el templo dedicado a Jupiter Optimus Maximus. Creo que no está de más recordar que Jupiter latino tiene su correspondencia con Zeus griego, quién según el relato mitológico recogido por Herodoto, Ovidio o Varrón, fue quien en forma de toro raptó a Europa.

Tal y como se establece en la declaración al acta final incorporada al Tratado por el que se instituye una Constitución Europea, tras la firma del tratado se abre un periodo de dos años para la ratificación de los 25 Estados signatarios y «si transcurrido dicho plazo, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo hubieran ratificado y uno o varios Estados miembros hubieran experimentado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo tomará conocimiento de la cuestión»[1]. A diferencia de los dioses, no contamos con poderes para poder prever si algún o algunos de los Estados llegarán a finales de 2006 sin haber ratificado la Constitución. Tampoco podemos saber si las dificultades van a provenir de un Estado de peso –Reino Unido– o pequeño, si de uno de los Estados recientemente incorporados o de uno de los quince. Tampoco podemos conocer la actitud del Consejo Europeo ante alguna de dichas eventualidades.

Pero sí podemos destacar, al margen de lo que depare el proceso de ratificación, que resulta extraordinaria la trayectoria del proceso de integración, que en tan sólo 50 años ha sido capaz de asentar un escenario de colaboración entre Estados que ha llegado hasta elaborar un texto al que denomina constitución. Una mera comparación con la historia de Europa en la primera mitad del siglo XX donde sucesivamente dos genera-

[1] Así se recoge en la Declaración 30 sobre la ratificación del tratado por el que se instituye una Constitución para Europa aprobada por la Conferencia Intergubernamental reunida en Bruselas el 30 de septiembre de 2003.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 256

ciones de europeos se enfrentaron en dos grandes guerras y perecieron por millones, pone de manifiesto los logros que en tan sólo las dos generaciones posteriores se han generado en Europa y el prometedor porvenir –no exento de sombras– con que cuentan las próximas generaciones.

La historia de Europa durante estos últimos cincuenta años es la búsqueda de un equilibrio entre la particularidad y la comunidad. Dada la hegemonía que alcanza la ideología nacional desde mitad del siglo XVIII, casi durante doscientos años se impone el culto a la nacionalidad –representada en distintos Estados– y se difumina la comunidad cultural entre europeos[2]. Sólo desde hace poco más de medio siglo se está procurando equilibrar dicha relación. No es casual que la divisa adoptada por la Convención para la Unión sea «in Varietate Concordia» o en su correspondiente román paladino «Unida en la diversidad» que en esta parte de Europa también expresamos como «Dibertsitatean bat eginik».

II. REGIONES Y CONSTITUCIÓN EUROPEA

En este artículo nos vamos a ocupar del papel que la Constitución Europea ofrece a las regiones. El guión constitucional ofrece a las regiones en Europa un papel secundario: el protagonismo sigue estando en manos de los Estados. Tal y como se establece en el art. I-1: «la Constitución nace de la voluntad de los ciudadanos y de los estados de Europa de construir un futuro común»[3] .

Las referencias a las regiones –como veremos– son escasas y sobre todo, tienen que ver con las funciones que se establecen en favor del Comité de las Regiones. Debe tenerse en cuenta que la marginación regional –futura fuente de tensiones de la Unión– del texto constitucional, vino precedida de la ausencia de representantes regionales entre los miembros de la Convención. Como sabemos, alrededor de cien miembros integraron la Convención Europea que convocó la CIG de Laeken. Formaron parte de la misma: representantes de las presidencias de la Unión que durante los dieciocho meses que se prolongaron sus tareas correspondieron a Dinamarca, España y Grecia; representantes de los Gobiernos y de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y de los países candidatos –incluidos Bulgaria, Rumania y Turquía–; representantes del Parlamento Europeo y de la Comisión. Tan sólo en calidad de observadores asistieron media docena de representantes del Comité de las Regiones. Dicha intervención secundaria en la Convención explica parcialmente la ausencia de referencias regionales, a diferencia de lo ocurrido con las importantes novedades que se recogen en relación a los denominados parla-

[2] Aquella *République des lettres* de la que hablaba Voltaire.

[3] En los ciudadanos pero sobre todo en los Estados-nación. Algunos -el presidente de la Convención entre otros- vienen a definir Europa como una Unión de Estados-nación.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 257

mentos nacionales[4] a quienes se reconocen importantes derechos informativos y a quienes se vincula con el proceso de toma de decisiones. Se deja en manos de los parlamentos nacionales la decisión de consultar cuando proceda a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas[5]. Tan sólo Bélgica entiende que las asambleas legislativas de regiones y Comunidades Culturales constituyen también –junto a la Cámara de representantes y al Senado federal– parte del sistema parlamentario nacional o actúan como cámaras del parlamento nacional[6] .

Por otro lado, no hay mención alguna a representantes regionales cuando se establecen los procedimientos de revisión constitucionales de los arts. IV-443 y IV-444. Sólo se menciona a los parlamentos nacionales entre los miembros de la Convención cuya convocatoria está prevista en el art.443 para el procedimiento de revisión ordinario. En cuanto al procedimiento de revisión simplificado del art. IV-444 también se prevé que el Consejo Europeo transmita a los parlamentos nacionales cualquier iniciativa. Los parlamentos y –quizá también– los gobiernos regionales deberán procurar establecer vínculos con los parlamentos centrales con objeto de no quedar totalmente al margen de futuras revisiones de la Constitución, tal y como se ha prescindido de ellos para la elaboración del texto actual[7].

La primera referencia a las regiones en el texto la encontramos en el art. I-5 donde se regulan las relaciones entre la Unión y los Estados Miembros. En concreto el párrafo 1 establece 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 regional...».

Así, la participación regional en la Unión quedará esencialmente en manos de los Estados miembros, que dispondrán las formas e instrumentos para vincular a las regiones con el proceso de integración.

---

[4] El Tratado recoge en un protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea diversas disposiciones que vinculan a los parlamentos centrales de los Estados miembros con el proceso decisional de la Unión mediante el reconocimiento de extensos derechos informativos y de cooperación interparlamentaria. Asimismo, en otro protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece, entre otras, la posibilidad de que las cámaras de los parlamentos nacionales envíen dictámenes motivados en un plazo de seis semanas desde la transmisión de la propuesta legislativa de la Comisión a cerca de las razones por las que, a su juicio, dicha propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad. Si un tercio o una cuarta parte –si se trata del espacio de libertad, seguridad y justicia– de los votos atribuidos a los parlamentos se alcancen, la Comisión estará obligada a volver a estudiar su propuesta. La Comisión motivará su decisión sobre mantener, modificar o retirar su propuesta.

[5] *Vid.* párrafo 5 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

[6] Así se recoge en la Declaración 49 -Declaraciones de los Estados miembros- recogidas por la Conferencia Intergubernamental.

[7] Las excepciones a dicha ausencia de representantes regionales podrían constituirla Erwin Teufel, Ministro-presidente de Baden-Wüttenberg que asistió en cuanto que representante del Bundesrat aleman, y Neil McCormick que lo hizo en cuanto suplente en representación del Parlamento Europeo del que era miembro en calidad de diputado por el SNP. De cualquier manera dicha participación no estuvo basada en su calidad de representantes regionales.

255-276-Estado autonómico13 3/10/05 13:33 Página 258

Dichas fórmulas participativas resultan muy heterogéneas y varían según los ordenes constitucionales. Mientras que en Alemania se articula a través del Senado, en Austria se institucionaliza a través de una miríada de comités que vinculan al gobierno federal con los Länder. En Bélgica diversos acuerdos han establecido un sistema de cooperación entre la administración federal y las de Comunidades culturales y regionales. Por otra parte, en Estados regionalizados como Italia que aún no se han federalizado aunque han emprendido reformas constitucionales, la concreción de la participación regional en materias de la Unión Europea parece mantenerse dependiente de la posible reforma del Senado, auténtica prueba de fuego sobre las intenciones de federalización del Estado. En España, el mismo proceso de reforma constitucional aún no ha comenzado, con lo que a nivel meramente especulativo, por el momento parece recogerse una voluntad de incorporar la cuestión europea a la reforma, aunque hasta la fecha sin conocer la envergadura ni los detalles[8]. Otro Estado miembro recientemente regionalizado, si bien parcialmente, como el Reino Unido también parece remitir al sistema de precedentes y casuística la presencia regional en materia comunitaria. En otros Estados como Portugal y Suecia, los archipiélagos de Azores y Madeira, así como las islas Äland[9] cuentan con representación en las respectivas Representaciones Permanentes.

De cualquier forma no es intención de este trabajo abundar en los procedimientos participativos establecidos en los distintos Estados miembros[10], sino como ya se ha advertido, centrarse en las disposiciones de la Constitución Europea relativas a las regiones.

Una referencia regional recogida en la primera parte del Tratado se encuentra en el art. I-11 en cuyo párrafo 3 se 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 regional y local...». Sin embargo, en el protocolo sobre la aplicación del princi-

---

[8] Sin embargo por primera vez un consejero autonómico -de Castilla y León - ha participado en una reunión del Consejo de Ministros. Se trata de un Consejo de Ministros de Agricultura celebrado en Bruselas el 22 de noviembre de 2004. *Vid. El País* de 22-11-04. Hace tan sólo unas semanas, *vid., El País* de 10 de diciembre 2004, se ha suscrito un acuerdo entre el Gobierno y las CCAA para la participación y representación de éstas en la UE. Las CCAA tendrán representación –en el seno de la delegación española– en cuatro de las nueve formaciones del Consejo de Ministros -alternativamente mediante turnos semestrales. También contarán con dos funcionarios en la REPER.

[9] En el art.IV-440 se recoge que «el presente tratado se aplica a las islas Äland con las excepciones que figuraban inicialmente en el Protocolo sobre los tratados de adhesión, en referencia al correspondiente al Reino de Suecia. Además, la Declaración 31 sobre los Protocolos incorporados al Tratado y que se recogen por la CIG se reconoce que tales excepciones relativas a las islas Äland derivan del estatus especial con que cuentan como consecuencia del derecho internacional».

[10] Para un panorama general y reciente de la cuestión vid., Unione Europea e autonomia regionali. Prospettive per una Costituzione europea. Roberto Scarciglia (cur.). Torino: Giappichelli editore 2003.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 259

pio de subsidiariedad apenas vuelve a hacerse mención a las regiones, salvo en referencia a las cargas administrativas y financieras sobre las que la Comisión tendrá también en cuenta a las autoridades regionales, y la ya antes mencionada capacidad de los parlamentos nacionales para consultar a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas sobre propuestas legislativas de la Comisión Europea[11]. Este protocolo en su párrafo 7 si contiene –antigua reivindicación del CDR– la habilitación al Comité de las Regiones para que pueda interponer recursos ante el Tribunal de Justicia respecto de actos legislativos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta, ya mencionada en el art. III-365. También se remitirá –párrafo 8– al Comité de las Regiones el Informe anual sobre la aplicación del principio de subsidiariedad[12].

Tampoco se menciona a las regiones en las disposiciones constitucionales sobre democracia representativa y participativa donde si se menciona al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo o el Consejo, o bien de forma general a las instituciones de la Unión[13]. Dicha ausencia y también la del Comité de las Regiones vuelven a poner de manifiesto el papel secundario que se les ofrece en la Constitución Europea, aunque en el Preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión –Parte II del Tratado– se mencione el respeto de la Unión por la organización de los poderes públicos de los Estados miembros a escala regional y local[14].

III. EL COMITÉ DE LAS REGIONES

El Comité de las Regiones (CDR) es un órgano consultivo que se introdujo en la estructura institucional comunitaria con el Tratado de la Unión. No tiene el rango de institución y desde su origen está compuesto por representantes de los entes regionales y locales, siendo mayoría aquellos que representan a colectividades territoriales distintas a las regiones. Quienes representan a las regiones autónomas en el CDR son aún menos. Precisamente la heterogeneidad de sujetos representados en el Comité, denominado de las Regiones, constituye un elemento característico del mismo y –también– una dificultad para su operatividad.

El CDR surge a principios de los años noventa y tiene en los Länder alemanes a sus principales valedores. Estos venían presionando al Gobierno federal y dado que la ratificación del Tratado de Maastricht requería de la aproba-

[11] Párrafos 4 y 5 del Protocolo sobre subsidiariedad.

[12] Sin embargo, hay que señalar que si se menciona a los parlamentos nacionales -y no a los regionales- cuando se menciona el recurso que los Estados «...en nombre de los parlamentos nacionales...» podrán presentar ante el TJ por incumplimiento del principio de subsidiariedad.

[13] Se trata de los arts. I-46 y I-47. El Comité de las Regiones no tiene reconocida la categoría de institución sino la de órgano consultivo de la Unión.

[14] *Vid.* dicho Preámbulo donde también se recoge que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 260

ción del Bundesrat, el asentimiento del Senado donde están representados los gobiernos de los Länder se tradujo en una reforma constitucional que recogía una serie de derechos informativos, participativos y representativos para los Länder, así como impulsaron la creación del CDR en el estructura comunitaria donde el gobierno alemán contó con el apoyo de Bélgica.

Dado que una mayoría de Estados miembros no contaban –Europa de los doce– con estructuras regionales el diseño del Comité de las regiones resultó contradictorio. Por un lado, se estableció un reparto de cuotas representativas entre todos los Estados miembros calcando la misma distribución que se establecía para el Comité Económico y Social, es decir, sin tener en cuenta si los Estados miembros se encontraban o no regionalizados. Como resultado, el CDR pasó a estar dominado por representantes no regionales, que además representan a entidades muy diversas dotadas con distintas competencias sobre también diferentes materias.

De hecho, el objetivo que se persigue con la puesta en marcha del CDR fue no sólo contentar a la petición de alemanes y belgas, sino –sobre todo– ofrecer una mejor operatividad y eficacia al Mercado Unico, uno de los grandes objetivos de Maastricht que diseña el tránsito hacia la Unión Económica y Monetaria. Desde la entonces reciente Unión Europea se es consciente que el empeño por configurar un mercado y una estructura societaria para cientos de millones de europeos en un espacio cada vez más extenso y diverso requiere de la incorporación de sujetos –administrativos, políticos– distintos de los centrales. Esta incorporación de las autoridades locales y regionales se había emprendido desde mitad de los años ochenta en el seno de un comité consultivo establecido en la DG XVI –Política Regional– para el desarrollo de la política y gestión de fondos regionales.

Las competencias consultivas con las que se dotó al CDR se limitaban a cinco ámbitos: redes transeuropeas, salud, educación, cultura y fondos. Incluso el reglamento del Comité quedaba como una prerrogativa del Consejo quién a petición de los Estados nombraría a los miembros del Comité. La reforma del TUE de Amsterdam autoriza al CDR a elaborar su propio reglamento, incorpora al Parlamento, junto a Consejo y Comisión a poder solicitar dictamen consultivo del CDR e incluye, entre otras, la cooperación transfronteriza como ámbito de consulta.

III.1. COMPETENCIAS

La mayoría de las referencias constitucionales de carácter regional tienen que ver con las competencias que se atribuyen al Comité de las Regiones. No existe un listado de materias de la competencia del CDR sino que éstas se encuentran dispersas en diferentes disposiciones de la Parte III del Tratado. Buena parte de las mismas se recogen en el Titulo III –De la Acción y las Políticas Interiores– en el Capítulo III –Políticas en otros ámbitos– y en el Capítulo V –Ámbitos en los que la Unión puede decidir reali-

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 261

zar una acción de apoyo, coordinación o complemento–. Conforman alrededor de una docena de materias sobre las cuales la competencia del CDR es muy variada y debe precisarse conforme a una múltiple casuística. Por otro lado, vuelven a ser tres los artículos que se dedican expresamente al CDR entre las normas de carácter institucional que se recogen en el Título VI, Cap.I, Sección 2, Subsección 1. Debe hacerse notar, que a diferencia de lo que había venido siendo tradicional desde la incorporación del CDR a los Tratados desde Maastricht, ahora las disposiciones relativas al CDR anteceden a las que se dedican al Comité Económico y Social (en adelante CES).

Las materias de competencia del CDR son las siguientes:

Empleo

(Art. III-206.2). Las orientaciones sobre empleo que adoptará el Consejo cada tres años se tomarán previa consulta al CDR, además de consultar al PE, CES y Comité de Empleo.

(Art. 207). Una Ley o ley marco europea podrá establecer medidas de fomento, y se adoptará previa consulta al CDR y al CES.

Política social

(Art. III-210.2 y 3). Una ley o ley marco europea se adoptará previa consulta al CDR y al CES.

Fondo Social Europeo

(Art. III-219). Una ley europea establecerá las medidas de aplicación relativas al Fondo previa consulta al CDR y al CES.

Cohesión económica, social y territorial

(Art. III-220). La Unión intentará reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones así como el retraso de las regiones menos favorecidas. Se hace mención a diferentes tipos de regiones: rurales; afectadas por transición industrial; que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes: regiones septentrionales, insulares, transfronterizas y de montaña.

(Art. III-221). Cada tres años la Comisión presentará un informe sobre avances en la cohesión eco-soc-territorial al CDR, y también al PE, Consejo y CES. Una ley o ley marco europea podrá establecer medidas específicas al margen de los Fondos. Se adoptará previa consulta al CDR y al CES.

(Art. III-222). Un Fondo de Desarrollo Regional (FEDER) se destinará a corregir los desequilibrios regionales mediante el desarrollo de las regiones menos desarrolladas y la reconversión de las regiones industriales en declive.

255-276-Estado autonómico13 3/10/05 13:33 Página 262

(Art. III-223). Una ley europea determinará las funciones, los objetivos prioritarios y la organización de los fondos con finalidad estructural previa consulta al CDR y al CES.

(Art. III-224). Una ley europea de aplicación relativa al FEDER se adoptará previa consulta al CDR y al CES. También se contempla la consulta de CDR y CES en lo relativo al Fondo Social Europeo del art.III-219.3; pero no está prevista la consulta al CDR para lo relativo al FEOGA –Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola-. Sí está prevista la consulta al CES. También sólo está prevista la consulta al CES para la ley o ley marco europea de organización de mercados agrícolas. Hay una exclusión completa del CDR de la política agrícola y de pesca, que sigue siendo la política presupuestaria más importante de la Comunidad, a la que se dedica más de la mitad de los recursos presupuestarios. Tampoco se contempla la participación del CDR en protección de consumidores (Art. III-235) o en investigación, desarrollo tecnológico y espacio (Arts. III-248-255).

Medio ambiente

(Art. III-233.3 b) y d)). En la elaboración de la política medioambiental la Unión tendrá en cuenta las condiciones medioambientales de las diversas regiones de la Unión y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

(Art. III-234.1 y 2c) y 3.). Unas leyes o leyes marco europeas establecerán las acciones, medidas y acciones de carácter general para alcanzar los objetivos mediambientales previa consulta al CDR y al CES.

Transportes

(Art. III-236). La adopción de una ley o ley marco europea se hará previa consulta al CDR y al CES.

(Art. III-245). Una ley o ley marco europea podrá establecer medidas para navegación marítima o aérea previa consulta al CDR y al CES.

Redes transeuropeas

(Art. III-246.1 y 2). Los entes regionales y locales participan en la creación de un espacio sin fronteras donde la Unión contribuirá al desarrollo de las redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, las telecomunicaciones y la energía y tendrá en cuenta la necesidad de conectar las regiones insulares, aisladas y periféricas con las regiones centrales de la Unión.

(Art. III-247). Una ley o ley marco europea establecerá las orientaciones y las restantes medidas –acciones, apoyo a proyectos de interés común– previa consulta al CDR y al CES.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 263

Energía

(Art. 256). Una ley o ley marco europea se adoptará en materia de política energética de la Unión previa consulta al CDR y al CES.

Además se contempla la consulta al Comité de las Regiones en ámbitos en los que la Unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento. Así:

Salud pública

(Art. III-278.2). La Unión fomentará la cooperación entre Estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de los servicios de salud en las regiones fronterizas.

(Art. III-278.4 y 5). Sendas leyes o leyes marco europeas se adoptarán previa consulta al CDR y al CES para hacer frente a problemas comunes de seguridad y a luchar contra pandemias transfronterizas, el tabaco y el consumo excesivo de alcohol.

Cultura

(Art. III-280.1 y 5). La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común. Una ley o ley marco europea establecerá medidas de fomento previa consulta al CDR.

Educación, juventud, deportes y formación profesional

(Art. III-282.3.a)). Una ley o ley marco europea adoptará medidas de fomento en los ámbitos de la educación, juventud y deportes previa consulta al CDR y al CES.

(Art. III-283.2.a)). Una ley o ley marco europea establecerá las medidas necesarias en el ámbito de la formación profesional previa consulta al CDR y al CES.

No se contempla la consulta al CDR en los ámbitos relativos a Industria (Art. III-279); Turismo (Art. III-281); Protección Civil (Art. III-285).

En el Título VI de esta Parte III se contemplan diversas disposiciones que tienen que ver con la asociación de los Países y Territorios de Ultramar. Se trata de Países y Territorios no europeos que mantienen relaciones especiales con Dinamarca, Francia, Países Bajos y Reino Unido cuya enumeración se recoge en el Anexo II incorporado al Tratado.

III.2. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES

El art. I-32.1 dispone que «el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea estarán asistidos por un Comité de las Regiones y por un Co-

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 264

mité Económico y Social, que ejercerán funciones consultivas». Por su parte, el art.I-32.2 establece una antigua reivindicación del CDR ya que precisa que «el CDR estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida». Resulta significativo que en esta primera mención a los comités consultivos se enumera al CDR antes que al CES a pesar de que habitualmente el CES haya precedido al CDR ya que se trata de un órgano más antiguo[15]. También va a preceder el CDR al CES en las disposiciones institucionales recogidas en el Título VI de la Parte III. De cualquier forma, en el art. I-32.5 se especifica que mediante una decisión europea, el Consejo revisará periódicamente la composición de ambos comités.

En el art. III-386 se establece que el número de miembros del Comité de las Regiones no excederá de 350, siendo el Consejo quién por unanimidad a propuesta de la Comisión adoptará una decisión sobre su composición. Serán nombrados, así como un número equivalente de suplentes por un periodo de cinco años. Su mandato será renovable pero no se podrá ser simultáneamente miembro del Parlamento Europeo. La lista de miembros y suplentes la adoptará el Consejo de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro. El Comité aprobará su Reglamento Interno y podrá reunirse por propia iniciativa y ser convocado por su Presidente, o a instancia del PE, del Consejo o de la Comisión (art. III-387). Estas tres instituciones son también quienes podrán consultar al CDR en los casos previstos en la Constitución, pero también en cualesquiera otros en que una de dichas instituciones lo estime oportuno, en particular aquello que afecten a la cooperación transfronteriza. Este mismo art-III-388 posibilita a estas tres instituciones la fijación de un plazo de un mes para la presentación del dictamen desde la notificación al presidente del CDR. También se establece que cuando se consulte al CES se informará al CDR de dicha consulta pudiendo el CDR emitir un dictamen al respecto cuando estime que hay en juego intereses regionales. También podrá emitir un dictamen por propia iniciativa. El dictamen del Comité se remitirá al PE, Consejo y Comisión junto con el acta de sus deliberaciones.

Algunas de las disposiciones recogidas en la Constitución constituyen una novedad con respecto a lo establecido en Maastricht, aunque la mayoría ya estaban previstas o se incorporaron en Amsterdam o Niza. Así, puede destacarse la incorporación del Parlamento Europeo a la posición que en relación al CDR ocupaban y siguen manteniendo Comisión y Consejo. También se aumenta de cuatro a cinco el mandato del CDR para hacerlo coincidir con el del PE y el de la Comisión. Se mantiene la cooperación transfronteriza –incorporada en Amsterdam– como una suerte de título horizontal que puede posibilitar al CDR la atracción a su

[15] El CDR se incorpora a los Tratados con Maastricht mientras que el CES ya estaba institucionalizado desde los Tratados originarios.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 265

competencia de una pluralidad de materias no expresamente previstas en el Tratado. En cuanto al plazo de un mes que puede fijarse para la emisión del dictamen, se han hecho públicas críticas dirigidas tanto al PE como a la Comisión y al Consejo por no respetarlo[16].

De cualquier manera hay que tener en cuenta que la posición del CDR en el proceso decisional es la de un órgano consultivo y que la preceptividad de la consulta tampoco se establece expresamente. De hecho, dicha preceptividad figura en favor del CES y está recogida en el art.262 del TUE. Así se mantenía en el texto elaborado por la Convención en el art.III-298, pero ha desaparecido del texto aprobado por la CIG ya que en el art.III-292 no se menciona. Se trata de una novedad sorprendente que plantea interrogantes acerca de la valoración y futuro del CES.

Por el contrario, una antigua demanda del CDR se ha recogido en la Constitución ya que se dota al CDR (art.III-365) de legitimidad activa para recurrir ante el tribunal de Justicia con el fin de salvaguardar sus prerrogativas de consulta. Tal y como se establece en el art.8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el CDR también podrá interponer recursos contra actos legislativos europeos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta. También se le remitirá al CDR (art. 9 del mismo Protocolo) el informe anual que sobre la aplicación de estos principios elaborará la Comisión. Así pues, dicha legitimidad activa del CDR ante el Tribunal de Justicia constituye la novedad más sobresaliente aportada por la Constitución.

No está de más hacer mención al Banco Europeo de Inversiones (BEI) a quién se encarga (art.III-394) de la financiación de proyectos para el desarrollo de las regiones menos desarrolladas.

Finalmente, reseñar que en las Disposiciones generales y Finales, en el art.IV-440 se hace mención a algunas regiones de manera particular, i.e., Azores, Madeira e islas Canarias, a quienes será de aplicación la presente Constitución[17].

IV. REGIONES EN LA UNIÓN EUROPEA: PERSPECTIVAS

El panorama que el Tratado de Constitución Europea plantea para las regiones no difiere esencialmente del actual. Vamos a tratar de agrupar en una serie de puntos algunos de los rasgos que, a mi juicio, van a caracterizar la cuestión regional en la Unión Europea durante los próximos años.

---

[16] *Vid.* las críticas que el presidente del CDR hizo públicas que se recogen en Pellisé, Cristina. «El Comité de las regiones» en Informe anual sobre Comunidades Autónomas, Eliseo AJA (dir.) 1999, 522-533.

[17] También lo será, así se especifica, para Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica y Reunión. En el párrafo 5 se establece que también se aplicará -con excepciones- en las islas Äland, pero no a las islas Feröe y sólo parcialmente a las islas del Canal y a la isla de Man.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 266

1. La Constitución Europea no ha diseñado un reparto territorial de poder teniendo en cuenta el ámbito regional. La participación regional en la Unión seguirá esencialmente vinculada a los diferentes sistemas establecidos en los Estados miembros. Dichos sistemas varían, tanto en lo que se refiere a los derechos de información, participación y representación que reconocen a las regiones, como en lo que se refiere a las vías organizativas sobre las que se estructuran tales derechos. A través de distintos sistemas se trata de incorporar a las regiones a la definición de la posición estatal sobre materias de competencia regional y también comunitaria. Es decir, asuntos que según el reparto territorial de poder son competencia de la Unión y de las regiones de algunos Estados miembros.

Sobre dichos asuntos, la Constitución Europea ha establecido un modelo competencial que distingue entre ámbitos de competencia exclusiva, compartida y de apoyo, coordinación o complemento[18]. Pero la Constitución Europea no tiene en cuenta el nivel de poder regional o local, tan sólo distingue entre ámbitos de competencia de la Unión y de los Estados miembros. Serán éstos quienes se organicen para dirimir la incorporación de las regiones al proceso de negociación comunitario. Proceso que exige no sólo la definición de las posiciones iniciales de negociación, sino que –como en todo proceso de negociación– tales posiciones inevitablemente son susceptibles de modificación. Tengamos en cuenta que la negociación comunitaria no se da sobre materias aisladas, sino que la negociación acontece teniendo en cuenta lo que sucedió con anterioridad y lo que se pretende que suceda en el futuro. Es decir, una negociación sobre cuotas pesqueras, puede estar influenciada por lo que sucedió en una anterior negociación sobre i.e. cítricos, y/o la próxima negociación sobre industria. Es más, hay que entender que no hay compartimentos estancos y que las negociaciones son globales, con mucha frecuencia en forma de paquetes –*package deal*–. Por consiguiente, la limitación de la participación regional a unos concretos asuntos resta virtualidad a la misma, puesto que para el resto de negociadores carece de interés negociar con alguien que sólo participa puntual y coyunturalmente en las negociaciones. Tampoco, como mencionábamos antes, tiene interes circunscribir la participación a la definición de la posición inicial, ya que lo más probable es que varíe durante la negociación.

Por tales motivos se ha tratado de fijar y limitar las posibilidades de la administración central para modificar las posiciones negociadoras alcanzadas por las regiones o comunidades en el caso de Bélgica o de los Länder alemanes o austríacos. Sin embargo, dada la naturaleza del proceso de toma de decisiones en la Unión, y aún a pesar de que se especifiquen

[18] Sin ánimo exhaustivo, dado que otras materias se encuentran recogidas en otras partes del texto, la Constitución recoge en el art.I-13 un listado de ámbitos de competencia exclusiva de la Unión; de competencia compartida con los Estados miembros, art. I-14 y otro que denomina, art.I-17, de las acciones de apoyo, coordinación o complemento de la Unión a los Estados miembros.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 267

los motivos que pueden llevar al gobierno central a tales modificaciones, no resulta excesivamente complicado evadirse de tales límites acudiendo a necesidades o intereses estatales, es por ello que junto a los derechos participativos suelen establecerse en favor de las regiones unos amplios derechos informativos y representativos, i.e. que representantes regionales formen parte de la delegación estatal para con su presencia poder al menos fiscalizar la negociación.

Dada la estructura decisional comunitaria junto al creciente peso del Parlamento Europeo, el órgano decisional tradicional es el Consejo de Ministros. La presencia de representantes regionales en ambas instituciones es pues clave. Como sabemos la composición del Parlamento, a falta de una normativa electoral uniforme, depende de cada sistema electoral en cada Estado miembro. Algunos Estados sólo admiten una única circunscripción, caso de España, pero otros reconocen circunscripciones regionales. Así, en Belgica además de tres circunscripciones regionales: Flandes, Walonia y Bruselas hay dos colegios electorales. En Alemania se combina una lista estatal con otras regionales; en Italia y más recientemente en Francia se han diseñado circunscripciones supra-regionales. En el Reino Unido se alterna un sistema proporcional para Irlanda del Norte con otro mayoritario subdividido en distintas circunscripciones para Inglaterra, Escocia y Gales. De esta manera, algunos parlamentarios pueden –y otros no– reclamar su representatividad regional.

En relación al Consejo de Ministros hace falta señalar que la mayoría de las decisiones que formalmente allí se adoptan, en la práctica se han tomado con anterioridad en otros órganos auxiliares: COREPER y otros comités y grupos de trabajo del Consejo. De hecho, lo más frecuente es que un Consejo de Ministros de i.e. agricultura adopte decisiones de industria o energía. Tengamos en cuenta que sobre la mayoría de los puntos de la agenda de los consejos ni tan siquiera se discute[19]. Es fundamentalmente en el seno del COREPER donde se toman la mayoría de las decisiones. El COREPER sí cuenta con una composición más estable que los Consejos de Ministros dado que para su composición se nutre de las Representaciones Permanentes de cada Estado miembro. Dichos, alrededor de un centenar, funcionarios son quienes llevan el peso de las negociaciones en sede comunitaria. Teóricamente representan el enlace entre las administraciones estatales y la administración comunitaria. En la práctica, dada su posición *in situ* y el conocimiento sobre los dossieres y los agentes negociadores, su autonomía negociadora suele ser muy am-

[19] No puede ser de otra forma dada la cantidad de asuntos y la premura del tiempo para un órgano que no tiene una composición homogénea ni una continuidad en el tiempo. Con 25 delegaciones, con que la presidencia concediera el uso de la palabra a cada delegación durante 10 minutos para que cada una expusiera su posición en relación al orden del día, si la reunión comenzara a las 9 horas la última delegación que cerrara el turno de presentaciones tendría el uso de la palabra después de las 13 horas, cuatro horas más tarde y sin haberse interrumpido la sesión durante toda la mañana.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 268

plia. La presencia de representantes regionales en las Representaciones Permanentes, en el COREPER y los comités y grupos de trabajo del Consejo es una cuestión clave para la participación regional y varía entre los Estados miembros[20].

2. La heterogeneidad regional que se explicita a través de las diversas fórmulas participativas en la Unión Europea es también una característica de la regionalización. No sólo hay Estados miembros que están regionalizados y otros que no lo están. Entre los Estados regionalizados algunos están federalizados: Alemania, Austria y Bélgica y otros no. Hay Estados totalmente regionalizados: Italia y España y otros sólo parcialmente: Reino Unido, Portugal o Finlandia. Además hay Estados –los ya mencionados– que cuentan con regiones autónomas, mientras que otros no habilitan a sus regiones con ese poder de elaborar leyes: Francia.

Además, si analizáramos en la categoría de regiones autónomas cuántas cuentan con una tradición histórica autónoma, podríamos apreciar que mientras el autogobierno ha sido característico en algunas, ciudades hanseáticas de Hamburgo y Bremen, reinos de Baviera Escocia o Navarra, para otras, la autonomía es un fenómeno muy reciente: la mayoría de las comunidades autónomas españolas y de las regiones italianas. Tampoco la mayoría de los actuales Länder cuenta con continuidad histórica en sus composiciones actuales.

También en lo que se refiere a la composición de los parlamentos autónomos la heterogeneidad regional es importante. Así sólo en algunos partidos de ámbito regional cuentan con mayorías: Baviera, Euskadi, Catalunya, Navarra, Süd-Tirol, Irlanda del Norte y los parlamentos de Flandes, Walonia y Bruselas, si bien debe advertirse que en Bélgica no existen partidos de ámbito estatal[21]. En algunos otros parlamentos los partidos de ámbito regional cuentan con una representación que sin ser mayoritaria resulta significativa –entre un 20% y 1/3 de los escaños: Escocia; Gales; Canarias; Galicia; Veneto; Corcega; Val d'Aosta... pero en la mayoría de los parlamentos regionales, los partidos de ámbito regional no cuentan con representación, o ésta no resulta significativa.

Otro elemento de heterogeneidad entre las regiones es la existencia o no de culturas autóctonas, incluso de lenguas propias y/o diferenciadas de la del Estado del que forman parte. Para algunas regiones se trata de un rasgo muy importante: Catalunya; País Vasco; Gales; Süd-Tirol; Flandes. Sin embargo, en una mayoría de regiones tal singularidad lingüística no se da.

---

[20] Así como los tres Estados federales cuentan con representantes regionales en sus respectivas Repres no es este el caso de las regiones y comunidades autónomas italianas y españolas.

[21] Los partidos belgas se disolvieron a finales de los años sesenta cuando se puso en marcha el proceso de regionalización del Estado.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 269

Otro factor de heterogeneidad regional hace referencia a su localización espacial. Así algunas regiones tienen el carácter que aporta la insularidad; Córcega; Sardegna; Sicilia; Isles Balears; Äland; Azores, Madeira, Canarias. Algunas regiones son marítimas; algunas son regiones de montaña. Algunas regiones son atlánticas, otras mediterráneas, bálticas. Algunas regiones están en el norte de Europa y otras en el sur; algunas en el centro y otras forman parte del occidente o de la Europa oriental. Se trata de una característica espacial que permite agrupar a las regiones en diversos ámbitos no carentes de significación.

Hay también, si acudimos a una clasificación económica, distintos parámetros que permiten agrupar a las regiones más ricas: Hamburgo, Bruselas, atendiendo a su PIB, a su renta o capacidad de compra, y distinguirlas de aquellas más pobres: Extremadura, Calabria. También pueden distinguirse regiones de gran peso demográfico: Renania del Norte; Ile de France de otras escasamente pobladas: La Rioja, Äland.

La heterogeneidad regional aún resulta más abrumadora caso de analizar las competencias regionales. No es igual la autonomía de Länder alemanes o austríacos; tampoco es comparable con la que cuentan las regiones autónomas italianas o las comunidades autónomas españolas; tampoco es equivalente con la autonomía de regiones y comunidades en Bélgica. Además, no todas las comunidades autónomas y regiones italianas cuentan con las mismas competencias. Es decir, la heterogeneidad entre las regiones autónomas es importante y tampoco se corresponde con las materias de competencia del Comité de las Regiones, en cuya composición la heterogeneidad es aún mayor[22].

3. La reciente ampliación a diez nuevos Estados ha tenido como consecuencia que pierdan peso los representantes regionales en el Comité de las Regiones dado que la mayoría de los nuevos Estados miembros provienen de dictaduras comunistas donde la centralización del poder era una característica enfrentada a la territorialización. No se incorporan representantes regionales, dado que las regiones no están institucionalizadas y todavía menos, representantes de regiones autónomas. Por otro lado, Estados como Malta o Chipre tienen un tamaño demasiado pequeño como para contar con un modelo regional. El resultado es que, si ya hasta la fecha los representantes regionales eran minoría en el CDR, en los próximos años tal minorización se agudizará. Es probable que los nuevos Estados miembros emprendan procesos de regionalización, pero eso les llevará algunos años. En cuanto al conjunto de regiones autónomas representadas en el CDR, es probable que su creciente minorización de impulso a su organización como bloque al interior del CDR. En cualquier caso asistimos a una profundización aún mayor en la heterogeneidad de la composición

[22] Sobre la heterogeneidad regional, *vid.*, BULLAIN, Iñigo. «Autonomy and the European Union» pp. 343-356, in SUKSI, Markku (ed.) *Autonomy: Applications and Implications.* 1998 Kluwer Law International.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 270

del CDR. Se incorpora el modelo de administración ex-comunista, y la Unión se amplia hacia el Báltico, el Centro e islas mediterráneas.

4. En los últimos años asistimos a sendos procesos de profundización regional en Italia y más recientemente en España, así como a una tentativa frustrada en Inglaterra donde en un reciente referendum entre los electores de la denominada región del Noroeste con sede en Newcastle una mayoría rechazaron poner en marcha un proceso de regionalización[23] atenuada –en lo que se refiere a la ya existente en Escocia o Gales–. El rechazo a la regionalización parece percibirse como un temor a un aumento de la burocratización. En Alemania no ha prosperado una reforma del modelo federal [24].

Por el contrario, en Italia sendas reformas de 1999 y 2001 han puesto en marcha un proceso de reactivización regional que está conduciendo a la reforma de los estatutos de autonomía y la incorporación a la competencia autonómica de los nuevos límites constitucionales más generosos con la autonomía regional[25]. El proceso está inconcluso, a la espera de la reforma del Senado y pendiente de la posible prolongación transformadora hacia la federalización, apoyada por algunos y rechazada por otros.

En España están pendientes una reforma constitucional y otra estatutaria que afectará a algunas CCAA, pero ya se han producido algunos cambios que afectan al papel de las Comunidades Autónomas en Europa. De un lado, el gobierno central ha comenzado a invitar a representantes de las Comunidades Autónomas fronterizas a las cumbres bilaterales celebradas con Portugal y Francia respectivamente. Por otro lado, se ha firmado un acuerdo con todas las Comunidades Autónomas para posibilitar su presencia en los Consejos de Ministros de la UE, en las reuniones preparatorias de éstos, así como incorporar a dos representantes autonómicos a la Representación Permanente española ante la UE. Los representantes de las comunidades autónomas rotarán cada seis meses y asumirán la responsabilidad de consensuar los intereses autonómicos y de representarlos bajo la autoridad del jefe de la delegación española. Se trata de un acuerdo que ha tardado 18 años en llegar y que sin duda deberá perfeccionarse en los próximos años. La necesidad de llegar a acuerdos entre todas las Comunidades Autónomas nos parece una limitación práctica

[23] El resultado negativo parece haber influido en los planes del gobierno británico de extender el proceso de regionalización a otras zonas de Inglaterra. De hecho, el area en torno a Newcastle se considera la zona con una personalidad regional más destacada, que se traduce en un habla muy particular alejada del «BBC english».

[24] Una comisión parlamentaria bilateral del Bundestag y del Consejo Federal que además de reducir la intervención ratificadora del Bundesrat sobre el procedimiento legislativo -Zustimmungsgesätze- pretendía transformar el modelo federal de cooperativo en competitivo -Wettbewerbsföderalismus- no ha logrado en diciembre de 2004 el consenso necesario.

[25] En especial la nueva redacción del art.117 que distingue entre competencias exclusivas del Estado y competencias concurrentes, estableciéndose el poder reglamentario en favor de las regiones para todas aquellas materias no sujetas a la competencia exclusiva de «lo Stato».

255-276-Estado autonómico13 3/10/05 13:33 Página 271

para la efectividad del acuerdo. Por otro lado, la rotación cada seis meses se nos antoja un plazo excesivamente breve para adquirir los conocimientos necesarios sobre los asuntos a tratar en sede comunitaria. Además, como ya se ha expuesto, la coyunturalidad de la presencia autonómica restará virtualidad a su capacidad negociadora. La presencia autonómica posibilitará sobre todo la fiscalización de la negociación del Estado y un mejor conocimiento de la administración europea. Pero se requerirá por otro lado, un esfuerzo de las administraciones autonómicas para la puesta en marcha de infraestructuras de coordinación entre las comunidades y entre éstas y la administración central. Dada la distribución territorial de poder existente en el Estado, la incorporación de dos representantes autonómicos a los cerca de 150 de que consta la Representación permanente española nos parece francamente insuficiente para el volumen de asuntos de interés de las Comunidades Autónomas.

Parece probable esperar que en los próximos años se den pasos hacia la regionalización en buena parte de los Estados miembros. La gestión de un mercado de 500 millones en un espacio tan extenso y variado requiere estructuras capaces de poder asimilar la diversidad y responder competitivamente. El modelo jacobino que desde Francia se estableció en buena parte de Europa resulta un anacronismo dieciochesco carente de interés en el siglo XXI. No es referencia para Europa, ni occidental ni oriental. ¿Cómo justificar que hoy en día la administración territorial en Francia –departamentos, y en buena medida también de regiones– se mantenga en manos del Ministerio del Interior? Este modelo policial provoca incredulidad y congoja, y aproxima a la administración francesa a modelos autoritarios característicos de regímenes dictatoriales.

5. El ámbito regional aparece como fuente interna de tensiones tanto para la Unión como para los Estados miembros. Distintos motivos concurren a poder prever que la dimensión regional será el origen de conflictos endógenos al interior de las fronteras de la Unión. De un lado, como ya hemos visto, la Convención europea arrinconó la dimensión regional –a cuyo debate tan sólo dedicó una sesión en febrero de 2003– y salvo escasísimas referencias apenas hay rastros de la cuestión en el Tratado constitucional salvo las referencias al Comité de las Regiones –que como también sabemos no es estrictamente un órgano de representación regional. Además tampoco se ha previsto que en el futuro se convoque a representantes regionales a participar en próximas Convenciones o procesos de reforma del Tratado. De hecho los procedimientos de revisión previstos en los arts. IV-443-444-445, ordinario, simplificado o simplificado relativo a políticas internas no contemplan sino la participación de ejecutivos y parlamentos nacionales. Sólo Bélgica, en una Declaración incorporada al Acta final de la Conferencia[26] hace constar que interpreta

[26] Se trata de la declaración 49 del reino de Bélgica sobre los parlamentos nacionales recogida por la Conferencia Intergubernamental.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 272

que los parlamentos de regiones y comunidades forman, junto al parlamento federal del sistema parlamentario nacional. De esta manera parece excluirse que en el futuro, representantes de ejecutivos o de parlamentos regionales vayan a participar en los procesos de reforma de la Constitución europea. Vista la experiencia de la reciente Convención Europea dicha perspectiva no resulta particularmente alentadora sobre el eco que las posiciones regionales puedan alcanzar en próximas reformas con lo que es previsible, si no se corrige la composición de los agentes llamados a participar en las reformas, un aumento de tensión entre la Unión y las regiones. No parece viable una Europa que enfrente a las regiones con los Estados pero tampoco parece deseable una Europa que marginalice a las regiones.

Las regiones cuentan con importantes poderes en algunos Estados miembros. Dichos Estados son una minoría entre los 25 que forman la Unión pero agrupan a una mayoría de europeos que son gobernados mediante estructuras regionales. Hasta la fecha, el proceso de integración ha favorecido la recentralización del poder en los Estados regionalizados e incluso federalizados. Dicha recentralización no ha estado exenta de tensiones. Las reformas constitucionales introducidas en la Ley Fundamental de Bonn con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión son una muestra de las mismas y de los cambios necesarios para tratar de conjugar intereses dispares y en ocasiones contradictorios. Si las regiones perciben que se quiere instrumentalizar la Constitución europea en su perjuicio bien para sancionar estrategias de recentralización o bien para limitar una evolución regionalizadora, se pueden poner en marcha dinámicas perjudiciales al proceso de integración. Alemania, Estado miembro pionero en la integración europea de un modelo federal tuvo que acudir a garantías constitucionales en favor de los Länder. Es probable que en otros Estados que llevan menos tiempo en la Comunidad Europea y/o menos tiempo como Estados regionalizados o federalizados tengan también que acudir a reformas constitucionales que incorporen garantías informativas, participativas y representativas en favor de las regiones, a medida de que éstas vengan siendo cada vez más conscientes de los efectos –en ocasiones devastadores– que la integración acarrea para su condición autónoma.

Así como los poderes centrales han equilibrado su perdida de autonomía decisional mediante compartir decisiones con otros Estados, las regiones autónomas no han contado con instrumentos de equilibrio que acompañaran a su pérdida competencial. Pérdida que ha servido a la recuperación de poder de las administraciones centrales que dado el cuasi-monopolio participativo y representativo en la estructura decisional europea han sido los grandes beneficiados de la aparición de un nuevo centro político a escala europea. Las administraciones regionales han consentido sin resistencia a su transformación de entidades autónomas a administraciones de carácter ejecutivo implicadas en la gestión y aplicación de deci-

255-276-Estado autonómico13 3/10/05 13:33 Página 273

siones en cuya elaboración no participan. Las elites politico-burocráticas regionales han mantenido la integración europea en un puesto intermedio-bajo de la agenda política limitándose a puntuales reivindicaciones retóricas. De hecho, si se examina la actividad parlamentaria de las asambleas regionales en materia europea se aprecia con indudable nitidez, de que a pesar de ser los parlamentos y en especial los parlamentos regionales quienes han resultado especialmente perjudicados por la atribución de competencias a las instituciones europeas, apenas han dedicado tiempo y recursos para tratar de no quedar marginalizados en sus funciones parlamentarias. Salvo, quizá el Parlament de Catalunya, la inanidad mostrada por la mayoría de los parlamentos regionales resulta estremecedora y pone de manifiesto la escasa preparación de la clase política regional y su escasísima sensibilidad europea. Apenas han hecho nada relevante en 18 años salvo organizar esporádicos eventos y puntuales conferencias y *happenings* donde dilapidar en unas horas recursos que debieran invertirse en formación continua. Ni que decir que desde la Administración central se ha contemplado incrédula y agradecida la torpeza autonómica que ahora –con 18 años de retraso, prácticamente una generación perdida– tendrá que realizar ímprobos esfuerzos para tratar de conectarse con la toma de decisiones comunitaria. 18 años que le han servido a la Administración central para prepararse y asumir por desbordamiento la gestión pública en Europa, que es, aunque todavía algunos no lo perciban, el lugar del planeta donde vivimos y deseamos convivir.

En la medida en que la europeización vaya calando –no olvidemos que se ha accedido a la misma en distintos momentos, unos antes y otros más tarde– el despojo autonómico se hará más evidente y requerirá correcciones. Si éstas como creo se plantean de entrada de manera incorrecta deberán de nuevo reformarse. Es posible que durante algún tiempo para algunos sea suficiente con hacerse una foto en un Consejo de Ministros, instantánea donde enmarcar su imagen europea. Pero puede también que algún otro juzgue insuficiente el limitar la actividad a retratos para la galería y demande de otras regiones autónomas mayor profesionalidad en asumir responsabilidades. De las relaciones inter-regionales provendrán también tensiones que con frecuencia se han concentrado en la Administración central quien ha monopolizado la gestión de los intereses del Estado. Si como ahora parece, se va incorporando a las regiones a la gobernabilidad del Estado y se hace más transparente la gestión de los diversos intereses, no sólo asistiremos a un proceso de madurez autonómico sino que va a coincidir con una nueva etapa en la que el enorme apoyo económico europeo –inevitablemente– deberá concentrarse en otras áreas europeas más necesitadas, consecuencia de la nueva ampliación, y deberán replegarse del mediodía peninsular.

6. Hay una dimensión regional en Europa distinta de la que hemos tratado en estas líneas y que hace referencia no a regiones de Estados miem-

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 274

bros sino a una categoría de región que está aún en estado embrionario o simplemente balbuceante pero que puede constituir un paso importante y necesario del proceso de integración; me estoy refiriendo a la categoría de región europea.

En los últimos 50 años Europa ha tratado de equilibrar el dominio que la exaltación de la particularidad había ejercido –con consecuencias funestas– para millones de europeos. En su lugar, se ha impulsado un proceso de integración a escala continental. La idea de Comunidad europea pretende acercarnos a lo que de común compartimos con otros europeos por encima de las particularidades –nacionales– que nos dividen. Quizá algún día la nacionalidad de cada cual –como hoy lo es la religión– será un asunto privado. Mientras tanto se van dando pasos para promover lo que los europeos tenemos en común y no hay duda que se han producido –afortunadamente– grandes avances. Sin embargo aún queda mucho por hacer. Se ha establecido una ciudadanía europea pero los Estados-naciones siguen manteniendo su dominio.

La categoría de región europea puede contribuir a orientar el ejercicio de la ciudadanía europea en claves distintas a las que propugna la ideología nacional tanto en su expresión estatal como de nacionalismo sin Estado. La región europea puede dotar de proyección europea a la condición de ciudadano hasta la fecha excesivamente inmerso en ámbitos nacionales carentes de conexiones y referencias transeuropeas. Por lo general, las conexiones culturales entre europeos son muy débiles. Valga como ejemplo que no exista ni tan siquiera un diario o semanario europeo[27]. Esta ausencia de una publicación periódica dificulta enormemente la difusión de una cultura política europea desde Helsinki a Bilbao, desde Palermo a Edimburgo y pone de manifiesto que todavía no existe una opinión pública europea. Por el contrario, tanto en Budapest como en Lisboa, en Varsovia o Viena la recepción de los productos culturales americanos, la macdonalización es abrumadora. Es decir, la población europea comparte una cultura de creciente americanización y se distingue por sus respectivas culturas «nacionales» que por el contrario no tienen capacidad de penetración más allá –y salvo excepciones– de las fronteras estatales.

La región europea pudiera ser un instrumento para interconectar distintas culturas en un marco de desarrollo europeo. Evidentemente, aunque no de forma exclusiva, el desarrollo de las relaciones transfronterizas plantea mejores perspectivas para aquellas regiones de frontera que para aquellas otras distantes de otra cultura europea, pero los flujos de población y los avances tecnológicos demuestran que incluso territorios insulares pueden alcanzar características de una europolis cultural. La región europea

[27] Durante unos años, finales de los ochenta y comienzo de los noventa se editó en inglés un semanario en forma de periódico «The European».

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 275

–en tanto que espacio transeuropeo– será, a mi juicio, una de las dimensiones de la integración emergente en los próximos decenios.

7. El futuro que se ha abierto tras la firma solemne en el Capitol romano del Tratado Constitucional en octubre de 2004 invita a la reflexión. Por primera vez en su historia se pretende dotar a 500 millones de europeos de un texto que establezca los fundamentos de una Unión Política. La pretensión no tiene precedentes. Sólo China y la India constituyen comunidades aún mayores. Europa tiene ante sí un gran reto y se ha establecido un plazo de dos años para que los europeos a través de 25 Estados miembros demos una respuesta al contenido del Tratado Constitucional. Como sabemos, se ha establecido que algunas de las disposiciones institucionales no entrarían en vigor antes del 1 de noviembre de 2009[28] con lo que tal plazo de dos años para proceder a las ratificaciones puede interpretarse de una manera no tan estricta. De cualquier manera desconocemos el resultado. No sabemos si se obtendrá una ratificación unanime o si algunos Estados experimentaran dificultades. Desconocemos también quiénes pudieran ser tales Estados y tampoco sabemos que postura pudiera adoptar el Consejo. Tampoco es descartable la convocatoria de otra Convención o de otra Conferencia Intergubernamental para volver a revisar el Tratado.

De cualquier manera, el último de los pasos emprendidos desde hace 50 años no parece que vaya a constituir el final del proceso. Europa debe continuar consolidándose como Comunidad Europea. Ha sido esta voluntad de convergencia la que ha posibilitado que la segunda mitad del siglo XX haya sido tan diferente de aquella primera mitad que hizo posible dos guerras continentales. Es cierto que en algunas partes de Europa no hemos podido participar en el proceso de integración hasta fecha reciente. Algunos hemos padecido una dictadura nacional-católica durante dos generaciones y otros han visto prolongarse dictaduras comunistas hasta los años noventa. Pero las perspectivas que se abren para las próximas generaciones son incomparablemente mejores que las que las guerras de religión y nacionales plantearon a generaciones de europeos. Las transformaciones emprendidas en Europa han sido enormes durante los últimos decenios y no han terminado ni mucho menos. A mi juicio, el Tratado Constitucional es un texto de tránsito, poco innovativo en relación a la estructura precedente. De hecho, aún desconocemos el impacto de la reciente ampliación: la convivencia a 25 es una incógnita. De un lado, la sociedad europea permanece atomizada en estructuras estatales con enormes problemas comunicativos. De otro lado, los Estados-nación en Europa, incluso los más poderosos van perfilándose como espacios demasiado reducidos para afrontar el siglo XXI. Superar el mo-

[28] Así se dispone en el Protocolo nº 34 sobre las disposiciones transitorias relativas a las instituciones y órganos de la Unión, anexo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

255-276-Estado autonomico13 3/10/05 13:33 Página 276

delo de Estado-nacional, cuyas tradicionales pretensiones totalizadoras han quedado indudablemente periclitadas, agrupando a los ciudadanos en una comunidad europea donde cuenten con libertad, justicia y seguridad es el enorme reto que los europeos tenemos por delante.

Al mismo tiempo que en Europa envejece la población debiera también de madurar como comunidad. La actitud europea de mirar al techo tratando de escabullir responsabilidades en nuestro entorno más próximo: Palestina; Balcanes; Argelia; Sahara; Txetxenia; Africa... no es sostenible indefinidamente. Deben, a mi juicio, procurarse más medios para la formación de una opinión pública europea. Una perspectiva europea superadora de los límites nacionales para tratar de ofrecer a los ciudadanos más y mejores recursos con que convivir en el planeta. La región en tanto que ámbito espacial de convivencia debiera tratar de definirse según parámetros de contenido europeos. El Tratado Constitucional –como hemos visto– elude esta cuestión y sigue planteando la región desde la perspectiva de los Estados miembros. De ahí que nuestra conclusión sea –si se me permite una expresión en lengua navarra– gazi/goxoa. A mi juicio, la denominada Constitución Europea supone un paso, pero insuficiente: hace falta más Europa.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 277

ESTADO AUTONÓMICO E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

José Manuel Martínez Sierra
Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente ponencia es estudiar algunos elementos medulares de la repercusión que para las Comunidades Autónomas tiene la pertenencia del Reino de España a la Unión Europea. La propuesta metodológica de nuestro estudio inicialmente era someter la estructura teórica de la relación dialéctica integración supranacional-Estado autonómico a la casuística más próxima: en el plano normativo, en el de la toma de decisiones y en el contencioso. Pero la asistencia a todo el Congreso del que trae causa esta publicación, particularmente al panel «Las regiones en la integración comunitaria» en el que nuestra ponencia se insertó, me excitó a realizar un replanteamiento metodológico y de contenidos por mor a evitar solapamientos e igualmente para permitirme enfatizar los aspectos no abordados por el resto de ponencias. Ello seguramente será de mayor utilidad para el lector y contribuirá a la coherencia interna de la publicación que nos ocupa.

El trabajo se compone de cinco epígrafes, junto con esta introducción: el reparto vertical de competencias, el principio de autonomía institucional, la irrelevancia europea del reparto competencial español y unas conclusiones finales. El objeto esencial del trabajo es aportar elementos para enjuiciar la existencia de condicionantes al desarrollo del Estado autonómico por parte del Derecho europeo, atendiendo al proceso constituyente europeo en proceso de ratificación y al estatuyente en ciernes.

II. EL REPARTO VERTICAL DE COMPETENCIAS

II.1. REFLEXIONES SOBRE LAS DIMENSIONES CONSTITUCIONALES EUROPEA Y ESPAÑOLA DEL REPARTO COMPETENCIAL

La cuestión competencial vertical fue un aspecto crucial de los cuatro incluidos desde un comienzo en la CIG 2004 por la Declaración sobre el futuro de Europa. Su inclusión, huelga resaltarlo, se promovió para mejorar el estado de cosas, entendiéndose que en tal sentido jugaba la clarificación dicho reparto competencial. No estamos pues ante una bandera izada para

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 278

mayor gloria de la ingeniería constitucional, como parecía deducirse de algunas aportaciones de nuestra antigua ministra de Asuntos Exteriores (y a la sazón representante del Gobierno en la Convención); estábamos ante la necesidad de dilucidar si el reparto competencial era el adecuado o si por el contrario genera externalidades negativas que invitan a su cambio.

Si partimos de la simple lógica, la mera inclusión del reparto competencial vertical en la agenda de 2004 demuestra que antes de Niza ya existía un descontento significativo con el actual sistema y, consecuentemente, también existía un grupo de presión a favor del cambio: nadie incluye un aspecto tan trascendental en la agenda de una CIG para promover el *statu quo*. Por otro lado, el hecho de que la simplificación de los tratados fuese, *ab initio*, otro aspecto de la agenda 2004, enfatiza que el problema del reparto competencial tiene entidad al margen de la eventual constitucionalización de los tratados.

De entre los posibles puntos de partida de una construcción negativa del discurso elegimos el de Armin von BOGDANDY y Jürgen BAST, por tener la certeza de que dicho análisis fue conocido por nuestra diplomacia.[1] Según los autores, la cuestión competencial vertical «se revela como una estrategia en relación con la crisis de legitimidad de la Unión»,[2] ello por tres razones.[3]

En primer lugar, porque los ciudadanos perciben a la Unión como un ente demasiado difuso. Los ciudadanos, en buena medida por el sistema de reparto competencial de la Unión, padecen un grado significado de complejidad al identificar las políticas públicas surgidas de sede comunitaria. Dicha realidad juega en contra de la Unión, sobre todo porque con demasiada frecuencia viene acompañada del interés de las autoridades nacionales (central, autonómica y local) en difuminar dicho reparto, sacando partida de la visibilidad de las políticas activas de inversión en los fondos comunitarios; dando, en cambio, todo el eco posible a las actuaciones de las instituciones comunitarias, sobre todo de la Comisión, cuando se pretende utilizar la presión social para modificar una posición adoptada en Bruselas o para diluir responsabilidades propias.

---

[1] Dicha visión fue expuesta por Armin VON BOGDANDY en el Seminario internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos, «La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea», celebrado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001. En el participó el Secretario de Estado de Asuntos Europeos, y durante todas las sesiones un representante de la Secretaría de Estado.

[2] A. VON BOGDANDY y J. BAST, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», ponencia presentada al Seminario internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos, «La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea», noviembre de 2001, p. 2. Las contribuciones de dicho Seminario forman el cuerpo de, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (Dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, 2002.

[3] Dichas razones, al ser simplemente enunciadas por los autores, demandan un desarrollo autónomo. En particular sobre la problemática de la legitimidad y su importancia en la Unión, más allá de los aspectos aquí abordados, nos remitimos a nuestro estudio «La reforma institucional de la Unión Europea: el Camino de la Legitimidad en Europa», *Revista Electrónica de Derecons (Debates Constitucionales)*, núm. 1, 1999. http://constitucion.rediris.es/revista/Dc.html.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 279

En segundo, lugar porque altera el ámbito competencial de los entes subnacionales, en particular la relación constitucional establecida a nivel nacional entre el Estado central y dichos entes. Conviene recordar que su inclusión en la agenda de 2004 fue una imposición de los *Länder* al Gobierno Federal alemán para facilitar la ratificación del Tratado de Niza. La demanda histórica de los *Länder* viene provocada por su desazón ante la recentralización en el Gobierno Federal alemán de las competencias descentralizadas una vez que pasan a formar parte de los asuntos europeos. El regateo a parte de los 43 artículos de la Ley Fundamental alemana, sede constitucional del reparto competencial, afecta especialmente a la capacidad de ejecución de los *Länder*. Dichas exigencias, articuladas en una Resolución del Consejo Federal Alemán («Exigencias de los Estados federados en relación con la conferencia gubernamental de 1996»),[4] y centradas en la necesidad de clarificar el reparto competencial vía la adopción de un «modelo de lista», no llegaron siquiera a formar parte de la agenda de Niza; de ahí que, en última instancia, el Gobierno federal alemán arrancara el compromiso de abordar el problema en la CIG de 2004.

Este conflicto no es privativo de la República Federal de Alemania, es un hecho que incide en todos los Estados descentralizados de la Unión y particularmente en el marco diseñado en el Título VIII de nuestra Constitución. La conexión entre las competencias ubicadas en sede constitucional europea y el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en sede constitucional nacional, plantea, como han dejado constancia diversos asuntos planteados ante nuestro Tribunal Constitucional, un conflicto bidimensional sobre la constitución territorial. Una dimensión hace referencia a la eventual alteración del reparto competencial del Título VIII por vía del artículo 93 CE.[5] La segunda dimensión versa sobre la eventual capacidad de acción exterior de las Comunidades Autónomas, habida cuenta de que, desde su perspectiva autonómica, los asuntos europeos merecen un trato distinto, más generoso con las Comunidades Autónomas, que el de las relaciones internacionales tradicionales.[6]

La posición política de las Comunidades Autónomas más celosas en esta materia (Cataluña y País Vasco), no se dirigen tanto a modificar el reparto constitucional del Derecho Originario europeo, sino a demandar una participación directa en la formación de la voluntad del Estado, en todos los niveles, también en el más celosamente protegido por el Gobierno central: la participación directa en el Consejo de la Unión. La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, aunque ha evolucionado progresivamente a favor de la «acción exterior» de las Comunidades Autónomas, ha apuntado los límites constitucionales de cara a la resolución de este

[4] *Vid.* Boletín del *Bundesrat*, 667/95.

[5] *Vid.*, STC 258/1988 (Comercio de carnes frescas)

[6] *Vid.*, STC 165/1994 (Oficina Vasca en Bruselas).

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 280

conflicto político en sede constitucional, abogando por la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.[7]

En tercer y último lugar, dentro de esta visión genérica de la conexión entre el problema estudiado y la legitimidad de la Unión, cabe destacar que «como trasfondo queda la idea de que el orden competencial de la Unión refleja un automatismo que 'priva' de competencias al ámbito de los Estados miembros y, con ello, pone en cuestión su cualidad de Estado.»[8] Estamos aquí también, como ocurre con relación al primer aspecto referido, ante una afectación clara en la piedra angular del conflicto constitucional de los Estados miembros de la Unión: los límites constitucionales a la integración supranacional, amen del principio democrático, habida cuenta de su avenencia con la soberanía nacional. Así, como afirma RUBIO LLORENTE, «el principio de soberanía nacional se identifica con el principio democrático. Los órganos a los que la Constitución atribuye la titularidad de los poderes o competencias concretos los tienen porque el pueblo, ante el que los bóganos políticos son siempre directa o indirectamente responsables, se los ha confiado a través de la Constitución».[9]

II.2. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO ESPAÑOL SOBRE AMBOS DEBATES

Teniendo en cuenta lo desarrollado en el punto anterior, puede darse como hecho cierto que el debate constitucional europeo sobre el reparto competencial vertical tiene implicaciones de primera magnitud, tanto a nivel constitucional europeo como español. En el ámbito europeo en relación con la legitimidad de la Unión y en el nacional, junto con aquél, en relación con dos principios constitucionales de singular trascendencia: el democrático y el autonómico.

También puede afirmarse que, haciendo abstracción de la lógica constitucional europea y centrándose en la nacional, la adopción de un modelo de lista en el reparto competencial vertical a nivel europeo, reduciría las externalidades negativas que la complejidad del sistema existente contribuyen a generar en el plano nacional: a nivel político, institucional y popular.

---

[7] «Tanto de la interpretación sistemática de la Constitución como de la supremacía de ésta sobre los Estatutos se deriva la necesidad de colaboración entre la Administración Central y las Administraciones Autonómicas, colaboración que puede exigir en muchos casos, en relación, sobre todo, con nuestra incorporación a la CEE, formas de articulación (por ejemplo, realización por la Administración Autonómica de tareas de competencia estatal, con sumisión en consecuencia, y sólo en cuanto a ellas, a instrucciones y supervisión de la Administración Central) que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar», STC 252/1988, FJ 3.

[8] A. von BOGDANDY y J. BAST, «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», p. 2. Los autores, como soporte a dicha afirmación, citan la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, E 89, pp. 155-210); así como la aportación de I. Pernice al debate general, «Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund», JZ 2000, pp. 866– 867.

[9] F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución Española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, p. 257; F. RUBIO LLORENTE, *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 178.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 281

Por último, es incontestable que, de una u otra forma, las fuerzas políticas nacionalistas de las Comunidades Autónomas donde son mayoría y gobierno, demandaron al Gobierno central, de cara a la CIG de 2004, la asunción a la sazón de ambos debates constitucionales: el europeo y el nacional, este último prestando especial atención a las prerrogativas constitucionales de las Comunidades Autónomas.[10] Se trata ahora de ver si el Gobierno central asumió las dos dimensiones del debate, y en su caso, ¿en qué sentido se ha producido tal asunción?

A modo de introducción cabe destacar que, desde el comienzo del debate en relación a la Declaración sobre el futuro de la Unión hasta el cambio de administración en marzo de 2004,[11] la posición del Gobierno se construyó sobre dos pilares. En primer lugar, se considera que el debate sobre el reparto competencial se trata de una cuestión que sólo puede afectar a la relación Unión Europea-Estados miembros, porque el resto depende de la distribución constitucional interna de competencias. La segunda piedra angular de su discurso se fundamenta en el rechazo radical a los posibles intentos de reducir ciertas competencias de la Comunidad y a que se produzca un retroceso en el proceso de integración, al amparo de dicha delimitación competencial.

II.2.1. El debate constitucional nacional

Con respecto al debate constitucional nacional, el Gobierno, durante toda la Convención, reprodujo la filosofía de todos los gobiernos anterio-

---

[10] Particularmente significativas, por ser el posicionamiento inicial de todos los grupos parlamentarios de cara al 2004, fueron las manifestaciones de dichas fuerzas en la Comisión Mixta para la Unión Europea con motivo de la «Comparecencia del Señor Ministro de Asuntos Exteriores (Piqué i Camps) para informar sobre la Conferencia Intergubernamental de 2004», (Número de expediente del Congreso 214/000038 y número de expediente del Senado 711/000084), *Diario de sesiones de las Cortes Generales*, Año 2001, VII Legislatura, núm. 27. Así por ejemplo, sobre la vinculación entre ambos debates respecto del reparto competencial, el representante del Grupo Parlamentario Catalán, señor Guardans i Cambó, afirmo: «En segundo lugar está el tema de la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea y, evidentemente, entre los Estados miembros y aquellas unidades políticas, con soberanía política (...) el Gobierno español, cuando sale a Europa, oculta la realidad española, y se avergüenza de su realidad política y no explica ni traduce en hechos jurídicos ni en realidad jurídica y política la realidad descentralizada de la existencia de distintas entidades políticas soberanas en su ámbito, en el ámbito español. Por tanto, eso sí forma parte del debate de aquí al 2004 en un marco mucho más amplio. Nosotros seremos leales al proyecto europeo y esperemos que ustedes lo sean también con dicho proyecto y con la propia Constitución españolas» (pp. 568-569). En otra dimensión sobre el mismo plano se expresó, por boca de la Señora Lasagabaster Olazábal, la sensibilidad del nacionalismo vasco: «Esta Cámara puede ser perfectamente conocedora de un método y sería bueno saber cómo se van a incorporar las Comunidades Autónomas a los trabajos de preparación, tanto en la fase de reflexión abierta como, y me parece muy importante, en la fase de reflexión estructurada. Una de las cuestiones que más debe criticarse es lo que ocurrió en épocas anteriores especialmente en la última, y no se debe reproducir, especialmente si una de las cuestiones que se va a tratar es delimitar competencias.» (p. 537).

[11] Así quedó reflejado en la «Intervención del Presidente del Gobierno en el Pleno del Congreso de los Diputados, para informar sobre el Consejo Europeo de Niza», 20 de diciembre de 2000; y en la «Comparecencia del Señor Ministro de Asuntos Exteriores (Piqué i Camps) para informar sobre la Conferencia Intergubernamental de 2004», (Número de expediente del Congreso 214/000038 y número de expediente del Senado 711/000084), Diario de sesiones de las Cortes Generales, Año 2001, VII Legislatura, núm. 27, p. 563.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 282

res durante todas las Conferencias Intergubernamentales de reforma de los tratados: las reformas de los tratados conformadores del Derecho Originario son competencia exclusiva del Gobierno central. Así, independientemente del salto cualitativo que la Convención Europea supone en el proceso constituyente europeo, no hubo ninguna acción del Gobierno central encaminada a la articulación de un nuevo mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado de cara a la CIG 2004; por lo demás, tampoco ha habido ninguna manifestación gubernamental oficial que pudiera siquiera vislumbrar intención alguna de aprovechar el momento histórico para abrir sin tabúes el debate sobre la articulación constitucional del Estado autonómico en el contexto de la pertenencia a la Unión.[12]

La única novedad institucional relacionada con el ámbito, fue la creación de una *Subcomisión de seguimiento de la Conferencia Intergubernamental 2004*, dentro de la *Comisión Mixta para la Unión Europea* de las Cortes Generales. Esta Comisión, aun partiendo de dos propuestas, una formulada por el Grupo Parlamentario Socialista,[13] y otra por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso,[14] consiguió tramitarse como una propuesta conjunta de ambos grupos; siendo finalmente creada con el apoyo del resto de grupos el día 3 de abril de 2001.[15]

Con respecto a dicha subcomisión, constituida el 18 de abril de 2001, cabe resaltar, que no se trata de un mecanismo novedoso. Tanto es así, que las Cortes llegaron a crear una subcomisión con igual propósito, aunque la ausencia de voluntad política provocó que no llegase siguiera a constituirse. De hecho, la *Comisión Mixta para la Unión Europea*, en el momento de crear la *Subcomisión de seguimiento de la Conferencia Intergubernamental 2004*, hizo subsumir en esta segunda los trabajos encargados a la que llegó a crearse pero no a constituirse.[16]

Desde su constitución, la subcomisión mantuvo el perfil bajo que los asuntos europeos guardan en las Cortes Generales. En concreto, se han producido ocho comparecencias informativas, las cuales se desarrollaron en tres sesiones atendiendo a la materia objeto de las mismas. En primer lugar tuvieron lugar tres comparecencias destinadas a abordar los distintos aspectos relacionados con el diseño de los objetivos de la subcomi-

---

[12] Particularmente sonoro fue el silencio que sobre el particular mantuvo el Secretario de Estado de Asuntos Europeos, Sr. Ramón de Miguel Egea, en su intervención de 22 de mayo de 2002, titulada «El Futuro de Europa», por realizarse en el Seminario «Europa-Estados-Regiones», celebrado en el Parlamento de Cataluña.

[13] Número de expediente del Congreso 158/000019 y número de expediente del Senado 573/000004.

[14] Número de expediente del Congreso 158/000017 y número de expediente del Senado 573/000004.

[15] *Vid. Diario de sesiones de las Cortes Generales*, Año 2001, VII Legislatura, núm. 33.

[16] *Ibid.*, p. 730.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 283

sión, compareciendo: el Embajador Representante Permanente en la Unión Europea, el Secretario de Estado para Asuntos Europeos y el Secretario General de Asuntos Europeos.[17] En un segundo lugar se produjo la comparecencia del Comisario Sr. BARNIER, en su calidad de responsable europeo sobre la reforma de las instituciones.[18] Por último, destaca la comparecencia de varios miembros de la Convención para el futuro de Europa, que informaron sobre diversos aspectos de la evolución de la Convención, en concreto: Ana PALACIO (entonces en calidad de miembro de la Convención en representación del Presidente del Gobierno español), Íñigo MÉNDEZ DE VIGO Y MONTOJO (miembro de la Convención en calidad de representante del Parlamento Europeo), Gabriel CISNEROS LABORDA (miembro de la Convención en calidad de representante de las Cortes Generales), Josep BORRELL FONTELLES (miembro de la Convención en calidad de representante de las Cortes Generales).[19]

Estamos pues ante una aportación institucional que se circunscribe a la dinámica de la vida parlamentaria y que, en el mejor de los casos, contribuyó a la información y formación de la voluntad del Congreso y del Senado. Pero nada substancial se aporta por esa vía al mencionado debate constitucional nacional, pues éste debe necesariamente producirse entre el Estado y las Comunidades Autónomas, entre otros motivos: por la débil configuración constitucional del Senado como Cámara de representación política, por la marginación política de la Cámara Alta y por las limitaciones de las comisiones mixtas en un biparlamentarismo tan desequilibrado como el español.

Si se piensa, como es nuestro caso, que con independencia de las reclamaciones nacionalistas, la coherencia constitucional demanda una rearticulación global de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en asuntos europeos, se acordará que el pasado debate sobre el reparto competencial europeo, estando inmerso en un proceso constituyente sin parangón histórico, era un momento ideal para afrontar la cuestión globalmente. Considerar, como hizo la administración Aznar, que el debate nacional debe posponerse al europeo, presenta dos inconvenientes claros: imposibilitar la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado de cara a una reforma que afecta a sus competencias constitucionales; limitar el marco constitucional del debate en este ámbito, pues como es sabido tiende a reducirse con cada evolución competencial comunitaria. Ambos inconvenientes, a la luz de los hechos pasados y recientes, parecen ser asumidos con gusto por el Gobierno central.

---

[17] Comparecencias de 18/05/2001, números de expediente del Congreso: 219/000229, 212/000520, 212/000518.

[18] Comparecencia de 5/11/2002, número de expediente del Congreso 219/000453.

[19] Comparecencias de 11/04/2002, números de expediente del Congreso: 212/001056; 212/001057; 212/001058; 212/001059.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 284

II.2.2. El debate constitucional europeo

El debate de la reforma del reparto competencial, durante toda la Convención, se movió en torno a dos posiciones. Por un lado, aquellos que pusieron el énfasis en la necesidad de clarificar el reparto competencial vertical partiendo de los modelos federales existentes, porque así lo demanda la buena salud del Estado de Derecho en la Unión y en los Estados miembros, particularmente en aquellos con un sistema político descentralizado. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que, haciendo abstracción de la lógica constitucional europea y centrándose en la nacional, la adopción de un modelo de lista en el reparto competencial vertical a nivel europeo, reduciría las externalidades negativas que la difusión y complejidad del sistema existente contribuyen a generar en el plano nacional: a nivel político, institucional y popular.

Por otro lado, se encuentran aquellos que pusieron el mayor interés en preservar el *statu quo* a nivel europeo, posicionándose genéricamente frente a toda modificación real del sistema, entendiendo que dicha operación únicamente traerá consecuencias negativas para el futuro de la Unión, que el sistema tradicional no genera ningún perjuicio grave, y que las externalidades negativas que genera son perfectamente solventables con los mecanismos ya existentes dentro del acervo comunitario: principio de proporcionalidad, principio de subsidiaridad y doctrina del Tribunal de Justicia. Ejemplo extremo de este segundo posicionamiento fue el Gobierno español.

El discurso de la administración Aznar, como hemos adelantado, se guío por la fobia a la renacionalización de competencias. Por ello puso todo su esfuerzo en centrar el debate en el «reparto de las competencias» excluyendo la extensión del debate a «las competencias» propiamente dichas: «Sería, en efecto, contraproducente abrir en la Convención una discusión sobre las competencias en si mismas, es decir, sobre las diferentes políticas comunitarias. Ello no quiere decir (como algunos a veces presentan distorsionadamente) que España se oponga a una reforma de las políticas básicas de la Comunidad (...) sino que lo que sí rechazamos es que se utilice esta discusión como excusa para tratar de renacionalizar tales políticas».[20]

Ubicados en el «debate sobre las competencias», se opta por el respeto pleno de la realidad del sistema competencial de atribución y de su sentido finalista: «La Unión Europea ejerce una serie de competencias que le han sido atribuidas por los tratados (...) La Unión tiene por tanto competencias de atribución. Una correcta interpretación del sistema de atribución exige ponerlo en relación con la interpretación finalista de esas

[20] Intervención del Ministro de Asuntos Exteriores, Josep Piqué i Camps, en el seminario «Fazit: Europe», organizado por el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung* y el *Center for Applied Policy Research*, Berlín, 4 de junio de 2002, p. 4.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 285

competencias; es decir, el ejercicio de las mismas debe inspirarse en la consecución de los objetivos establecidos en los tratados».[21]

El sistema teleológico, siempre en opinión de la administración Aznar, no solamente ha demostrado su validez en el pasado, sino que es el único que puede servir a la especial naturaleza de la Unión. Frente a él, un sistema de lista sólo puede llevar al fracaso: por ser incapaz de adaptarse a la realidad socio-económica de la Unión; porque de facto trastocaría los logros conseguidos; y porque sería fuente de contenciosos sin fin, dado que las autoridades nacionales y regionales lo instrumentalizarían en defensa de sus poderes.[22] Admitiendo en última instancia que no se puede negar cierta imperfección del sistema, se mantiene que la solución a los excesos del sistema teleológico está en el perfeccionamiento del mismo, utilizando básicamente los mecanismos ya existentes en él. En palabras de la entonces Ministra de Asuntos Exteriores y miembro del *Praesidium* de la Convención: «Las soluciones al problema de la excesiva reglamentación o del intervencionismo injustificado comunitario no radican por tanto en un sistema rígido de lista que trastocaría los logros de la integración y que impediría encontrar soluciones eficaces a los problemas complejos de la sociedad europea. La respuesta radica en una aplicación más rigurosa del enfoque teleológico en la jurisprudencia del Tribunal, en una clarificación de los objetivos comunitarios, y, en su caso, en una procedimentalización de la aplicación del principio de subsidiariedad, una noción política que permite discutir de modo abierto y expreso la necesidad de ejercicio de las competencias de la Unión.»[23]

La administración Zapatero, como es sabido, accedió al poder en la recta final del proceso, cuando ya había un proyecto de Tratado finiquitado. Dicho proyecto había sufrido un primer revés, en buena medida por la posición de la administración Aznar, que en compañía de la administración polaca había vetado el mismo, debido a discrepancias de fondo respecto al reparto del poder en el Consejo. En dicha tesitura, la administración entrante no estaba en condiciones de proponer una reapertura de la negociación, ni en la materia que aquí nos ocupa, ni en ninguna otra. Se limitó a avalar la negociación de la administración saliente, salvedad hecha de algunos aspectos menores y del veto sobre el reparto del poder que sería retirado posibilitando la aprobación del texto final. Pese a ello, no hay todavía elementos que hagan pensar que, de haber tenido

---

[21] «¿Cómo gobernar Europa?», intervención del Secretario de Estado de Asuntos Europeos, Sr. Ramón de Miguel EGEA en el *Foro Carlomagno*, Aquisgrán, 7-8 de mayo de 2002, p. 2-3.

[22] «Une liste des compétences reposerait, au contraire, sur un découpage artificiel de la réalité économique et sociale, ainsi que sur des catégories et des distinctions formelles arbitraires. J'ai donné un exemple. Le conflit visant à déterminer dans quel domaine tombe telle ou telle initiative serait d'autant plus grave qu'il ne serait pas motivé par le souci de préserver les pouvoirs des autorités nationales ou régionales,» *Intervention de Mme Palacio lors de la séance de la Convention*, 15 y 16 de abril de 2002.

[23] Contribución de Ana DE PALACIO a la Convención titulada «¿Quién teme a la Unión Europea?», CONV 56/02, Bruselas, 21 de mayo de 2002, p. 4.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 286

ocasión, una administración socialista con mayoría absoluta hubiese diseñado, en lo que aquí nos concierne, una estrategia y objetivos distintos.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa[24] (en adelante Tratado Constitucional), en el Título tercero de su primera parte, opta por no acoger íntegramente ninguno de los dos modelos de referencia. Con independencia de su carácter *sui generis*, la delimitación entre competencias exclusivas y competencias compartidas sirve para vislumbrar los eventuales condicionamientos del Tratado Constitucional al Estado Autonómico.

Los condicionamientos para el Estado Autonómico pasan por la no asunción a nivel infra-europeo, autonómico o nacional, de competencias exclusivas de la Unión. Efectivamente para el Derecho europeo es intranscendente que sea el Estado Autonómico o el Central quien vulnere la cesión competencial. Conjuntamente, si atendemos a las futuras competencias exclusivas de la Unión constatamos que las asumidas por la Unión son esencialmente las vedadas a las Comunidades Autónomas; con lo cual, no puede argumentarse que la reforma estatutaria ortodoxa llevase a las Comunidades Autónomas a una vulneración de la legalidad europea superior a la alcanzable por el Estado central. Efectivamente, según el artículo I-13, con la entrada en vigor del Tratado Constitucional, la Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: unión aduanera; el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; la política monetaria; la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; la política comercial común. Además, la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna.

Como conclusión de todo lo dicho, puede afirmarse que las reformas constitucionales española y europea no guardan una relación excluyente. Es igualmente erróneo considerar que el Título VIII de la Constitución Española permanece inmoto ante el reparto competencial europeo; por ello la situación ideal habría sido la de acompasar el proceso constituyente europeo con el estatuyente español, dado que ambos demandan una articulación de un sistema constitucional de triple nivel que necesariamente implicaría la reforma constitucional española. La posición de las dos administraciones centrales implicadas en el proceso, contaminadas por el pavor al nacionalismo independentista, es la de desvincular los procesos y mantener imperturbable a la Constitución Española.

[24] La versión finalmente firmada se encuentra en el Documento CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 287

La administración Aznar ha sido la actora de la pérdida de esta oportunidad histórica, pero la socialista no parece que hubiese asumido el reto histórico con mucho mejor criterio. Como muestra de lo dicho los pasos futuros: se dará una ratificación del Tratado Constitucional, con la colaboración del TC, impidiendo una confrontación global del Tratado y la Constitución. De producirse, como apostamos, estos acontecimientos, la reforma estatuyente se realizará autónomamente y ahí deberemos retener una enseñanza de nuestro estudio: el Tratado Constitucional no impone al desarrollo al Estado Autonómico ningún condicionante que no impusiera a un Estado jacobino.

III. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL

Un contorno disímil, aun relacionado con el reparto competencial, nos lo ofrece el haz de implicaciones que para el Estado Autonómico tiene la aplicación del Derecho europeo. La Unión, como es sabido, carece de aparataje administrativo a nivel estatal o regional, ni hay desconcentración administrativa ni descentralización político-administrativa, básicamente porque no hay más aparato que el central, el de Bruselas por utilizar la jerga comunitaria. Las decisiones de la Unión toman necesariamente tierra a través de las administraciones nacionales, ya estatales ya regionales. Esto es así en todos los poderes, baste recordar la celebérrima frase relativa al poder judicial: el juez común del Derecho comunitario es el juez nacional.

Sentado que la Unión utiliza la estructura político-administrativa de los Estados miembros, se trata de ver los condicionantes que para las relaciones Estado central-Comunidades Autónomas tiene tal servidumbre. En principio y de forma general, puede afirmarse que el Derecho europeo no impone condicionantes genéricos al Estado Autonómico, y ello en virtud de un principio cardinal del ordenamiento europeo: el principio de la autonomía institucional.

El principio de la autonomía institucional es un principio general del Derecho comunitario que surgió y se ha desarrollado por la vía pretoriana del Tribunal de Justicia,[25] en base a los artículos 5 TCE, 86 TCECA y 192 TCEEA. La apoyatura en dichos preceptos configuraron una estructura dual del principio, esquematizada a partir de dos deberes recíprocos: «los Estados deben cumplir las decisiones comunitarias, las instituciones comunitarias deben respetar las medidas adoptadas a dicho fín, según las formas previstas en el derecho propio de cada Estado.» [26]

[25] Véanse, junto con las citadas en el cuerpo del texto, las STJCE de 11 de febrero de 1971, *Norddeutsches Vieh – und Fleischkontor Gmbh c. Hauptzollamt Hamburg St. Annen*, Asunto 39/70, Rec. 1971, p. 49; de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Republica Helénica*, Asunto 68/88, Rec.1989, p. 2965.

[26] VERNET, J.: «Los límites a la integración europea», en CORCUERA, J. (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 599.

277-300-Estado autonomico14 3/10/05 13:41 Página 288

Dicho principio delimita, en el plano del Derecho europeo, el ámbito competencial de los Estados miembros al encarar la fase descendente de la aplicación del Derecho comunitario, lo cual tiene especial importancia en los Estados miembros descentralizados por contribuir a resolver los posibles conflictos entre el ente central y los territoriales, por cuanto reduce de forma significativa la presencia de la Unión y de su Derecho en la predicha esfera. Su formulación primigenia se produjo en el asunto *International Fruit Company c. Produktschap voor Groenten en Fruit*:[27]

> «Cuando las disposiciones del Tratado o de reglamentos reconocen poderes o imponen obligaciones a los Estados miembros a efectos de la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado».

El diseño originario del principio deja claro que la Unión únicamente se relaciona con los Estados miembros en la fase descendente (tanto a nivel de Derecho originario como derivado), a él le imponen las obligaciones y, como veremos, a él se le exigirá el cumplimiento de las mismas; por otro lado, otorga plena autonomía a los sistemas constitucionales de los Estados miembros a la hora de determinar cómo se distribuye (en qué sede orgánica debe recaer) el «ejercicio» de esos poderes y la «ejecución» de esas obligaciones connaturales al acto normativo o precepto en cuestión.

El desarrollo posterior de la doctrina constitucional del Tribunal de Justicia ha delimitado con mayor precisión el alcance del principio.

Por un lado, clarificando que las instituciones de la Unión no pueden inmiscuirse en la autonomía de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el contexto del reparto competencial indicado. Así, en primer lugar, el propio Tribunal de Justicia, dimensionando su *self-constrain* constitucional en este ámbito,[28] se declaró incompetente para resolver conflictos competenciales entre los poderes públicos de un Estado miembro, ello con independencia de que el litigio verse sobre la aplicación del Derecho comunitario. Con posterioridad, el Tribunal de Luxemburgo,[29] explicitando lo que ya se deducía en la doctrina *Rewe Zentralfinanz*, dejó claro que el respeto a la autonomía del juego competencial era predicable respecto a todas las instituciones comunitarias. Especialmente respecto de la Comisión, que en la *praxis* es la Institución que, junto al propio Tribunal, más posibilidades tiene de interferir en dichas competencias. En concreto, el Tribunal de Justicia consideró:

> *«Corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros, se trate de autoridades del poder central del Estado, de autoridades de un Estado federado*

[27] STJCE de diciembre de 1972, Asuntos ac. 21-24/72, Rec. 1972, p. 1219.

[28] STJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe Zentralfinanz eG & Rewe Zentral AG c. Landwirtschaftkamer für das Saarland*, Asunto 33/76, Rec. Edición especial española 1976, p. 693.

[29] STJCE de 13 de marzo de 1992, *Alemania c. Comisión*, Asunto 43/90, Rec. 1992, p. I-1909.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 289

o de otras autoridades territoriales, asegurar el respeto de las normas del Derecho comunitario en el marco de sus competencias. Por el contrario, no corresponde a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias operado por las reglas institucionales de cada Estado miembro ni sobre las obligaciones que, en un Estado dotado de una estructura federal, puedan corresponder respectivamente a las autoridades federales y a las autoridades de los Estados federados.»

Es decir, el papel de las instituciones comunitarias, concretamente el de su ejecutivo, no afecta a los procedimientos internos limitándose a la función de control puesta al servicio del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. Esta doble dimensión que ya se vislumbra en la doctrina citada, adquiere expresión notoria en el asunto *Rewe Handelgesellschaft Nord MBH c. Hauptzollamt Kiel*.[30] Como ha expuesto DÍEZ-PICAZO,[31] el Tribunal de Justicia distingue aquí entre «vías de derecho» y «acciones directas».

La expresión «vías de derecho», designa los procedimientos (normativos, administrativos, jurisdiccionales) a través de los cuales se da aplicación al Derecho comunitario en el interior de los Estados miembros. La «vías de derecho» están cubiertas por el principio estudiado.

Las «acciones directas» hacen referencia a los derechos y deberes creados por normas comunitarias, que incluyen eventualmente remedios frente a su inobservancia (aplicación directa, responsabilidad extracontractual, etc.); pues bien, estas últimas no están cubiertas por el principio de autonomía institucional, y ello, sencillamente, porque no pertenecen al ámbito de lo organizativo y procedimental, sino al de lo estrictamente sustantivo. Defender la extensión del principio a las «acciones directas» sería posibilitar la desnormativización del Derecho comunitario, acaso la pérdida de sus caracteres federales por la vía del desarrollo normativo en sede estatal, central o territorial. No en vano, el deber incluso de abstención de las autoridades nacionales en el contexto aquí repasado imposibilita que se «republiquen» los actos normativos publicados en el DOCE, aunque dicha acción tuviese un mero objetivo informativo.

En el ámbito que aquí más nos interesa, la constitución territorial, las limitaciones al principio de la autonomía institucional se han constituido como un refuerzo al papel preponderante del Estado y, consecuentemente, como mengua del de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha residenciado en sede central de los Estados miembros el deber de coordinar a todas sus autoridades (ya sean centrales o territoriales) a fin de asegurar la efectiva y correcta apli-

---

[30] (STJCE de 7 de julio de 1981, Asunto 158/80, Rec. Edición especial española 1981, p. 505.

[31] «La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas», *Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre, 1998.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 290

cación del Derecho comunitario, con independencia del reparto constitucional interno.[32]

Por otro lado, los Estados miembros son los únicos responsables del incumplimiento del Derecho comunitario en el territorio nacional, ello con independencia del carácter constitucionalmente independiente de determinadas autoridades, o de cuál sea el grado de la asunción competencial de las mismas.[33] Así, la responsabilidad directa del Estado miembro, frente a la Unión Europea o frente a los particulares, es el contrapeso a la no interferencia de las instituciones comunitarias en su organización constitucional y el anverso a la carga que sobre ellos puede recaer según la doctrina *Atalanta*.

Para concluir con el apartado, resulta obligado testimoniar las eventuales incidencias del Tratado Constitucional, en el acervo asentado y recién descrito. De forma general, puede afirmarse que el Tratado Constitucional no altera la vigencia del principio de autonomía institucional, no incluye ningún mandato ni limitación explícita en el plano de la organización constitucional de los Estados miembros.

Las exigencias del ente federal europeo a los Estados, se reduce al plano del respeto a los principios básicos del ente: «la Unión está abierta a todos los Estados europeos que respeten sus valores y se comprometan a promoverlos en común» (art. I-1.2 Tratado Constitucional); «la Unión se fundamenta en los valores del respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos» (art. I-2 Tratado Constitucional).

Por lo demás, el artículo I-5 del Tratado Constitucional («Relaciones entre la Unión y los Estados miembros») recoge inmoto el contenido de los preceptos que sirvieron al TJCE como punto de apoyo de la construcción del principio: los artículos 5 TCE, 86 TCECA y 192 TCEEA. En concreto, en su segundo apartado establece: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.»

De todo lo dicho, puede concluirse que, tras el Tratado Constitucional, la vigencia del principio de la autonomía institucional es plena. En conse-

---

[32] STJCE de 21 de junio de 1979, *Atalanta Amsterdam c. Produktschap voor Vee en Vlees*, Asunto 240/78, Rec. 1979 p. 2137.

[33] STJCE, *Comisión c. Italia*, Asunto C-101/91, Rec. 1993, p. I-191.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 291

cuencia, carecerán de rigor las opiniones que pretendan condicionar la reforma del Estado Autonómico ya iniciada bajo las supuestas limitaciones que el ordenamiento constitucional europeo impone a dicho desarrollo, al menos en los aspectos más íntimamente relacionados con el principio de autonomía institucional.

IV. LA IRRELEVANCIA EUROPEA DEL REPARTO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

IV.1. INTRODUCCIÓN

El estudio del principio de autonomía institucional nos ha permitido concluir que el ordenamiento constitucional europeo no condiciona la reforma del Estado Autonómico, ni antes ni tras el Tratado Constitucional. Lo dicho es cierto al menos en los aspectos más íntimamente relacionados con el principio de autonomía institucional, a saber, la fase descendente de aplicación del Derecho europeo: el tejido de relaciones que demanda a la administración del Estado central y del Autonómico, en su calidad de administraciones de un Estado miembro, transformarse en administración europea.

Como vimos, la bases jurídicas de los tratados utilizadas por el Tribunal de Luxemburgo para delinear el principio de autonomía institucional, permiten justificar la ausencia de ingerencia del Derecho europeo en el Estado autonómico por el contexto de un relación sinalagmática, de acuerdo con la cual la Unión necesita usufructuar la administración autonómica para desplegar sus efectos. Siendo el interés último del ente europeo la aplicación de sus actos, la ausencia de injerencia europea en el procedimiento o la forma del poder intraestatal se ha llegado a ver como una contraprestación.[34]

Con independencia de la fuerza de la naturaleza sinalagmática, no puede negarse que el principio estudiado, al haberse construido para servir a un fin específico, no agota las posibilidades de afectación entre entes, tampoco permite garantizar la no interdicción en todos los planos. Por ello, se hace necesario buscar confirmación de los presupuestos alcanzados en el epígrafe anterior fuera del principio de autonomía institucional. Dicha confirmación la encontramos en una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia y en unas Conclusiones del Abogado General, en el contexto de una cuestión prejudicial realizada por un Tribunal español. Ambos asuntos tienen la virtualidad de versar sobre entes intraestatales españoles.

---

[34] VERNET, J.: «Los límites a la integración europea», *cit.*, p. 599.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 292

IV.2. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO PRESENTADAS EL 1 DE JULIO DE 1999[35]

La génesis del contencioso ahora estudiado se encuentra en las tres Normas Forales adoptadas por las Juntas Generales de las Diputaciones Forales de Guipúzcoa –11/93, de 26 de junio–, de Álava –18/93, de 5 de julio– y de Vizcaya –5/93, de 24 de junio–, relativas a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Dichas Normas Forales, en presunta compatibilidad con el Concierto Económico que desarrollaban, establecían, para el período comprendido entre su entrada en vigor y el 31 de diciembre de 1994, una serie de beneficios fiscales en materia de Impuesto de Sociedades y de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las empresas y a las personas físicas sujetas al régimen fiscal de los Territorios Históricos Vascos; ventajas de las que no se beneficiaban las empresas y las personas físicas sujetas al régimen común.

El Gobierno central, un año después de su aprobación y en el contexto del conflicto sobre el desarrollo del Concierto Económico, decidió impugnar las mencionadas Normas ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV). Entre los motivos de impugnación destacaba la violación del Derecho comunitario, en concreto la infracción de los artículos 43 y 87 del Tratado CE. Mediante tres autos de fecha 30 de julio de 1997, de idéntico contenido, el TSJPV –Sala de lo Contencioso-Administrativo– planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

> «Si el artículo 52 del TCE debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo y, en su caso, al artículo 92.1 de dicho Tratado, una reglamentación afectante a un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, relativa a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral de dicho Territorio o tengan su domicilio fiscal o realicen en él la proporción mayor del volumen de sus operaciones o tengan su domicilio fiscal en tal Territorio y el volumen de sus operaciones realizado en la Comunidad Autónoma en el ejercicio anterior sea superior al 25% del total volumen de sus operaciones, y no incluye entre los beneficiarios de dichas medidas a las demás personas físicas y jurídicas residentes en el propio Estado o en otro Estado miembro de la Comunidad Europea.»

De la cuestión prejudicial, como bien entendió el Abogado General, se derivaban dos grandes cuestiones: una relativa al conflicto latente entre el Concierto Económico-acervo foral y la libertad de establecimiento comunitaria; y otra en relación con el concepto de ayudas de Estado. Ambas gi-

[35] Conclusiones presentadas en los Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, *Administración del Estado c. Juntas Generales de Guipúzcoa y otros* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco). Como aclararemos en el transcurso de este epígrafe, el desistimiento del Gobierno español, en el litigio nacional del que trae causa la cuestión prejudicial que activó el contencioso comunitario, motivó que el TJ no llegase a dictar sentencia sobre el Asunto. De ahí que se comenten necesariamente las Conclusiones del Abogado General.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 293

raron en torno al reparto competencial establecido en el ordenamiento español, pero la exégesis de la segunda nos ofrece un mayores enseñanzas.

El segundo interrogante de la cuestión prejudicial del TSJPV se refería a si las medidas de apoyo a la inversión adoptadas por las autoridades vascas, y señaladas anteriormente, son compatibles con las disposiciones del Tratado sobre ayudas de Estado (artículos 87 y siguientes del Tratado CE). Es decir, se demandaba del TJ que examinara si, en concreto, las medidas aplicadas por las Diputaciones Forales están comprendidas dentro del concepto de ayuda recogido en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE. Como es sabido, el test de exégesis pertinente se basa en tres elementos, siendo el segundo y el tercero de nuestro interés: 1) la existencia de una ventaja o beneficio perceptibles por las empresas, obtenidos a resultas de una intervención pública; 2) la imputabilidad de las medidas de que se trata al Estado español; 3) la especificidad de las medidas estatales, por cuanto van destinadas a favorecer a algunas empresas o producciones.

Abordar la imputabilidad de las medidas adoptadas por un ente infraestatal al Estado central, en relación con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea, es un hecho de capital importancia en un Estado descentralizado. Particularmente cuando esas medidas –cual es el caso– tienen, en principio, el amparo constitucional nacional pero no el europeo, poniendo una vez más en tela de juicio la cobertura constitucional española de la integración supranacional.

El TJ ha tenido ocasión de sentar doctrina sobre el particular gracias al contencioso generado desde los Estados Federales de la Unión, esencialmente por dos Estados fundadores, Alemania[36] y Bélgica.[37] Piedra angular de esta doctrina es el asunto *República Federal de Alemania c. Comisión*. Se trataba, a semejanza con el caso estudiado, de un sistema de ayudas establecido por el *Land* de Renania del Norte-Westfalia en el ámbito de un programa de mejora de la estructura económica regional, a favor de empresas establecidas en algunas zonas de su territorio. Esta normativa regional se había adoptado con arreglo a una Ley marco federal. Al examinar la legalidad de la Decisión de la Comisión, que consideraba que el programa de ayudas regionales era incompatible con el mercado común, el Tribunal de Justicia señaló que:

> «el hecho de que este programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo (...) De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros,

[36] Sentencia de 14 de octubre de 1987, *República Federal de Alemania c. Comisión*, Asunto C–248/84, Rec. p. 4014.

[37] Sentencia de 8 de marzo de 1988, *Exécutif régional wallon y SA Glaverbel c. Comisión*, Asuntos acumulados C– 62/87 y C– 72/87, Rec. p. 1573.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 294

> cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado».[38]

En consecuencia, la noción de poder público dada por el TJ incluye a todos los entes intraestatales: Comunidades Autónomas, Diputaciones, Cabildos y Ayuntamientos.

El tercer aspecto del test, como vimos, hace referencia a la dialéctica especificidad –que cae dentro del art. 92– frente a generalidad –que queda excluida– de las medidas estatales.

Las autoridades vascas partes del litigio principal, pretendían justificar las medidas cuestionadas en la naturaleza genérica de las mismas, sobre la base de la organización de las competencias en materia tributaria del ordenamiento español. Según éstas, nos encontramos ante medidas de carácter general, adoptadas por una autoridad competente dentro del territorio de un Estado miembro; no existiendo el elemento de selectividad por tener la medida como destinatarios a todos los sujetos pasivos, que están sometidos, con arreglo a las normas de atribución de competencias, a la normativa fiscal de las autoridades locales. Por último concluyen que «considerar que el reparto de competencias en materia fiscal entre el Estado y los Territorios Históricos es contrario a las disposiciones del Tratado en materia de ayudas equivaldría a emitir un juicio de valor sobre la estructura constitucional del Estado español.»[39]

La argumentación de las partes, basada fundamentalmente en el reparto competencial constitucional español, forzaba a todos los actores del procedimiento –Comisión, Abogado General y TJ– a pronunciarse sobre la relevancia constitucional europea de los derechos de los Territorios Históricos y su reconocimiento constitucional a nivel nacional.

El Abogado General encaró tan frontal y coherentemente la cuestión que torna innecesarias aclaraciones:

> «El hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión, *una circunstancia meramente formal* que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales. De no ser así, el Estado podría fácilmente evitar la aplicación, en parte de su propio territorio, de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado simplemente introduciendo modificaciones al reparto interno de competencias en determinadas materias, para poder invocar el carácter «general», para ese determinado territorio, de las medidas de referencia.»[40]

---

[38] Sentencia de 14 de octubre de 1987, *República Federal de Alemania c. Comisión*, ap. 17.

[39] Así se resume por el Abogado General Sr. Antonio Saggio en sus Conclusiones sobre los Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, ap. 36.

[40] Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio en los Asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, ap. 37. Énfasis añadido.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 295

La contundente conclusión del Abogado General –compartida por la Comisión–, además de basarse en la literalidad del Tratado, se apoyó en una consolidada doctrina del TJ. Dicha doctrina tiene un doble desarrollo. Por un lado, la relativa a la propia naturaleza del precepto, como la doctrina *Intermills*, en la que se atribuyó a la expresión «bajo cualquier forma» del artículo 87 el significado de que requiere que el intérprete compruebe no tanto quién asignó la ayuda o la naturaleza de sus competencias a la luz de las normas internas, sino más bien cuáles son los efectos de la ayuda.[41] En una segunda dimensión, como ya vimos en el punto anterior, el TJ ha reiterado la intrascendencia del reparto competencial constitucional nacional –y del principio federal y regional– desde la perspectiva constitucional europea, cuando este ordenamiento pueda verse preterido. El Abogado General cita aquí cuatro asuntos: *Exécutif régional wallon-Estado Belga*;[42] *República Federal de Alemania c. Comisión*,[43] *Comisión c. Italia* –Región de Sicilia–,[44] *Tierce Ladbroke*.[45] Resumiendo estas últimas dos sentencias, el Abogado General liquida toda esperanza de considerar el acervo foral como medida de carácter general y, en consecuencia, compatible con la normativa comunitaria:

> «Hay que añadir, con la Comisión, que «la naturaleza y el sistema del régimen», los cuales, según el Tribunal de Justicia, pueden motivar un trato diferenciado respecto a la normativa generalmente aplicada, *no se refieren a elementos formales como el grado de autonomía de las entidades territoriales de referencia*, sino a la subsistencia de una situación de hecho diferente que justifica una desviación de las normas generales. Pues bien, en el presente caso, es difícil determinar qué circunstancias, vinculadas a la naturaleza y al sistema del régimen, pueden justificar la disparidad de trato resultante de las Normas vascas. La autonomía fiscal de los Territorios Vascos no refleja, en efecto, ninguna especificidad del territorio de que se trata –por lo que se refiere a condiciones económicas como el nivel de empleo, los costes de producción, las infraestructuras, el coste de la mano de obra– que exija, de rebote, un trato fiscal diferente con respecto al vigente en el resto del territorio español.»[46]

---

[41] Véase la sentencia de 14 de noviembre de 1984, *Intermills,* C– 323/82, Rec. p. 3809.

[42] El Tribunal de Justicia interpretó el concepto de ayuda de Estado en relación con medidas adoptadas por el *Exécutif régional wallon* dentro del marco de una Ley estatal que establecía medidas destinadas a favorecer el desarrollo económico. Sentencia antes citada, ap. 6

[43] El Tribunal de Justicia excluyó que pudiera darse relevancia a la estructura constitucional interna del Estado de que se trate, destacando la circunstancia de que el artículo 87, «al mencionar las ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma, se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado». STJ *Alemania c. Comisión*, *cit.*, ap. 17.

[44] El Tribunal de Justicia impuso al Gobierno central que adoptase las medidas necesarias para eliminar del ordenamiento medidas de ayuda adoptadas mediante la Ley de la Región de Sicilia en un sector en el que ésta posee competencia exclusiva. STJ de 2 de julio de 1974, *República Italiana c. Comisión*, C-173/73, Rec. 1973, p. 709.

[45] STJ de 9 de diciembre de 1997, *Tierce Ladbroke,* Asunto C-353/95, Rec. p. I-7007.

[46] Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio a los Asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, ap. 38. Énfasis añadido.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 296

Puede ciertamente concluirse, desbrozando el formalismo medido del Abogado General, que la única relevancia constitucional a tener plenamente en cuenta, es la europea. La lógica, como veremos en las sentencias analizadas en el apartado posterior, se despliega como un principio general del Derecho Constitucional europeo que puede oponerse a cualquier particularidad de las relaciones intraestatales, ya sea Ayuntamiento, Diputación, Cabildo o Comunidad Autónoma.

IV.3. LAS SSTPI DE 6 DE MARZO DE 2002 Y DE 23 DE OCTUBRE DE 2002

Las dos sentencias dictadas el 23 de octubre de 2002,[47] traen causa de recursos de anulación interpuestos por todas las Diputaciones Forales vascas frente a varias Decisiones de la Comisión, en concreto: contra las Decisiones de la Comisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, contra el Estado español en relación con las ayudas fiscales concedidas en forma de crédito fiscal del 45% en los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa –personados a la sazón y con la misma representación–;[48] contra las Decisiones de la Comisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, contra el Estado español en relación con determinadas ayudas fiscales en forma de reducción de la base imponible del impuesto de sociedades en los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa –personados igualmente con la misma representación–.[49]

Como es sabido, la piedra angular del acervo foral es su idiosincrasia fiscal, particularmente la posibilidad de establecer saltos cualitativos en los Territorios Forales frente al régimen común por mediación de discriminaciones positivas. Y lo es por ser un aliciente económico tangible para unas empresas entregadas más que nunca al coste de oportunidad. Dicha ecuación funciona en un contexto de seguridad jurídica, es decir, cuando la prima otorgada por las Diputaciones Forales a las empresas –por iniciar su actividad o por trasladarse desde otro lugar– se mantiene en el tiempo. Hasta que se desató la batalla del concierto económico, la jurisdicción comunitaria no tuvo ocasión de pronunciarse, de suerte que, las empresas –con frecuencia mal asesoradas en materia de Derecho europeo e internacional– quisieron creer que la cobertura constitucional española del acervo foral era garantía de seguridad jurídica. En este contexto, la intervención de la jurisdicción comunitaria no ha hecho sino recordar a los operadores jurídicos y a las autoridades españolas lo que nunca debieron olvidar: el ordenamiento comunitario, por primar sobre los nacionales, no puede ser ignorado por los operadores jurídicos, políticos y económicos.

---

[47] SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los Asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99; de 23 de octubre de 2002, en los Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99.

[48] DO 1999, C 351, p. 29, y DO 2000, C 71, p. 8.

[49] DO 2000, C 55, p. 2.

277-300-Estado autonomico14 3/10/05 13:41 Página 297

En los asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 las partes demandantes sostuvieron que, aun suponiendo que las medidas fiscales controvertidas tengan carácter selectivo, quedarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, dado que estando el sistema fiscal vasco amparado por la Constitución española, está justificado, como tal, por la naturaleza y la economía del sistema general español.

En los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, y en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, las partes sostuvieron que la Comisión dedujo la especificidad de las medidas fiscales controvertidas de su carácter regional, señalando «que los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa cuentan desde el siglo XIX con una autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución del Estado Español» y que «las Decisiones impugnadas cuestionan implícitamente dicha autonomía.»[50] Para posteriormente, acusar a la Comisión de desviación de poder al considerar que intenta llevar a cabo una cierta armonización fiscal utilizando la vía de la política de las ayudas de Estado: «las Decisiones impugnadas forman parte de un proceso global iniciado por la Comisión para cuestionar el régimen tributario vasco en su conjunto.»[51]

El TPI eliminó toda posibilidad de considerar la cobertura constitucional de la normativa foral como relevante. Amparándose en la doctrina del TJ, alguna aquí estudiada,[52] sentenció:

> «el hecho de que la Constitución española haya reconocido a las autoridades vascas competencias fiscales no permite considerar que todo beneficio fiscal concedido por dichas autoridades esté justificado por la naturaleza o la economía del sistema fiscal. En efecto, las medidas adoptadas por entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) de los Estados miembros, cualesquiera que sean su naturaleza jurídica y denominación, están comprendidas, del mismo modo que las medidas adoptadas por el poder federal o central, en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, si se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición».[53]

Interpretando este apartado de la sentencia a la luz de la doctrina del TJ y TPI, podemos concluir que todo beneficio fiscal concedido por las autoridades vascas deberá pasar el test que al caso impone el Derecho comunitario; o, por mejor decir, que dicho test no sufre alteración por la recepción que la Constitución Española otorgue a dichas autoridades y a la normativa de ellas emanada.

---

[50] SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, ap. 47; de 23 de octubre de 2002 en los Asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, ap. 51.

[51] SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartados 86 y 87; de 23 de octubre de 2002 en los Asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, apartados 90 y 91.

[52] STJ de 14 de octubre de 1987, *Alemania c. Comisión*, 248/84, Rec. p. 4013, ap. 17; STPI de 6 de marzo de 2002, *Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión*, Asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Rec. p. II-1, ap. 142.

[53] STPI de 23 de octubre de 2002, en los Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, ap. 62.

277-300-Estado autonómico14 3/10/05 13:41 Página 298

En este caso, la naturaleza o la economía del sistema fiscal solamente dependen del marco constitucional europeo, en concreto del artículo 87 CE. En su sentencia de 6 de marzo de 2002, el TPI, que por lo demás repite literalmente el razonamiento de la STPI de 23 de octubre,[54] considera que basta la literalidad del artículo 87 CE, apartado 1 –al mencionar dicho precepto las ayudas concedidas por «los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma»– para sostener el pleno sometimiento de los entes intraestatales, cualquiera sea su forma o la cobertura constitucional nacional al ordenamiento comunitario específico; ello por referirse el precepto a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos.

La lógica, como anticipamos en el apartado anterior, se despliega como un principio general del Derecho Constitucional europeo que puede oponerse a cualquier particularidad de las relaciones intraestatales. El hecho de que surja en el contexto de un incumplimiento por parte de un ente intraestatal específico no oculta que el límite trazado por la justicia europea se despliega *erga omnes*.

La otra conclusión de importancia hace referencia a la dimensión prodedimental de la delimitación referida. Puede decirse que la intranscendencia de lo que «la Constitución española haya reconocido» (utilizando palabras del propio TPI) afecta exclusivamente al ejercicio competencial no al procedimental. Queda claro que el Derecho europeo no condiciona el diseño, ni constitucional ni estatutario, del sistema político nacional en ninguno de sus niveles. Tampoco, si atendemos a lo dicho en el segundo epígrafe de esta ponencia, al contenido de la asunción competencial estatutaria, que se hace detrayendo las competencias del único ente originario de las mismas: el Estado central. Cuestión distinta es el control que se realice, al uso de lo testimoniado en este epígrafe, sobre la violación del Derecho europeo por regulación *ultra vires*.

V. CONCLUSIÓN

El Estado Autonómico que crearon las generaciones constituyentes protagonistas de la Constitución de 1978 ha entrado de lleno en un irreversible proceso de transformación: de desarrollo o profundización para unos, de destrucción para otros. Son muchos los elementos que se barajan a la hora de delimitar el sentido y alcance del desarrollo del Estado Autonómico. Sin duda uno cardinal es el proceso de integración europeo. Su re-

[54] En concreto consideró «que el hecho de que el Territorio Histórico de Álava tenga autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución española no dispensa, sin embargo, a dicha región del respeto de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado. (...) las medidas adoptadas por entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) de los Estados miembros, cualesquiera que sean su naturaleza jurídica y denominación, están comprendidas, del mismo modo que las medidas adoptadas por el poder federal o central, en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, ap. 1, si se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición.» STPI de 6 de marzo de 2002 en los Asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, ap. 57.

277-300-Estado autonomico14 3/10/05 13:41 Página 299

levancia política es máxima pues podría decirse que hay más consenso, entre constitucionalistas y nacionalistas, respecto del desarrollo de la Unión Europea que sobre desarrollo del Estado Autonómico. El posicionamiento de las fuerzas políticas en el referéndum sobre el Tratado Constitucional así lo demuestra.

Pero no es la relevancia política del proceso de integración europeo la que nos ha ocupado en esta ponencia, lo ha sido la jurídica, y lo ha sido por demandarlo la actualidad de nuestra disciplina. Aseverando la oportunidad de atender tal aspecto se encuentran las posiciones constitucionalistas que defienden por ejemplo que «La propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi» va no sólo contra la Constitución Española sino contra el Tratado Constitucional europeo y el Derecho europeo genéricamente considerado. Estas afirmaciones podrán hacerse extensivas a las futuras propuestas de reforma estatutaria, lleven o no implícitas la superación de la Constitución Española. Por ello resulta esencial que la doctrina aporte elementos para enjuiciar la existencia de condicionantes al desarrollo del Estado Autonómico por parte del Derecho europeo, atendiendo al proceso constituyente europeo en proceso de ratificación y al estatuyente en ciernes. Tal era el objeto de esta ponencia como adelantamos en la introducción.

Estudiando el reparto vertical de competencias en el contexto de la pasada Conferencia Intergubernamental, constatamos como, de una u otra forma, las fuerzas políticas nacionalistas de las Comunidades Autónomas donde son mayoría y gobierno demandaron al Gobierno central la asunción a la sazón de los dos debates constitucionales abiertos: el europeo y el nacional. Dicha posición, la más correcta atendiendo a la tricéfala forma del poder que conforma nuestro ordenamiento jurídico, fue ignorada. Dicha actitud nos mantiene en un marco de desconexión de ordenamientos constitucionales al que no es ajeno el desarrollo autonómico. Dicha realidad, en lo que aquí nos concierne, implica que el Tratado Constitucional no condiciona el desarrollo del Estado Autonómico en lo relativo al reparto competencial, en buena medida porque el perfil de las competencias exclusivas de la Unión coincide en lo esencial con el perfil delineado en el Título VIII a favor del Estado central español.

El Tratado Constitucional tampoco altera la configuración del principio de autonomía institucional, que aun construida por la vía pretoriana del Tribunal de Luxemburgo, ha sido único hilo de conexión entre el ordenamiento constitucional europeo y el Estado Autonómico. El estudio del principio de autonomía institucional nos ha permitido concluir que el ordenamiento constitucional europeo no condiciona la reforma del Estado Autonómico, ni antes ni tras el Tratado Constitucional. Pero dichas enseñanzas son solamente extrapolables a los aspectos más íntimamente relacionados con el principio de autonomía institucional, a saber, la fase descendente de aplicación del Derecho europeo: el tejido de relaciones que demanda a la administración del Estado central y del Autonómico,

277-300-Estado autonomico14 3/10/05 13:41 Página 300

en su calidad de administraciones de un Estado miembro, transformarse en administración europea.

Dicha limitación nos llevó a buscar refrendos en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo allende el principio de autonomía institucional. Encontramos y analizamos dichos refrendos en el cuarto epígrafe de este trabajo: «La irrelevancia europea del reparto competencial español». Todo ello nos permite concluir que tras el Tratado Constitucional europeo la pelota del desarrollo del Estado Autonómico sigue estando donde siempre estuvo: en el terreno político y constitucional español.[55]

[55] Esta conclusión se mantiene en la praxis, incluso a la hora de analizar un caso tan extremo como el Plan Ibarretxe. Véase nuestro trabajo «La propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi y el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Actas del Congreso internacional XXV Años de Constitución y Democracia*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en prensa.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 301

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA AUTONOMÍA DE LAS REGIONES Y MUNICIPIOS

Mª Concepción Pérez Villalobos
Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Granada.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión regional tiene una dimensión política, en el interior de la Unión Europea, de una importancia cada vez mayor. Desde hace años ya estamos hablando de la posibilidad de tomar el nivel de gobierno regional y local como base de un desarrollo político europeo que se ha traducido en la aparición de movimientos a favor de la regionalización[1].

Estas tendencias se han incorporado a la organización institucional de los Estados en función de las tradiciones constitucionales de cada uno de ellos de manera que se han creado entes regionales o bien se ha dotado de mayor autonomía a los que ya existían. De esta manera, el principio de autonomía regional se consolidaba a nivel europeo y pensábamos que podría convertirse en uno de los principios inspiradores de la Unión.

No en vano, los Estados han sido desde el comienzo de la andadura europea, los auténticos protagonistas del proyecto, han sido los únicos representantes y los únicos que han tenido voz en el seno de las instituciones; en ellos ha recaído con carácter exclusivo tanto la toma de decisiones como su cumplimiento, al margen de los repartos competenciales a nivel interno y al margen también del protagonismo que la propia Unión intentó dar a las regiones desde la creación del Comité de las Regiones.

Tanto el argumento democrático como el favorecimiento de la integración europea se esgrimieron a favor de la regionalización en la nueva Unión europea que debe surgir con la Constitución. La Convención se presentaba para los entes locales y para las regiones como la gran oportunidad para incrementar y consolidar una verdadera participación en la Unión.

Esta reivindicación aparecía claramente justificada por cuanto existen una enorme cantidad de entes locales y de organizaciones de carácter regional que viven en el seno de la Unión Europea; la importancia de estas entidades la demuestra el hecho de que despliegan una actividad importante en lo que se refiere a la defensa de los intereses de los ciudadanos;

[1] *Vid.* C. Pérez Villalobos, «El papel de los entes locales y regionales en el nuevo modelo de gobierno europeo», en *El sistema de gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, F. Balaguer Callejón (coord.), Parlamento de Andalucía, 2003.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 302

por otro lado, mantienen un reconocimiento de los Estados tanto a nivel interno como internacional; y, finalmente, el hecho nada despreciable de que Europa contará con más de 100.000 entidades territoriales cuyas Asambleas electas y cuyos ejecutivos tendrán el derecho y la capacidad efectiva de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, dentro del sistema constitucional o infraconstitucional que en cada Estado corresponda, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus ciudadanos. Ya son 100 millones de europeos los que viven en áreas urbanas, y evidentemente, las entidades locales han puesto sus ojos en la declaración constitucional acerca de la democracia participativa

II. LAS REGIONES Y MUNICIPIOS EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

II.1. POSICIÓN DE ESTOS ENTES EN EUROPA

Estos datos, sin embargo, contrastan con el hecho de que, no hayan sido acogidas por la Constitución Europea que se limita a mantenerlas formando parte del Comité de las Regiones, que sigue siendo un órgano consultivo, y hace una breve referencia a ellas en la parte preliminar de la Constitución y en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El *Presidium*, ni siquiera tuvo en cuenta el Derecho de las Regiones con poder legislativo, en los numerosos documentos de trabajo que se presentaron, simplemente porque no contó con el número suficiente de apoyos entre los convencionales.

Las propuestas presentadas a la Convención fueron innumerables por parte del Comité de las Regiones, de organizaciones europeas de poderes regionales y locales (tanto generales como sectoriales), del Congreso de los Poderes Regionales y Locales del Consejo de Europa así como de ciudades y regiones individuales[2]. Algunas de ellas tienen un peso económico y demográfico considerable; en algunas de estas regiones, los entes territoriales disponen de competencias legislativas, administrativas, fiscal e incluso presupuestaria y en la esfera de gobierno local y regional aplican la legislación y la política comunitaria. Era, por tanto, un momento oportuno para que la Constitución diera mayor peso a esta realidad y, sin embargo, lo ha mantenido en manos de los gobiernos de los Estados miembros.

La conclusión principal de esta regulación es que claramente, los Estados continúan siendo los actores principales en la Unión Europea y que las regiones y los municipios, a pesar del reconocimiento de su peso específico en Eu-

[2] Entre estas, algunas muy significativas como La Asamblea de las Regiones de Europa (ARE), Asociación de Regiones Fronterizas de Europa (ARFE), Asociación de Regiones Ultraperiféricas (ARUP), Asociación Europea de Representantes Electos de Zonas de Montaña (AEEM), Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE), Consejo de Municipios y Regiones de Europa (CMRE), Conferencia de Regiones Periféricas Marítimas de Europa (CRPM), Comité de coordinación de regiones con poder legislativo (REGLEG), Red de Grandes Ciudades Europeas (EUROCITIES).

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 303

ropa no han conseguido incrementar su nivel de influencia en las instituciones de la Unión Europea. La verdadera influencia de los entes locales y de las regiones se medirá por su influencia en la formulación de la voluntad política de cada Estado miembro. La Unión Europea siempre ha respetado las Constituciones de los Estados miembros y tanto en Bruselas como en Estrasburgo, los entes locales y las regiones tienen la presencia que sus respectivos Estados les permiten, por lo que a pesar de que las reformas realizadas han abierto las puertas a la posibilidad de una mayor intervención, ésta pasa por que los Estados miembros dejen que sus regiones utilicen estas posibilidades.

Pero, la utilización de estas posibilidades no siempre se puede producir de la misma manera porque además, en la Unión Europea, y de ello era consciente la Convención, aparece el problema de la «asimetría» entre los diferentes Estados miembros; no sólo asimetría de Derecho sino también «asimetría» de hecho, por ejemplo, qué se entiende por región, qué criterio debe aplicarse a su concepto, el administrativo, el cultural, el geográfico; cuál es el nivel adecuado de descentralización, o si son las entidades y los municipios las entidades más adecuadas para el desarrollo político y económico, porque en Europa existe una enorme variedad de modelos de gobierno entre las regiones de los Estados miembros.

Por tanto, una asimetría que se traduce en varias cuestiones:

– En la dificultad para definir el concepto de «región».

– En la diferente regulación legal y constitucional

– En el diferente nivel de regionalización en los Estados miembros

– En la proliferación de las regiones «débiles» frente a las regiones «fuertes».

En cuanto a la primera cuestión, es cierto que no resulta nada fácil definir lo que es una «región». En la Unión Europea conviven Estados federales, como Alemania o Austria, con Estados como España con Comunidades Autónomas con importantes competencias legislativas, con Estados que selectivamente conceden cierta autonomía a algunos territorios (como Reino Unido, Portugal o Finlandia) y con otros Estados más o menos regionalizados (como Países Bajos o Francia). En los restantes Estados de la Unión Europea, el nivel regional, o bien no existe, o bien consisten en mancomunidades de municipios.

Por otra parte, en algunos casos las regiones aparecen en la Constitución como ocurre en los Estados federales o en el Estado Autonómico. En cambio, en otros, su existencia se debe a la ley, como en Francia, y otros donde las regiones fueron establecidas por decreto, como en Grecia.

La mayoría de las regiones lo que verdaderamente pretenden es participar de alguna manera en instituciones como el Consejo o la Comisión. Algunas ya viene haciéndolo, aunque en forma muy diferente según los casos. Así, España limita la presencia de las Comunidades Autónomas a algunos grupos de trabajo del Consejo.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 304

Bélgica clasifica los Consejos europeos en cuatro categorías: aquellos en los que se tratan competencias exclusivas de la federación y en los que no hay participación de las entidades locales o regionales; en segundo lugar, aquellos en los que se tratan competencias compartidas pero en los que siempre predomina la federación o las entidades subestatales, y en los que la delegación mixta es dirigida por uno u otro nivel de gobierno; en cuarto lugar, en algunos consejos, las entidades subestatales son las que representan a Bélgica. Las regiones y comunidades belgas han establecido la práctica de la rotación entre ellas y del acuerdo para llegar a la votación con una posición común, lo que ha otorgado al sistema un efecto cohesionador considerable.

También la reforma constitucional alemana introdujo este sistema de manera que, en ocasiones, la delegación alemana ha sido presidida por un ministro de un *land*, cuando las competencias legislativas exclusivas de los *länder* estaban en juego. Estos, además, cuentan con oficinas gubernamentales que por el personal y por el trabajo que desarrollan superan incluso a la representación alemana.

Por último nos hemos referido a la proliferación de regiones débiles, puesto que en la mayoría de los países que se han incorporado no hay ni un solo país con regiones fuertes, a la altura de las Comunidades autónomas, por ejemplo, y aunque sí se ha producido ciertas descentralización, el crecimiento numérico del grupo de las regiones «débiles» no beneficia los intereses de las regiones «fuertes» de ver reforzada su influencia en las instituciones de la Unión Europea. Esto ha ocasionado, que las regiones y los entes locales «fuertes» hayan intentado aumentar su influencia política por otros procedimientos como pueden ser la asociación y la creación de organizaciones europeas de entidades regionales y locales y, a través de la modificación de los ordenamientos jurídicos propios en los que se den cabida a las entidades regionales y locales.

II.2. PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES EN LOS TRABAJOS DE LA CONVENCIÓN

Como ya hemos dicho, todas estas entidades han participado en los trabajos de la Convención que ha elaborado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

En la composición inicial no estaba prevista la participación del Comité de las Regiones[3], pero éste logró que se le concediera el estatuto de observador. En la práctica este estatuto de observador permitió a los representantes del Comité de las Regiones participar plenamente en los debates de la Convención y presentar contribuciones escritas en las que defendieron en todo momento los intereses de las regiones y los entes

[3] En la convención se encontraban representados tanto los gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros y países candidatos, como la Comisión y Parlamento europeos.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 305

locales. De manera que los intereses de las regiones y entes locales han sido representados y defendidos por el Comité de las Regiones que ha participado directamente en los debates como miembro de la Convención.

Tampoco al principio se creó un grupo de trabajo específico, de manera que la dimensión regional y local de la Unión Europea ha sido tratada en gran medida en el seno del grupo de trabajo sobre «el principio de subsidiariedad», pero la convención brindó a las asociaciones regionales y locales europeas la oportunidad de participar en los debates a través del llamado *Foro de la Sociedad civil* en cuyo seno se creó el «Grupo de contacto 'regiones y entes locales'» en el que participaron las principales asociaciones regionales y locales europeas.

II.2.1. Las demandas regionales

El debate se planteó en torno a algunas reivindicaciones de los grupos de trabajo. Estas reivindicaciones fueron básicamente, las siguientes:

- Que los principios de democracia y libre administración de los entes locales, tal y como se definen en la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa, figuraran entre los valores fundamentales de la Unión.
- El respeto a la identidad de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en los planos nacional, regional y local.
- La participación de determinadas regiones con competencias legislativas en la elaboración y en la ejecución de las decisiones
- El reconocimiento del derecho de recurso de las regiones con competencias legislativas, a la luz del principio de subsidiariedad, bajo la autoridad del Estado miembro de que se trate y de conformidad con sus normas constitucionales o su legislación nacional.
- Un cambio en el estatuto y funcionamiento del Comité de las Regiones, que recibiera rango de institución de la UE, así como el derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia en lo que respecta al principio de subsidiariedad y en defensa de sus prerrogativas.
- Por último, que la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa (ratificada ya por todos los países candidatos y por la casi totalidad de los países miembros) fuera objeto de una adhesión por la Unión.

1. En cuanto a la referencia explícita en la Constitución, ésta debería aparecer en los primeros artículos de la misma y se pidió habida cuenta de la creciente dimensión regional y local en la vida de la Unión que exigía un reconocimiento del principio de la democracia y la autonomía local como valores fundamentales de la Unión.»[4].

[4] «Teniendo presentes las propuestas procedentes de horizontes diversos, cabe preguntarse si basta con mantener esta disposición sobre el respeto a la identidad de los Estados miembros y de la or-

301-312-Estado autonómico15 3/10/05 13:53 Página 306

En el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales se precisa que la Unión contribuye a la preservación y al fomento de sus valores comunes dentro del «respeto de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local[5].»

2. En cuanto al respeto a la identidad de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en los planos nacional, regional y local. Se recoge el artículo 5 de la Parte I:

«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 regional. 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».

Lo cual, al menos, significa el reconocimiento de la existencia de estructuras políticas descentralizadas en los Estados de la Unión.

3. En cuanto a la participación en la elaboración y en la ejecución de las decisiones, la participación de determinadas regiones con competencias legislativas en el proceso de decisión puede tener una fuerza apreciable: conforme al párrafo primero del artículo 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». Como hemos dicho, esta disposición del Tratado se había modificado en Maastricht con el fin de permitir que los Estados miembros estuvieran representados en el Consejo por ministros regionales. A raíz de ello, cada Estado determina con arreglo a su ordenamiento constitucional interno quién está facultado para representarlo. Cada vez que un ministro de una región participa en una sesión del Consejo representa –claro está– al Estado central y no a su región. Efectivamente, tres Esta-

---

ganización de sus poderes públicos en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, o bien incluirla en los primeros artículos de la Constitución. De esta forma, en las conclusiones del grupo de trabajo «Competencias complementarias» se proponía dar mayor transparencia a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 6 del TUE, que dice que la UE respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, precisando que los elementos esenciales de la identidad nacional incluyen, entre otros, «las estructuras fundamentales y las funciones esenciales de los Estados miembros, en particular su estructura política y constitucional, incluido el autogobierno local y regional», COV 518/03

[5] «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.
La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local». (Parte II de la Constitución. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Preámbulo)

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 307

dos miembros que se organizan mediante un sistema federal, Alemania, Bélgica y Austria, han instaurado instrumentos que permiten a las entidades federadas participar en el Consejo.

Otros Estados descentralizados garantizan la participación en el proceso decisorio de sus regiones con competencias legislativas mediante un procedimiento interno que permite al Gobierno consultarlas, en caso de que estén en juego las competencias de dichas regiones, antes de determinar la posición que el Gobierno sostendrá en el Consejo de la Unión.

Desde hace tiempo, las instituciones europeas, y en especial la Comisión, han acudido también al procedimiento de consultas. Se consulta a los interlocutores regionales y locales en distintos niveles: los Estados miembros informan y consultan a sus entes territoriales sobre asuntos comunitarios con arreglo a modalidades muy variadas. Se les consulta asimismo a través del Comité de las Regiones. La Comisión organiza regularmente consultas en el marco de la elaboración de sus políticas, hasta el punto de que esta consulta externa forma parte de la definición de la mayor parte de sus actividades.

Estos mecanismos incorporados por la Comisión se fundamentan en la consideración de que tanto el principio de colaboración como los mecanismos de consulta constituyen la aplicación de técnicas de gestión descentralizada fundadas en la idea de que la aceptación de una política por parte de sus destinatarios –y su eficacia, por consiguiente– depende directamente de la participación de éstos en su formulación. Estos principios permiten además tener en cuenta las especificidades locales en la aplicación de las políticas comunitarias.[6]

4. Fue en el grupo de trabajo sobre la subsidiariedad donde se tocaron los temas referentes a los entes locales y regionales.

Sobre el principio de subsidiariedad, el artículo 11 de la Parte I establece en su párrafo tercero:

«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

---

[6] En sus trabajos más recientes sobre la gobernanza, la Comisión propone que se amplíe el uso de este tipo de técnicas para facilitar la aplicación de determinadas políticas comunitarias teniendo en cuenta la diversidad de las realidades regionales y locales. Por lo que se refiere a la consulta, la Comisión, desde diciembre de 2002 publicaba una comunicación titulada «Hacia una cultura reforzada de consulta y de diálogo», proponiendo las diversas modalidades de consultas para los entes territoriales.
Durante el debate del Libro Blanco sobre la gobernanza europea, los entes regionales y locales pidieron que se organizara un diálogo más sistemático con sus asociaciones representativas. Por otra parte, y teniendo en cuenta la experiencia del principio de colaboración en la gestión de los Fondos estructurales, el Comité de las Regiones y las principales asociaciones de las regiones y poderes locales han pedido que se recurra a la técnica de la colaboración para la aplicación de otras políticas comunitarias.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 308

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.»

Pero además, las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este Protocolo recoge la dimensión local y regional de la Unión y las consultas de la Comisión, cuando proceda, sobre los actos legislativos de la Unión. sin embargo, estas consultas no tienen carácter preceptivo por cuanto la comisión, en caso de necesidad por la urgencia del tema, puede prescindir de dichas consultas aunque se hace necesario emitir informe acerca de su decisión:

«Antes de proponer un acto legislativo europeo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.» (art. 2)

De otro lado, el artículo 5 del Protocolo establece la obligación de la Comisión de elaborar un informe, cada vez que emita una nueva propuesta legislativa que contenga elementos de apreciación de su impacto financiero y sus consecuencias, y, cuando se trate de una ley marco, sobre la transposición de la ley a la legislación de los Estados miembros y a la legislación regional:

«Los proyectos de actos legislativos europeos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una ley marco europea, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos europeos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.»

5. En cuanto al derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia en lo que respecta al principio de subsidiariedad y en defensa de sus prerrogativas._El Comité de las Regiones puede interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando considere que se ha producido una violación del principio de subsidiariedad, siempre que la Constitución prevea la consulta previa al Comité durante la fase de elaboración de la norma:

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 309

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo europeo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo III-365 de la Constitución por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.

De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos europeos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta.» (art. 8)

Esta regulación obligará, sin duda, al Comité a reformar las modalidades de ejercicio de su papel de órgano consultivo y en concreto podría reforzar su papel político en defensa de los entes locales y regionales con competencias legislativas.

Por tanto solo se ha reconocido la participación del comité en los recursos *ex post* con respecto al principio de subsidiariedad y proporcionalidad, pero no en defensa de sus propias prerrogativas.

En cuanto al reconocimiento del derecho de recurso de las regiones con competencias legislativas, a la luz del principio de subsidiariedad, bajo la autoridad del Estado miembro de que se trate y de conformidad con sus normas constitucionales o su legislación nacional.

El Protocolo no prevé la posibilidad de que las regiones con poderes legislativos puedan interponer recursos ante el Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, a partir de la regulación que hace la Constitución sobre la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia, el artículo III-365 establece la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas recurran contra leyes, leyes-marco o actos de las instituciones de la Unión cuando les afecten directa e individualmente y de recurrir los actos reglamentarios cuando les afecte directamente. Esta última posibilidad podría permitir a las autoridades regionales o locales actos reglamentarios cuando demuestren una afectación directa: «*Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones contempladas en los apartados 1 y 2, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan* medidas de ejecución».

6. Un cambio en el estatuto y funcionamiento del Comité de las Regiones, que recibiera rango de institución de la UE.

El Comité de las Regiones ha sido incluido entre los órganos consultivos de la Unión pero lo que no ha logrado es que se respondiera a su demanda de ser elevado a institución comunitaria principal[7].

[7] Documentos CONV 494/03 y 520/03.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 310

El Comité de las Regiones sigue siendo un órgano meramente consultivo en el que además de las regiones están representados los municipios, según vemos que establece el artículo 32 de la Constitución, de manera que los Estados reparten sus escaños entre regiones y municipios. Bélgica, por ejemplo, es el único país que envía representantes solamente del nivel regional; en Alemania, España o Austria predomina ampliamente el nivel regional. Francia, Italia o los Países Bajos adjudican la mitad de sus escaños a las regiones (aunque algunas regiones francesas o italianas se quedan fuera). Escocia, distribuye sus escaños por igual entre representantes locales y del Parlamento escocés. Los demás Estados suelen dar preferencia al nivel local e incluso algunos de ellos solamente envían representantes municipales o de agrupaciones de municipios.

7. En cuanto a que la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa (ratificada ya por todos los países candidatos y por la casi totalidad de los países miembros) fuera objeto de una adhesión por la Unión, ha sido una reivindicación que finalmente no se ha incorporado en el Proyecto de Constitución ni tampoco el que se posibilitara la adhesión de la Unión a dicho Convenio.

Una de las principales reivindicaciones, como era la adhesión de la Unión a la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa, no se ha conseguido, por el evidente nivel de «asimetría» de los diferentes Estados miembros de la Unión. Sin embargo, la ratificación de la Carta por la mayoría de los países miembros del Consejo de Europa, y miembros de la Unión Europea, podría conseguir la configuración de un cierto sistema de gobierno regional común. De hecho, ha tenido un importante eco en los países del este de Europa que, tras la caída del Muro de Berlín, se incorporan al sistema democrático de larga tradición en occidente, convirtiendo la firma de la Carta en un importante elemento de dimensión política que otorga legitimidad a sus propios sistemas constitucionales.

La Carta contiene una serie de principios generales y unos objetivos a alcanzar por los Estados miembros (entre otros, elegibilidad de los órganos de gobierno, la reserva de ley en la regulación de los rasgos esenciales de los entes locales, el principio de subsidiariedad en la regulación de las competencias, la autonomía normativa, de organización y de gestión, el derecho a la libre asociación de los entes locales, la protección jurídica de la autonomía local, etc), lo cual supone que los Estados deberán de llevar a cabo las reformas necesarias en su ordenamiento para alcanzar la realización de estos objetivos. No existe, sin embargo, en la Carta la previsión de sanciones, ni la existencia de un órgano de control de carácter político o jurisdiccional al que se pueda acudir para denunciar su falta de cumplimiento.[8]

[8] En los años posteriores a la firma de la Carta, el Consejo de Europa por medio del Congreso de los Poderes Locales y Regionales inició un procedimiento de control, seguimiento y vigilancia sobre la

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 311

Aunque si es verdad que la importancia de las reformas que los diferentes Estados firmantes tendrán que acometer supondrá una revitalización de los entes locales y una mayor presencia de estos en las instituciones de los Estados, por lo que la tendencia es a una mayor inserción de las estructuras de gobierno local en el sistema institucional.

La Carta Europea se circunscribe a los principios fundamentales del régimen de los entes locales. Constituye un mecanismo básico de participación (directa o mediante representación) de los ciudadanos en el poder público. Si nos movemos en el terreno de asignación de competencias a los entes locales esta tendrá que hacerse, en todo caso, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, lo que significa que deberían recaer en los entes locales las competencias sobre esas materias (podemos referirnos a algunas como asuntos sociales, empleo, medio ambiente, transporte, cultura, educación, etc.).

Otro de los proyectos desarrollados en el seno del Consejo de Europa es el de la Carta Europea de autonomía regional que pretende ofrecer un tronco común y varias opciones para facilitar la diversidad regional existente entre los Estados, partiendo de la base de que la construcción europea debe realizarse sobre la base de los Estados miembros, teniendo en cuanta los distintos entes autónomos que la integran, lo cual contribuirá a obtener una mayor legitimidad en su funcionamiento y un mayor acercamiento al ciudadano.

III. CONCLUSIÓN

Los intereses locales y regionales no han tenido en el Tratado constitucional el reconocimiento que los representantes locales y regionales habrían deseado y han quedado incluidos en el Comité de las Regiones, al que tampoco se ha elevado al rango institucional. Esta doble representación del Comité de intereses regionales y locales, supone un obstáculo para la defensa de los mismos por cuanto los intereses de las regiones no siempre coinciden con los de los entes locales y, de otra parte, no todos los Estados europeos mantienen el mismo nivel de descentralización regional ni local[9].

---

aplicación de la Carta. Son cuatro los Informes publicados: sobre *«la relación jurídica entre la Carta y los ordenamientos de los Estados»* (1994 y 1998), sobre *«los controles»* (1996), sobre *«las haciendas locales»* (1999), y sobre *«la distribución de competencias»* (2000).
Junto a los Informes Generales han cobrado importancia los informes "país por país" en los cuales el Congreso efectúa un seguimiento más en profundidad de la situación en los países firmantes de la Carta.

[9] De los 25 Estados solamente en 5 de ellos se puede observar un elevado nivel de autonomía tanto política como administrativa (Alemania, Austria, Bélgica, España e Italia), en otros la autonomía es limitada (como en Reino Unido, Portugal o Francia), en los demás existe una regionalización de carácter meramente administrativo. *Vid.* C. PÉREZ VILLALOBOS, «El papel de los entes locales y regionales en el nuevo modelo...», cit.

301-312-Estado autonomico15 3/10/05 13:53 Página 312

Así existen regiones con amplias facultades legislativas que podrían ver recortadas sus competencias a favor de las competencias de la Unión, y de otro lado, tampoco a nivel interno de los Estados, coinciden los intereses de las regiones y los entes locales. Esta situación ha provocado que muchos de los Estados que tienen una mayor descentralización política hayan optado por acudir a la vía de las reformas constitucionales internas que proporcionen a las regiones la posibilidad de intervenir en los procesos europeos en los que se gestionen sus intereses y, en concreto, en el Consejo y en la Comisión. Esta situación no va a poder ser capitaneada por el Comité de las Regiones que no va a reunir la unanimidad que puede tener el Consejo de Europa en esta materia, aunque en el futuro deba de ser esta la principal batalla que libren las regiones y los entes locales si no se quieren ver limitada su autonomía, aunque ello suponga una amenaza a la hegemonía estatal en el seno de la Unión. Esta razón, probablemente, ha impedido la adhesión de la Unión Europea a los convenios del Consejo de Europa sobre autonomía de los entes locales y regionales, a pesar de que los mismos han sido suscritos por los países miembros y a pesar de que éstos se esfuerzan en el cumplimiento de los mismos[10].

[10] Así por ejemplo, en el caso español, podemos decir que el ordenamiento responde plenamente a los principios contenidos en la Carta tanto en lo que se refiere a la fuerza normativa de la misma, como lo relativo a su aplicación por el legislador y por los Tribunales (STC 161/2003, de 15 de septiembre o, STC193/2003, de 27 de octubre).

313-330-Estado autonómico16 3/10/05 14:02 Página 313

REGULACIÓN Y GARANTÍA DE LOS ELEMENTOS COMUNES

313-330-Estado autonómico16 3/10/05 14:02 Página 314

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 315

EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Juan-Luis Ibarra Robles
Profesor de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

Juan Carlos da Silva Ochoa.
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

I. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

1. Abordar la tarea de pensar sobre el principio de unidad jurisdiccional en el momento presente requiere vencer una cierta inercia derivada de lo que aparece como un estado casi común de la opinión, tanto dentro como fuera de la comunidad académica. En este tema parece que el debate se centra en cuál es el momento más oportuno para considerarlo definitivamente arrumbado que en cuál es el contenido del mismo. Con todo, a quienes suscribimos estas líneas nos parece útil, quizá más ahora que nunca, intentar explorar los elementos que integran la definición constitucional del principio de unidad jurisdiccional. Constatando la limitada atención que esta cuestión ha suscitado en la doctrina, confiamos en un Derecho Público que sea, antes que ataque o defensa, reflexión y análisis, por el bien de lo que definitivamente resulte de la voluntad del legislador, ya que por todos es admitido que el sueño de la razón engendra monstruos. En fin, porque para defender o criticar, para reformar o conservar, para consagrar o simplemente, para desembarazarse de algo, conviene empezar por saber de qué se habla.

Para ello, proponemos una primera consideración sobre la interpretación del binomio constitucional unidad jurisdiccional-territorialización del poder estatal, ensayando seguidamente una aplicación de las conclusiones a la posición institucional del Tribunal Supremo.

2. En la tradicional división tripartita de las funciones estatales, el complejo orgánico que se denomina Poder Judicial es singular, respecto del Legislativo y del Ejecutivo por muchos motivos. En el sistema constitucional español lo es, además, por su especial relación con la estructura territorial del Estado.

En efecto, frente a una pluralidad de centros de producción legislativa y de administraciones, el Poder Judicial aparece como una institución única para todo el territorio. La posición institucional del Poder Judicial se

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 316

encuentra, por tanto, entre la subordinación al principio de unidad jurisdiccional y la dimensión eminentemente territorializada de la estructura y del ejercicio del poder constitucional.

Por eso, no es infrecuente que se vea con perplejidad la unidad del Poder Judicial. E incluso algunos autores no han vacilado en considerar que esta posición resulta anómala o patológica en la economía general de la Constitución. Algo así como un vestigio de una situación superada que se enfrenta a las ideas básicas de la actual organización institucional del Estado. Así, se ha podido decir que *no deja de sorprender que en materia de Justicia se estén manteniendo posiciones totalmente contradictorias con el principio autonómico (...) islotes de centralismo que no terminan de asumir los principios y rasgos esenciales del sistema democrático resistencias a esta descentralización que no puedo considerar sino como reminiscencias de un pasado centralista*[1].

3. Hay que advertir, de entrada, que la cuestión de cómo se organiza territorialmente el Poder Judicial en los estados de estructura compleja recibe diversas respuestas en la práctica constitucional. Y que estas respuestas no son arbitrarias, sino que responden a razones de peso, basadas en la historia y en la manera en la que se organiza el sistema jurídico de cada país.

No es ésta la cuestión que interesa aquí, pues no se trata de encontrar un sistema distinto del que aparece en la Constitución. No puede caber duda de las razones históricas que en nuestro país se encuentran ligadas a la unidad jurisdiccional, pues esa ha sido la tradición desde que la función de juzgar se separó de las demás. De lo que se trata es de examinar si la posición institucional del Poder Judicial puede entenderse en armonía con la estructura general del Estado, es decir, conforme con la manera en la que se organiza el sistema jurídico. En otras palabras, si en la Constitución se encierra una antinomia entre el principio de unidad jurisdiccional y el principio de autonomía que deba ser salvada.

Lo que requiere, en primer lugar, examinar el contenido del concepto de unidad jurisdiccional, tal como parece en las normas constitucionales.

4. Aparece este concepto expresamente en el art. 117.5 CE, como *base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*; y, tácitamente, en los restantes apartado de este primer artículo del Título VI, así como a lo largo de todo este título.

En una primera lectura, podría parecer que el constituyente trataba de referirse exclusivamente a la desaparición de las jurisdicciones especiales[2],

---

[1] Adrián Celaya Ibarra, *Poder Judicial y Estado de las Autonomías*; en Poder Judicial, nº especial 11, CGPJ, Madrid, 1986, pp.51 y 52. Estos juicios son significativos, entre otros motivos, por la autoridad de su autor y por la responsabilidad pública que tenía al emitirla. También Claudio Movilla.

[2] Así, p.e., Juan Fernando López Aguilar, en el capítulo XXX (*El Poder Judicial*) del *Derecho Constitucional* de Francisco Balaguer y otros, Madrid, Tecnos, 1999, vol. II, pp. 440 y 441.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 317

que existían en el sistema anterior y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe[3]. Ciertamente el principio cumple la función de acabar con aquella organización judicial. Pero desde el inicio de la discusión en las Cortes Constituyentes, ya al abordar el título dedicado en el anteproyecto al Poder Judicial, el principio de unidad jurisdiccional apareció unido a la cuestión de la existencia de órganos judiciales autonómicos que habrían de aplicar el nuevo derecho que las Comunidades Autónomas iban a promulgar[4].

Por eso, el Título VI no puede leerse en este punto sin referencia a los demás preceptos conectados con el mismo: el art. 149.1.5ª, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre la materia *Administración de Justicia*; el art. 149.1.6º, que hace lo propio sobre la materia *legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*; y el art. 152.1, 2º párrafo, conforme al cual *un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuesto y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.*

Lo regulado en todos estos preceptos puede resumirse en una organización común para todo el territorio estatal, integrada por jueces independientes e inamovibles, sujetos únicamente al imperio de la ley, integrados en un cuerpo único de funcionarios, que se estructura en forma similar en todas las Comunidades Autónomas en cuanto a la división en demarcaciones judiciales y en órdenes jurisdiccionales, instancias y grados, aplicando un Derecho procesal básicamente común.

Tres son las consideraciones que es preciso tener en cuenta a la hora de entender en su sentido propio, que no es distinto del que se deriva del bloque de la constitucionalidad, este principio de unidad jurisdiccional.

5. La primera es la constatación de una realidad obvia. La naturaleza jurídico-constitucional del Poder Judicial es bien distinta de la de los otros dos poderes. Lo que ya de entrada sirve de aviso para suponer que alguna trascendencia puede tener esta diferencia sobre la manera en que se organiza.

El Poder Judicial no es un poder representativo, contrariamente a lo que ocurre con los otros dos, que de manera inmediata o mediata derivan de

---

[3] Como parte del derecho a un proceso equitativo del art. 6º del CEDH.

[4] Es significativo el debate en Comisión en el Congreso, que se puede consultar en: *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, tomo II, Madrid, CCGG, 2ª ed, 1989, pp. 1.401 y 1402, y 1581.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 318

la elección popular. Su autonomía es prácticamente inexistente, pues carece de la posibilidad de formular políticas propias, resultado de la ejecución de un programa sometido a la opinión pública y apoyado por los votantes. De un órgano más acusadamente *político*, como es el Tribunal Constitucional, ha podido decir la doctrina en Alemania que «a diferencia de otros órganos estatales, el Tribunal carece de competencias o posibilidades para una acción configuradora: sólo le compete juzgar a posteriori la acción de otros órganos, y ello únicamente si se le invoca en el marco de un procedimiento reglado y cuando otro órgano haya transgredido los límites constitucionalmente establecidos. El liderazgo político y la determinación de objetivos residen en otros órganos (...)»[5]. Si esto puede afirmarse de un órgano que ha contribuido decisivamente a la configuración del régimen jurídico-político alemán[6], sin duda algo semejante debe decirse del poder judicial, tal como aparece en la Constitución de 1978. Y es que esa acción configuradora corresponde al Parlamento y al Gobierno, que tienen la posibilidad de elegir su tiempo y su contenido, y de llevarla a cabo sin los límites propios de la labor jurisdiccional.

La independencia que le está conferida consiste únicamente en la inmunidad frente a las directrices de los otros poderes, cuando interpreta y aplica el Derecho a un caso concreto. Pero no define el contenido de ese Derecho, pues esta tarea corresponde al poder legislativo y al poder reglamentario. Al Juez no corresponde sino estar y pasar por ese contenido, que debe imperativamente aplicar. Cuando en los casos de lagunas integra la norma jurídica, lo hace mediante procedimientos técnicos y sólo en ausencia inexcusable de contenido normativo. Al legislador insatisfecho con la forma en la que se interpreta el Derecho le cabe siempre la posibilidad de darle un contenido que corrija tal interpretación.

Los perfiles de esta configuración jurídico-política del Poder Judicial se proyectan sobre una consideración que es capital en la opción constitucional por la territorialización del ejercicio de las funciones estatales. Uno de los dos fundamentos esenciales del principio de autonomía es el incremento de la legitimación del poder mediante su acercamiento al ciudadano (el otro es el incremento de la eficacia, al que se hará referencia más tarde). Una sociedad compleja permite identificar en su seno intereses territorialmente diversos. Y una estructura estatal compuesta permite que se manifiesten y concreten a través de instituciones representativas, cuya legitimación ante la sociedad depende de la medida en que encarnan y sostienen tales intereses. No es otro el sentido de la norma constitucional del art. 137: el Estado se organiza territorialmente para que las entidades territoriales gestionen sus respectivos intereses de forma autónoma.

---

[5] Helmut Simon, *La Jurisdicción Constitucional*, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heide: *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP y Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 839.

[6] *Ibidem*, con abundante cita doctrinal en las pp. 838 y 839.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 319

Resulta, sin embargo, que lo propio de la función jurisdiccional no está en la representación de un interés territorialmente identificable, pues el Poder Judicial no se integra por la voluntad periódicamente manifestada por los ciudadanos. Por el contrario, carece de esa *libertad de orientación y dirección política* en que consiste la autonomía[7] y está integrado de forma permanente, sin relación con los resultados de los procesos electorales.

Esto no quiere decir que la idea de legitimación sea extraña al ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues en el Estado constitucional no es admisible ejercicio del poder que no sea legítimo. Simplemente significa que la legitimación del Poder Judicial se encuentra en coordenadas distintas de la de los otros poderes. No es, como la del Parlamento y la del Gobierno, una legitimación de origen, sino una legitimación de ejercicio: *el Poder Judicial se legitima democráticamente porque resuelve problemas jurídicos (no políticos) aplicando normas que expresan decisiones de la voluntad popular*[8].

No de cualquier ejercicio, por descontado, sino del ejercicio conforme a la Constitución; lo que supone la ausencia de conexión específica con el objeto del pleito, la predeterminación y generalidad de las exigencias procedimentales y su aplicación desprovista de parcialidad, y, en fin, otras condiciones que no pueden ser ahora objeto de examen en detalle[9].

6. La segunda consideración también es accesible al simple observador del ordenamiento jurídico. Se trata de un conjunto normativo de naturaleza y composición complejas, pues junto a un sistema –o subsistema- común vigente en todo el territorio del Estado, coexisten subsistemas autonómicos; y conforme a un esquema que no es uniforme para cada sector del ordenamiento, pues los diferentes subsistemas cubren una extensión que varía según la materia que se regule.

Como la potestad legislativa no ha sido transferida en bloque por la Constitución a los legisladores territoriales, en algunas materias la regulación es estatal y en otras autonómica; y en las más, concurren normas de los dos orígenes (desarrolladas mediante el ejercicio de potestades reglamentarias de la que son titulares, además del Gobierno de la Nación y de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, provinciales, forales y municipales). También se ha producido durante la vigencia de la Constitución otro fenómeno: la entrada en vigor de un considerable número de normas europeas.

---

[7] La expresión es de Santiago Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Madrid, Civitas, 1982, p.172.

[8] Juan Fernando López Aguilar, *op. cit.*, p. 439. En sentido coincidente, Joaquín García Morillo, en la lección 30 (*El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal*), del *Derecho Constitucional*, vol. II, de Luis López Guerra y otros, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 230 a 232; y la generalidad de la doctrina.

[9] Y que pueden encontrarse, p.e., en Perfecto Andrés Ibáñez, *Poder Judicial: legitimación e independencia*, en *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, o en Luciano Varela Castro, *Sobre la legitimidad del Poder Judicial*, en Poder Judicial, nº especial 11, CGPJ, Madrid, 1986, pp. 94 a 97.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 320

Con estos datos resulta que sea cual sea la competencia territorial del órgano judicial, la regla general es que aplique normas de distintos orígenes. En otras palabras, que ni aun la competencia jurisdiccional más limitada territorialmente implica identificación con un subsistema ordinamental. El juez lo es de todo el ordenamiento. Y lo es tanto en ámbitos fuertemente territorializados (por ejemplo, en el del Derecho Administrativo), como en otros mixtos (el del Derecho Civil, en aquellas Comunidades que lo tienen), o indiferentes a la distribución espacial del poder legislativo (el Derecho social, el Derecho europeo de la actividad económica, el Derecho de los derechos fundamentales...). La estructura territorial del Estado no incide directa y decisivamente, por tanto, en el desempeño de la función de interpretar y aplicar el Derecho (en la dimensión específica que es propia del ejercicio de la potestad jurisdiccional).

7. En último lugar, es objetivo ineludible de todo sistema jurídico territorialmente complejo, garantizar una interpretación y aplicación del derecho que salvaguarde la seguridad jurídica y la igualdad de estatuto jurídico de los sujetos del derecho en todo el territorio. Y ello porque sin esta salvaguardia desparece la unidad del ordenamiento jurídico, convirtiéndose los subsistemas en sistemas independientes entre sí.

El estudio de cualquier sistema jurídico regional o federal lleva a esta conclusión. En un sistema más complejo, como es el de la Unión Europea, la decisión de crear y mantener la unidad jurídica se entendió desde un principio como garantía del proceso de convergencia política. Junto a la idea de comunidad económica, los tratados fundacionales quisieron singularizar al nuevo ente como una comunidad de Derecho. Y ello no por un prurito intelectual, sino entendiendo el Derecho como instrumento de aproximación de las estructuras políticas y de mantenimiento de la paz. Lo cual no dejaba de plantear retos formidables: delegar simplemente en los jueces nacionales la interpretación y aplicación del nuevo *corpus* europeo comprometía claramente la unidad del naciente ordenamiento jurídico, abandonándolo a la diversidad de las tradiciones y técnicas jurídicas de cada país. La prudencia impuso residenciar en una jurisdicción común la decisión sobre la vigencia y la interpretación (en los casos oscuros) del nuevo Derecho, dejando a los jueces nacionales su aplicación. Aun en una organización donde la vigencia de un Derecho común no pasaba de ser un proyecto se entendió enseguida que sin instituciones judiciales funcionalmente comprometidas con la coherencia del sistema, éste no podría subsistir como unidad en la diversidad.

La traducción de estas ideas generales en nuestro sistema jurídico puede hallarse en el art. 9.3 CE, que garantiza el principio de seguridad jurídica y en el art. 139.1 CE, que declara el principio de igualdad en los derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado, como concreción y aplicación de la cláusula general del art. 14 dentro del Título VIII. Esta igualdad territorial no significa uniformidad de estatutos jurídicos singula-

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 321

res, como ya aclaró desde un principio el Tribunal Constitucional, pues *la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan hacen potencialmente nuestro ordenamiento jurídico una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio*[10]. Esas diferencias en la posición jurídica de los ciudadanos se justifican desde la vigencia del principio de autonomía, y son inevitables. Pero sólo son constitucionalmente admisibles en la medida en que sean inevitables.

La existencia de un solo complejo orgánico que se encargue de juzgar en todo el territorio estatal (*esta diversidad se da dentro de la unidad*[11]) aparece como una respuesta adecuada, proporcional y eficaz para garantizar la previsibilidad de la interpretación y la aplicación armónica del Derecho como requisitos para la efectividad de la tutela judicial. Y todo ello sin afectar al principio de autonomía, pues en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como se ha explicado más arriba, este principio carece de la trascendencia que reviste en el ejercicio de las otras funciones constitucionales.

8. Con lo hasta ahora razonado se puede ya comprender que el principio de unidad jurisdiccional no es un vestigio del pasado centralista que la Constitución clausura, sino que responde a una manera de ordenar los poderes del Estado que encuentra su razón de ser en la propia estructura compuesta del mismo. Es una forma de organizar el Poder Judicial que deriva de la idea de Estado que contiene la Constitución.

También se puede deducir, sin que ello encierre ninguna paradoja, que, en este sentido, no es un principio que impida o dificulte que la dimensión territorial de la organización estatal se manifieste en el seno del Poder Judicial. El principio de unidad jurisdiccional no hace al Poder Judicial ajeno a la radical transformación operada por la Constitución.

Algunas manifestaciones de esta segunda conclusión pueden encontrarse ya en el derecho vigente, y otras son en la actualidad objeto de discusión.

9. En el plano organizativo, la Constitución ha previsto que el Poder Judicial se estructure territorialmente sobre la pauta de las Comunidades Autónomas, añadiendo, junto a la lista de las instituciones autonómicas básicas, la existencia de un Tribunal Superior de Justicia que culmine la organización judicial en el territorio de aquéllas[12]. En el mismo art. 152.2, segundo párrafo, se prevé la participación autonómica en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio[13], fijando la capitali-

---

[10] STC de 16 de noviembre de 1981, reiterada en resoluciones posteriores.

[11] *Ibidem*.

[12] En la Constitución es una posibilidad, conforme al principio dispositivo que informa el régimen autonómico; los Acuerdos Autonómicos de 1981 generalizaron esta estructura a todas las Comunidades, que acabó consagrándose en la LOPJ de 1985.

[13] Mediante el procedimiento finalmente regulado en el art. 35 LOPJ, tras la doctrina emanada de la STC 56/90.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 322

dad de las mismas y definiendo su ámbito espacial. En el párrafo siguiente se establece que, sin perjuicio de las competencias del Tribunal Supremo, las instancias se agoten dentro de la Comunidad Autónoma.

10. En el plano funcional, la planta judicial y la legislación procesal se han adaptado a la estructura que acabamos de ver. También el mecanismo de provisión de ciertas plazas judiciales, en el que ahora es mérito el conocimiento de la lengua autonómica o de su Derecho propio[14]. Es significativo que se haya regulado el uso de las lenguas cooficiales en el proceso[15] y que junto a las normas procesales generales se apliquen en la actualidad normas procesales dictadas por los parlamentos territoriales, en el ejercicio de la competencia asumida en los Estatutos prevista en el ya citado art. 149.1.6ª CE, para los supuestos de especialidades sustantivas que las reclamen[16]. También lo es la existencia de un recurso de casación autonómico, sobre cuyo contenido se discute en la actualidad.

11. Y en el plano de los medios personales y materiales al servicio del Poder Judicial, las Comunidades Autónomas han asumido, mediante la cláusula subrogatoria contenida en los Estatutos, las competencias atribuidas al Gobierno del Estado por la legislación general.

Es aquí donde debe hacerse la anunciada referencia al otro motivo principal que fundamenta la distribución territorial del poder: el incremento de la eficacia en la prestación de los servicios públicos. En el caso del Poder Judicial la eficacia, si bien no es independiente de la legislación procesal cuya competencia recae en el Estado, se incrementa o disminuye principalísimamente a través de los medios personales y materiales que constituyen lo que ha dado en llamarse *Administración de la Administración de Justicia*[17]. En efecto, supuesto un cuerpo de funcionarios altamente cualificado y de exclusiva dedicación, que se encuentra, además, sobrecargado por las tareas que le corresponden, como es el caso de la Carrera Judicial, toda mejora en la prestación del servicio habrá de fiarse a la dotación suficiente y a la gestión eficiente de los medios personales y materiales. Y esta es una responsabilidad que, una vez acabado el proceso de transferencias pendiente recaerá por entero en las Comunidades Autónomas[18].

12. Como resumen de lo hasta ahora razonado pueden extraerse varias conclusiones. En primer lugar, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni por su naturaleza ni por la forma en que se lleva a cabo, está ligado a la distribución territorial del poder de la misma forma que lo están

[14] Reglamento de la Carrera Judicial.

[15] Art. 231 LOPJ.

[16] STC 29.02.04

[17] STC 62/1990, de 30 de marzo, FJ 4.

[18] Transferencias que ya se ha efectuado para el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, la Comunidad Valenciana y Canarias, por lo que la mayor parte de la población recibe hoy sus servicios de justicia de las Comunidades Autónomas.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 323

las potestades legislativas y de gobierno. En segundo lugar, que la unidad jurisdiccional aporta una garantía de la coherencia del ordenamiento jurídico en el momento de su interpretación y aplicación. En tercer lugar, que los fundamentos de la territorialización del poder no invalidan la opción constitucional por la unidad jurisdiccional, pues la legitimación se articula de manera distinta en el Poder Judicial a como lo hace en los otros dos poderes, y la eficacia depende de factores que no constituyen Poder Judicial en sentido estricto, y que, además, ya dependen de las autoridades territoriales.

Por tanto, lejos de existir una contradicción entre principio de autonomía y principio de unidad jurisdiccional, éste último es en realidad un complemento necesario de aquél, en cuanto contribuye a su despliegue dentro de la unidad del ordenamiento jurídico complejo.

Desde este punto de vista, el Poder Judicial se aparta cada vez más de una visión tópica de complejo orgánico-funcional integrado en el conjunto de las instituciones del Estado entendido como autoridad central, para resituarse como poder estatal común. Si *el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibiológica*[19], el Poder Judicial cada vez se entiende mejor como integrante de *la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran*, antes que del *conjunto de las instituciones generales o centrales*[20]. Y probablemente es desde ahí, desde la concepción *del Estado en la Constitución como una institución compleja, del que forman parte las Comunidades Autónomas*[21], desde donde mejor se puede entender en el momento presente la vigencia y actualidad del principio de unidad jurisdiccional.

II. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO LÍMITE A LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS CASACIONALES A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. Señalábamos anteriormente que algunas de las manifestaciones de la adecuación entre el principio de unidad jurisdiccional y las previsiones del Título Octavo de la Constitución sobre la organización territorial del Estado son aún objeto de debate en cuanto a la adecuada interpretación y cumplimiento de los mandatos constitucionales.

Uno de los extremos objeto de debate se refiere a la interpretación de las normas que afectan a la articulación funcional y competencial entre los dos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, el Tribunal Supremo y los

[19] STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.

[20] *Ibidem.*

[21] STC 12/1985, de 30 de enero, FJ 7 C.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 324

Tribunales Superiores de Justicia, que reciben una regulación constitucional, respectivamente, en el Título VI y en el Título VIII de la Constitución.

La adecuada interpretación de esta normativa constitucional de carácter institucional y procesal referida a ambos órganos judiciales se presenta, por ello, como un factor nuclear a la hora de promover el objetivo de una más completa adaptación de la Administración de Justicia al Estado compuesto instituido por la Constitución de 1978. La ausencia de una interpretación jurídica pacífica del conjunto sistémico de normaciones dispuestas en los artículo 123, apartado 1, y 152, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Constitución, se erige, sin embargo, en una dificultad para el avance en esta segunda línea de reflexión.

Recordemos, a este efecto, que en el primero de los pasajes constitucionales señalados, se atribuye al Tribunal Supremo jurisdicción en toda España y se define su posición institucional en la planta de la Administración de Justicia como «*…órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales*».

En el segundo de los pasajes constitucionales reseñados, se instituye el Tribunal Superior de Justicia como órgano jurisdiccional necesario en las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos vayan a ser aprobados por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución. Y se define la posición institucional del Tribunal Superior de Justicia como órgano jurisdiccional que «*…sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma*».

Este último pasaje constitucional incluye dos referencias adicionales. En virtud de la primera de ellas, se reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación de los Tribunales Superiores de Justicia; y se subraya que esta regulación orgánica estatal habrá de situar la posición institucional de estos nuevos órganos judiciales «*dentro de la unidad e independencia*» del Poder Judicial. En la segunda de las regulaciones se dispone, de nuevo sin perjuicio de lo dispuesto sobre el Tribunal Supremo en el artículo 123 de la Constitución, que «*…las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*».

2.- Un primer acercamiento a ambos preceptos permite distinguir dos órdenes de regulaciones diferenciadas en punto al alcance de su respectiva eficacia constitucional.

En concreto, en las regulaciones referidas al Tribunal Supremo la doctrina, desde la denotación llevada a cabo al inicio de los años noventa por el Profesor Luís María DÍEZ-PICAZO[22], identifica una garantía institucional

[22] DÍEZ-PICAZO, Luís María. «Régimen constitucional del Poder Judicial». Civitas. Madrid 1991, pags 91 y ss.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 325

que no podría predicarse de la institución de los Tribunales Superiores de Justicia. Siendo razón suficiente que la técnica de garantía de una específica eficacia constitucional que, a partir de la elaboración que efectuara C. SCHMITT[23] en 1928, se conoce con el nombre de «garantía institucional», «…presupone la existencia de una institución, entendida ésta como complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable»[24]. Por lo que la categoría de la garantía institucional no puede definir la eficacia de la regulación constitucional por la que se instituye «ex novo», en 1978, el órgano jurisdiccional denominado Tribunal Superior de Justicia.

La segunda razón por la que cabe diferenciar ambas normaciones en cuanto a su eficacia constitucional se extrae de su distinto contenido prescriptivo.

El artículo 152.1 de la Constitución garantiza tanto la existencia del nuevo órgano judicial denominado Tribunal Superior de Justicia como su posición orgánica en la cumbre de la organización judicial que radique en la respectiva Comunidad Autónoma. Pero defiere a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación tanto de la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas; como, también, la distribución de funciones y competencias entre los órganos judiciales radicados en el territorio de cada Comunidad Autónoma. En consecuencia, el ámbito funcional y material de la jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia no se encuentra garantizado por la Constitución. No obstante, ambos extremos van a ser abordados por el Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículos 14 y 34, y por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículos 20 y 25.1, lo que, indudablemente atribuye a estas normaciones estatutarias el rango y la fuerza propia de las disposiciones del bloque de la constitucionalidad.

En tanto que el artículo 123.1 de la Constitución define el ámbito territorial de la jurisdicción del Tribunal Supremo garantizando que la misma se extiende a «toda España»; garantiza su posición institucional de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales de la Administración de Justicia (esto es, en la jurisdicción civil, penal, contencioso-administrativa, social y militar); y, de forma implícita, sitúa las funciones de enjuiciamiento del Tribunal Supremo en el grado de la casación, con exclusión de las funciones de enjuiciamiento de recursos ordinarios de instancia respecto de los órganos de la organización judicial culminada por cada Tribunal Superior de Justicia[25].

---

[23] La referencia se extrae de Luciano PAREJO ALFONSO. «Garantía institucional y autonomías locales». IEAL. Madrid.1981, pags. 17 y ss en donde se recensiona el trabajo monográfico de E. SCHMIDT-JORTZIG, «Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur». Ed. Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1979.

[24] PAREJO ALFONSO, L. ibidem. Pag. 23.

[25] DE OTTO Y PARDO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Ministerio de Justicia. Madrid,1989. Pag. 200.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 326

Más allá de lo anterior, los pasajes constitucionales de referencia no establecen una reserva constitucional exclusiva y excluyente en la atribución al Tribunal Supremo del enjuiciamiento en este grado de los recursos de casación que se prevean en los distintos órdenes jurisdiccionales.

Una eventual interpretación de las referidas normas constitucionales en términos de concentración de las funciones casacionales quedó pronto descalificada con la aprobación de los Estatutos de Autonomía. Así, el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su artículo 14, y el Estatuto de Cataluña, en su artículo 20.1.a), prevén la atribución a la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en las respectivas Comunidades Autónomas de funciones casacionales en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo; el primero respecto de las materias del derecho civil foral propio del País Vasco y del derecho civil catalán; y el segundo, respecto del enjuiciamiento de las actuaciones administrativas producidas en las materias reservadas a la legislación de la Comunidad Autónoma.

3. La aplicación de la técnica de la garantía institucional se ofrece, por ello, como un importante instrumento para la adecuada articulación de las funciones de enjuiciamiento en grado casacional y, en su caso, para la evaluación sobre los resultados de las regulaciones de los recursos de casación en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativa actualmente contenidas en la Ley 21/2000, de 7 de enero, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio.

En esta exposición sintética, me ceñiré al mero enunciado de dos elementos de reflexión. El primero para señalar la consolidación de la jurisprudencia constitucional aplicativa de la técnica de la garantía institucional. Y el segundo para indicar algunas proposiciones respecto a sus posibles efectos como límite indisponible por el legislador en punto a la atribución de competencias casacionales a los Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto al primer extremo, cabe señalar tanto la temprana asunción por nuestro Tribunal Constitucional de la técnica de la garantía institucional como su constante y creciente aplicación en la interpretación constitucional.

En efecto, la técnica de la garantía institucional aparece denotada, por primera vez y en referencia a la libertad de cátedra[26], en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 5/1981. La denotación de una garantía institucional en el ámbito de la autonomía universitaria, vuelve a acogerse en la STC 26/1987[27] en la que se distingue entre la eficacia propia de la garantía institucional y la de las regulaciones constitucionales de los derechos fundamentales; y se interpreta que «*…derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos funda-*

[26] STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 12 y 15.

[27] STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ4.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 327

mentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales…».

El Tribunal Constitucional ha vuelto sobre esta distinción respecto de la eficacia constitucional de las regulaciones de los derechos fundamentales en la interpretación de la garantía del derecho a la creación de partidos políticos, STC 5/2004 y del derecho a la participación política mediante la constitución de agrupaciones electorales, SSTC 85/2003 y 176/2003, así como en la interpretación de la garantía del «habeas corpus», SSTC 44/1991 y 94/2003[28].

Pero es en la sentencia 32/1981, también del Pleno del Tribunal Constitucional[29], donde encontramos la definición de la técnica de la garantía institucional que va a mantenerse inalterada en la jurisprudencia constitucional:

> «***3.*** *El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace»*

La STC 32/1981 inaugura, así, una larga lista de sentencias del Tribunal Constitucional en las que se aplica la técnica de la garantía institucional para dotar de eficacia específica a las normaciones constitucionales reguladoras de la autonomía local[30]. La misma doctrina jurisprudencial luce

---

[28] SSTC 44/1991, de 25 de febrero, 85/2003, de 18 de mayo, 94/2003, de 19 de mayo, 176/2003, de 10 de octubre y 5/2004 de 16 de enero.

[29] STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.

[30] Además de la señalada, el Tribunal Constitucional ha empleado la técnica de la garantía institucional de la autonomía local en la ssTC 38/1983, de 16 de mayo, 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre, 214/1989, de 21 de diciembre, 46/1992, de 2 de abril, 159/2001, de 5 de julio, 109/1998, de 21 de mayo y 204/2002, de 31 de octubre.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 328

en otras sentencias del Tribunal Constitucional que, también, denotan esta eficacia constitucional específica en las normaciones sobre el amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales, así en ssTC 76/1998 y 159/1993, en la garantía de las prestaciones sociales del sistema de Seguridad Social, en las ssTC 37/1994 y 197/2003 y en el Auto 367/2003 y en la garantía del régimen económico y fiscal especial de las Islas Canarias, en las ssTC 16/2003, 62/2003 y 137/2003[31].

A la vista de la jurisprudencia constitucional, cabe apreciar que:

a) El Tribunal Supremo es un elemento arquitectural indispensable del orden constitucional.

b) La atribución al Tribunal Supremo de funciones de enjuiciamiento de recursos jurisdiccionales extraordinarios frente a sentencias dictadas en última instancia, hoy agrupados en la categoría de los recursos de casación, constituye una constante sin solución de continuidad en la regulación orgánica de la Administración de Justicia, desde la Constitución española de 1812. La función casacional, por ello, forma parte de la imagen histórica del Tribunal Supremo frente a cuya ruptura o cuya evolución legislativa «per saltum» se ofrece la específica eficacia de las normaciones constitucionales integradas en la garantía institucional.

c) No constituye ninguna afección a la garantía institucional del Tribunal Supremo la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de funciones casacionales, referidas a la preservación del «ius constitutionis» del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma y del derecho público en los términos asumidos por los vigentes Estatutos de Autonomía. Ni, tampoco, en su caso, la ampliación de dichas funciones casacionales a la preservación nomofiláctica del derecho foral y del derecho público dictado por las Entidades Locales de la respectiva Comunidad Autónoma. Finalmente, en este mismo ámbito, tampoco se ha cuestionado la adecuación a la referida garantía institucional la fórmula empleada en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil de atribución para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. La generalización de esta fórmula comportaría la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de la totalidad de los recursos de casación extraordinarios por vicios «in iudicando».

d) En relación con lo anterior cabe afirmar que las actuales atribuciones a los Tribunales Superiores de Justicia de competencia en el enjuiciamiento de recursos extraordinarios de casación en el orden civil y en el orden contencioso-administrativo, en modo alguno puede entenderse que han agotado las posibilidades de distribución de la función casacional. Singularmente, la experiencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha puesto de manifiesto que los actuales recursos de ca-

[31] ssTC 76/1988, de 26 de abril, 159/1993, de 6 de mayo, 37/1994, de 10 de febrero, 16/2003, de 30 de enero, 62/2003, de 27 de marzo, 137/2003, de 3 de julio y 197/2003, de 30 de octubre.

313-330-Estado autonomico16 3/10/05 14:02 Página 329

sación en interés de ley y de unificación de doctrina atribuidos a la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo adolecen de graves quiebras en la economía del sistema de recursos. La más grave de ellas, referida a la práctica inexistencia numérica de recursos de casación autonómicos, viene determinada por la ausencia de un recurso general de casación que pueda fundarse directamente en la infracción de las normas de los subordenamientos autonómicos aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

e) Más allá de lo anterior, la proposición de reducir la competencia casacional del Tribunal Supremo al recurso extraordinario para la unificación de doctrina puede ser entendida como una propuesta de modificación «per saltum» de la vigente regulación orgánica del Poder Judicial.

Este hiato en la regulación legal de las funciones jurisdiccionales casacionales tendría como efecto, a mi juicio, una desnaturalización de la institución garantizada tanto en punto a la garantía constitucional de la posición del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales. Como, también, en cuanto a la proyección funcional de esta posición como elemento indispensable y, en la misma medida indisponible, en orden a la efectividad del principio de unidad jurisdiccional en la dimensión de la preservación de la reconducción a la unidad de un ordenamiento jurídico estructuralmente recorrido por el principio de autonomía.

313-330-Estado autonómico16 3/10/05 14:02 Página 330

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 331

LEY ORGÁNICA Y ESTATUTO DE AUTONOMÍA

José Chofre Sirvent
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

Después de largas y fructíferas discusiones doctrinales parece que la conflictividad inicial entre ley orgánica y ley ordinaria ha entrado en una fase de pacificación. Sin embargo, resta un ámbito que no deja de plantear conflictos y es el relativo a las relaciones de la ley orgánica y las competencias atribuidas al Estado y la competencias estatutarias.

Un análisis de la realidad actual de la categoría ley orgánica exige, pasados veinticinco años desde la aprobación de la Constitución, no olvidar los rasgos que definen estructuralmente dicho instrumento normativo.

Durante el proceso constituyente se produjeron importantes cambios en los fundamentos del sistema de fuentes que no fueron suficientemente resaltados por la doctrina y que deben contribuir a la definición de los contornos de esta categoría normativa.

En este trabajo que ahora presentamos el enfoque fundamental se dirige a la relación de la reserva ley orgánica con los títulos competenciales que se derivan del art.149.1 CE. Creemos que es en esta zona fronteriza donde se plantean los más importantes problemas acerca de la categoría ley orgánica actualmente. No obstante lo cual, es preciso, con carácter previo, definir los elementos estructurales sobre los que se construye este instrumento normativo. Sin tener definidos con suficiente claridad dichos elementos, obviamente no sería adecuado, ni posible, avanzar en los problemas que se plantean en esa zona fronteriza a la que antes hacíamos referencia.

II. COHERENCIA DE LA «LEY ORGÁNICA» COMO CATEGORÍA MATERIAL INICIALMENTE INSERTA EN UN SISTEMA DE LEGALIDAD MATERIAL. LEY ORGÁNICA MATERIAL Y TRÁNSITO A UN SISTEMA DE LEGALIDAD FORMAL

En el proceso constituyente se produjo un cambio radical, donde se pasó de un sistema material de fuentes –donde todas las piezas estaban perfectamente trabadas, aunque en disonancia con el sistema parlamentario– a un sistema de legalidad formal, que es el que se ajusta más coherentemente con su matriz constitucional parlamentaria. No podemos dejar de hacer hincapié en la importancia que ha tenido –y tiene,

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 332

por supuesto– este cambio para coordinar más lógica y ajustadamente el sistema político (parlamentario) y el sistema de legalidad (formal).

Esta transformación a que hacemos referencia ha tenido lugar después de procederse, en el Informe de la Ponencia, a la depuración de dos piezas materiales: la «reserva a ley ordinaria» y la «reserva a reglamento», permaneciendo la «reserva a ley orgánica», que es una nueva pieza concebida a contrapelo del carácter atribuido al sistema de legalidad (formal).

La permanencia de una pieza material, como es la «ley orgánica», en un sistema de legalidad formal, queda definitivamente cerrado en su discusión en la fase del Informe de la Ponencia. En ningún momento ulterior, pues, de la tramitación parlamentaria, va a cuestionarse de nuevo el tema de la incongruencia que se produce en un sistema de legalidad formal al encajar una pieza de naturaleza distinta –ley orgánica-. De modo que en el pacto definitivo de la Constitución, la ley orgánica aparece como un «islote» de legalidad material en un sistema formal de fuentes.

III. RESTRICCIÓN DE LA CATEGORÍA LEY ORGÁNICA A SUS PROPIOS LÍMITES ESTRUCTURALES POR COHERENCIA CON LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

La ley orgánica es una categoría normativa que, por su carácter especial dentro de las fuentes del derecho, debe ser interpretada siempre restrictivamente. Para alcanzar este objetivo debemos valernos de instrumentos técnicos jurídico apropiados, así como de un criterio estructural básico.

Este criterio estructural es decisivo a la hora de determinar la condición expansiva o restrictiva que deba atribuirse a la categoría ley orgánica. Para aproximarse más eficazmente al contenido del criterio estructural no debe partirse del art.81.1 CE, sino del art.1.3 CE, que dice: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria». Como el art.81.1 nunca podrá menoscabar los esquemas fundamentales del régimen parlamentario, y, como un principio esencial del mismo radica en que el Gobierno convierta en leyes su propio programa político, si extendemos los ámbitos de la ley orgánica más allá de su núcleo esencial, nos encontraremos con el curioso hecho de que un Gobierno respaldado por mayoría simple no puede cumplir su propia política legislativa. Por ello se hace necesario que los contenidos orgánicos queden reducidos únicamente a su núcleo esencial dejando el resto de la normativa al legislador ordinario. De este modo se cumpliría el principio de concordancia entre la mayoría exigida para gobernar y la mayoría requerida para la adopción de leyes. En caso contrario se estaría en colisión con la esencia misma de la democracia parlamentaria, que exige que el partido ganador de las elecciones pueda aplicar su programa político no desnaturalizado por razones de «consenso» en aquellas materias que, siendo de «gobierno» no precisan de aquél, como sí sería obligado si a cada

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 333

paso hubiera de alcanzarse la reforzada mayoría absoluta que imponen y exigen las leyes orgánicas.

En esta misma línea de pensamiento se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de febrero de 1981, sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Orgánica de Estatuto de Centros Escolares, de 19 de junio de 1980, cuando afirma que el carácter democrático del Estado que nuestra Constitución recoge

> «ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas» (Motivo IV, 21, A).

Aunque la conclusión a que llega el Tribunal Constitucional coincide con la mantenida por nosotros en líneas precedentes, sin embargo, aquélla sería más lógica si su argumentación hubiera tenido en cuenta, como criterio estructural, el carácter parlamentario del régimen político, en lugar del «carácter democrático del Estado».

En definitiva, pues, es oportuno afirmar que el argumento estructural que aboga por la reducción de la categoría ley orgánica a sólo los aspectos fundamentalísimos y no a todo el trayecto normativo es el carácter parlamentario del régimen político.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA LEY ORGÁNICA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS: «DESARROLLO» Y «NORMAS BÁSICAS PARA EL DESARROLLO»

En algunos casos la ley orgánica se configura como una categoría conflictiva en la medida que despliega sus efectos en un terreno fronterizo que es el que se encuentra entre dos ordenamientos: el estatal y el autonómico. Conflictividad más acusada en aquellos casos en los que las respectivas mayorías políticas que sustentan cada gobierno corresponde a partidos políticos distintos. En cualquier caso, la reserva de ley orgánica no debe distorsionar el sistema constitucional de distribución territorial del poder en detrimento del principio de autonomía.

Si a través del sistema de fuentes se manifiesta el poder social en las diversas instituciones con capacidad de producir normas, es comprensible que en el sistema de fuentes haya antagonismo, lucha y conflicto. Como afirma BALAGUER, en España ese conflicto se ha desplazado del ámbito de la tensión interna del sistema político (esencialmente, entre Parlamento y Gobierno) hacia el ámbito de la ordenación territorial del Estado (Estado y Comunidades Autónomas).

Los mayores problemas se presentan en relación a la fijación del ámbito de la reserva de ley orgánica en función o no de los títulos competenciales atribuidos al Estado por el art.149.1 CE.

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 334

La jurisprudencia constitucional sobre esta materia no ha mantenido una línea recta. Por el contrario, se ha visto sujeta a distintos vaivenes que han conducido a que hablemos de dos criterios de interpretación fundamentales. Por una parte, que el ámbito de la reserva de ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado; y, por otra parte, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohonestarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como dice la STC 137/1986, «ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art.149.....) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art.81.1), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes (.....) puede sobreponerse a la norma (.....) que busca articular los ámbitos materiales» (Fj.7).

Sin ignorar la trascendencia que el tema reviste para articular correctamente las competencias estatales y autonómicas en el ámbito de Estado compuesto, nuestra atención va a centrarse en este momento, exclusivamente, en el análisis de dos conceptos muy próximos y que por esta misma razón van a plantear no escasos y relevantes conflictos: «desarrollo» (art. 81.1 CE) y «normas básicas para el desarrollo» (art. 149.1.1.27 y 30, entre otros CE). Expresado en otros términos puede afirmarse que el tema central radica en la forma de articular las normas constitucionales relativas al reparto de materias entre ley orgánica y ley ordinaria con las que afecten a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La regulación de las condiciones básicas corresponden por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. El art. 149.1.1 CE habilita al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales. La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico, titular de la competencia en concreto de que se trate.

Concretamente, el problema inicial que se suscitó en torno a esta cuestión ha sido en relación con la enseñanza. Téngase en cuenta que sobre esta materia concurren, por una parte, la reserva a ley orgánica con respecto al «desarrollo» de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del art. 27 de la Constitución y, por otra parte, las reglas competenciales de la Constitución y los Estatutos de Autonomías sobre la enseñanza, las cuales atribuyen a las Comunidades Autónomas las facultades de legislar sobre la enseñanza, pero dentro de unos límites que vienen determinados por la competencia exclusiva del Estado para dictar «normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución» (art. 149.1.30 de la Constitución). Este ha sido el punto de arranque de la jurisprudencia constitucional en torno a esta importante cuestión.

El Tribunal Constitucional, en la primera sentencia (STC 5/1981, de 13 de febrero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Or-

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 335

gánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regulaba el Estatuto de Centros Escolares) en la que tuvo ocasión de pronunciarse manifestó una cierta confusión conceptual cuando utilizó indistintamente en sus razonamientos dos conceptos (además de un tercero también en íntima conexión con estos dos: «condiciones básicas para el ejercicio de un derecho») que por su propia naturaleza son diferentes y de los que se derivan consecuencias claramente distintas en ambos casos: el concepto de «desarrollo» (art.81.1 CE) y el concepto de «normas básicas para el desarrollo» (art.149.1.30 CE). Esta confusión permitía afirmar o negar simultáneamente el carácter orgánico de un precepto y la competencia exclusiva del Estado en relación con el mismo. En este sentido es suficientemente ilustrativo el siguiente pasaje de la sentencia que comentamos:

> «Dentro de las coordenadas interpretativas al problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada consiste en determinar si los artículos que ella declara modificables por leyes de las Comunidades *regulan cuestiones concernientes estrictamente al desarrollo normativo de algún derecho fundamental o a las condiciones básicas para su ejercicio o a las 'normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución'*, o si, por el contrario, tales artículos conciernen tan sólo a materias conexas con las propias de una ley orgánica no reservadas a la competencia exclusiva del Estado» (Fj 23).

Con este razonamiento por parte del TC lo que parece que se pretende en última instancia es atribuir a la categoría ley orgánica una influencia muy decisiva en la determinación del ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas. Esto es, al mismo tiempo que el TC afirma que una de las materias propias y exclusivas de ley orgánica es el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art.81.1 CE) está poniendo claramente de manifiesto que la producción de esta categoría normativa es competencia exclusiva del Estado y, por tanto, se establece un límite infranqueable a la producción normativa por parte de las Comunidades Autónomas, lo que supone que éstas en ningún caso podrán inmiscuirse en el desarrollo de tales derechos fundamentales y libertades públicas, que corresponde exclusivamente a las Cortes Generales mediante ley orgánica.

Las consecuencias que se derivan de esta tesis, defendida por el TC en una de sus primeras sentencias, no parecen reflejar la realidad del Estado compuesto derivado de la Constitución al producirse inevitablemente una ampliación del ámbito reservado a ley orgánica más allá de lo querido por la Constitución. Ampliación derivada de una inadecuada acumulación de fórmulas contenidas en la Constitución: «desarrollo», «las que establecen las condiciones básicas para su ejercicio» y «las normas básicas para su desarrollo». Todo ello nos conduce a considerar que la ley orgánica, en cuanto competencia exclusiva del Estado, reduciría considerablemente el campo dentro del cual pueden adquirir competencias propias las Comunidades Autónomas, sea vía estatutaria o por vía de delegación o transferencia. Reducción inadmisible y contraria a la

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 336

propia Constitución, que establece los elementos estructurales básicos de un Estado compuesto, que no pueden ser alterados por normas cuyos límites vayan más allá de las «normas básicas». En esta línea crítica se encuentran los votos particulares a la sentencia referida.

En todo caso, la STC 5/1981, de 13 de febrero, establece un criterio para la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no es el de la distinción entre normas de desarrollo, que corresponden a los poderes centrales del Estado y normas conexas, emanadas de las Comunidades Autónomas «distinción cuya validez no es por sí misma evidente», sino el criterio en virtud del cual corresponderá al Estado central, mediante ley orgánica, el establecimiento de los principios o normas básicas, y sólo éstas, y a las Comunidades Autónomas las normas de desarrollo o de detalle. De lo contrario, se produciría una reducción constitucionalmente insostenible del campo dentro de que pueden adquirir las Comunidades competencias propias.

La confusión conceptual (reserva de ley orgánica en materia de enseñanza y competencia exclusiva del Estado prevista en el art.149.1.30 de la Constitución) que se deriva de la STC 5/1981, de 13 de febrero, parece encontrar una significativa aclaración a partir, fundamentalmente, de la STC 137/1986, de 6 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 15/1983, de 27 de julio, por la que se crea el «Euskal Ikastolen Erakundea / Instituto Vasco de Ikastolas». La aportación que viene a realizar esta Sentencia se basa en la estimación de que el contenido de una ley orgánica en materia de educación (que es la materia objeto del presente recurso) pueden existir preceptos que constituyan «normas básicas» en el sentido del art.149.1.30 CE y que la ley autonómica ha de respetar en todo caso, pero, además, existen otros preceptos que no revisten el carácter de «básico» y que pueden llegar a ser ignorados por la ley autonómica de que se trate.

Del texto de la STC 137/1986, de 6 de noviembre, se deducen algunos importantes contenidos: En primer lugar, el «carácter supletorio», o también llamada «cláusula de subsidiariedad», de la ley orgánica en aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos competencias exclusivas en virtud de lo dispuesto en el art.149.1.30 CE. En estos supuestos, por tanto, la ley orgánica no se configura como la norma más importante en el ámbito de esa Comunidad, sino que lo será el Estatuto de Autonomía y las leyes que lo desarrollen.

En segundo lugar, y *a sensu contrario* respecto de lo anteriormente manifestado, en aquellas Comunidades Autónomas que no sean titulares de competencias exclusivas sobre educación, por ejemplo, la ley orgánica reguladora de esta materia desplegará todo su contenido en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma.

331-342-Estado autonómico17 3/10/05 14:08 Página 337

En tercer lugar, y como consecuencia de los anteriores puntos expuestos, la ley orgánica tendrá diferente alcance según sea el nivel de competencias de la Comunidad Autónoma donde se aplique. Esto es, en ciertas materias la ley orgánica no tiene un contenido homogéneo para todo el Estado, sino que éste depende del ámbito de competencias asumido por cada Estatuto de Autonomía en particular.

Y, en cuarto lugar, la ley orgánica, cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata, se compone en realidad de dos contenidos: uno, en el que se establecen las «normas básicas para el desarrollo» de un derecho fundamental (por ejemplo, art.149.1.30 CE); y, otro, en el que se contiene lo que caracteriza a toda ley orgánica, que es el «desarrollo» de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art.81.1 CE).

Si aplicamos esta distinción conceptual a una ley orgánica determinada (siempre que ésta afecte a materias que sean compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas como, por ejemplo, el derecho a la educación, que es un derecho complejo) podemos encontrarnos ante dos situaciones diferentes:

A) Por una parte, si la ley orgánica en cuestión ha de aplicarse en una Comunidad Autónoma en la que ésta ostente competencia exclusiva sobre la misma materia que regula la ley orgánica, la referida Comunidad Autónoma sólo estará limitada («límite infranqueable para las disposiciones autonómicas») en su capacidad normativa por las «normas básicas para el desarrollo» de un derecho fundamental. «Normas básicas» para cuya identificación en el contenido de la propia ley orgánica es precisa una «indagación material». Una vez definidas las «normas básicas», el desarrollo de éstas corresponderá a la misma Comunidad Autónoma; es decir, la Comunidad Autónoma no estará limitada por el concepto de «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» del art.81.1 CE, sino por el de las «normas básicas», que son competencia exclusiva del Estado, según el art.149.1 CE; en este sentido se manifiesta la STC 137/1986, de 6 de noviembre.

La reserva de ley orgánica debe interpretarse desde la premisa de que en el Estado de las Autonomías las normas que definen las reservas a determinadas fuentes no son, por ello, atributivas de competencias. En este sentido, el TC deduce de tal planteamiento que sólo las disposiciones contenidas en una ley orgánica que encierren «normas básicas», a las que se refiere el art. 149 CE como atribuidas a la competencia estatal, son las únicas inmodificables por las leyes autonómicas. En sentido contrario, todas las disposiciones que no ostenten el carácter de «normas básicas» podrán ser modificadas por leyes autonómicas si la Comunidad Autónoma correspondiente tiene competencia atribuida sobre dichas materias.

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 338

B) Por otra parte, cuando se trate de una Comunidad Autónoma que no haya asumido competencias exclusivas sobre un derecho fundamental, entonces la ley orgánica en cuestión se aplicará en ese ámbito territorial en toda su integridad sin necesidad de distinguir entre los conceptos de «desarrollo» y «normas básicas para el desarrollo».

Señalados ya los aspectos más relevantes de la STC 137/1986, es obligado poner en relación el contenido de ésta, que supuso, como ya sabemos, una importante clarificación conceptual respecto a la STC 5/1981, con el voto particular de los magistrados RUBIO LLORENTE y AROZAMENA SIERRA a esta última STC.

El establecimiento de esta relación se justifica porque entre ambas interpretaciones existen algunos elementos comunes y otros que difieren sustancialmente, conduciendo a conclusiones distintas. En ambos casos se considera que el concepto «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art. 81.1 CE) y el concepto de «normas básicas para el desarrollo» (art. 149.1.30 CE) se sitúan en planos diferentes y, por tanto, no es posible, técnicamente, llegar a confundirlos. Sin embargo, donde cabe encontrar elementos diferenciadores es en el modo de articulación que ha de establecerse entre los dos conceptos antes citados. Así, mientras que en el voto particular se considera que el art.149.1 CE tiene un efecto reductor del ámbito propio de ley orgánica, que no se extiende necesariamente a todo el desarrollo de un derecho fundamental, sino simplemente a la regulación de las «condiciones básicas» y al establecimiento de las «normas básicas» para el desarrollo de un derecho; en la STC 137/1986, el art. 81.1 CE define la ley orgánica y el art.149.1 CE el ámbito de las competencias exclusivas del Estado, distinguiendo claramente ambos planos como independientes, esto es, se continúan yuxtaponiendo las normas contenidas en los artículos citados, cerrando el sistema con la cláusula de subsidiariedad del derecho estatal.

Cuando ya parecía que la doctrina del TC había conseguido en gran medida desbrozar el camino en aras a una diferenciación de dos conceptos que anteriormente permanecían confusamente imbricados («desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y «normas básicas para el desarrollo de los derechos»), la STC 26/1987, de 27 de febrero, que resolvió un recurso contra la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, vuelve de nuevo a incurrir en la misma errónea argumentación inicial que arranca en la STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamentando el carácter orgánico de un precepto por su inclusión entre las «normas básicas» del art. 149.1.30 CE, cuando se ha demostrado en la STC 137/1986 que las «normas básicas» no tienen necesariamente que revestir carácter «orgánico». El razonamiento en este caso del TC es el siguiente:

> «*Ha de calificarse de orgánico* el contenido del art.28 *porque*, frente a lo sostenido en el recurso, *se hace referencia en él a* (....), *materia toda ella comprendida en el art.149.1.30 CE y que*, por afectar directamente al resultado final de

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 339

> los estudios universitarios, *ha de estimarse comprendida entre las normas básicas para el desarrollo del art. 27.10 de la misma* (Fj.15)»

Sin duda, este giro radical respecto a la STC 137/1986 nos hace ser extremadamente precavidos a la hora de pronunciarnos en torno a la separación de los dos conceptos antes mencionados. Esta circunstancia nos lleva de nuevo a reiterar la ausencia de parámetros estables que contribuyan a calificar una ley como orgánica con un mínimo de seguridad jurídica.

En definitiva, pues, consideramos que si la ley orgánica realmente se limitase a regular el «estatuto básico de los derechos», «las condiciones básicas o esenciales» de los mismos, no se produciría tan fácilmente el conflicto entre el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 81.1 CE), que corresponde con carácter exclusivo a las Cortes Generales y las «normas básicas para el desarrollo de los derechos» por parte de las Comunidades Autónomas. El problema surge porque la ley orgánica se excede, con no escasa frecuencia, en sus atribuciones específicas. La *vis expansiva* que caracteriza –equivocadamente– a las leyes orgánicas provoca, en la mayoría de los casos, los conflictos antes mencionados.

En todo caso, pudiera pensarse que cuando el legislador orgánico (especialmente en el caso de materias compartidas entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, como es el derecho a la educación) se excede de lo que propiamente es el establecimiento de las «condiciones básicas» lo hace porque en la realidad existen Comunidades Autónomas que no han asumido competencias exclusivas sobre una determinada materia y, por tanto, no corresponderá a ellas el desarrollo legislativo de las «normas básicas», como dispone el art. 149.1.30 CE, sino que será el propio Estado central al que en estos casos le corresponda, mediante ley orgánica, esa concreta regulación.

V. LEY ORGÁNICA Y SU RELACIÓN CON LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En una primera impresión pudiera pensarse que el Estatuto de Autonomía opera al tiempo como ley orgánica común y, por tanto, podría regular aquellas materias reservadas a esta categoría y contenidas en el art.81.1 CE; sin embargo, llevada ésta hasta sus últimas consecuencias se desembocaría sin duda alguna, en un resultado absurdo y difícilmente sostenible, pues el Estatuto, aunque se apruebe en virtud de ley orgánica, es una norma que tiene una naturaleza institucional totalmente distinta que las leyes orgánicas comunes. Cada una de estas dos leyes orgánicas, la común y la estatutaria, tienen ámbitos materiales exclusivos que impiden sean regulados por otra norma que no sea la propia.

Las Cortes Generales no son, pues, jurídicamente competentes para reformar o modificar o derogar por sí solas un Estatuto de Autonomía, como sí lo son, sin embargo, para modificar o derogar una ley orgánica común

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 340

que regule cualquier otra materia, y ello debido, fundamentalmente, a que la Constitución dota a los Estatutos de Autonomía, una vez aprobados por los procedimientos complejos establecidos constitucionalmente (arts. 143 y 151 CE), de una superrigidez cualificada (arts.147.3 y 152.2 CE).

En definitiva, pues, no cabe aprovechar la ocasión de aprobar una ley orgánica común para modificar aspectos de un Estatuto de Autonomía también aprobado por ley orgánica y, al contrario, tampoco una ley orgánica aprobatoria de Estatuto de Autonomía puede regular aspectos de la exclusiva competencia de las leyes orgánicas comunes. No obstante, puede plantearse el caso de que los Estatutos de Autonomía se excedan en sus competencias regulando materias no incluidas en la reserva estatutaria. En este supuesto, y del mismo modo que se plantea en relación con las leyes orgánicas comunes, dichas materias no están sujetas a la rigidez de los Estatutos, sino que es posible su modificación mediante una ley orgánica común o una ley ordinaria, en su caso. Esta interpretación se corresponde además con la concepción material de ley orgánica, que anteriormente hemos definido.

Así, si un Estatuto de Autonomía se ocupa de materias que le son ajenas, deja de tener respecto a las mismas el carácter de «norma institucional básica», propia de todo Estatuto y, en consecuencia, una ley orgánica común puede regular las referidas materias sin atender a lo dispuesto en la ley orgánica estatutaria. En este sentido podemos citar el caso de que la mayoría de los Estatutos de Autonomía contienen disposiciones relativas a la Administración de Justicia, siendo esta una materia de competencia exclusiva del Estado (art.149.1.5 CE). Sin embargo, a pesar de esta situación que se da en la mayoría de los Estatutos, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha desarrollado, en un primer momento, esta normativa obviando las disposiciones prescritas en las leyes orgánicas estatutarias, provocando algunos conflictos entre los Estatutos y las leyes orgánicas de que se trate. Esta situación conflictiva, en una materia tan esencial para la configuración del Estado Constitucional de Derecho, como es la relativa al Poder Judicial, encontró una importante clarificación a partir, fundamentalmente, de la STC 105/2000, de 13 de abril (Recurso de inconstitucionalidad 431/95 promovido por Diputados del Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que modificaron varios artículos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

El TC subraya y recuerda que el art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia». La cuestión, a partir de ahora, es interrogarse, precisamente, acerca de lo que deba entenderse por «Administración de Justicia», cuál es el núcleo esencial que corresponde, en cualquier caso al Estado, su definición, a partir de dónde pueden las Comunidades Autónomas desplegar toda su potestad legislativa. En este sentido, el Poder Judicial es único y a él le

331-342-Estado autonomico17 3/10/05 14:08 Página 341

corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, desprendiéndose así del art. 117.5 de la Constitución; y en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. A partir de esos límites definidos constitucionalmente, se abre el territorio para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias.

Así, afirma el TC que «frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella.»

Definido el núcleo esencial que corresponde, en todo caso, al Estado, y que afecta a la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias sobre los medios personales y materiales.

Transcurridos los años, la definición de lo que sea el núcleo esencial de la función jurisdiccional, se ha tornado más factible si lo comparamos con la dificultad que dicha tarea revestía en el momento de aprobación de los Estatutos de Autonomía. Finalmente, serán las correspondientes leyes orgánicas las encargadas de realizar ese deslinde entre las competencias exclusivas del Estado y las competencias derivadas de los Estatutos de Autonomía.

En la STC 105/2000, se realiza un deslinde bastante clarificador entre la «Administración de Justicia» en sentido estricto, que corresponderá al Estado, y la «Administración de la Administración de Justicia», que será competencia de las Comunidades Autónomas, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo».»

Esta interpretación del TC responde perfectamente a la concepción material de la ley orgánica que hemos definido anteriormente.

331-342-Estado autonómico17 3/10/05 14:08 Página 342

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 343

JEFATURA DEL ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS[1]

Göran Rollnert Liern
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Valencia

La Jefatura del Estado y las Comunidades Autónomas representan los dos polos en tensión en la organización territorial del Estado que configura la Constitución de 1978, esto es, el principio de unidad, por una parte, y el pluralismo territorial, por otra.

Así, según el artículo 56.1 de la Constitución, el Rey, en cuanto Jefe del Estado, es «símbolo de su unidad y permanencia» de tal manera que la justificación funcional de la institución se encuentra precisamente en su potencialidad para encarnar simbólicamente el principio de unidad en que se fundamenta la Constitución Española en virtud de su artículo 2º. Al mismo tiempo, las Comunidades Autónomas son los entes jurídico-políticos resultantes del ejercicio del derecho a la autonomía reconocido y constitucionalmente garantizado en el mismo artículo 2 y constituyen, por tanto, la plasmación orgánico-institucional del pluralismo territorial interno.

A primera vista, se trataría de realidades institucionales y orgánicas con escasos puntos de contacto entre sí en la medida que responden a principios no antinómicos desde el punto de vista de la Teoría del Estado pero que en su desarrollo empírico generan una dinámica que bien puede calificarse de dialéctica.

Sin embargo, la conexión entre la Jefatura del Estado, en la forma monárquica que adopta en el vigente ordenamiento, y las Comunidades Autónomas es mucho más intensa de lo que cabría esperar desde las anteriores premisas y de lo que podría pensarse a la vista de las escasísimas competencias atribuidas al Rey en relación con las instituciones autonómicas. Y ello es así porque la relación entre estos dos elementos opera en la dimensión simbólica que proporciona su razón de ser a la Jefatura del Estado en nuestra ordenación constitucional.

Como ha advertido Carlos DE CABO, la forma monárquica se construyó desde sus orígenes sobre dos elementos, la exterioridad y la unidad y la

[1] El presente trabajo se enmarca en el proyecto de I+D «La Jefatura del Estado como factor de integración territorial ante el proceso de construcción europea» (código GV04B-335), subvencionado por la Generalidad Valenciana, y constituye una versión actualizada (y resumida) de los planteamientos ya expuestos sobre este tema en G. ROLLNERT LIERN, *La Jefatura del Estado: símbolo e integración política en la Constitución vigente*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales (CIPC), Valencia, 2002.

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 344

idea de unidad fue precisamente el ingrediente o elemento sobre el que se articuló la concepción racional de la Corona[2]. Según ha expuesto con gran expresividad y belleza literaria Manuel GARCÍA-PELAYO[3], la idea de Corona evolucionó desde el ámbito mítico y simbólico en que nació hasta su posterior racionalización jurídica en forma de concepto. En este proceso, también estudiado por J. A. MARAVALL, la concepción cosificada de la Corona, como objeto que condensa y transmite el poder legítimo, fue dejando paso a su institucionalización con arreglo a categorías jurídicas hasta mutar en la Corona-concepto entendida como persona jurídica o corporación jurídico-política que será el precedente de la idea de Estado[4]. Lo que nos interesa destacar de esta evolución es la formación de la Corona como sujeto unitario, como centro, como unidad en torno a la cual se concentran los elementos constitutivos de la comunidad política, de tal forma que, incorporando progresivamente los derechos y poderes constitutivos del poder del Reino, erigiéndose como sujeto de lealtades, integrando el conjunto de los territorios con carácter inalienable, expresando la unidad subyacente a la dualidad Rey-estamentos, «la Corona unifica y reúne en sí misma todos los elementos capaces de (...) estructurar jurídicamente la comunidad política», de tal forma que actúa como «forma jurídica de la unidad del Reino» al constituirse en «un centro de producción y de imputación de actos jurídico-políticos[5]».

Heredado este concepto de unidad política por el Estado, su más alta magistratura asume la función de «representar simbólicamente la unidad del orden estatal en la persona visible y real de un hombre[6]», en expresión de KELSEN.

Pero la unidad política de los Estados contemporáneos no es, en absoluto, un concepto homogéneo sino que, más allá de las cuestiones técnicas que suscita su organización y dinámica internas, encierra en su seno una pluralidad de aspectos y dimensiones; así, cabe distinguir, a mi juicio, los siguientes sentidos o significados del principio de unidad estatal: la unidad funcional u orgánica del Estado frente a la división de poderes; la unidad territorial del Estado; la unidad exterior del Estado en las relacio-

---

[2] C. DE CABO MARTÍN, «Supuestos teóricos y funcionalidad histórica de la Monarquía: su vigencia en el Estado contemporáneo», en P. LUCAS VERDÚ (comp.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 19 y 20.

[3] M. GARCÍA PELAYO, «La Corona. Estudio de un símbolo y un concepto político», incluido en «Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político», Revista de Occidente, Madrid, 1968, incluido a su vez en M. GARCÍA PELAYO, *Obras Completas*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 1041-1072.

[4] M. GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, pp. 1070 y 1071; J. A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, t. I «Siglos XV a XVII», Revista de Occidente, Madrid, 1972, pp. 334 y 335

[5] Sobre esta evolución, M. GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, pp. 1053-1072. Las citas literales pueden verse en pp. 1064, 1069 y 1071.

[6] H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, 15ª ed., Editora Nacional, México, 1979, p. 392.

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 345

nes internacionales; y la unidad del Estado en el orden del Derecho y de los valores[7].

La significación simbólica de unidad territorial de la comunidad política es quizá la más característica de la Jefatura del Estado, con independencia de la organización territorial que se adopte, y, desde luego, es la de mayor relevancia para la funcionalidad de la institución monárquica en un Estado compuesto como el nuestro.

De nuevo hay que volver al proceso de evolución de la Corona para centrar la atención en la incorporación de un sentido territorial a la misma como «centro jurídico-político ideal que integra gentes, tierras, derechos y poderes en una unidad política autárquica simple (de un solo Reino) o compleja (de varios Reinos)» (GARCÍA PELAYO[8]) y en el hecho de que este simbolismo de integración territorial se transmitió posteriormente al Estado y, en particular, a la institución de su Jefatura.

Pues bien, la unidad territorial del Estado que el Rey simboliza en la Constitución de 1978 tiene una estructura interna plural, compuesta y compleja, de forma que la Jefatura del Estado representa simbólicamente, al mismo tiempo que su vertiente unitaria, su pluralismo constitutivo interno, tanto en su raigambre histórica como en su concreción jurídico-política actual en el Estado Autonómico. Dicho en los términos del título de este Congreso, la Jefatura del Estado es el elemento común que, en el orden simbólico, integra la diversidad del Estado Autonómico, diversidad jurídico-política actual pero que responde en los casos más significativos a un sustrato de diversidad histórica y cultural.

El origen de esta idea de entidad estatal territorialmente compuesta se encuentra en los mismos inicios de la Monarquía española y así lo ha destacado J. A. MARAVALL al estudiar el mito medieval del *regnum Hispaniae* en el que coexistían en un mismo espacio una pluralidad de reyes o señores autosuficientes pero entre los que existía un vínculo de solidaridad derivado de la existencia de una unidad política previa –la España hispano-romana y el Reino visigodo– cuya restauración se pretendía mediante la Reconquista; habla así del «sistema de los "reyes de España", cada uno de los cuales es Rey de su Reino y todos a la vez lo son del *regnum Hispaniae*. Por eso, todos tienen, en principio una posición política y hasta jurídica igual y solidaria[9]». Señaló también este autor que la tendencia política a la unidad que se desarrolló desde el siglo XV tuvo como contrapunto una tendencia federativa; «en todos los países europeos –dirá– ese Estado modernos de los siglos XV a XVII es (...) una agregación federativa» de forma que se distinguen tres niveles en la Monarquía española de estos siglos, los reinos particulares, el conjunto de los reinos peninsula-

[7] *Vid.* G. ROLLNERT LIERN, *op. cit.*, pp. 167-206.

[8] M. GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, p. 1041.

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 346

res de tradición hispánica y el complejo o conglomerado imperial constituido bajo la Corona de España, lo que provoca que «la unidad de la soberanía haya que entenderla dialécticamente relacionada con una capa de pluralidad corporativa de base territorial[10]». En definitiva, ese trasfondo histórico de sentido unitario coexistente con pluralidad político-territorial es el que le lleva a considerar que cuando los escritores del XVII hablen de la «Monarquía» española, en una acepción transpersonal e institucionalizada del gobierno de uno», queda tal vez en esa expresión «un reconocimiento de pluralidad de entes estatales o cuasiestatales[11]», identificándose así la Monarquía con la idea de unidad en la pluralidad.

Como es conocido, es M. HERRERO R. DE MIÑÓN quien más se ha ocupado de la relación entre la Monarquía y la dialéctica unidad-pluralismo territorial y en este sentido ha afirmado que en la ponencia constitucional se llegó a proponer la sustitución del término «Estado español» por el de «Monarquía española» como «expresión de una configuración histórica caracterizada por su politerritorialidad y su unidad[12]»; este autor representa un intento de arraigar la configuración autonómica del Estado en la tradición pluralista de la Monarquía española y propugna un concepto de la Corona como «corporación que integra distintos territorios dotados de personalidad jurídico-pública, organizados como "fragmentos de Estado"[13]». Aunque no fue esta la concepción de la Corona acogida por la Constitución de 1978, los planteamientos de HERRERO son interesantes en la medida que ponen de manifiesto la potencialidad histórica de la Monarquía para simbolizar la pluralidad territorial.

Pues bien, esta dimensión del principio de unidad como articulación del pluralismo territorial en un orden político superior que hace visible simbólicamente el Jefe del Estado se vislumbró ya en el proceso de discusión parlamentaria de la Constitución de 1978[14]. Sin embargo, lo verdadera-

---

[9] J. A. MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1981, p. 465.

[10] J. A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, cit., pp. 104, 109 y 112-114.

[11] *Ibid.*, p. 336.

[12] M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Artículo 56. El Rey», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 53.

[13] M. HERRERO R. DE MIÑÓN, *op. cit.*, pp. 52 y 53. Sobre el concepto «fragmentos de Estado» se remite este autor a su estudio introductorio de la traducción de la obra del mismo nombre de G. JELLINEK (*Fragmentos de Estado*, Madrid, Civitas, 1978). *Vid.* también, más recientemente, sobre este concepto y su aplicación a los territorios históricos vascos, M. HERRERO R. DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, 1998, pp. 161-201.

[14] Así, el ponente PÉREZ-LLORCA en su intervención ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados en contestación a la defensa del voto particular socialista, defendió como ventajas de la Monarquía en el ámbito de la organización territorial del Estado en autonomías, «su carácter histórico» y «su capacidad de incorporación de representaciones colectivas» (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, cit., vol. I, pp. 774-778, de donde proceden también las citas posteriores del mismo Diputado). Por su parte, el también ponente HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN aludió a la naturaleza esencialmente simbólica de la Monarquía, «simbólica (...) no sólo del Estado sino de lo que

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 347

mente concluyente es que esta misma idea de unidad estatal compuesta[15], de «unidad politerritorial», en expresión de M. HERRERO R. DE MIÑÓN[16], como referente simbólico de la Jefatura del Estado encuentra fundamento constitucional expreso en algunos preceptos de la Carta Magna que deben interpretarse sistemáticamente con la escueta expresión del 56.1 y con el artículo 2 de la Constitución:

A) Cuando el artículo 56.2 CE preceptúa que «su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que corresponden a la Corona», está reforzando la existencia de una realidad sustantiva unitaria simbolizada por el Rey, mas allá de una simple unidad estatal jurídico-formal y poniendo de manifiesto, simultáneamente, el proceso histórico de incorporación de los distintos territorios a la entidad política superior que da nombre al título regio; si el título de Rey de España invoca el resultado unitario de ese proceso, los demás títulos de la Corona representan y remiten a la textura compuesta y al procedimiento de «agregación federativa» seguido en la construcción histórica del Estado. Cabe, pues, distinguir, ese doble simbolismo político-territorial en el artículo 56.2 CE y así lo ha interpretado la doctrina.

B) La referencia del artículo 61.1 CE al respeto a «los derechos de las Comunidades Autónomas» entre el contenido del juramento[17] a prestar por el Rey –y, en su caso, por el Regente y el Príncipe de Asturias *ex* artículo 61.2 CE– tiene también un indudable sentido simbólico-territorial y supone la personalización en el Jefe del Estado del reconocimiento y garantía constitucional del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones contenido en el artículo 2 CE. Se trata, en última instancia, de una fórmula expresiva de que el Estado simbolizado por el Rey no es neutral ante el hecho autonómico sino que lo asume como factor constitutivo de primer orden, formando parte, según algún autor, de la constitución material del Estado[18]; el juramento en estos términos es indicativo de la relevancia constitucionalmente otorgada a la organización autonómica del Estado hasta el punto de ser objeto del compromiso moral solemne del Jefe del Estado. Sin perjuicio de que, como se ha señalado por algu-

---

hay detrás del Estado, de esa pluralidad de pueblos (...) cuya peculiaridad y cuya unión personifica el Rey» (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, cit., vol. II, p. 1890). En el mismo sentido, el Senador PÉREZ-MAURA HERRERA se refirió a la institución monárquica como «el lazo y la personificación histórica de la unidad nacional» (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, cit., vol. IV, p. 4333).

[15] M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, en M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y A. PÉREZ DE ARMIÑAN Y DE LA SERNA, *La Monarquía y la Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, p. 140.

[16] M. HERRERO R. DE MIÑÓN, «Artículo 56. El Rey», cit., p. 52.

[17] *Vid.* al respecto L. LÓPEZ GUERRA, «Artículo 61. Juramento», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. V, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997, pp. 195-215; y M. HERRERO R. DE MIÑÓN, «El juramento regio. Reflexiones en torno al artículo 61.1 CE», en A. TORRES DEL MORAL, *Monarquía y Constitución (I)*, Cólex, Madrid, 2001, pp. 161-171.

[18] G. ARRANZ POMAR, «Monarquía parlamentaria y Estado autonómico: Las funciones del Rey en relación con las Comunidades Autónomas», en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1571.

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 348

nos autores[19], este precepto no esté exento de retórica ni de reiteración –por estar ya comprendidos estos derechos en la Constitución y las leyes que el Rey jura guardar y hacer guardar– y sin ánimo tampoco de entrar en la cuestión de si este juramento puede servir de base habilitante para atribuir al Rey la función de defensor o garante de la Constitución como postula un sector doctrinal minoritario[20], entendemos que es en el ámbito simbólico y no en el jurídico-formal donde debe buscarse la razón de ser de la inclusión de este inciso en la fórmula constitucional del juramento regio.

C) Pero en la simbolización de la cohesión político-territorial el Rey no es un símbolo inerte, puramente estático, limitado a encarnar pasivamente el ensamblaje de las partes en el todo, antaño en la Corona de España y hogaño en el Estado Autonómico, sino que su energía simbólica se despliega y se activa en una serie de actos jurídico-constitucionales mediante los que el Rey, al ejercer las competencias y potestades jurídicas que se le atribuyen por el ordenamiento jurídico en relación con las Comunidades Autónomas, está recreando la unidad estatal subyacente a la estructuración autonómica de nuestro Estado. Este es el sentido simbólico de facultades y competencias[21] del Jefe del Estado tales como el nombramiento del Presidente de las Comunidades Autónomas (artículo 152.1 CE); la convocatoria por el Rey de los referendos de ratificación de la iniciativa autonómica, de ratificación del proyecto de Estatuto y de reforma del Estatuto (artículos 62 c), 151.1 y 2 y 152.3 CE en relación con los artículos 2.3, 8, 9 y 10, de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum); la sanción de los Estatutos de Autonomía así como de sus respectivas reformas (artículo 62 a) en relación con los arts. 81.1, 91 y 147.3 CE); el nombramiento de los Presi-

---

[19] O. Alzaga Villaamil, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, t. I, Edersa, Madrid, 1996, p. 471; R. Entrena Cuesta, ««Artículo 60»,, en F. Garrido Falla y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 982; y L. López Guerra, «Artículo 61. Juramento», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 230. Por su parte, G. Arranz Pumar considera que supone la actualización de la antigua tradición española de que el Rey, tras ser proclamado confirmase las libertades, privilegios, usos y costumbres de las distintos territorios (*op. cit.*, p. 1571).

[20] M. Herrero R. de Miñón, «Artículo 56. El Rey», cit., p. 83; y M. Fernández-Fontecha Torres, en M. Fernández-Fontecha Torres y A. Pérez de Armiñan y de la Serna, *op. cit.*, 259-263.

[21] Sobre las competencias del Rey en relación con las Comunidades Autónomas, G. Arranz Pumar, que añade a las competencias que se relacionan en el texto principal otras no expresamente previstas en la Constitución ni en el bloque de la constitucionalidad como los mensajes regios, el derecho a ser informado de los asuntos de las Comunidades Autónomas mediante entrevistas con sus mandatarios, la asistencia, previa invitación, a las reuniones de los gobiernos autonómicos y los viajes a las Comunidades Autónomas (*op. cit.*, pp. 1589-1591). También pueden verse, mucho más resumidamente, L. Sánchez Agesta, «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 98 y 99; P. Lucas Verdú, «La Corona, elemento de la Constitución sustancial española», en P. Lucas Verdú (comp.): *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 275 y 276; y M. J. Cando Somoano, «La función simbólica en la Monarquía española», en Torres del Moral, A.: (dir.): *Monarquía y Constitución (I)*, Cólex, Madrid, 2001, p. 481.

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 349

dentes de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 62 f) CE y Estatutos de Autonomía); y la promulgación de las leyes de las Comunidades Autónomas, en su nombre, por los Presidentes de las mismas, prevista en todos los Estatutos de Autonomía salvo el del País Vasco.

Entramos, a continuación, en el estudio detallado de estas competencias del Rey en relación con las Comunidades Autónomas:

1. El nombramiento de los Presidentes de las Comunidades Autónomas[22] es la única función que la Constitución atribuye de forma expresa y directa al Rey respecto a las Comunidades Autónomas. Dice el artículo 152.1, al regular la organización institucional de las Comunidades Autónomas, que «en los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa (...), un Consejo de Gobierno (...) y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquella (...)». En coherencia con el mandato constitucional, la totalidad de los Estatutos de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las dos Ciudades Autónomas han previsto el nombramiento del Presidente por el Rey.

Si algunos autores han defendido la naturaleza arbitral de la función regia de proponer al candidato a Presidente de Gobierno en virtud del artículo 99.1 de la Constitución en la medida en que en determinadas circunstancias puede existir cierto grado de discrecionalidad, en el caso del nombramiento del Presidente de la Comunidad Autónoma toda posible significación arbitral desaparece desde el momento en que la propuesta de candidato a Presidente a la Asamblea Legislativa no la realiza el Rey[23] con lo que no existe ningún margen para la influencia regia al tener que limitarse el Rey a nombrar al candidato previamente elegido por la Asamblea. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984, de 6 de febrero, se pronunció sobre la naturaleza del nombramiento del Presidente Autonómico calificándolo como «un acto compuesto, en el que concurren, de una parte, la decisión del Parlamento Foral (...) y de otra, el nombramiento por SM el Rey y el refrendo por el Presidente del Gobierno, de acuerdo con el art. 64 de la CE» (FJ 4).

Excluida, pues, la naturaleza arbitral del nombramiento, ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que ha establecido su significación simbólica. Así, la Sentencia 5/1987, de 27 de enero, del Tribunal Constitucional, declaró que, con el nombramiento regio del Presidente autonómico «se

[22] Comentada *in extenso* por G. Arranz Pumar que la considera, «con diferencia, la más importante de las funciones que realiza el Rey» (*op. cit.*, pp. 1572-1585).

[23] La propuesta la realiza el Presidente del Parlamento autonómico, salvo en el País Vasco y la Comunidad Valenciana donde son los Grupos Parlamentarios quienes presentan candidatos y en Asturias donde pueden presentar candidato cinco Diputados.

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 350

ha querido hacer visible el nexo por medio del cual la organización institucional de las Comunidades Autónomas se vincula al Estado, de cuya unidad y permanencia el art. 56 de la Norma fundamental define al Rey como símbolo. (...) El nombramiento por el Rey de la persona elegida por el Parlamento autonómico no tiene otro sentido que el anteriormente indicado de hacer visible la inserción en el Estado de la organización institucional de la Comunidad Autónoma» (Fundamentos jurídicos 5 y 6)[24].

En consecuencia, la eficacia jurídico-política del nombramiento regio se produce netamente en el plano simbólico al atribuirle un significado de representación visible del encaje institucional de las Comunidades Autónomas en el complejo orgánico-institucional del Estado de modo que es la unidad estatal la que se hace presente mediante la intervención del Rey. No obstante, a mi juicio, habría que añadir algún matiz al valor simbólico del nombramiento regio del Presidente Autonómico: siendo que el Presidente de la Comunidad es al mismo tiempo representante supremo de su Comunidad y representante ordinario del Estado en la misma, es coherente que reciba el nombramiento al que van asociadas tales representaciones de la institución a la que corresponde la suprema representación, simbólica y jurídico-política, del Estado; pero por lo que se refiere a la representación suprema de la Comunidad Autónoma, el nombramiento del Presidente por el Rey supone la escenificación de que los poderes de la Comunidad Autónoma no son originarios sino derivados de la Constitución del Estado y en esa medida la eficacia última del nombramiento del Presidente requiere de la intervención de un órgano heterónomo a la Comunidad Autónoma, precisamente del órgano que simboliza la unidad del Estado titular de la soberanía de la que proceden, por la mediación de la Constitución, los poderes de la Comunidad Autónoma y de sus instituciones de autogobierno.

2. Por lo que se refiere a la sanción de los Estatutos de Autonomía y de sus reformas, se trata de una competencia atribuida al Rey en virtud del juego combinado de los artículos 62 a), 81.1, 91 y 147.3 de la Constitución.

Algún autor ha defendido que la sanción del Rey viene a simbolizar la naturaleza paccionada de los Estatutos de Autonomía[25], el pacto estatuyen-

---

[24] La sentencia, dictada en el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno vasco frente al Gobierno del Estado por considerar que el Real Decreto por el que se nombró Presidente de la Comunidad Autónoma debió ser refrendado por el Presidente del Parlamento Vasco, conforme establecía la Ley de Gobierno de esa Comunidad, y no por el Presidente del Gobierno, declaró inconstitucional el artículo 4.2 de la Ley del Parlamento Vasco 7/1981, de 30 de junio, del Gobierno, que, en contradicción con el artículo 64.1 CE, disponía que «el Real Decreto de nombramiento del *Lehendakari* será refrendado por el Presidente del Parlamento Vasco», y declaró la competencia del Presidente del Gobierno para refrendar el nombramiento del Presidente autonómico. En el mismo sentido, la Sentencia 8/1987, de 29 de enero de 2001, sobre la misma cuestión. Un comentario detallado de esta jurisprudencia puede verse en J. M. MARTÍNEZ VAL, «El refrendo de la firma real ante el Tribunal Constitucional», en *Revista General de Derecho*, núm. 511 (1987), pp. 1529-1533; incluyendo también las posiciones doctrinales al respecto, P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *El refrendo*, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 159-164.

[25] G. ARRANZ PUMAR, *op. cit.*, p. 1585.

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 351

te entre el Estado y las Asambleas redactoras del proyecto estatutario (arts. 146 y 151.2 CE) o, en el caso de la reforma, entre el Estado y las Comunidades Autónomas ya constituidas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no se trata de una función específica asignada al Rey respecto de los Estatutos de Autonomía sino de una competencia que la Constitución le atribuye indirectamente, esto es, como concreción de su función genérica de sancionar todas las leyes aprobadas por las Cortes Generales y, entre ellas, las leyes orgánicas aprobatorias de los respectivos Estatutos de Autonomía, existiendo únicamente una referencia explícita a la sanción del Rey en el artículo 151.2.4 CE al regular el procedimiento de aprobación de los Estatutos de Autonomía de régimen especial.

Por tanto, entiendo que la sanción por el Rey de los Estatutos de Autonomía y de sus reformas participa del valor simbólico que posee, en general, la sanción de todas las leyes estatales (al que luego me referiré) y no obedece a una voluntad constituyente de expresar simbólicamente la inserción de las normas de cabecera de los ordenamientos autonómicos en el ordenamiento general; esta integración del Estatuto en el ordenamiento general estatal se lleva a cabo no por la vía simbólica de la sanción regia sino normativamente a través del artículo 147 CE que declarar que el Estado reconoce y ampara los Estatutos como parte integrante de su ordenamiento jurídico y de los artículos 81.1 y 147.3 CE que prescriben la forma de ley orgánica para la aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía.

Otra cosa distinta es que, pese a no existir un propósito deliberado del constituyente, la sanción por el Rey de los Estatutos y su reforma despliegue en la práctica una eficacia simbólica de integración territorial en la medida que pone de manifiesto la naturaleza constitucionalmente derivada de los poderes estatuyentes de las nacionalidades y regiones.

3. La convocatoria por el Rey de los referendos autonómicos (de ratificación de la iniciativa autonómica, de ratificación del proyecto de Estatuto y de reforma del Estatuto *ex* artículos 151.1 y 2 y 152.3 CE) no constituye tampoco una competencia regia singularizada respecto de estos referendos sino que trae causa de su competencia genérica de convocatoria de referéndum «en los casos previstos en la Constitución» en virtud del artículo 62 a) CE y del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum. No obstante, de nuevo en este caso la intervención del Rey hace visible simbólicamente la presencia del Estado en los momentos fundantes, cuasiconstituyentes, de las Comunidades Autónomas y de sus ordenamientos territoriales.

4. El nombramiento por el Rey de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas es una atribución competencial del Jefe del Estado carente de previsión constitucional pero que ha sido recogida en los Estatutos de Autonomía (salvo en los de Cantabria y Castilla-La Mancha), correspondiendo la propuesta al Con-

343-356-Estado autonomico18 3/10/05 14:25 Página 352

sejo General del Poder Judicial en virtud del artículo 127.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este caso, en la medida que los Tribunales Superiores de Justicia son órganos jurisdiccionales integrados en el único poder judicial estatal existente, la intervención regia no tiene, en principio, connotaciones simbólicas de articulación territorial de las Comunidades Autónomas en la unidad estatal, más allá de la que puedan atribuirle los ciudadanos por el hecho de que, pese a tratarse en sentido estricto de órganos estatales, comparten regulación constitucional con el sistema institucional autonómico, se regulan también en los Estatutos de Autonomía, toman el nombre de la Comunidad Autónoma respectiva, extienden su jurisdicción al ámbito territorial de ésta (art. 71 LOPJ) y tienen atribuidas competencias en relación con los derechos civiles forales o especiales o en relación con las instituciones políticas y la administración de la Comunidad Autónoma. No obstante, junto a esta dimensión simbólica, un tanto debilitada por el principio de unidad jurisdiccional, coexistiría en el nombramiento regio y con carácter prevalente un significado simbólico de representación de la unidad orgánica y funcional del Estado, de la unidad última del poder estatal frente a la distribución de sus poderes y funciones entre los diversos órganos.

5. Finalmente, hay que hacer referencia también a la promulgación de las leyes autonómicas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Comunidad Autónoma respectiva, prevista en la totalidad de los Estatutos con la única excepción del Estatuto de Guernica y, en relación con ello, haré también un comentario a la inexistencia de sanción regia de las leyes autonómicas.

Comenzando por esta última cuestión, la doctrina es pacífica al considerar que la sanción regia se ha emancipado de su origen histórico en la potestad legislativa compartida por el Rey y el Parlamento en la monarquía constitucional y el consiguiente derecho de veto del monarca, de tal manera que en la actualidad es un acto simbólico[26] que otorga a la ley un sentido totalizador o de generalidad al convertir la Ley de las Cortes Generales en Ley del Estado; así, se ha dicho que la sanción confiere a la ley «el sello de la estatalidad» porque con la sanción regia «la ley ya es ley del Estado y no sólo de las Cortes Generales[27]»; que la sanción viene a «desparticularizar» o a «nacionalizar» la ley, transformándola en vo-

---

[26] M. Aragón Reyes, «Monarquía parlamentaria y sanción de leyes», en M. Aragón Reyes, *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 111-114 y 122; e I. de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 110.

[27] M. Aragón Reyes, «El Rey y el poder legislativo», en VV.AA., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La Monarquía Parlamentaria*, F. Sáinz Moreno (coord.), Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, 2001, p. 179; matiza así este autor la posición defendida con anterioridad según la cual la sanción como acto legislativo sería una simple fórmula vacía de contenido y ello por considerar ahora que «los preceptos constitucionales, todos ellos, tienen la condición de normas jurídicas y una vez que la Constitución atribuye al Rey la sanción hay que dotarle de un contenido jurídico. Un contenido jurídico que ya no puede ser el que clásicamente tenía el término» sino el indicado en el texto principal de aportar a la ley «el sello de la estatalidad» (*id.*).

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 353

luntad del Estado[28] o que mediante ella la ley recibe una «marca de supremacía» al emanar formalmente de la voluntad regia[29].

En cambio, la falta de sanción regia de las leyes autonómicas ha sido objeto de valoraciones doctrinales encontradas. Así, frente a la tesis –que comparto– de que se pierde con ello una ocasión para reforzar simbólicamente la integración de la legislación autonómica en el ordenamiento general estatal[30], se ha argumentado que la reserva de la sanción a las leyes de las Cortes Generales realza su valor como únicas leyes emanadas de la representación parlamentaria de la soberanía nacional[31].

Por lo que se refiere a la promulgación de las leyes de las Comunidades Autónomas por su Presidente, en nombre del Rey, estaríamos ante un supuesto de delegación *ope legis*, en virtud del Estatuto de Autonomía, que tiene su lógica, como se ha dicho[32], en la propia razón de ser de la promulgación: si la promulgación es, en esencia, un mandato de cumplimiento de la ley, el Presidente autonómico que promulgase en su propio nombre las leyes autonómicas sólo podría dar orden de cumplirlas a las autoridades autonómicas pero como las leyes autonómicas se incorporan también al ordenamiento estatal, deben ser promulgadas en nombre del órgano que ostenta la supremacía de posición en el Estado para que así todas las autoridades estatales (y no sólo las autonómicas), queden obligadas por la orden de cumplimiento y esto precisamente, la inserción de las leyes autonómicas en el ordenamiento estatal, es lo que se simboliza con la promulgación en nombre del Rey. Pues bien, según mi criterio, también la promulgación de las leyes autonómicas en nombre del Rey presenta una connotación simbolizante de la titularidad estatal de la soberanía en la medida que la obligatoriedad jurídica de las leyes autonómicas requiere de la intervención por delegación del Jefe del Estado como símbolo de la soberanía estatal que confiere su fuerza de obligar a las normas emanadas de la potestad legislativa de entes territoriales autónomos pero no soberanos.

En definitiva, volviendo a la perspectiva general tras el estudio de las competencias concretas, cabe decir que mientras que en la regulación constitucional de los títulos del Jefe del Estado (art. 56.2 CE) y del jura-

---

[28] J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA *La sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 107, 109, 110 y 113.

[29] J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987. pp. 123, 125 y 122.

[30] Así J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, partiendo de la afirmación de la «dimensión simbólico-política» de la sanción, critica –acertadamente, a mi juicio– la ausencia de sanción de las leyes autonómicas por entender que «se ha impedido así la operación integradora del Jefe del Estado, necesaria en un sistema jurídico-político en el que existen demasiadas tensiones centrífugas; intervención que hubiese reforzado, de otro lado, la incorporación de la legislación autonómica al ordenamiento general de todo el Estado» (*op. cit.*, pp. 110 y 114).

[31] J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *op. cit.*, p. 98.

[32] J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *ibídem*, p. 143 y 153.

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 354

mento a prestar por el mismo (art. 61 CE) se hace especialmente presente el pluralismo territorial interno, en las funciones específicas atribuidas al Rey respecto a las Comunidades Autónomas prevalece la significación simbólica de una soberanía estatal única como fundamento de los poderes de las Comunidades Autónomas; de ahí que la intervención del Jefe del Estado se requiera para la plena eficacia jurídica de los actos más relevantes de la Comunidad Autónoma, desde su propio nacimiento como ente jurídico-político mediante la aprobación del Estatuto de Autonomía que el Rey sanciona (así como sus reformas posteriores) hasta la promulgación de las leyes autonómicas (que se hace en nombre del Rey) pasando por el nombramiento de su Presidente por el Rey.

Concluyo la ponencia afirmando la importancia de la función de integración territorial que el Jefe del Estado desarrolla en el orden simbólico y a la que deben funcionalizarse las competencias constitucionales y estatutarias que se le atribuyen. Y a propósito de esto, cabe hacer dos reflexiones:

1. La primera es que tiene razón Miguel Herrero cuando ha afirmado las posibilidades extraordinarias de la Monarquía para simbolizar la realidad plural de España y cuando critica que se hayan perdido múltiples ocasiones, al elaborar la Constitución y los Estatutos de Autonomía, de utilizar esta potencialidad histórica[33], este capital simbólico de la Monarquía Española. Pero una cosa es buscar establecer el «tracto histórico», por utilizar su terminología, entre las Comunidades Autónomas actuales y el pluralismo territorial de la antigua Monarquía con la finalidad de poner en valor la capacidad de integración simbólica de la Corona y otra muy distinta es pretender transformar ese tracto histórico indudable en tracto jurídico entre el actual orden constitucional y situaciones históricas extra y pre constitucionales, buscando el fundamento del autogobierno de las Comunidades Autónomas, no en la vigente Constitución derivada de una soberanía nacional única, sino en unas pretendidas y míticas soberanías originarias que se intentan anclar constitucionalmente en el uso de la expresión «nacionalidades» en el artículo 2 CE y en el amparo y respeto de los derechos históricos por la DA 1ª CE[34]. En este sentido, cabe recordar las posiciones nacionalistas durante la discusión constituyente que, en distintas variantes evocaban el pacto con la Corona y la unión personal en el Rey de los distintos pueblos soberanos para rechazar la afirmación de la unidad de la nación española en el artículo 2 y de la soberanía del pueblo español en el artículo 1.2[35]. Desde estos presupuestos,

---

[33] M. Herrero R. de Miñón, «Artículo 56. El Rey», cit., p. 52, remitiéndose al respecto a su conferencia en el Club Siglo XXI «Regionalismo y Monarquía», Madrid, 1977.

[34] En concordancia con esa interpretación de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, la Disposición Adicional Única del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece que «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»

[35] *Vid.* al respecto G. Rollnert Liern, *op. cit.*, pp. 102-117.

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 355

es absolutamente lógico que el Plan Ibarretxe, la *Propuesta de Estatuto político para la Comunidad de Euskadi*, pretenda presentarse como una actualización de los derechos históricos en forma de pacto político y mantenga el nombramiento del *Lehendakari* por el Rey[36]. No obstante, debe reseñarse que actualmente parece haberse abandonado la utilización de la Corona como símbolo del pacto entre entes soberanos si bien se sigue insistiendo en la idea del pacto político en las distintas propuestas de reforma del Estatuto catalán[37].

2. La segunda reflexión es que las funciones del Rey en relación con las Comunidades Autónomas serían perfectamente prescindibles desde un punto de vista estrictamente jurídico pero su relevancia radica justamente en que son ocasiones que el ordenamiento jurídico proporciona a la Jefatura del Estado para que la institución pueda activar su fuerza simbólica integradora. Pese a ello, la eficacia simbólica de la magistratura des-

---

[36] Artículo 26 de la *Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi*, disponible en http://www.nuevoestatutodeeuskadi.net/docs/estatutovasco_cas.pdf a fecha 22 de diciembre de 2004; aunque la ponencia del Parlamento Vasco aceptó inicialmente una enmienda transaccional a una enmienda de *Ezker Batua* que eliminaba el nombramiento del *Lehendakari* por el Rey estableciendo en su lugar el nombramiento por el Parlamento Vasco, en el trámite de dictamen por la Comisión de Instituciones e Interior la enmienda, defendida también por *Eusko Alkartasuna*, fue rechazada y se ha vuelto a la redacción inicial que atribuía al Rey el nombramiento del Presidente Autonómico.
Se ha suprimido, sin embargo, en el Plan Ibarretxe el nombramiento por el Rey del Presidente del Tribunal Superior de Justicia que se atribuye en el artículo 27.2 al Consejo Judicial Vasco. Como novedad, se atribuye al Rey el nombramiento de los tres magistrados propuestos por el Parlamento Vasco para formar parte de la Sala Especial del Tribunal Constitucional que se constituiría como Tribunal de Conflictos Euskadi-Estado (artículo 16). En cambio, en la propuesta de reforma del Estatuto catalán de *Convergencia i Unió* (*Bases per a un Nou Estatut Nacional de Catalunya*, disponible en http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_ciu.pdf, a fecha 21 de diciembre de 2004) se mantiene también el nombramiento del Presidente por el Rey (aunque con el refrendo del Presidente del Parlamento de Cataluña, p. 18), el nombramiento por el Rey del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (p. 20) y la presidencia honorífica por el Rey del patronato del Archivo de la Corona de Aragón (p. 26). La propuesta de *Esquerra Republicana de Catalunya (Constitució de l'Estat Lliure de Catalunya*, disponible en http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_erc.pdf a fecha 21 de diciembre de 2003) –que–, curiosamente, es la única que habla del Reino de Españaœ, no menciona el nombramiento del Presidente pero si suprime el nombramiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y atribuye al Presidente de la Generalidad la representación del Reino de España en el interior de Cataluña en ausencia del Jefe del Estado.

[37] A este respecto el Informe del *Institut d'Estudis Autonòmics* sobre la reforma del Estatuto, de julio de 2003, afirma que «resulta evidente que el proceso de reforma del Estatuto tendría un especial *valor simbólico* en el plano político e institucional, en la medida en que incorporaría necesariamente una *renovación y actualización del pacto político entre Cataluña y el Estado* que tendría como efecto la visualización en el máximo nivel formal de una *nueva dimensión del autogobierno*» (en cursiva en el original, p. 43, disponible en http://www10.gencat.net/drep/binaris/restatuto_tcm112-20013.pdf a fecha 21 de diciembre de 2004). En el mismo sentido, *vid.* los documentos *Bases per a un Nou Estatut Nacional de Catalunya* de *Convergencia i Unió* (cit.); *Bases per a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya* del *Partit dels Socialistes de Catalunya-Ciutadans pel Canvi* (disponible en http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_soc.pdf a fecha 21 de diciembre de 2004), *Constitució de l'Estat lliure de Catalunya* de *Esquerra Republicana de Catalunya* (cit.) y *Bases per a la Reforma Constitucional i Estatutària* de *Iniciativa per Catalunya Verds* (disponible en http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/bases_estatut_icv.pdf a fecha 21 de diciembre de 2004).

343-356-Estado autonómico18 3/10/05 14:25 Página 356

borda con mucho su esfera competencial jurídicamente racionalizada y abarca incluso detalles como los gestos y los comportamientos personales. Así se ha puesto de manifiesto recientemente con ocasión de una visita del Rey al Pais Vasco en la que la forma efusivamente afectuosa de saludar al Presidente de la Comunidad Autónoma ha dado lugar a una carta pública al Rey de una eurodiputada socialista vasca en la que le reprocha «el abrazo caluroso y la risa complaciente»; dice esta carta que «la figura del Rey, en su calidad de Jefe del Estado español, representa aquello por lo que venimos luchando en el País Vasco. Su majestad es, en última instancia, quien nos asegura que el Estado protegerá nuestros derechos como ciudadanos vascos y españoles[38]». Frente a este sentimiento, poco o nada importa que el Rey carezca de potestades para la defensa de los derechos de los ciudadanos; lo importante –y ello le sigue allí donde va–, es que representa al Estado, a su unidad y a su soberanía, a aquello que fundamenta la Constitución y, por tanto, el autogobierno de las Comunidades Autónomas pero también los derechos de los ciudadanos españoles.

[38] ROSA DIEZ, «Carta abierta al Rey», *El País, 13 de noviembre de 2004.*

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 357

¿QUIÉN REFORMA LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA?

Roberto L. Blanco Valdés
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Santiago de Compostela

Si formuláramos a un alumno de primero de derecho la pregunta que da título a este artículo, y aquél la contestase diciendo que los Estatutos de Autonomía los reforman los Parlamentos autonómicos con la ratificación formal posterior de esa reforma por parte de las Cortes, Cortes que deben aceptar sin posibilidad de enmienda lo decidido en los legislativos regionales, podríamos fácilmente concluir que nuestro alumno imaginario no ha entendido en absoluto la esencia misma del procedimiento de reforma estatutaria. Y es que, en efecto, lo que caracteriza a tal procedimiento, más allá de las concretas particularidades que en cada ordenamiento comunitario pueda al respecto presentar, es que en la reforma de las normas institucionales básicas de las Comunidades españolas deben concluir dos voluntades, la autonómica y la estatal (central), que se expresan, respectivamente, a través de las Cámaras regionales y las Cortes Generales. Con ese acuerdo de voluntades, y dentro de los límites fijados por la Constitución, toda reforma es jurídicamente posible, más allá de que una u otra puedan parecer a tirios o a troyanos más o menos sensata o procedente en estrictos términos políticos.

Pues bien, digámoslo con toda claridad: ni Juan José Ibarretxe, ni Josep Lluis Carod Rovira –por poner sólo dos ilustrísimos ejemplos– habrían aprobado si la que acaba de apuntarse hubiese sido la única pregunta de un imaginario examen de Derecho constitucional o estatutario. El primero reafirmaba en una entrevista concedida a *El Periódico de Cataluña* a finales de octubre del año 2004 una convicción de la que el *lehendakari* se había convertido a esas alturas en cualificado agitador: «Yo prefiero pensar que el Gobierno de España y las Cortes Generales van a respetar la decisión que tome democráticamente tanto el Parlamento vasco como la sociedad vasca», afirmaba Ibarretxe refiriéndose al supuesto proyecto de reforma estatutaria conocido por su nombre. El entrevistado no perdía la ocasión, en todo caso, para elevar al presidente del Gobierno una petición coherente con su firme convicción: «Me gustaría que (José Luis Rodríguez Zapatero) dijese públicamente que va a respetar las decisiones que tome el Parlamento vasco». El tono con el que el dirigente de ERC, Carod Rovira, expresaba tres meses después de la fecha referida una posición plenamente coincidente con la del *lehendakari* sonaba, se-

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 358

gún la recogía un diario de Madrid, más impertinente, pero tal contraste entre la predica curil del líder vasco y la soflama *sans-culotte* del líder catalán, no ocultaba en cualquier caso la total similitud de las ideas de uno y de otro: ERC, decía CAROD, no admitirá «ni límites ni amenazas a la voluntad libremente expresada» por el Parlamento catalán en materia de reforma estatutaria.

No, ciertamente: ni IBARRETXE ni CAROD habrían aprobado nuestro imaginario examen de derecho. Como tampoco ninguno de los muchos líderes políticos que vienen afirmando desde hace largo tiempo estar completamente persuadidos de que los Estatutos los reforman (políticamente) en solitario los Parlamentos autonómicos, debiendo limitarse las Cortes a ratificar lo que les llegue como único medio de evitar el grave conflicto institucional que en cualquier otra hipótesis podría acabar por producirse. Esa descabellada pretensión, que se ha extendido como una mancha de aceite por toda la geografía política de España, ha determinado finalmente que el nuevo impulso autonómico que, al modo de un temblor de tierra amenaza con poner patas arriba nuestra constitución territorial, haya acabado por cabalgar a lomos de un equívoco político y jurídico que, de no ser oportunamente corregido, podría acabar resultando letal para el Estado de las autonomías español: el de que los procesos de reforma estatutaria darán lugar, eventualmente, a nuevos textos que, siendo la expresión de la voluntad parlamentaria del territorio de que se trate en cada caso, habrán de ser aceptados sin discusión ni titubeos por las Cortes Generales en el correspondiente trámite de debate previsto tanto por la Constitución como por todos y cada uno de los diferentes Estatutos nacidos al amparo de la misma. La potencia ideológica del equívoco citado –proclamado por los partidos nacionalistas (y algunos dirigentes socialistas catalanes) con una fe aparentemente inconmovible– ha llegado hasta el extremo de afirmar que en el supuesto de que el nuevo texto estatutario nacido del proceso de reforma resultase contrario a la Constitución, lo que procedería en ese caso no sería más que acometer previamente (¡o posteriormente!) la reforma constitucional correspondiente, para dar así cabida a la supuestamente indiscutible e intocable voluntad de la Comunidad Autónoma afectada. De no hacerse de ese modo, han anunciado –con tono diferente en las palabras, pero con sorprendente coincidencia en las ideas– el actual *lehendakari* y el actual presidente de la Generalidad no cabría sino consultar a la ciudadanía, bien mediante un referéndum (conocida posición del *lehendakari*) o bien a través un ignoto procedimiento de consulta por el momento no determinado (confusa posición del *president*).

Pues bien, más allá de los evidentes peligros políticos que para la cohesión territorial de nuestro Estado se derivan de la pasiva asunción del equívoco al que me vengo refiriendo, lo cierto es que el sistema de reforma que resultaría de aceptarlo no es, sencillamente, el previsto por la vi-

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 359

gente Constitución y los vigentes Estatutos, normas todas que contemplan, como es lógico en cualquier Estado federal, que la alteración de las leyes en que se establece la relación entre la federación y las unidades federadas no pueden ser llevada a cabo sin contar con la voluntad política de aquélla. Es este un principio esencial de nuestro Estado democrático, cuya vulneración afectaría de modo irreparable a la propia naturaleza del actual sistema español de descentralización del poder territorial, un sistema que, según veremos más abajo, experimentó de hecho un cambio sustancial cuando los propios Estatutos de autonomía dispusieron, en el momento de su respectiva redacción, que su texto no podría ser cambiado sin contar (también, aunque no sólo) con la voluntad de los correspondientes Parlamentos autonómicos.

En consecuencia con todo lo apuntado, me propongo en las páginas que siguen someter a revisión la teoría según la cual, para decirlo, claro y pronto, la voluntad de los Parlamentos autonómicos debería ser aceptada por las Cortes Generales, llegado el caso, como un *trágala*. Una teoría que, sorprendentemente, sigue circulando aun después de que el Congreso de los Diputados haya demostrado toda claridad su absoluta falta de sostén: así lo hizo, de hecho, en su votación plenaria del 1 de febrero de 2005, cuando rechazó por inmensa mayoría (por 313 votos contra 29) la toma en consideración de la «Propuesta de Reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» aprobado el 30 de diciembre de 2004 por el Parlamento de Vitoria. Una votación ésa que se produjo, además, después de que el propio Tribunal Constitucional rechazase, mediante sendos autos fechados un día antes de la referida votación, los recursos presentados por varios diputados nacionalistas del Congreso contra el acuerdo de la mesa de la Cámara en el que se fijaba el procedimiento a seguir en la tramitación de la «Propuesta» mencionada. El Tribunal Constitucional dejó claro en tales autos, por si sobre ello existiese alguna duda, que *todas* las reformas estatutarias están reguladas en nuestro ordenamiento por el artículo 147.3 de la Constitución, que, como es de sobra conocido, determina que aquéllas se ajustarán al procedimiento establecido en los propios Estatutos y requerirán, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Ello suponía rechazar la insostenible doctrina que estaba en la base de la pretensión de los diputados recurrentes, hija también de la teoría a la que me vengo refiriendo: la de que los Estatutos de la vía especial deberían reformarse siguiendo el procedimiento fijado en una norma (el artículo 151.2 de la Constitución) prevista sólo su elaboración inicial, norma que constituye, por ello mismo, derecho transitorio ya *agotado*.

Pero, como los acontecimientos pronto se iban a encargar de demostrar, ni la votación de la Cámara baja de las Cortes Generales en estricto cumplimiento de las previsiones de la Constitución, ni los clarísimos pronunciamientos de su máximo interprete confirmando la procedencia de la mis-

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 360

ma, han servido para otra cosa que para excitar el celo de los defensores de lo que podríamos llamar, para ser precisos, la soberanía política de los parlamentos autonómicos en defensa de su causa. De hecho, ya con anterioridad a producirse la votación de las Cortes, uno de esos defensores, y no de los menos cualificados e importantes, Josu Jon IMAZ, presidente del partido que en su día echo a rodar la bola de nieve que hoy amenaza con llevarse por delante una de las bases en las que se sostiene el sistema autonómico español, el PNV, declaraba a *La Voz de Galicia* que si el Constitucional no aceptaba los recursos presentados contra el procedimiento fijado por las Cortes para la discusión de la «Propuesta» de Ibarretxe y el Congreso, en aplicación del mismo, procedía a rechazarla «nos vamos a encontrar en un escenario electoral en mayo y nosotros vamos a presentar a la sociedad vasca este plan como programa electoral». En eso estamos. Y, pues en eso estamos, parece necesario recordar cuál es la respuesta correcta a la pregunta que da título a estas reflexiones. Ello nos exigirá, en todo caso, comenzar por hacer un poco de memoria.

VIENTOS DEL NORESTE

El día 12 de julio del año 2002 la mayoría nacionalista en el Parlamento de Vitoria aprobaba un denominado *Dictamen elaborado por la Comisión Especial sobre Autogobierno*, que, en su dimensión propositiva, constaba de dos partes. La segunda, referida a las «propuestas de resolución sobre contenidos para una actualización del pacto estatutario de acuerdo con sus potencialidades», no era otra cosa, en el fondo, que una llamada a la ruptura del marco constitucional y estatutario legitimador de la autoridad de las instituciones autonómicas, basándose para ello en algunos de los más importantes *mitos* definidores del nacionalismo sabiniano: irredentismo sobre Navarra, ejercicio del derecho de autodeterminación y soberanismo incondicionado de la (supuesta) comunidad histórica vasca. Así, entre otros extremos, se reiteraba en esta parte del Dictamen «el derecho que asiste a Alava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra, ubicados en el Estado español, a establecer el marco de relaciones jurídico-políticas que estimen más adecuado sin más limitaciones que la voluntad de sus ciudadanos y ciudadanas», y se afirmaba que «desde el derecho a la libre determinación del Pueblo Vasco, como expresión de su nacionalidad y para acceder a su autogobierno», aquél tenía «derecho a ser consultado para poder decidir libre y democráticamente su estatus político, económico, social y cultural, respetando la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas de cada ámbito en el que éste se articula». Como es fácil de apreciar, la resolución del Parlamento constituía un desafío sin precedentes no sólo al modelo de distribución del poder territorial definidor de nuestro Estado federal, sino también a las reglas de juego de cualquier Estado democrático, reglas entre las que ocupa un lugar fundamental la de la lealtad al sistema constitucional por parte de las instituciones que

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 361

determinan su dinámica. Un desafío, por lo demás, al que la permanencia de la actividad criminal de ETA, con objetivos parcialmente coincidentes con los que se expresaban en la referida resolución parlamentaria, confería unos tintes de especial oportunismo y gravedad. Los acontecimientos producidos en el País Vasco a la vuelta del verano del citado año 2002 pondrían de relieve que la situación de huida hacia adelante de los dos partidos nacionalistas que controlaban, a la sazón, el entramado de poderes autonómicos (PNV y EA) iba directamente dirigida a la consecución del programa máximo soberanista de lo que habíamos dado en llamar durante años el nacionalismo vasco *moderado*. El *lehendakari* hizo público así un segundo desafío, que supondrá un salto cualitativo respecto del primero, al anunciar en la sesión plenaria del Parlamento de Vitoria celebrada el 27 de septiembre un programa de actuaciones y un calendario –muy pronto conocido como Plan Ibarretxe– que deberían conducir a la consecución de lo que el mismo Plan denominará un estatus de nación libre asociada para Euskadi.

Tres meses después, el 17 de diciembre, el pleno del Parlamento Catalán aprobaba, por su parte, un informe titulado *Cataluña y el autogobierno: perspectiva 2008* elaborado por una «Comisión de Estudio para la profundización del autogobierno» nacida del propio Parlamento. Con un tono radicalmente diferente al empleado por las instituciones autonómicas de Euskadi, que excluía desde luego cualquier tentación de recurrir al chantaje territorial o de dar un ultimátum a las instituciones centrales del Estado, la Comisión, tras reconocer que el pacto territorial derivado de la transición democrática española había «supuesto avances significativos en el nivel de autogobierno de Cataluña», procedía a constatar que no se habían desarrollado, en todo caso, «todas las potencialidades de los textos constitucionales y estatutarios», según se derivaba de los informes de los expertos que habían comparecido ante la misma. Realizada tal constatación y después de apuntar las diversas circunstancias que, según la Comisión, justificaban la necesidad de poner al día el autogobierno de Cataluña, el documento exponía las seis recomendaciones que los miembros de aquélla entendían procedentes a los efectos de hacer frente a tal necesidad. A saber: actualizar la definición de las competencias de la Generalidad y de su ejercicio; revisar la regulación de las instituciones de la Generalidad y del gobierno local en Cataluña; reforzar la posición de la Generalidad como parte del Estado; institucionalizar la presencia de la Generalidad en la Unión Europea y en el ámbito de las relaciones internacionales; garantizar el reconocimiento de los aspectos simbólicos y culturales del Estado plurinacional; y, finalmente, establecer los derechos y los deberes de los ciudadanos de Cataluña. La consecución de tales aspiraciones, que el informe estimaba no debían ser contempladas por separado, sino «como piezas de un objetivo general», podría exigir, a juicio de la Comisión, la adopción de todos los instrumentos disponibles destinados a obtener los resultados que se consideran deseables: «acuerdos políticos,

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 362

reformas legislativas en el Parlamento de Cataluña y en las Cortes españolas, recursos al Tribunal Constitucional y, finalmente, la reforma del Estatuto y de la Constitución». Cerrando sus consideraciones, la Comisión no dejaba de apuntar que el «ritmo a seguir en el proceso de profundización del autogobierno deberá de tener en cuenta que este proceso no tiene más límites que la voluntad –expresada por las vías constitucionales y estatutarias– de la sociedad catalana y la satisfacción de las necesidades de los hombres y mujeres que la integran».

OTRA VEZ LA LIEBRE Y LA TORTUGA

Como resultaba probablemente inevitable, pese a sus muy notables diferencias, las propuestas vasca y catalana abrieron muy pronto renovadas expectativas de reordenación del sistema autonómico español, dando lugar, en consecuencia, a una dinámica en favor de sucesivas reformas estatutarias –una nueva carrera entre la liebre y la tortuga, por utilizar la caracterización ya bien conocida del periodista y escritor Javier PRADERA– que apenas transcurrido un año desde la aprobación de las seis recomendaciones catalanas iba a encontrar animosos seguidores. La iniciativa más temprana, y también la más trascendental, dado el peso demográfica (y político) de la Comunidad Autónoma afectada, fue la adoptada por la Junta de Andalucía, que en diciembre de 2003 aprobaba unas *Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía*. Tales bases (relativas al autogobierno, los derechos y libertades, las instituciones de autogobierno, la calidad de la democracia, las competencias autonómicas, la economía y sociedad, la protección del medio ambiente y desarrollo sostenible, la organización territorial, la financiación de la Comunidad, y su acción exterior) se concebían por sus redactores como el documento a partir del cual «el pueblo andaluz, desde el pleno respeto al orden constitucional establecido y considerando que ha llegado el momento de renovar el Pacto que funda su autogobierno y que nace de la Constitución», se proponía avanzar en el camino de la profundización del autogobierno.

Pero, para cuando las bases andaluzas fueron aprobadas, la dinámica autonómica española había ya experimentado un giro radical como consecuencia de la llegada al Parlamento de Vitoria, en forma de proyecto de ley, de la denominada propuesta de Ibarretxe. En su presentación oficial y solemne, realizada en la Cámara autonómica el día 26 de septiembre de 2003, insistía el *lehendakari* en una idea que ni él ni los líderes del nacionalismo gobernante habían dejado de repetir desde el momento mismo de la presentación del Plan un año antes: la de que si el proceso de negociación que debía desarrollarse para lograr la aprobación por las Cortes Generales del texto estatutario eventualmente adoptado por el Parlamento de Vitoria (según la exigencia al respecto contenida en la Constitución y el vigente Estatuto de Guernica) se frustraba, no alcanzándose un acuerdo sobre la propuesta de nuevo Estatuto aprobado por la mayoría absoluta

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 363

del Parlamento autonómico, se procedería a convocar a la sociedad vasca para que, mediante un referéndum, expresara su opinión. La posición política que latía en el fondo de esa idea resultaba, como es obvio, bien sencilla y conectaba con el prejuicio al que he venido refiriéndome a lo largo de estas páginas: según ella, las Cortes deberían aprobar el texto de reforma estatutaria en los términos aprobados por el Parlamento autonómico del que procede (o, cuando menos, deberían aceptar sin más lo que tal Parlamento entendiese de todo punto irrenunciable), pues de lo contrario se procedería a forzar una confrontación de legitimidades entre la expresión directa del cuerpo electoral autonómico y la indirecta del cuerpo electoral nacional representado en Cortes. El que las plasmación final de tal operación exija la convocatoria de un referéndum que sería, en todo caso, manifiestamente ilegal, pues la Constitución determina claramente que la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum» es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.32ª CE) me interesa ahora mucho menos que la idea misma de que tal referéndum no sería sino en el fondo el instrumento para hacer efectivo el principio (jurídicamente inconstitucional y democráticamente inaceptable) de que las Cortes no podrían hacer, llegado el caso, lo que se deriva de su competencia final para decidir respecto a la cualquier reforma estatutaria: rechazarla, si entendiesen que aquélla es jurídica inconstitucional o políticamente improcedente.

¿QUIÉN REFORMA LOS ESTATUTOS?

De la alarma que debería generar una visión tan dislocada sobre cuál es la auténtica naturaleza de nuestro sistema federal y sobre cuáles son, en consecuencia, los mecanismos previstos para la legítima modificación de los Estatutos que constituyen las normas institucionales básicas de las Comunidades que lo forman, puede dar cuenta cabal el hecho de que la idea de la consulta popular, puesta primero, como acabamos de ver, al servicio de un proyecto de reforma estatutaria abierta y manifiestamente inconstitucional (el vasco), acabase calando después también como última *ratio* del proyecto de reforma estatutaria catalana. Y es que, en efecto, la insistencia reiterada de todos los líderes políticos catalanes (con la única excepción de los del Partido Popular) durante el período de precampaña y de campaña electoral para las autonómicas de 16 de noviembre de 2003 en que el nuevo Estatuto que debería aprobar el Parlamento autonómico que saliese de las elecciones debería ser aceptado *in toto* por las Cortes en el trámite correspondiente se fue asentado hasta el punto de que el entonces candidato socialista a la presidencia del Gobierno y hoy presidente, José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO, llegase a comprometerse públicamente en un multitudinario mitin de campaña, y ante miles de seguidores socialistas, a tramitar sin cambios el texto estatutario reformado que llegase en su día a las Cortes, siempre que

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 364

sobre el mismo no existiese tacha alguna de inconstitucionalidad. Pero lo más preocupante fue que, también en Cataluña, del prejuicio se pasó, como la cosa más sencilla y natural, a la afirmación de que si ese compromiso no fuese, llegado el momento, respetado por quien a la sazón controlase la mayoría de las Cortes sería necesario consultar al pueblo catalán. Lo dijo repetidas veces Pasqual MAGARALL, ya en su condición de *president*, y lo repitieron, tras él, sus socios de gobierno, que exigieron que el acuerdo de llevar a cabo, si fuera necesario, tal consulta figurase de forma literal en el propio texto del acuerdo tripartito. Y así se hizo: en su punto I.1.2, los firmantes del pacto se comprometían a convocar a los ciudadanos catalanes «a pronunciarse sobre el procedimiento de consulta general que se considere más adecuado» para el caso de que las Cortes no aceptasen, en su redacción parlamentaria autonómica, el nuevo Estatuto y decidiesen, en consecuencia, bloquearlo.

Todo este discurso político-ideológico se proclama, claro está, como evidente por sí mismo, sin que casi nadie se atreva a decir con voz bien clara lo que la *corrección política autonómica* aconseja no mentar para no meterse en camisas de once varas: que esa capacidad para *bloquear* una reforma estatutaria que las Cortes entendieran viene a vulnerar los mínimos de cohesión estatal sin los cuales ningún Estado digno de tal nombre puede subsistir no es sólo su derecho sino también su obligación. Y que una vez asentado como principio lo que no es más que un prejuicio –es decir, un juicio previo que carece de base alguna en la que sustentarse de verdad– será difícil, sino imposible, no aceptarlo como de aplicación universal a todos los procesos de reforma que seguro subseguirán a los varios que están ya anunciados cuando se escriben estas páginas. Por todo lo apuntado, no creo que esté de más volver a recordar cuál es el sistema de reforma que para los Estatutos previó la Constitución y los propios Estatutos: un sistema destinado a garantizar la necesidad de acuerdo entre el Estado central y las Comunidades. O, lo que es lo mismo, los derechos de todos.

REFORMA ESTATUTARIA Y ESTADO FEDERAL

He apuntado a lo largo de estas páginas, en varias ocasiones, que El Estado español es un Estado federal: lo es, desde luego, porque, aparte del local, existen en España otros dos niveles de poder (el central y el autonómico: el federal y el federado) que han hecho de las Comunidades Autónomas una especie de Estados en pequeño; por añadidura, lo es porque en España el ejercicio de las competencias estatales se organiza a partir de un principio de división *vertical* claramente federal; y lo es, en fin, porque, además, de organizarse sobre el principio federal en las esferas institucional y competencial, nuestro Estado dispone también de los necesarios mecanismos de garantía federal, lo que resulta decisivo a la hora de definir la naturaleza, federal o no, de una unidad política des-

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 365

centralizada. Así las cosas, la descentralización política está jurídicamente garantizada en nuestro sistema de organización territorial por la Constitución y por los Estatutos que de ella, y solo de ella, se derivan, es decir, por los dos elementos conformadores esenciales de lo que ha dado en llamarse el *bloque de la constitucionalidad*. Esa garantía federal –que cubre, como es lógico, la organización institucional de las autonomías, y el orden de distribución de competencias entre el Estado (central) y las Comunidades que conforman el conjunto del sistema– reside en primer término, y de modo primordial, en la propia rigidez de la Constitución, que no puede ser modificada sino a través de los dos gravosos procedimientos de reforma previstos en la ley fundamental. La rigidez aparece, por lo tanto, como un útil instrumento destinado a dificultar cualquier intento de las Cortes de modificar las previsiones constitucionales con la finalidad, subrepticia o declarada, de alterar la estructura organizativa o competencial comunitaria. Ahora bien, lo que comenzó siendo una garantía constitucional sin protección estatutaria para todos los territorios que accediesen a la autonomía por la vía *general* –territorios respecto de los cuales la Constitución se limitaba a establecer, como de inmediato se verá, que la reforma de sus Estatutos requeriría «en todo caso», *sólo* «la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica»– se convirtió muy pronto en una garantía también estatutaria, toda vez que aquella referida alteración, competencial o institucional, dejó de ser posible *solo por ley orgánica estatal* desde el momento en que Estatutos de Autonomía de vía general entraron en vigor. Y es que esos Estatutos extendieron a las Comunidades de vía general una garantía que ya la Constitución había dispuesto para las de vía especial: que aquellos no podrían ser modificados sin contar con la voluntad de los correspondientes territorios, según aquella voluntad fuera expresada en cada caso por sus respectivas instituciones autonómicas.

En conclusión, los Estatutos se configuran como elementos garantizadores de la autonomía que en ellos se regula. Al igual que sucede con la Constitución, tal garantía se deriva de la rigidez de sus procedimientos de reforma, cuya concreta regulación en el período estatuyente determinó una verdadera mutación en la naturaleza jurídica del sistema de distribución del poder territorial inicialmente previsto por una ley fundamental que lo vertebró, según es bien conocido, sobre la base de regular la posibilidad de que los territorios que ejerciesen la iniciativa autonómica pudiesen proceder a elaborar Estatutos de dos tipos diferentes, los de sus artículos 143 y 151, tipos estatutarios estos que, por elaborarse con arreglo a procedimientos muy diversos, *podían* acabar configurándose como normas de naturaleza jurídica sustancialmente diferente. En plena coherencia con esa naturaleza jurídica diversa de los Estatutos de vía general y vía especial, diversas eran también las previsiones constitucionales en relación con sus respectivos procedimientos de reforma. La Constitución preveía con carácter general que la reforma de los Estatutos se ajustaría al procedi-

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 366

miento en ellos establecido y requeriría, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales mediante ley orgánica (art. 147.3), lo que, más allá de la concreta viabilidad *política* del supuesto de reforma de que pudiera tratarse en cada caso, dejaba abierta, como es obvio, la posibilidad de que los Estatutos de vía general pudiesen regular *jurídicamente* su reforma de un modo tal que aquella fuera posible sin contar con la voluntad –o incluso, contra la expresa voluntad– de la Comunidad autónoma afectada. No otras eran las consecuencias que eventualmente podían derivarse del hecho de que la Constitución sólo exigiese de forma inexcusable la aprobación de la reforma por parte de las Cortes Generales. Muy diferentes eran, sin embargo, las concretas previsiones constitucionales respecto a la reforma de los Estatutos de vía especial, que una vez sancionados y promulgados solamente podrían ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes (art. 152.2). Como es fácil de apreciar, la culminación de la reforma se hacía depender en estos casos no sólo de la voluntad del territorio respectivo, sino de la forma más genuina de manifestación de aquella voluntad: la expresada por medio del voto del conjunto del cuerpo electoral a través de referéndum.

CONFLUENCIA DE VOLUNTADES

Este diseño constitucional, basado, de una parte, en previsiones específicas (las del 152.2) y, de otra, en silencios manifiestos (los del 147.3) saltó, sencillamente, por los aires, durante la llamada fase estatuyente, en la que la fuerza emuladora de los Estatutos de vía general hacia los de vía especial determinó que los primeros se redactaran en gran medida a imagen y semejanza de los del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, textos que habían ido abriendo brecha en las diversas materias de regulación estatutaria y, entre ellas también, obviamente, en las relativas a los procedimientos de reforma. Así las cosas, todos los Estatutos pasaron a regular esa reforma, en lo esencial, de un modo similar, lo que derivó en la superación de la preexistente diferencia entre la naturaleza jurídica de los Estatutos de vía general y vía especial. Tal superación supuso, en suma, una verdadera mutación de la propia naturaleza constitucional del sistema autonómico español, según tal sistema había sido previsto inicialmente por el legislador constituyente. En efecto, tras la regulación estatutaria de los procedimientos de reforma, y pese a pequeñas diferencias que unos y otros Estatutos presentan al respecto, la igualación de la naturaleza jurídica de las normas estatutarias se convirtió en una realidad en nuestro sistema, pues todas ellas pasaron a disponer sin excepciones un doble extremo: de una parte, que la reforma estatutaria no será posible en ningún caso sin contar con la voluntad del Parlamento de la Comunidad eventualmente afectada por el procedimiento de reforma, órgano que habrá de aprobarla por mayoría reforzada; de la otra, que la

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 367

reforma deberá ser aprobada, igualmente, por las Cortes Generales, mediante ley orgánica, fórmula ésta que, en cumplimiento de lo establecido en la Constitución, se contiene en todas las disposiciones estatutarias que regulan la reforma y que reitera, además, expresamente, el reglamento del Congreso como referencia exclusiva a la reforma estatutaria. La primera de las previsiones apuntadas significa, claro está, que las Cortes Generales no podrán, llegado el caso, imponer unilateralmente una reforma que no fuese aceptada por el órgano de representación de la Comunidad afectada por la misma. La segunda se traduce en que las propias Cortes pueden *vetar* la reforma estatutaria, pues en el supuesto de que aquellas no estuviesen de acuerdo con los cambios propuestos por el Parlamento de un determinado territorio a aquel no le quedaría otra opción que aceptar la posición expresada por las Cortes o retirar, en caso contrario, la reforma, dando así pleno sentido al conjunto de un sistema, en el que ni las Cortes podrán imponer la reforma a los territorios autonómicos, ni éstos últimos su unilateral decisión reformadora al conjunto del Estado, cuya voluntad y soberanía representan las Cortes Generales. Una y otra disposiciones, contempladas en su mutua relación, ponen de relieve la naturaleza pactada que en nuestro sistema de distribución del poder territorial tienen las normas institucionales básicas sobre las que aquel se sustenta, los Estatutos de Autonomía, naturaleza que, en cualquier caso, no afecta para nada al elemento sustancial que los convierte en normas garantizadoras del estatus jurídico, orgánico y competencial, de las Comunidades Autónomas como entes territoriales conformadores de un genuino Estado federal: el que se deriva de la necesidad de contar, en todo caso, con la voluntad del territorio autonómico para cambiar en cualquier sentido su Estatuto. El que, dando cumplimiento a las previsiones constitucionales al respecto, algunos Estatutos exijan, además, la aprobación de la reforma a través de referéndum, hace el procedimiento previsto para aquella más rígido y más democrático, pero no afecta sustancialmente a la naturaleza misma del sistema de reforma.

¿QUIÉN GARANTIZA LA COHESIÓN ESTATAL?

A la vista de todo lo apuntado no resulta difícil imaginar qué podría acabar aconteciendo de aceptarse que el contenido material de la decisión parlamentaria de las Cámaras autónomas tuviese que ser asumida necesariamente e *in toto* por las Cortes: que el sistema de equilibrios político-territoriales típico de cualquier sistema de naturaleza federal saltaría sencillamente por los aires. Y ello porque la intervención de las Cortes Generales en el proceso de reforma ni es, ni puede ser, una mera formalidad certificante, desprovista de cualquier trascendencia material, de una decisión política tomada previamente por la representación política autonómica. Muy por el contrario, las Cortes, que deben aprobar las respectivas leyes orgánicas en que los Estatutos de autonomía se cobijan

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 368

formalmente, tienen la responsabilidad de controlar, como representantes de los intereses legítimos de todos frente a los también legítimos intereses de las partes que forman el conjunto nacional, que las reformas no afectan a los elementos que las propias Cortes (o su mayoría, en todo caso) entienden en cada caso esenciales para el mantenimiento de la *unidad* de la nación española y de la *solidaridad* entre las nacionalidades y regiones que la integran, garantizadas ambas solemnemente en el artículo 2º de la Constitución.

Es cierto, claro, que el lugar donde debe situarse la delgada línea roja que marca los respectivos umbrales mínimos de esa unidad y de esa solidaridad resulta frecuentemente discutible, sin que sea fácil fijar con claridad –y menos con carácter general– el punto a partir del cual unidad y/o solidaridad comienzan a quedar lesionadas de forma irreparable. Pero el que tal cosa sea políticamente discutible significa precisamente eso: que las Cortes tienen el derecho irrenunciable a discutirlo y a votar en consecuencia con la posición que sea mayoritaria en cada caso en el seno de las mismas. Que las Cortes renunciasen al ejercicio material –y no meramente formal– de ese derecho sería tanto como que renunciar a su misma naturaleza, que la Constitución define de forma bien precisa cuando dispone que aquéllas representan al pueblo español: ese pueblo, subrayémoslo, en el que, según el artículo 1.2. de la propia ley fundamental, reside la soberanía nacional.

Como era de esperar, tal renuncia no se ha producido finalmente en relación con la autodenominado propuesta de reforma del Estatuto de Guernica, pues su manifiesta y abierta inconstitucionalidad hacían impensable cualquier pronunciamiento de las Cortes diferente del no rotundo que se produjo en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados del 1 de febrero. Muy otro podría ser llegado el caso, sin embargo, el tratamiento que se diera al proyecto de reforma del Estatuto catalán, y, por su influencia, a los que lo sucedan en el tiempo. Respecto a todos ellos es necesario afirmar con claridad –sin que tal afirmación prejuzgue, claro, en absoluto la posición de fondo que respecto a los mismos deban adoptar a la postre las Cortes Generales–, que esas Cortes no pueden renunciar, si lo estimasen necesario, a entrar a discutir sus contenidos. Y ello porque el órgano de representación del pueblo español no puede limitarse, como podría concluirse a partir de la posición mantenida por algunos líderes políticos, a actuar como un mero órgano impulsor del control de la constitucionalidad atribuido al Tribunal competente para ello. Entre lo que es constitucionalmente inadmisible y lo que es políticamente oportuno (o inoportuno) existe un amplio margen, siendo precisamente dentro de ese margen dentro del cual debe producirse la acción legislativa a través de la cual las Cortes están llamadas a discutir el texto de la reforma, para rechazarlo o (tras la oportuno negociación) aceptarlo con las modificaciones que se hayan acordado entre las partes. Como es obvio,

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 369

si el texto estatutario contuviera, a juicio de las Cortes, prescripciones contrarias a la Constitución, sería al Tribunal Constitucional a quien correspondería pronunciarse en la materia, a impulso de cualquiera de los sujetos legitimados para instar el recurso de inconstitucionalidad. Pero, aun aceptado el correcto encaje constitucional del texto de reforma, aquél puede resultar, pese a ello, políticamente inoportuno. Pues bien: ni esa inoportunidad es equiparable sin más, a su inconstitucionalidad; ni es posible sostener, en consecuencia, que todo lo constitucionalmente legítimo es políticamente oportuno; ni, en fin, esa apreciación de inoportunidad puede ser realizada por otro órgano diferente de las Cortes Generales. Por lo demás, si tal posición parece en cualquier supuesto procedente, en el que ahora estamos resulta completamente irrenunciable: y es que lo que tenemos en la actualidad encima de la mesa no es tanto un conjunto de procesos de reforma, cuanto la plasmación del intento de convertir esos procesos en un instrumento para alterar, de modo más o menos sustancial, algunas de las bases en las que hasta ahora ha venido sosteniéndose nuestro sistema de descentralización territorial.

De hecho, las circunstancias conocidas en el momento de cierre de este texto no hacen otra cosa que confirmar tal impresión. Por un parte, y contradiciendo la posición previamente expresada, según se vio, por el actual Presidente del Gobierno en el sentido de que la mayoría del PSOE apoyarían en las Cortes Generales el proyecto de reforma estatutaria salido del Parlamento de Cataluña *sólo* con la doble condición de que aquél respetase la Constitución y fuera el fruto de un amplio consenso en la Cámara autonómica, el propio Gobierno manifestaba a mediados de febrero de 2005, por boca de su ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, un conjunto de exigencias para mantener aquél apoyo ya comprometido que superaban, con toda claridad, las inicialmente establecidas. Según recogía la información el diario *El País*, el 13 de febrero, el ministro habría precisado por primera vez a MARAGALL, en un encuentro celebrado en Barcelona, las condiciones para su apoyo a la reforma del Estatuto de Cataluña, entre las que se encontrarían, siempre según el citado diario, las siguientes: la renuncia a cualquier intento de servirse del proyecto de reforma estatutaria para modificar leyes orgánicas (como la del poder judicial, la de financiación de las Comunidades Autónomas, la del régimen electoral general, la reguladora del derecho de petición, o la reguladora de distintas modalidades de referéndum) o para determinar los contenidos de la futura reforma del Senado. El apoyo quedaría también condicionado a que no se intentase establecer un sistema de financiación de tipo cupo, a que se renunciase a la pretensión de asumir todas las competencias no asumidas constitucionalmente por el Estado (cambiando, con ello, el contenido de la cláusula de cierre del artículo 149.3) o a la de convertir las leyes de delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 de la ley fundamental es una fórmula ordinaria de transferencia competencial. Aunque parezca delirante –y, por

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 370

delirante, increíble– que pueda fijarse como condición para el apoyo a una reforma estatutaria la de que el proyecto en que la misma se concrete no regule lo que a todos luces queda fuera de su ámbito de competencias materiales, o lo que, de ser introducido, rompería por la base, también a todas luces, el principio de jerarquía normativa y el de superioridad jerárquica de la Constitución como norma suprema del Estado, así están las cosas.

De todos modos, creo que no debe dejar de señalarse que con posterioridad a esa toma oficial de posición por parte del Gobierno se han repetido una y otra vez diversas declaraciones de miembros del mismo (entre otras, de su propio Presidente) reafirmando la posición inicial socialista de que las condiciones para que la mayoría (en realidad minoría mayoritaria) del PSOE apoye el nuevo Estatuto catalán se reducen a su respeto a la Constitución (lo que, parece, debería ser sencillamente *obvio*) y al consenso autonómico previo respecto a la reforma, lo que parece, por evidente, *innecesario*, dado que la reforma debe contar con el apoyo de los dos tercios de los miembros del parlamento catalán por imperativo de la propia norma estatutaria.

La segunda de las circunstancias a las que anteriormente me refería es la que viene determinada por el primer pronunciamiento oficial realizado por el *lehendakari* tras firmar el decreto por el que convocaba elecciones autonómicas para el día 17 de abril de 2005: la reafirmación de su promesa de que llamaría «a los vascos y vascas» a pronunciarse en referéndum para que unos y otras decidan sobre el Plan Ibarretxe aun después de que aquél fuera rechazado por las Cortes. Así lo hizo el *lehendakari* en el mitin en el que el PNV y Eusko Alkartasuna presentaban la candidatura de IBARRETXE, celebrado en el Kursaal el día 27 de febrero. Convencido de que una nueva victoria electoral le permitiría seguir ocupando el puesto que ocupaba a la sazón, afirmó allí, en efecto, el candidato peneuvista no estar dispuesto «a aceptar el rechazo de las Cortes españolas a negociar la propuesta de nuevo Estatuto». Aunque es cierto que la utilización de la palabra *negociación* en tal contexto podría inducir a pensar que los nacionalistas habían reconsiderado sus previas posiciones al respecto, nada más lejos de la realidad: la negociación que proponía –en realidad, que exigía de un modo perentorio– el *lehandakari* era una negociación a la fuerza, es decir, una negociación a la que las Cortes vendrían obligadas pese a no existir en nuestro ordenamiento norma alguna que así lo determine. Según su particular (e insostenible) visión del proceso de reforma estatutaria «el Parlamento vasco no podrá decir no e imponerle, sin más, al Parlamento español sus decisiones, pero tampoco el Parlamento español puede imponer su decisión sin negociar al Parlamento vasco». Nada más lejos de la realidad: lo que no puede, efectivamente, el Parlamento español es imponer una reforma a la Cámara vasca contra su voluntad, pero sí puede, y debe, rechazar toda re-

357-372-Estado autonomico19 3/10/05 14:29 Página 371

forma con la que no esté de acuerdo, sin que en norma alguna esté escrito que deba negociar previamente esa negativa, como no tendría que hacerlo tampoco el parlamento vasco si la iniciativa de la reforma que hubiese decidido rechazar partiera de las Cortes españolas. Será, de hecho, es radical incomprensión sobre la naturaleza del procedimiento de reforma estatutaria característico de un Estado federal por parte de IBARRETXE, el que llevará al *lehendakari* en funciones a afirmar en su mitin del Kursaal que «con el portazo del Congreso quedó claro que tenemos necesidad de buscar soluciones al problema vasco y no hay más remedio que negociar para tratar de alcanzarlas», negociación que Ibarretxe tiene los planes de forzar a partir de la amenaza de convocar un referéndum, o a partir de la amenaza que podría derivarse de los eventuales resultados de ese referéndum, en el caso de que, contra toda legalidad, tal consulta llegará, pese a todo, finalmente, a celebrarse: esa era la razón por la que IBARRETXE aclaraba que según el acuerdo de coalición con sus socios de EA «el próximo Gobierno solicitará al Parlamento vasco autorización para que en un escenario de ausencia de violencia y sin exclusiones, se realice una consulta popular a la sociedad que ratifique el acuerdo alcanzado», de forma tal que «si el Estado vuelve a negarse a abrir un proceso de negociación, la sociedad será consultada para que ratifique el proyecto aprobado». Así se resume, pues, la posición que el nacionalismo vasco nos propone como escenario de futuro: o negociación por la fuerza, o referéndum ilegal para la confrontación de legitimidades. Todo menos la aceptación de las reglas de juego de cualquier pacto federal.

No es difícil defender que ambos debates –el relativo a la fijación de los límites a las reformas estatutarias, por un lado; y el relativo a la pretensión de superarlos, una vez constatado que aquéllos no pueden ser otros que los que se derivan de la naturaleza del pacto federal que se expresa en los diferentes Estatutos– son el centro de la gran cuestión sobre la reforma estatutaria que hoy tenemos planteada: una cuestión que, en última instancia, no se refiere tanto a los contenidos como a los procedimientos; no tanto a los ámbitos competenciales como a las reglas de juego. Pues lo que está en cuestión es cómo –y, por tanto, quién– reforma los Estatutos; y qué cabe hacer, si es que algo cabe, frente a la imposibilidad de concertar un pacto federal para llevar a cabo las reformas. De la respuesta que se dé a esas dos preguntas esenciales en el futuro dependerá el del propio Estado Autonómico español.

(Este texto constituye una segunda versión del previamente publicado con el título «Estatutos en el reformatorio» en *El Noticiero de las Ideas*, nº 19 (julio-septiembre de 2004). En todo caso, su contenido se inscribe dentro de una reflexión general que he plasmado, finalmente, en mi libro *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión* ruritana, Madrid, Alianza Editorial, 2005).

357-372-Estado autonómico19 3/10/05 14:29 Página 372

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 373

CAPÍTULO III.

ESTADO AUTONÓMICO Y SOLIDARIDAD

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 374

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 375

COHESIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y TERRITORIAL

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 376

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 377

LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN EL ACTUAL HORIZONTE REFORMISTA

Carlos de Cabo Martín
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Complutense de Madrid

I. SOLIDARIDAD Y SUJETO

La historia de Occidente es en buena medida una Historia con sujeto o del sujeto tanto desde el punto de vista individual como desde el punto de vista colectivo.

Desde el punto de vista individual ,en el orden cultural general, comienza a configurarse a través de lo que se ha denominado el discurso de la modernidad desde el Renacimiento y Pico de la Mirandola (con obra de tan significativo título como Oratio de Dignitate Hominis), Descartes y su construcción del «ego cogitans», la Ilustración y el protagonismo que adquiere la razón del hombre y finalmente toda la construcción del revolucionarismo francés; asimismo, desde el punto de vista jurídico, el protagonismo del subjetivismo estará presente desde la construcción del derecho subjetivo aunque haya configuraciones minoritarias tan significativas como las que representan las construcciones de JELLINEK o de KELSEN y especialmente la de DUGUIT.

Desde el punto de vista histórico-colectivo probablemente la construcción subjetivista es más antigua; desde todas las concepciones sobre «el sentido de la historia» de corte providencialista hasta las laicas de la Idea Hegeliana, la Nación o la clase (en las distintas variaciones y correcciones que introducen los estructuralismos).

Pues bien, en gran medida puede decirse que las dos han sufrido un notable proceso de debilitamiento.

En cuanto a la primera podría decirse que si nunca fue cierta y siempre sirvió a la configuración de una sociedad desintegrada de individuos cuya relación era básicamente competitiva, ha sufrido con posterioridad una radicalización tal que ha terminado cortando toda relación del hombre con sus semejantes, como se manifiesta incluso en las configuraciones más conservadoras de los comunitarismos que en todo caso expresan esta protesta radical, aunque desde supuestos contradictorios. Por otra parte, el desvanecimiento del sujeto ante una cada vez más

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 378

compleja red de articulaciones e interconexiones que crean objetividades necesarias en cuyo nivel más alto las relaciones ya no se dan entre sujetos, por lo que la categoría pierde su vieja funcionalidad e incluso los derechos del sujeto se desplazan a entes o corporaciones quedando el individuo más como objeto que como sujeto de los derechos.

En cuanto a la segunda, la tesis generalmente aceptada y dominante es de que en la actualidad se está ante una sociedad global caracterizada, sobre todo, porque ha desaparecido la posibilidad de una alternativa. La sociedad actual, por tanto, global y mundialmente, sería una sociedad sin alternativas. Lo que es equivalente a la aceptación, también, más generalizada de lo que expresamente se confiesa, del Fin de la Historia. Y este Fin de la Historia, es decir, la imposibilidad de que haya una historia diferente, ocurre porque ya «no hay quien la haga». Ha desaparecido el autor y la obra queda definitivamente interrumpida o, en otros términos, que la Historia se ha quedado «sin sujeto».

Pues bien, la Solidaridad puede ser una respuesta a ambas crisis: de un lado porque puede contribuir a la reconstrucción del individuo como ser social (aunque no deje de ser significativo que Aristóteles pueda ser en la actualidad todo un programa) y por otro lado partiendo de que en todo momento histórico existe la base potencial de un sujeto al que se puede ayudar a construir aunque sea bajo las formas nuevas de descentralización y complejidad que se incluyen en las teorizaciones actuales sobre la «multitud». Asimismo, la solidaridad puede configurarse como el escenario en el que tanto el aspecto individual como el histórico-colectivo dejen de entenderse como contrapuestos o contradictorios.

Naturalmente que no se trata de resolver aquí toda esta problemática, sino de entender que éstos son los referentes bajo los cuales está concebido este trabajo y estableciendo que todo ello se desarrolla desde el punto de vista de un Derecho constitucional no ciertamente neutral sino beligerante.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO ESPECIFICO DEL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO SOCIAL

Los precedentes se encuentran en la Revolución Francesa y en concreto a partir de sus primeras manifestaciones constitucionales. Sobre esa aportación se pueden hacer las dos observaciones siguientes:

La primera es que se trata de formular la Fraternidad en términos morales y de una manera que recuerdan claramente las formulaciones del imperativo categórico kantiano, bien negativamente (como en el caso del artículo 6 de la Constitución de 1793: no hagas lo que no quieras...) o positivamente (compórtate con los demás..., artículo 2) con una retórica que no es infrecuente encontrar en esta fase del constitucionalismo y que nos remitiría también al conocido artículo 6 de la Constitución española de Cádiz.

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 379

La segunda es que aparece también en esas Constituciones la idea de deber, pero no solamente como deber de cada uno respecto de los derechos de los demás, sino como deber de todos para hacer posible la existencia de cada uno. Es decir, es la configuración de la idea de deber como un principio objetivo constitucional, debiendo recordarse que aparece, por tanto, mucho antes la construcción objetiva del deber que la construcción objetiva del derecho (artículo 4 de la Constitución del año 3), lo que indudablemente induce a que debiera corregirse lo que con frecuencia se considera exclusivamente «individualismo revolucionario».

El desarrollo posterior del Constitucionalismo liberal eliminará estos elementos propios del inicial momento revolucionario y responderá exclusivamente a los supuestos de un capitalismo competitivo, acentuando el protagonismo del sujeto individual y teniendo como único objetivo garantista la libertad y la igualdad en el mercado, en la competencia. De esta manera se crean las bases de un constitucionalismo estructuralmente insolidario en cuanto el sujeto lo es en sí y para sí, un absoluto en sí mismo y cuyo mecanismo básico de participación y mediación social es económico, monetario incluso, a través del mercado. En estas condiciones (además de que el «otro» no existe sino como competidor o potencial enemigo), la desintegración social en sentido literal es el resultado en cuanto quedan excluidos tanto los que no puedan mediarse o relacionarse a través del mercado porque no tienen nada que aportar en él, como los valores e intereses que no tienen que ver o no pueden mediarse a través del mercado.

Por eso será con posterioridad, con el constitucionalismo del Estado social, cuando aparezca la solidaridad como principio constitucional respondiendo a una realidad nueva que se define por la vinculación «real» que se produce entre un número cada vez mayor de miembros de la sociedad como consecuencia del nuevo nivel que alcanza la socialización del proceso productivo en esta nueva fase del capitalismo y además por la específica interrelación que comienza a producirse, Capital-Trabajo. A partir de este hecho, el derecho constitucional del Estado social establece la desaparición del hombre aislado (propia del constitucionalismo del Estado liberal) y recoge como un principio que informa de manera general el ordenamiento, la vinculación de cada uno con el otro, es decir, la solidaridad como principio constitucional objetivo. En la medida en la que se introduce en la Constitución el Trabajo (como sujeto político) y tras él las contradicciones no principales (los colectivos de los sujetos débiles), el sistema constitucional realiza un proceso de integración de intereses e interrelaciones en la inmensa mayoría social y a partir de ahí el principio del Estado social se convierte, no sólo en el parámetro de coherencia material de toda la actividad pública y privada con esos objetivos, sino de la realización del principio democrático y en definitiva y sobre todo de la normatividad constitucional.

373-390-Estado autonomico20 3/10/05 14:31 Página 380

II.1. FORMAS CONSTITUCIONALES DE SOLIDARIDAD

En este marco general, la solidaridad como principio constitucional contiene elementos que se corresponden con estos tres tipos de prácticas solidarias: personal, grupal y de clase.

A) La solidaridad interpersonal

La solidaridad interpersonal tiene lugar en cuanto se contempla que el desarrollo de la personalidad sólo puede tener lugar a través de relaciones interindividuales o interpersonales según un doble fundamento constitucional:

a. Por una parte, considerando que la Solidaridad proporciona el contenido más propio del principio de *participación*, entendido, en cuanto categoría del constitucionalismo del Estado social, en la forma más socialmente positiva que conduce a configurar a la ciudadanía como activa y no pasiva, como ciudadanía *social* y no meramente individual, en sujeto de interrelaciones constantes con los demás, superando la visión de la ciudadanía como relación exclusiva individuo-Estado y dotándola de un contenido de relación interciudadana. En ello se fundamenta negativamente la Drittwirkung, por lo que cabría configurar una Drittwirkung del Estado social en sentido positivo: el deber de defender los derechos de los otros que podría llegar y justificar incluso una autolimitación de los derechos.

b. En cuanto se reconoce a la persona como fundamento y valor primero del orden constitucional, la dignidad adquiere un significado de principio y una radicalidad y exigencia que la sitúan al margen de toda ponderación o relativización (la dignidad quebrada desaparece como dignidad en las formulaciones modernas de autores como Ignacio Gutiérrez) en su aplicación como derecho a la vez que su necesaria universalidad supone la implicación de cada uno en el reconocimiento y actuación de los demás. Se puede así hablar de la solidaridad en la dignidad como principio constitucional de realización social. La dignidad es, pues, fuente no sólo de derechos sino de deberes: uno de ellos es con ese contenido el de la solidaridad.

En los diferentes sistemas constitucionales del Estado social se encuentran manifestaciones de esta solidaridad interpersonal. Entre ellos quizá sea pertinente la cita del sistema constitucional italiano, lo que no puede extrañar puesto que como se sabe en el sistema constitucional italiano la solidaridad como principio constitucional tiene una relevancia que no se alcanza en los demás sistemas constitucionales; por ello se encuentran manifestaciones del principio en todos los ámbitos que aquí se han señalado. Por lo que se refiere a éste, lo característico es que se pueden encontrar en él las dos manifestaciones a que antes hemos hecho referencia.

Debe recordarse de cualquier forma que el artículo 2 de la Constitución italiana señala que la República reconoce y garantiza los derechos invio-

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 381

lables del hombre y exige el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social. El nivel que lo analizamos ahora se encuentra en manifestaciones de este principio en la legislación, en cuanto la Ley del Voluntariado 200/1991 define al voluntariado, además de como manifestación de esta solidaridad individual, como expresión de *participación*.

Igualmente en la jurisprudencia es de destacar la sentencia de la Corte Constitucional de 28 de febrero de 1992 fundamental en la materia, en la que se define a la solidaridad como aquel principio del ordenamiento jurídico por el cual la *persona* (individual) es llamada a actuar no por cálculo utilitario o por imposición de autoridad, sino por libre y espontánea expresión de la profunda sociabilidad que caracteriza a la persona misma. Y este mismo sentido vuelve a reflejarse en lo que puede entenderse también como una manifestación de esta solidaridad en la legislación de donación de órganos en la que aparece por primera vez que el consentimiento se presume y que se ha extendido después apareciendo también como un supuesto básico entre otras en la legislación española sobre la materia.

El aspecto más positivo que pudiera encontrarse en esta concepción «comunitaria» de la persona es que a través de ella se podría posibilitar una progresiva potenciación competencial normativa de cara a arbitrar diversas intervenciones en este sentido (aunque quizá no pueda decirse del sistema español en el que está muy restringido, incluso podría decirse que negado, el entender esta concepción de la persona como un título competencial).

El aspecto más negativo de esta concepción sería la utilización ideológica neoliberal de este concepto de solidaridad. Se entendería así que la solidaridad concebida como voluntaria actividad de particulares en cuanto miembros responsables de la comunidad a la que pertenecen, sería el mecanismo adecuado para paliar la situación de los necesitados (es el lenguaje que se utiliza) y en cuanto fruto de la «libertad del individuo» debe sustituir al autoritarismo que conlleva el estatismo propio del Estado social (Felice GIUFFRE) lo que se aprovecha para criticar el despilfarro, ineficacia, estímulo a la pasividad de los desempleados (Serio Galeoti), etc. Por tanto debe dejarse a la sociedad civil, es decir, al mercado, la búsqueda de su propio equilibrio, en el sentido de compensar, en el grado mínimo necesario para su mantenimiento y desarrollo, sus propias disfunciones. Se sigue así la tendencia dominante de eliminar la mediación del Estado y de sustituirlo por la relación directa, en la sociedad civil, en el ámbito privado de la economía y no de la política, la solución del conflicto. En definitiva, el fin de la razón política y el monopolio de la razón económica. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa supone la consagración formal de esto que se viene sosteniendo y actuando en el orden práctico.

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 382

B) La solidaridad grupal o de colectivos

Dentro de esa característica de integración que hace el Estado social y que recoge la Constitución, se encuentra lo que se conoce como los «sujetos débiles» (minorías étnico-culturales, sexuales, mujeres, parados, marginados, excluidos que configuran cuantitativamente la mayoría social) y cuyo significado constitucional se basa en este supuesto teórico: en el Constitucionalismo del Estado social, toda situación de desigualdad que se traduzca en situación de debilidad debe tener relevancia constitucional. Lo que se traduce en que la solidaridad es en este ámbito un principio constitucional básico en cuanto traduce una de las especificidades del Estado social.

De ahí que la Jurisprudencia recoja este ámbito de la solidaridad como criterio interpretativo de las normas infraconstitucionales. Así dice el Tribunal Constitucional español que cuando en la legislación, y en general en el Derecho positivo, se utiliza el término «social», no sólo significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto (sentencia 23/1992), sino que es un elemento propio del constitucionalismo del Estado social al establecerse que el Estado social y democrático «tiene entre otras significaciones, la de legitimar medios de defensa de los intereses de *grupos*... socialmente dependientes».

A partir de todo lo anterior cabe destacar tres elementos del derecho del Estado social característicos de este ámbito de la solidaridad:

1º. La generalización de la desigualdad de iure para tratar la desigualdad *de facto* que llega incluso a penetrar en uno de los ámbitos más tradicionalmente refractarios como es el Derecho penal: así la Ley Integral de Violencia de Género es el ejemplo más significativo en cuanto efectivamente se hace una especificidad en base a la víctima y no en cuanto a la naturaleza del delito.

2º. La ruptura de la categoría formal y abstracta de sujeto de carácter individual y su especificación a partir, por una parte, de la relevancia que adquiere la situación concreta, es decir, la aparición de un elemento de objetividad en lo que antes era pura subjetividad y, de otra, la aparición también como relevante la pertenencia a colectivos, lo que indudablemente erosiona también el estricto carácter de la individualidad.

3º. Y en general, lo que puede llamarse la nueva función del Derecho constitucional en la integración social, ya que su papel a partir de este reconocimiento de los grupos es bien distinto del reconocimiento de la anterior subjetividad en cuanto que, configurada y presentada como protagonista en todos los ámbitos e incluso como un hecho «natural», su reconocimiento por el derecho parecía una traducción meramente mecánica, mientras que en este supuesto hay mucho más de constructivismo y «artificialidad» en la función del Derecho.

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 383

C) La solidaridad de clase

Se manifiesta y despliega a través de la formalización que adquiere constitucionalmente la i entre los trabajadores. Porque esto es lo característico: no ya sólo el derecho individual (en este caso a veces llamado social) en el sentido de facultad legitimada o interés individual, sino el *vínculo* entre los trabajadores. Porque éste es el sentido objetivo real de lo que es propiamente el «Derecho social» en el ámbito del Estado social. Ciertamente se trata del impacto que el Estado social tiene en la transformación del Derecho y que lo configura como probablemente uno de los acontecimientos más importantes que han tenido lugar en la Historia del Derecho occidental, no solamente en el orden cuantitativo de la juridización de la sociedad, sino en este orden cualitativo de la transformación de la estructura interna del Derecho.

Esto es lo que configura constitucionalmente a los trabajadores como clase y unifica al Trabajo como sujeto, la gran diferencia del derecho liberal. De ahí que ahora lo colectivo tenga una intensidad y un sentido más acusado y diferente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha subrayado este hecho al señalar (sentencia 118/1983):

1º. Que la Constitución establece derechos colectivos laborales.

2º. Que estos derechos son de necesario ejercicio colectivo.

3º. Que se reconoce la legitimación colectiva (sindicato) para intervenir en los procedimientos referidos a conflictos colectivos (sentencia 70/1982).

De todo lo cual se deduce:

1º. Por una parte que (refiriéndonos al derecho de huelga) un elemento integrante del derecho y de su eficacia es el ejercicio colectivo del mismo, con la singularidad en la dogmática del contenido esencial de que de él forma parte su ejercicio, porque precisamente este tipo de derecho *consiste* en su ejercicio colectivo, en la medida en que si no es colectivo se desvirtúa el derecho, que remite con fuerza al sujeto colectivo de los derechos bien diferente del sujeto de derechos colectivos.

2º. Por otro lado, en cuanto se trata de derechos en los que el sustrato subjetivo-individual está mediado por un elemento común, se establecen entre quienes lo comparten unas vinculaciones «debidas», de manera que el derecho no sólo es de «necesario ejercicio colectivo», sino de «ejercicio debido». Y en este sentido, la solidaridad – de clase– entre trabajadores podría entenderse como un *deber* jurídicamente significativo o planteable. Sólo desde estos supuestos puede entenderse que la jurisprudencia (sentencia 254/1988) haya incluido en el derecho de huelga (manifestación primera de la existencia en el derecho de la clase para sí y por tanto arquetípico derecho social) estos otros dos: el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga de un lado, y , de otro, el derecho

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 384

a participar, dentro del marco legal, en acciones *conjuntas* dirigidas a tal fin, si bien, obviamente, eliminando la coacción, amenazas o actos de violencia (sentencia 332/1994).

III. LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL COMPETENCIAL

Si este primer aspecto de la solidaridad como supuesto constitucional desarrollado hasta ahora es, se decía, el que traduce al orden constitucional la función de integración del Estado social, el que se expresa a continuación es el nuevo nivel competencial que alcanza el Derecho constitucional en cuanto traduce la otra función característica del Estado social como es la función interventora.

Desde este punto de vista, el entendimiento constitucional de la solidaridad es el más profundo en sentido literal, en cuanto actúa sobre las causas que originan la necesidad de la solidaridad y que están en el modo de producción capitalista. Ocurre así, en efecto, que la Constitución recoge dos tipos de intervenciones: una sobre los elementos del modo de producción capitalista y otra sobre sus efectos o algunos de sus efectos más perturbadores. Es lo que se desarrollará a continuación.

III.1. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO SOBRE LOS ELEMENTOS DEL MODO DE PRODUCCIÓN CAPITALISTA

La Constitución española es la que, de todas las que configuran el entorno europeo, consagra quizá con más claridad el modo de producción capitalista, lo que no deja de plantear problemas acerca del significado real del pluralismo, por otra parte considerado valor superior del ordenamiento jurídico, en cuanto si no es discutible su vigencia sin limitaciones en el orden ideológico y de la competición política, en el de la realización del mismo a través de políticas económico-sociales planteadas directamente como tendentes a la transformación del sistema, es más dudoso que su instrumentación normativa no planteara problemas de constitucionalidad. Y si esto es así, habría que revisar buena parte de los conceptos que manejamos empezando por el primero de todos como es el de Constitución.

En todo caso, la Constitución identifica a los dos elementos del modo de producción capitalista: la propiedad privada (se entiende de los medios de producción) y el mercado. Sobre cada uno de ellos se prevé constitucionalmente la actuación del Estado social en la forma en que, por ser suficientemente conocida, exponemos muy brevemente.

Sobre la propiedad, la limitación a la que se somete a través de la formulación del principio general de su función social o del sometimiento genérico al interés general (artículo 33.2, 128.1) se concreta en formas espe-

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 385

cíficas como la de posibilitar la estatalización de recursos o servicios esenciales, la intervención de empresas, la expropiación, así como la previsión de formas de reestructuración de la relación fuerzas productivas-relaciones de producción tendente a atenuar la contradicción, como son la propiedad cooperativa, participada o el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (artículo 129.2).

Sobre el Mercado se establecen dos tipos de correcciones: una es el reconocimiento de la iniciativa pública, lo que configura al Estado como sujeto económico capaz de actuar en él sin limitaciones (en lo que es también una típica manifestación del Estado social) y la otra es la Planificación como la más clara corrección del mercado que en la Constitución española se vincula directamente al principio de solidaridad al señalársele como fundamento y objetivos l «atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución», lo que permitiría interpretar el artículo 38 (cuando se encomienda a los poderes públicos la protección del mercado... de acuerdo con las exigencias de la planificación) en el sentido de que debe relativizarse a ella la libertad de empresa y la economía de mercado.

III.2. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO SOCIAL SOBRE LOS EFECTOS DEL MODO DE PRODUCCIÓN CAPITALISTA

La otra forma en que el principio constitucional de solidaridad en la Constitución española actúa sobre el modo de producción capitalista es la que trata de reducir un efecto propio, prácticamente inevitable hasta el punto de que se ha considerado para subrayar esta inevitabilidad como una «ley» y que es el Desarrollo desigual. Pues bien, es desde esta perspectiva desde la que pueden entenderse las referencias constitucionales sobre solidaridad interautonómica (mediada por el Estado) de los artículos 2 y 138 que es el único supuesto constitucional en el que expresa y reiteradamente se hace referencia literal al principio de solidaridad.

Por tanto, esta perspectiva implica que la solidaridad interautonómica sólo puede considerarse como una manifestación propia del Estado social y por tanto en el nivel constitucional su reconocimiento en la forma prevista por los artículos 2 y 138, tiene que vincularse e interpretarse, así como su respectivos desarrollos constitucionales (y obviamente los Estatutos de Autonomía ocupan un lugar preferente) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero, norma de apertura a través de la que «España se constituye como un Estado social».

Esta inclusión por tanto de la solidaridad interautonómica como elemento esencial del Estado social e igualmente del constitucionalismo del Estado social, es un aspecto fundamental no sólo en la estructura del Estado autonómico sino en su proceso de desarrollo, en cuanto el principio de solidaridad es un principio dinámico y progresivo a través del cual se

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 386

realiza de manera destacada esa función promocional que adquiere el derecho en el Estado social y muy particularmente el Derecho constitucional como se verá después; de ahí que tenga que estar presente en toda reforma del sistema que sólo puede abordarse a partir de él, y con vistas a, como es propio del constitucionalismo del Estado social, la optimización de sus pretensiones y (además de que en el caso de la Constitución española, se utiliza reiterada y significativamente tanto en el artículo 2 como en el 138 la fórmula que incorpora la máxima intensidad normativa como es la de «el Estado garantizará»).

Pues bien, resulta sorprendente y debe destacarse que –aunque fuera desde otros planteamientos– esta vinculación entre principio de Solidaridad y Estado social no se encuentra de ninguna manera (ni se menciona) tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucionales españolas.

En ambas, además, predominan los aspectos formales sobre los materiales en el tratamiento de la solidaridad.

En la Doctrina y aparte de alguna perspectiva filosófico-jurídica, se le da un tratamiento básicamente formal-funcional (como principio de distribución competencial y mecanismo equilibrador entre autonomía y unidad; instrumento de colaboración entre las autonomías que incluye la lealtad como expresión del comportamiento autonómico entendiendo que se expresa en el Título I de la Ley 30/92 de régimen jurídico de la administración pública y del procedimiento administrativo; cláusula de cierre del sistema de descentralización; y en todos ellos subyace el de entenderla como una especie de mecanismo de seguridad de la unidad frente a la diversidad) excepcionalmente se le da un contenido material, bien estrictamente económico, bien vinculándolo a la uniformidad o equiparación de las condiciones de vida a través de mecanismos económico-financieros como «contrapunto» a la Autonomía a la que en todo caso sigue. Pero no se menciona al Estado social.

En la jurisprudencia constitucional ocurre lo mismo. Debe añadirse, además, que en este ámbito es escasa y pobre hasta el punto de que el comentario más simple la engrandece pues hay que tener en cuenta que entre las pocas sentencias que existen, ninguna –y aunque el criterio cuantitativo no sea una medida cuando es tan escaso también opera negativamente el paso de la cantidad a la calidad– sobrepasa las tres líneas de dedicación a la cuestión. Se aprecia incluso la intención de soslayarlo pues cuando se plantea (por ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional 85/1984), se rechaza sin ninguna otra consideración. En todo caso podría concretarse el sentido de esta jurisprudencia de la siguiente manera:

A) En el orden formal

a. Se entiende el principio de solidaridad como instrumento de colaboración normativa (STC 18/1982) y de apoyo y lealtad entre Estado y Comunidades Autónomas (STC 96/1986).

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 387

b. Atribuye al Estado la competencia (legislativa) para su realización con finalidades de «coordinación» (STC 183/1988).

c. Pone el acento siempre en su vinculación a lo general (al interés general) más que a lo diferencial sin más especificaciones (STC 64/1990).

B) En el orden material

Se la considera como contenido propio exclusivamente el de su realización a través del fondo de compensación interterritorial.

En todo caso y de nuevo, no hay ninguna referencia que lo relacione con el Estado social.

Sin embargo, sólo desde esta consideración parece que pueda tanto deducirse como explicarse la función constitucionalmente asignada al principio de solidaridad.

Porque como es generalmente aceptado, el Estado social tiene como primera característica definitoria la manera específica en que resuelve la contradicción capital-trabajo (en un determinado nivel de desarrollo histórico del capitalismo desarrollado) a través de la mediación. Pues bien, la solidaridad realiza esta misma función mediadora propia del Estado social en el ámbito concreto de las contradicciones interautonómicas que genera el desarrollo desigual. Es el mismo Estado social –la solidaridad es por eso competencia estatal– actuando en este nivel. De ahí la naturaleza compleja, económico-política, del principio de solidaridad y esta complejidad político-económica es justamente lo que le da su sentido constitucional; pero además, la complejidad se acentúa en un Estado compuesto, en cuanto que la solidaridad es un (pre)requisito (económico o económico-social) para resolver la problemática política. Y aún más en tiempos de reforma del Estado compuesto o autonómico, porque sólo cuando se resuelven o plantean las vías de resolución de la asimetría o desigualdad económico-social se estará legitimado para plantear la asimetría política. La solidaridad así, no sólo es un mecanismo de naturaleza socioeconómica, sino una vía de tránsito político de doble dirección, porque, si de una parte hay primero que afrontar la asimetría socioeconómica, si se elimina ese obstáculo hay muchas menos razones para no admitir la asimetría política. Porque no hay que olvidar que el estudio del Estado compuesto y del federalismo como su manifestación más perfeccionada, es preferentemente empírico, de casos históricos y en el del caso español, el problema no es tanto construir la unidad (de la que se parte de manera consolidada), sino la diversidad. Y éste es el sentido y la lógica expansiva del Estado Autonómico que, una vez previsto constitucionalmente, tiene que desarrollar, naturalmente de manera articulada sus diferencias; no tendría sentido haberlo construido para después tratar de eludirlo. Por eso en este supuesto hablar de un Estado

373-390-Estado autonomico20 3/10/05 14:31 Página 388

compuesto solidario o de un Estado federal solidario, no es añadir un desideratum ético, sino una definición constitucional (como se expresaba al hablar en Alemania del Estado federal operativo, bien distinto por otra parte del que aquí se trata)

Por todo ello, la construcción de un Estado compuesto o federal solidario de las características del español es estructuralmente más complejo en cuanto que a la habitual tensión propia de todo Estado compuesto entre fuerzas centrífugas-fuerzas centrípetas con sus respectivas expresiones político-ideológicas, se añaden las existentes en la base material de las fuerzas centrífugas (tanto la pretensión de las zonas ricas de no servir de nodriza a las zonas pobres como la contraria, de las zonas pobres para dejar de ser «colonia» del conjunto o de las zonas ricas) que exige su configuración en esos dos niveles.

Resulta así que el principio de solidaridad (y la conjugación de la indeterminación constitucional con la exigencia específica de normatividad lo permite y lo exige respectivamente) incluye estos tres ámbitos o se proyecta en estas tres manifestaciones:

1. Por supuesto, el económico-financiero compensatorio al que hace referencia la Constitución contemplado a través del fondo de compensación interterritorial que naturalmente permite nuevos desarrollos.

2. Una distribución más específica de competencias autonómicas en relación con la situación, no ya geográfica, sino socioeconómica, que sean funcionales y correspondientes a los distintos grados de desarrollo, a sus riesgos y exigencias y que podrían sustraerse al régimen general productivo o energético, demográfico, de estructuración social (desarrollo urbano), etc.

3. Una redistribución competencial particularmente importante en cuanto introduce ese elemento dinámico al que antes hacía referencia: el de establecer las relaciones interautonómicas de manera tal que las zonas menos desarrolladas, no ya dejen de serlo, sino que dejen de ocupar en el futuro la situación que ocupan en el presente. Es decir, plantear vías de superación de las relaciones en lo que en la teoría de la dependencia se conocen como centro-periferia. Este ámbito se relaciona con el anterior, pero tiene un significado propio y es probablemente uno de los más problemáticos pues choca con competencias e instituciones privilegiadas tradicionalmente aceptadas (piénsese en el régimen de conciertos), pero es perfectamente exigible no sólo desde supuestos socioeconómicos solidarios, sino porque se refieren a zonas que podrían dar la medida de su real sensibilidad identitaria y si no por otras razones entenderlo como un requisito inexcusable para acceder a la asimetría política.

4. Un espacio real de toma de decisiones compartidas que no es estanco respecto de lo anterior, sino que puede disminuir las tensiones que suscite, pues si este espacio es real puede reducir los problemas competenciales específicos.

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 389

Finalmente, el sistema de solidaridad como principio constitucional culmina con el artículo 9.2 que a estos efectos es una cláusula de cierre en el sentido de que autoriza a actuar cuando las otras dos vías no hayan dado resultado.

Desde este punto de vista suscita una triple consideración:

a. Establece el ámbito de la solidaridad en el que el Estado puede actuar y que es el de las causas que impidan la libertad y la igualdad, vinculándosela por tanto a la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico con la relevancia constitucional que supone esta atribución.

b. Supone la configuración de la solidaridad como elemento definidor del Derecho constitucional dinámico, transformador y beligerante.

c. Relaciona claramente a la solidaridad con la desigualdad, lo que suscita una última consideración: si esto es así, resulta que la solidaridad tal como se ha expuesto, sólo es propia de sociedades (y Constituciones) basadas estructuralmente en la desigualdad. Lo que no quiere decir que en otro tipo de sociedades no fuera necesaria, pero se la configuraría sobre otros contenidos que serían corrección de las desviaciones del principio de solidaridad que sería el supuesto básico de esta situación sociopolítica y jurídica y no mero elemento corrector como en lo que aquí se ha expuesto.

Pese a todo no puede deducirse de lo anterior una desvalorización de ningún tipo de solidaridad. Pese a la perspectiva crítica que aquí se hace, pese a todo debe concluirse con una valoración positiva de todo lo que signifique solidaridad tanto como componente humano en cualquiera de sus formas, como componente siempre presente –como precomprensión– del constitucionalista y del Derecho constitucional.

373-390-Estado autonómico20 3/10/05 14:31 Página 390

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 391

EL FENOMENO DE LA INMIGRACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO[1]

José Antonio Montilla Martos
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Extremadura

I. LA INMIGRACIÓN COMO FENÓMENO TRANSVERSAL EN EL QUE CONFLUYEN TÍTULOS COMPETENCIALES AUTONÓMICOS

El art. 149.1.2 CE incluye a la inmigración entre las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, sin más precisiones. Sin embargo, sabemos que en el devenir del Estado Autonómico el carácter exclusivo de las competencias, tanto estatales como autonómicas, ha sufrido diversos embates, esto es, a la vez que se sostiene la necesidad de una delimitación clara de los ámbitos competenciales que permita determinar a los responsables de cada actuación, el carácter amplio y genérico de las materias, en la forma recogida en la Constitución y los Estatutos de Autonomía, ha provocado inevitablemente su compartición competencial, en un autonomismo que ha querido ser, a menudo sin lograrlo, mas cooperativo que de yuxtaposición[2]. Así, se ha dicho, con razón, que no existen competencias exclusivas de las CCAA pese a los enunciados en los respectivos Estatutos de Autonomía. En todas las materias competenciales que formalmente tienen ese carácter puede intervenir el Estado a través de diversos títulos de alcance horizontal o transversal[3]. Pero, también las competencias exclusi-

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Los derechos de los inmigrantes en España: las funciones de las distintas instancias políticas», financiado por la CYCIT (BJU 2001-2881).

[2] A partir de esta premisa, en el proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se pretende una delimitación más específica de las diversas materias de competencia autonómica de forma que se evite esta inmisión de los títulos competenciales horizontales del Estado. El procedimiento parece lógico pues responde a la función constitucional de los Estatutos de concretar «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución» (art. 147.2 d), esto es, la Constitución establece los límites en los cuales el Estatuto especifica con detalle el ámbito autonómico de actuación. Además, una delimitación clara del reparto beneficia al funcionamiento del Estado autonómico, en cuanto supone limitar la influencia excesiva en este proceso del Tribunal Constitucional, advertida hasta la actualidad, ciñendo su actuación a las cuestiones fundamentales de vulneración del marco constitucional. En cualquier caso, esta delimitación clara no puede dificultar la colaboración en el ejercicio competencial, esto es, no puede suponer la consagración de un autonomismo de yuxtaposición frente al cooperativo sino que la clarificación del reparto debe constituir el punto de partida para el desarrollo de las relaciones de colaboración en el ejercicio competencial.

[3] Valga de ejemplo para comprobar la consagración de esta idea en la práctica el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 10 de marzo de 1998, respecto a la presencia de un representante de las CCAA en la delegación del Gobierno en reuniones del Consejo de Ministros de la Unión Europea. En él se enumeran las competencias exclusivas de las CCAA, más a todas ellas se añade la posible incidencia del Estado a través de diversos títulos.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 392

vas del Estado han sido afectadas por esta tendencia a compartir materias excesivamente genéricas. Como se sabe, en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional los apartados tercero (relaciones internacionales) y quinto (administración de justicia) del art. 149.1 CE no conllevan la reserva exclusiva al Estado de ambos ámbitos, como parece deducirse de su tenor literal, sino que se ha aceptado la intervención autonómica.

El art. 149.1.3 CE menciona la competencia exclusiva del Estado sobre las «relaciones internacionales». Si atendemos a la primera doctrina del Tribunal Constitucional estamos ante una materia «reservada íntegra y exclusivamente al Estado» (STC 1/1982/13). Al atribuirse al Estado con ese carácter, «ninguna Comunidad puede asumir competencias, ni siquiera de ejecución» (STC 1/1982). Sin embargo, esta interpretación expansiva resultó modulada por la jurisprudencia posterior que distingue las «relaciones internacionales», competencia exclusiva del Estado, de la «actividad exterior del Estado», en la que pueden concurrir actuaciones autonómicas. El Tribunal califica al 149.1.3 CE como un título *esencialmente político* y propio de las relaciones entre Estados que no puede impedir el ejercicio de competencias autonómicas siempre que con ello no se comprometa la soberanía nacional, ni se generen responsabilidades del Estado, políticas y económicas, frente a terceros (STC 17/1991). En fin, el Tribunal, matizando el tenor literal del art. 149.1.3 CE, ha optado por distinguir en las actividades con proyección exterior un núcleo material ligado a la actuación tradicional del Estado en el exterior, competencia exclusiva de éste, y las denominadas «actividades con relieve internacional»[4], a las que ya no alcanza la reserva estatal y, en consecuencia, ha aceptado la presencia autonómica en el exterior[5].

Un proceso similar se advierte respecto a la administración de justicia. El art. 149.1.5 CE deja «extramuros del Estado autonómico» esta materia. Pese a ello, los Estatutos de Cataluña y el País Vasco, y luego otros, incorporaron las denominadas «cláusulas subrogatorias» por las que las CCAA podían asumir competencias propias del Gobierno del Estado. Planteado el posible conflicto competencial ante el Tribunal Constitucional, la STC 56/1990 legitimó el reparto funcional en la materia que pretendían

[4] La expresión ha sido traída de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano que en su sentencia número 170 de 1975 distinguía las «actividades de mero alcance internacional» de las «relaciones internacionales propiamente dichas». Recogía la construcción doctrinal elaborada por CONDORELLI en 1975, según el cual *attività di rilievo internazionale* es la expresión de un poder interno que al realizarse excede los límites nacionales, esto es, se proyecta y causa efectos en el exterior, sin que afecte a la unidad del Estado en las relaciones internacionales (L. CONDORELLI, «Le regioni a statuto ordinario e la riserva statale in materia di rapporti internazionali», *Política dei Diritto*, 2, 1973, pp. 233 ss.).

[5] Ciertamente, la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional fue muy criticada por la doctrina hasta el punto que puede presumirse la influencia de esas críticas en la matización de la rígida interpretación inicial. Cfr. estas críticas en A. MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 221 ss.; P. PÉREZ TREMPS, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 62 ss.; G. JAUREGUI BERECIARTU, *La Comunidad Autónoma del País Vasco y las relaciones internacionales*, IVAP, Oñate, 1989, p. 111.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 393

las cláusulas subrogatorias. Así, las funciones de ejecución podían ser asumidas por las CCAA y, por ello, los traspasos alcanzarán a todas las Comunidades Autónomas. Es lo que se ha denominado «administración de la administración de justicia», ámbito competencial que puede ser asumido por las CCAA y les faculta para la gestión del personal no judicial y medios materiales (edificios, medios tecnológicos, etc).

Pues bien, de la misma forma que en los mencionados apartados tercero y quinto del art. 149.1 CE, también en el apartado segundo encontramos una mención genérica a la competencia exclusiva del Estado en inmigración a matizar. Debe apuntarse, en primer término, que no se ha producido la intervención delimitadora del Tribunal Constitucional, esto es, no existen «normas paraconstitucionales de creación jurisprudencial» en las que sustentar un hipotético reparto entre el Estado y las CCAA[6]. Sin embargo, puede afirmarse, como premisa para la reconstrucción dogmática de ese reparto, que no toda actuación pública relacionada con la inmigración es competencia del Estado en cuanto existen títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial que inciden en el fenómeno de la inmigración y a los que no alcanza la competencia estatal.

En consecuencia, la competencia autonómica en inmigración no responde en puridad a ninguno de los dos modelos apuntados. En las relaciones internacionales se advierte que no estamos ante una materia competencial en sentido estricto sino ante una dimensión espacial del ejercicio competencial. Por ello, no se impide cualquier forma de proyección exterior del ámbito competencial autonómico sino que se concreta el alcance de la reserva estatal en la actuación exterior del Estado. En la administración de justicia, se acotan determinadas funciones que, al corresponder al Gobierno estatal, pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, esto es, parecen delimitarse estrictamente las funciones asumibles por las CCAA. En todo caso, el reparto en inmigración se aproxima más al primer supuesto, el de las relaciones internacionales, aún con rasgos peculiares, en cuanto no se trata de una dimensión distinta que alcanza a todos los ámbitos competenciales sino que existen títulos sectoriales autonómicos bien definidos que inciden en el fenómeno de la inmigración. Así, algunas proposiciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en relación a las relaciones internacionales son aplicables a la inmigración pues, aunque por razones distintas, también en este supuesto procede concretar el alcance de la competencia estatal, sin otorgarle un carácter horizontal que invada las competencias sectoriales autonómicas.

Los motivos de la imprevisión constitucional, y estatutaria del reparto competencial en inmigración, y el reconocimiento de una genérica competencia estatal, deben ser interpretados en una perspectiva histórica. En re-

[6] Sobre las características de estas normas, cfr. F. BALAGUER (coord.), G. CAMARA VILLAR, J.F. LÓPEZ AGUILAR, J. CANO BUESO, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, A. RODRÍGUEZ, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2003, segunda edición, vol. I, pp. 131-135

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 394

alidad, el rasgo característico de la inmigración en España no es la cifra total de inmigrantes, aún inferior a la de otros países europeos, sino la abrupta irrupción del fenómeno. Cuando se aprueba la Constitución y los Estatutos de Autonomía la inmigración era un fenómeno apenas perceptible socialmente en España. En ese contexto, a los poderes públicos importaba el control de la regularidad de los extranjeros, para lo que debía ser competente el Estado. Así, los distintos Estatutos de Autonomía excepcionaban sus competencias para reservar la inmigración al Estado y en desarrollo del art. 149.1.2 CE, la LO 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, le atribuía todas las competencias sobre el fenómeno. Como es notorio, la situación se ha modificado radicalmente. A finales de 2003 habitaban en España 1.647.011 extranjeros con tarjeta o permiso de residencia y 2.672.596 según el Instituto Nacional de Estadística, que agrega los datos de los diversos padrones municipales, frente a los apenas 190.000 de 1981[7]. Además, al espectacular incremento numérico se une el carácter estable de la estancia de estos inmigrantes por razones económicas, que pretenden asentarse en España[8]. De la evolución reciente del fenómeno de la inmigración, con el incremento numérico y su asentamiento, deriva que, más allá de las tradicionales cuestiones sobre el control de fronteras o la situación jurídico-administrativa de los extranjeros, la inmigración incide en todos los ámbitos de la vida social pues, al menos en algunos lugares, ha producido una auténtica mutación de la estructura social. En concreto, dada la específica naturaleza de la inmigración económica han adquirido especial importancia los aspectos relacionados con la prestación de servicios sociales: educación, sanidad, asistencia social, vivienda, formación profesional, cultura, etc. que demanda este ingente número de nuevos residentes. Pues bien, estas materias vinculadas a la asistencia social son, fundamentalmente, de competencia autonómica, en algunos supuestos compartida con el Estado, y ese carácter no resulta modificado por el origen de sus destinatarios. En consecuencia, diversos títulos competenciales autonómicos, exclusivos o compartidos, inciden actualmente en la inmigración. La evolución del fenómeno migratorio en España impide mantener su consideración como competencia exclusiva del Estado, pese a la referencia textual, sin matices, del 149.1.2 CE. Este no puede configurarse como un título horizontal de alcance ilimitado, que habilita cualquier actuación pública estatal referida a los extranjeros, pues supondría invadir títulos sectoriales de las Comunidades Autónomas. Por el contrario, en el proceso de integración social de los inmigrantes, los títulos específicos de las CCAA se imponen al genérico del Estado, en el sentido de

[7] Cfr. el siempre lábil asunto de las cifras en el reciente acercamiento de L. Pomed Sánchez, «Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España», en *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 56-60.

[8] Cfr. E. Roig Moles, «Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración: desarrollo y carencias de un modelo en construcción», p. 3 (ejemplar mecanografiado aún no publicado). Agradezco a su autor que me haya proporcionado este interesante trabajo.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 395

la doctrina constitucional de la STC 71/1982, e impide la expansión de la competencia estatal a ese ámbito.

La propia LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LODLEXIS), ha reconocido, siquiera tímidamente, la competencia autonómica, y también local, en la integración social y laboral de los inmigrantes cuando en su art. 68 plantea la «adecuada coordinación de las actuaciones de las administraciones públicas *con competencia sobre la integración*».

Con estas premisas, pretendemos apuntar los elementos básicos del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en inmigración, sin posibilidad de adentrarnos en la concreción de sus distintos rasgos. El esquema de reparto que se atisba, como presupuesto de partida, es el siguiente.

El Estado conserva la competencia exclusiva sobre lo que podemos denominar la situación jurídico-administrativa del inmigrante. Son los aspectos relacionados con la entrada y salida de extranjeros y las autorizaciones administrativas de trabajo, estancia y residencia, reguladas en el Título II de la LODLEXIS bajo el epígrafe de «régimen jurídico de los extranjeros», así como las infracciones y sanciones del Título III de la LODLEXIS. Este es el «núcleo duro» que conforma la materia «inmigración» de competencia exclusiva del Estado y se identifica con el *contenido tradicional* del derecho de extranjería, trasladando el esquema utilizado por el Tribunal Constitucional en relación a las relaciones internacionales[9]. Las incidencias autonómicas en este ámbito competencial del Estado derivan de sus títulos sobre ejecución laboral, con necesario reflejo en la gestión de los permisos de trabajo, y la competencia en materia de policía, que algunas Comunidades Autónomas han configurado como «integral». Debe tenerse en cuenta, aunque no podemos detenernos en ello, la acentuada *europeización* de estos aspectos de la inmigración en los últimos años, concretado en numerosas Directivas[10], y

[9] Recordemos que la STC 165/1994 limitaba el alcance del art. 149.1.3 CE como título competencial del Estado en negativo pues «las relaciones internacionales, en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior» (FJ 6), pero también en positivo cuando indica que «el objeto de esta reserva son las relaciones de España con otros estados independientes y soberanos, el aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las organizaciones gubernamentales (…), las materias características del ordenamiento internacional cuales son las relativas a la celebración de tratados, y la representación exterior del Estado, así como la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad internacional del Estado» (FJ 5).

[10] Así pueden mencionarse la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, sobre el Derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2001/40/CE, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; la Directiva 2004/82/CE del Consejo, sobre obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de expedición de permiso a nacionales víctima de trato de seres humanos; la Directiva 2003/9/CE del Consejo, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 396

que ha encontrado su reconocimiento expreso en los arts. III-265 y III-267 del Tratado constitucional para Europa[11].

Pero, trascendiendo este ámbito de competencia exclusiva del Estado, la prestación de servicios públicos a los inmigrantes en ejercicio de sus derechos sociales (educación, sanidad, vivienda, servicios sociales, cultura) no se vincula al art. 149.1.2 CE sino a diversos títulos sectoriales materiales de las Comunidades Autónomas, aun con el reconocimiento de la competencia estatal para determinar las bases en algunos supuestos (sanidad, educación, seguridad social). Por ello, aunque la Constitución no reconoce a las CCAA competencia alguna sobre el fenómeno de la inmigración ni introduce limitación expresa a la competencia estatal, el *principio de no alteración del reparto competencial* impone una interpretación que respete los títulos autonómicos de carácter sectorial (enseñanza, cultura, sanidad, asistencia social, vivienda, etc.), con incidencia en el fenómeno migratorio, que determinan primariamente el proceso de integración social de los inmigrantes. También los municipios tienen facultades en materia de gestión de vivienda, servicios sociales y de promoción y reinserción social en virtud de la Ley de Bases de Régimen Local, además de su importante posición funcional al tratarse de la primera administración con la que habitualmente entran en contacto los inmigrantes.

Parecen conformarse, en consecuencia, dos ámbitos diferenciados: por un lado, la situación jurídico-administrativa del inmigrante, de exclusiva competencia estatal; por otro, su integración social, de competencia esencialmente autonómica y, en determinados supuestos, habilitación estatal para establecer las bases. De esta forma, cada Administración procura cumplir las responsabilidades que les afectan: control de fronteras y gestión de permisos e infracciones para el Estado y prestación de servicios sociales para las CCAA.

Sin embargo, debe apuntarse ya que esta estricta separación produce disfunciones. El Estado determina de forma exclusiva el estatuto jurídico del inmigrante pero la prestación de servicios públicos, inescindible, por tanto, de dicho marco jurídico, compete a las Comunidades Autónomas. La absoluta exclusión de las Comunidades Autónomas del proceso

[11] En virtud del art. III-265.2 «la ley o ley marco europea establecerá las medidas relativas a: a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período; d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Además, según el art. III-267.2 «la ley o ley marco europea establecerá las medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición de los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños».

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 397

delimitador del marco jurídico del inmigrante dificulta el adecuado ejercicio prestacional. Recuérdese que la LODLEXIS diferencia los derechos sociales de los inmigrantes en atención a su diversa situación administrativa (residentes, inscritos en el padrón o que simplemente se encuentren en España) o situaciones jurídicas como el arraigo determinan la actuación de la administración autonómica, esto es, las políticas públicas de inmigración no pueden separar la garantía de prestaciones sociales a los inmigrantes de su situación administrativa pues las diversas acciones emprendidas por los poderes públicos están completamente mediatizadas por su situación actual o las posibles expectativas de cambio[12]. En el mismo sentido, también en la gestión de las distintas autorizaciones y permisos resulta disfuncional la exclusión autonómica. Así, por ejemplo, las autorizaciones para trabajar se conceden en virtud de un contingente distribuido por las diversas CCAA, pero con una limitada participación de éstas en su fijación y absoluta exclusión en la gestión cuando son estas CCAA las que deben recibir a esos trabajadores extranjeros y prestarles los correspondientes servicios sociales.

Son supuestos sobre los que volveremos luego pero que han sido mencionados para mostrar las insuficiencias del apuntado reparto competencial y, por ende, la necesidad de reconfigurar las respectivas tareas del Estado y las CCAA en inmigración con dos objetivos que permitan atajar las disfunciones advertidas: concretar el reparto entre el Estado y las CCAA en la integración social del inmigrante, a partir de su carácter autonómico, y el reconocimiento de cauces de participación autonómica en la determinación estatal del régimen jurídico del inmigrante. A ese empeño dedicamos los dos apartados siguientes.

II. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES

II.1. EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS CON LOS CONDICIONAMIENTOS EUROPEO Y ESTATAL

Hemos comprobado, por tanto, que en el proceso de integración social del inmigrante debe respetarse el reparto competencial derivado del bloque de la constitucionalidad. Determina éste la competencia autonómica en la prestación de derechos sociales. Que sus destinatarios sean inmi-

[12] Indica con razón E. Roig que «la realización de esfuerzos y actividades en materia de formación de extranjeros, la instrumentación de mecanismos de asistencia social con el objetivo siempre situado en la integración del extranjero en el mercado laboral y su progresiva emancipación de la ayuda social, las políticas de vivienda, etc. resultan por completo carentes de sentido, frustradas y frustrantes si el extranjero no obtiene o no puede obtener la regularización de su situación y una razonable estabilidad en la misma» (E. Roig Molés, «Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de inmigración», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14, 2002, p. 201).

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 398

grantes no altera, como hemos destacado, ni la titularidad ni el ejercicio competencial. Por ello, resulta obvio, reiteramos, que las Comunidades Autónomas tienen facultades competenciales que inciden en el fenómeno de la inmigración en virtud de sus títulos en educación, sanidad, vivienda, asistencia social, empleo o cultura y, por tanto, pueden diseñar políticas públicas para hacer efectiva la integración social de los inmigrantes.

Ello no significa que las políticas públicas autonómicas sean incondicionadas en un ámbito normativo en el que resultan imbricados tres ordenamientos diversos. También el ordenamiento europeo y el estatal tienen capacidad de intervención en este proceso.

La incidencia europea en inmigración se ha concretado específicamente en el control de flujos de entrada y en la situación jurídico-administrativa de los inmigrantes (reagrupación familiar, residencia, lucha contra el trato de personas, expulsión, asilo, etc.), como denotan las Directivas antes mencionadas[13] y consagran los artículos 265 a 267 del Tratado constitucional. Sin embargo, también de forma reciente, el poder público europeo se ha preocupado por la integración de los inmigrantes, inicialmente a través de Comunicaciones de la Comisión[14]. El Consejo Europeo de Salónica de junio de 2003 recoge el planteamiento global de la Comisión y considera la necesidad de una política global y multidimensional sobre la integración de los inmigrantes. En ese sentido, define la integración como un proceso continuo y bidireccional y plantea la conveniencia de concretar principios básicos comunes en esta materia. En fin, esta política europea, cada vez más determinada, enmarca las políticas públicas autonómicas. En todo caso, la incidencia europea en integración será aún limitada pues, según el Tratado constitucional, la competencia de la Unión es de apoyo, coordinación y complemento, sin sustituir la competencia de los Estados y sin conllevar armonización alguna de las disposiciones legales o reglamentarias (art. 267.4 en relación al 12.5 del Tratado constitucional)[15].

---

[13] *Vid.* nota 10.

[14] En concreto, la Comunicación de la Comisión Europea sobre «inmigración, integración y empleo», de 3 de junio de 2003, pretende profundizar en la configuración de un enfoque global sobre la integración de los inmigrantes en Europa a partir de tres objetivos: atender a las conclusiones de Tempere, revisando las prácticas y experiencias sobre políticas de integración; examinar el papel de la inmigración en un contexto de envejecimiento de la población europea para lograr combinar crecimiento económico con la creación de empleo y la cohesión social y delimitar sobre estas bases las prioridades y orientaciones políticas para promover la integración de los inmigrantes. La Comisión identifica seis elementos clave para conformar un enfoque integral y multidisciplinar de la integración: integración en el mercado de trabajo (prevenir la concentración de mano de obra inmigrante en empleos sumergidos y de baja calidad), educación y habilidades linguísticas (aprender la lengua del país de acogida, educación infantil y transmisión de valores), vivienda (acceso a vivienda digna y evitar la concentración en zonas urbanas deprimidas), sanidad y servicios sociales (acceso a la atención sanitaria y social, formación del persona que trabaja en dichos servicios) entorno social y cultural (implicación de los inmigrantes en la vida social), nacionalidad, ciudadanía y respeto por la diversidad (acceso a nacionalidad, potenciar su participación política).

[15] Según el art. 267.4 CEu «la ley o ley marco europea podrá establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 399

No obstante, más allá de esta incidencia de la política europea, el Estado condiciona desde distintos cauces las políticas públicas autonómicas sobre integración social del inmigrante.

En primer lugar, resulta evidente que en algunas de las materias competenciales vinculadas a la integración, el Estado tiene competencia para establecer las bases en virtud de diversos títulos sectoriales del art. 149.1 CE como educación, sanidad o régimen de seguridad social, por lo que establecerá los criterios fundamentales en el desarrollo de este proceso. En otras materias competenciales, como vivienda o asistencia social, la presencia de un título competencial del Estado es más discutible, si rechazamos, como hemos hecho más atrás, el alcance horizontal y genérico del art. 149.1.2 CE. Pueden aducirse en determinados supuestos, aunque de forma restrictiva y casuística, títulos horizontales expresamente aceptados por el Tribunal Constitucional como la ordenación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE)[16].

Por tanto, el Estado cuenta con títulos competenciales que le permiten regular las prestaciones sociales brindadas a los inmigrantes en toda España y las condiciones en que se les otorgan. El problema estriba en que la LODLEXIS no presupone el carácter autonómico de este ámbito competencial y la hipotética intervención básica estatal sino a la inversa, su carácter estatal en virtud de un título horizontal del Estado, con la intervención concurrente de las CCAA. Así, el legislador orgánico establece el régimen de ejercicio de los derechos sociales por los inmigrantes en sus arts. 9 (derecho a la educación), 10 (Derecho al trabajo y a la seguridad social), 12 (derecho a la asistencia sanitaria), 13 (derecho a ayudas en materia de vivienda) y 14 (derecho a los servicios sociales), distinguiendo diversos estatutos en función de su situación administrativa[17] y plantea la

---

de terceros países que residan legalmente en su territorio», pero añade expresamente que «con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Aunque estamos ante una competencia de apoyo, coordinación y complemento, según la clasificación del art. 12 del Tratado Constitucional, el art. 17 olvida esa materia al enumerar las competencias de ese tipo de la Unión.

[16] El Tribunal Constitucional ha exigido algunas condiciones para aplicar este título competencial. En un sentido genérico se ha referido a una efectiva dirección de la política económica (STC 313/1994), pero en otro, más concreto, ha establecido el criterio de la «trascendencia económica de la materia» (STC 115/1991), más allá de eventuales efectos económicos (STC 306/2000). Incluso, el Tribunal Constitucional parece elevar el nivel de exigencia en fechas más recientes pues no se conforma con al trascendencia económica general, sino que requiere la específica, para aceptar la competencia horizontal del Estado (SSTC 45/2001/8 y 95/2001/3).

[17] El RD 2393/2004 introduce algunas novedades en esta interrelación entre situación administrativa y prestaciones sociales al reconocer a los inmigrantes empadronados menores de edad el derecho a la enseñanza no obligatoria, ampliando de esta forma lo dispuesto en el artículo 9.3 LODLEXIS, que la reconoce sólo para los residentes (Disposición adicional décimocuarta). Sin duda, no es lugar más adecuado para incluir esta previsión. Además, su redacción no es la más adecuada. De la utilización de la expresión las administraciones educativas, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación «podrán facilitar», parece deducirse que no esta estableciendo un contenido mínimo de carácter básico que deba ser respetado por todas las CCAA sino, simplemente abriendo una posibilidad. Interpretado de esta forma resulta superfluo pues, como expondré más

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 400

necesidad de consensuar la política global sobre integración en un foro de coordinación en el que estarán representados el Estado, las CCAA y los municipios: el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Ese tratamiento del reparto competencial en materia de integración social de los inmigrantes derivado de la LODLEXIS tiene perfiles discutibles. La crítica no radica, por tanto, en la apelación al ejercicio compartido que, como explicamos después, resulta aconsejable en esta materia, sino en que, como hemos indicado, presume la existencia de un título horizontal del Estado en inmigración, del que, en puridad, carece. Según la Disposición Final Cuarta, el Estado interviene en este ámbito inicialmente autonómico a través de dos vías que habilitan su expansión: en desarrollo del art. 81 de la Constitución y, en los derechos sociales no reservados a ley orgánica, en virtud de la competencia reconocida al Estado por los arts. 149.1.1 CE o 149.1.2 CE. En realidad, un repaso somera basta para afirmar que ninguno de estos preceptos constitucionales justifica la inmisión del Estado en el ámbito competencial autonómico.

En primer lugar, la distinción entre preceptos orgánicos y no orgánicos se imbrica con el título competencial presumiendo que los orgánicos corresponden a la competencia del Estado. Sin embargo, el art. 81 CE no es un título atributivo de competencias, aunque en algunos casos el Tribunal Constitucional le ha atribuido ese carácter. La STC 137/1986 es la referencia habitual para negar alcance competencial a la reserva de ley orgánica[18]. Por ello, en lo que ahora nos afecta, la competencia estatal para regular los derechos educativos de los inmigrantes deriva de la facultad para establecer las «normas básicas» en el desarrollo del art. 27 CE (art. 149.1.30 CE), pero no de la reserva a ley orgánica del desarrollo de ese precepto (art. 81 CE). En segundo lugar, la utilización del art. 149.1.1 CE para reconocer al Estado capacidad de actuación en aras de definir las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los derechos de los inmigrantes resulta sumamente discutible siquiera sea porque, más allá de sus limitaciones aplicativas, supone contradecir su dicción literal, que se refiere expresamente a «los españoles»[19]. No parece preciso adentrarse en su compleja configuración dogmática pues la propia literalidad impide su aplicación para garantizar la igualdad de los inmigrantes en el ejercicio de sus derechos en todas las partes de España[20].

---

adelante, el tratamiento de los derechos sociales de las inmigrantes que efectúa la LODLEXIS debe ser considerado un contenido mínimo que podrá ser ampliado por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias.

[18] Cfr. sobre esta cuestión, E. Roig Moles, «Autonomía…», cit. pp. 204-205; L. Diez Bueso, «El marco…», cit. pp. 195-196.

[19] Cfr. en este sentido, P. Santolaya Machetti, «Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 8/2000», en P. Santolaya Machett (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 438.

[20] Parece claro que la facultad que otorga este precepto al Estado no puede identificarse con la facultad para establecer las bases, al menos tras la STC 61/1997, en la que se indica expresamente

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 401

Finalmente, debemos recordar que, como se anotaba antes, el art. 149.1.2 CE no aporta al Estado nuevas facultades competenciales en materia de derechos sociales, en cuanto títulos específicos. La materia competencial inmigración, de titularidad estatal, no se confunde con el fenómeno inmigración en el que concurren competencias autonómicas, precisamente en relación a los derechos sociales. El título estatal sobre inmigración no le permite ejercer competencias sobre sanidad, vivienda o asistencia social sino que se concreta en los aspectos más tradicionales de la extranjería que, en virtud de su vinculación al orden público y a la organización política, han sido reservados al Estado.

En definitiva, el Estado cuenta con títulos competenciales para regular la integración social de los inmigrantes pero no a través de títulos horizontales, como pretenden interpretarse el art. 81 CE, el art. 149.1.1 CE o el 149.1.2 CE, sino de títulos sectoriales que le permiten determinar las bases. Por ello, habrá que analizar en cada supuesto la capacidad de actuación del Estado. La cuestión es importante pues supone la delimitación del ámbito de complemento normativo que corresponde a las CCAA.

Con la dificultad aneja al casuismo que ha regido la actuación del Tribunal Constitucional podemos señalar que corresponde al Estado dictar el mínimo normativo común, lo que permite a las CCAA establecer niveles más altos de protección o de reconocimiento de derechos sociales[21]. Así, los derechos sociales que se reconocen en la Ley Orgánica, cuando el Estado tiene título competencial para determinar las bases (sanidad o educación, por poner dos ejemplos señeros) suponen un estatus mínimo que todas las CCAA deben reconocer a los inmigrantes a partir del cual puede preverse el complemento normativo autonómico pues el legisla-

---

que este título competencial «no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo». También parece superada la concepción que lo identificaba con una apelación al trato igual. Aunque no resulta fácil concretar su efectivo alcance si parece evidente que no se puede identificar con la identidad de las posiciones finales de todos los ciudadanos, esto es no impone un tratamiento uniforme en todo el territorio del Estado. Así, señala la STC 109/2003/10 que «el título competencial del Estado *ex* art. 149.1.1 CE no opera como una norma que materialmente y por sí sola imponga la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sino que es un precepto que atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen dicha igualdad». Cfr. un análisis del sentido actual del art. 149.1.1 CE en J. BARNES VÁZQUEZ, «Legislación básica y artículo 149.1.1 CE», *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Publico, Barcelona, 2004, pp. 816-828.

[21] Es, como resulta conocido, la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en la STC 102/1995 en relación al medio ambiente, en la que se permite la introducción de normas adicionales de protección. En defensa del traslado de esta doctrina a los restantes sectores materiales, cfr. F. CAAMAÑO, «El abandono de lo básico: estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2000, pp. 109-111. En sentido contrario puede mencionarse la doctrina de la STC 149/1991, en la que al enjuiciar la Ley de Costas, con el parámetro justamente de la materia competencial protección del medio ambiente (art. 148.1.9 CE), el Tribunal acepta la constitucionalidad de numerosos preceptos cuestionados por su excesivo detallismo que elimina una mínima posibilidad de actuación para las CCAA. No obstante, conviene recordar que el Tribunal ha reconocido de forma expresa la evolución jurisprudencial pues en la propia STC 102/1995 indica que «debía apartarse en este punto de lo afirmado en la STC 149/1991».

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 402

dor autonómico tiene la facultad de adicionar pautas normativas propias a la legislación básica del Estado, bajo la condición de no contravenir el contenido mínimo básico. Por ello, en ejercicio de sus competencias para determinar las prestaciones sociales, las CCAA pueden ampliar el alcance de los derechos sociales reconocidos a los inmigrantes en virtud de las diversas situaciones administrativas. Así se ha hecho, aun de forma tímida, en algunas CCAA. En Cataluña el RD 188/2001, de los extranjeros y su integración social, al regular los derechos sociales de los extranjeros reconoce el acceso al derecho a la educación no obligatoria y a los centros de adultos a los extranjeros empadronados cuando el 9.3 LODLEXIS menciona sólo a los residentes[22]. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 4 de noviembre de 2004, ha anulado esa previsión normativa, concibiendo a la inmigración como una competencia exclusiva del Estado, por lo que la Comunidad Autónoma debe «respetar el estatuto jurídico diseñado por la norma estatal». En definitiva, el Tribunal catalán extiende el alcance del art. 149.1.2 CE de forma absoluta a todo el fenómeno de la inmigración, excluyendo una posible competencia autonómica. Como se deduce de lo expuesto en estas páginas, es una interpretación rechazable, que esperemos sea corregida por otras instancias jurisdiccionales, en cuanto vulnera la competencia autonómica en educación, que no resulta excluida por que se preste a inmigrantes. En la materia educación, ubicada en el ámbito de la integración social, el Estado establece el contenido mínimo uniforme de los derechos educativos de los inmigrantes en toda España (art. 9 LODLEXIS) pero, a su vez, la Comunidad Autónoma puede ampliar estas prestaciones en ejercicio de sus facultades de complemento normativo. Por otro lado, en esa misma línea de extensión de las prestaciones sociales, en Andalucía se ha reconocido el derecho a la asistencia sanitaria, con la obtención de la correspondiente tarjeta, a los extranjeros no empadronados, en virtud de un acuerdo entre la administración autonómica y las organizaciones no gubernamentales, cuando el art. 12 LODLEXIS lo restringe a los «inscritos en el padrón». En este supuesto, lo rechazable es que la extensión autonómica de los derechos sociales se efectúe a través de un mero acuerdo político. Entendemos que debe contenerse en una fuente normativa, idealmente en una ley autonómica.

En conclusión, sostenemos la posibilidad de que las Comunidad Autónomas reconozcan a los inmigrantes derechos sociales no previstos en la regulación estatal en virtud de su situación administrativa, siempre que se respeten las bases estatales, como contenido mínimo uniforme, y se haga también a través de normas jurídicas, especialmente a través de la ley autonómica.

---

[22] Recuérdese que la Disposición Adicional decimocuarta del RD 2393/2004 menciona el derecho de los menores empadronados a la educación no obligatoria, aunque hemos rechazado que ese reconocimiento de derechos se efectúe en un reglamento en lugar de en una ley orgánica.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 403

No obstante, junto a la competencia para determinar las bases, la intervención del Estado en el proceso de integración social del inmigrante también deriva del propio deber constitucional de colaboración. Es conocido que el Tribunal Constitucional ha definido el sentido positivo de ese deber en virtud del cual tanto los poderes centrales como los autonómicos deben permitir o facilitar el adecuado cumplimiento de las responsabilidades que incumben a cada parte en el ejercicio de las competencias. Es un deber constitucional que vincula a las distintas instancias políticas y no altera el reparto competencial, sino que incide únicamente en las modalidades de ejercicio (SSTC 80/1985/2; 152/1988/11). A mi juicio, ese deber de colaboración tiene un sentido específico en el proceso de integración social de los inmigrantes. El espectacular incremento de inmigrantes beneficiarios de derechos sociales en un breve espacio de tiempo ha modificado de forma notable las dimensiones y, en consecuencia, las necesidades financieras de determinados servicios públicos como asistencia social, educación, política de vivienda o asistencia sanitaria. La inversión que deben efectuar las CCAA, y los municipios, titulares de la competencia sobre estas materias desborda las posibilidades financieras de estas administraciones con el riesgo de deterioro en la prestación del servicio o incluso el incremento de la sensación de discriminación de los nacionales beneficiaros de los mismos servicios. En esta situación, más allá de plantear la incorporación de la atención a inmigrantes a las variables de determinación de las necesidades financieras de las CCAA y, por tanto, al propio sistema de financiación de las mismas[23], el sentido positivo del deber de colaboración del Estado conlleva en este supuesto una auténtica obligación jurídica en un Estado autonómico cooperativo[24]. El Estado no puede limitarse a ejercer su ámbito competencial específico, la ordenación de mínimos a la que antes nos referíamos, sino que debe prestar la colaboración a las CCAA para atender al carácter sobrevenido de estos costes financieros. En ese sentido, el deber de colaboración se concreta en la suscripción de convenios de colaboración en los que se garantiza la aportación financiera del Estado en la atención social a los inmigrantes, pero lógicamente, en su envés, esta aportación de fondos a la administración competente para la gestión de los servicios sociales puede llegar a condicionar su actuación[25].

En conclusión, en el marco competencial descrito, en el que las políticas públicas autonómicas de integración social de los inmigrantes resultan

---

[23] Cfr. en este sentido, E. Roig Moles, «Autonomía…», cit. p. 209.

[24] El sentido que otorgo a este autonomismo cooperativo es el que expone J. Corcuera Atienza en «Autonomismo cooperativo y autonomismo competitivo: Aquiles y la tortuga», *Sistema*, 118-119, 1994.

[25] Cfr. sobre esta cuestión, E. Roig Moles, «Relaciones intergubernamentales…», cit. p. 10. Especialmente a partir del año 2000 abundan los convenios sobre asistencia a inmigrantes enmarcados en la competencia autonómica sobre asistencia social. Así, los convenios «para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados». Sobre las características de estos convenios, *ibidem*, pp. 12-14.

391-426-Estado autonómico21 3/10/05 14:39 Página 404

condicionadas por el Estado tanto desde una perspectiva competencial, a través de las bases estatales, como en la práctica política, a través de la financiación adicional aportada, resulta preciso articular mecanismos e instrumentos de colaboración en aras de una adecuada ejecución de las políticas públicas de integración social en las que concurren distintos ámbitos materiales y administraciones implicadas, que deben complementar su actuación. Ocurre que encontramos dos óbices fundamentales en la configuración de esa política de integración en España, que deben ser resueltos en los próximos años:

1) el deficiente funcionamiento del foro de colaboración previsto por la LODLEXIS en el ámbito de integración social y laboral de inmigrantes: el Consejo Superior de Política de Inmigración, en el que están representados el Estado, las CCAA y los municipios y;

2) la descoordinación vertical y horizontal de los instrumentos utilizados para el desarrollo de las políticas públicas de inmigración: los denominados planes de inmigración.

II.2. EL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMO ÓRGANO DE COLABORACIÓN ENTRE EL ESTADO, LAS CCAA Y LOS ENTES LOCALES EN LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE INMIGRANTES

La LO 4/2000 ha intentado atender a la necesaria coordinación en la actuación de las administraciones con competencia en integración social de inmigrantes mediante la creación de distintos lugares de encuentro, a los que ha dotado de funciones específicas, como el Foro para la integración social de los inmigrantes, las Subcomisiones previstas en el seno de las Comisiones bilaterales de cooperación o, especialmente, el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Este Consejo se ha convertido *ope legis* en el esencial foro de colaboración interadministrativa para la integración social[26]. Su finalidad, según la propia Ley (art. 68) y el RD 344/2001, de 4 de abril, que lo desarrolla, es establecer las bases y criterios sobre las que se asentará la política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes. Estamos, en consecuencia, ante un órgano de colaboración de los previstos en el art. 5 de la Ley 30/1992, en un sector en el que existen distintas administraciones implicadas que ejercen competencias. Se trata, en fin, de una Conferencia Sectorial con dos peculiaridades: están representados también los municipios, pues tienen importantes competencias en este proceso[27],

[26] No es un fenómeno exclusivo de España, en otros Estados descentralizados como Bélgica se ha creado también una Conferencia Interministerial de política migratoria que reúne a los representantes de todos los gobiernos implicados llamada a desarrollar la necesaria cooperación de los diferentes niveles de poder. Cfr. P. De Bruycker, «Informe sobre el derecho de inmigración en Bélgica».

[27] También en su composición resalta la presencia de diversos representantes estatales, en virtud de las áreas de actuación afectadas por el fenómeno migratorio y, especialmente, que la Presidencia

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 405

y este órgano de colaboración ha sido expresamente previsto por el legislador orgánico, como hemos comprobado.

En cualquier caso, existe unanimidad en que el Consejo no ha logrado convertirse en el órgano de coordinación multilateral de las políticas de integración social de los inmigrantes[28]. Los defectos que han impedido esta actuación efectiva son tanto normativos como de funcionamiento práctico. En el primer sentido, pese a que la propia Ley Orgánica menciona algunas de sus funciones y tareas, su concreción normativa en el RD 344/2001 y en el desarrollo reglamentario de la LODLEXIS ha sido deficiente. Sorprende, por ello, que el RD 2393/2004, que aprueba el nuevo Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, no haya procurado atender a esta situación. Como se sabe, el desarrollo del Título IV no se contiene en el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sino en un paquete de reglamentos específicos aprobados en 2001[29]. Acaso hubiera sido una buena oportunidad para integrarlos en el desarrollo general de la Ley, actualizándolos y concretando sus funciones en el proceso de integración social, a partir del constatado fracaso de su configuración actual. Más allá de su ubicación formal, distintos aspectos sustantivos merecerían un reconocimiento normativo para asegurar su eficacia. Son, por ejemplo, la interrelación con otras Conferencias Sectoriales directamente afectadas por el fenómeno migratorio (educación, sanidad, vivienda, asuntos sociales, etc.) o la previsión expresa de un segundo nivel administrativo que garantice la continuidad de los trabajos del Consejo, más allá de sus reuniones periódicas, y, con ello, una efectiva interrelación administrativa[30]. Además, su funcionamiento no ha generado una dinámica de interrelación del Estado y las CCAA, acaso con la excepción de su participación en el contingente de entrada de trabajadores. Así, los grupos de trabajo creados en su seno no han tenido apenas actividad y no se conocen impulsos específicos a las relaciones de colaboración que procedan de este órgano de coordinación multilateral. Su actuación se

---

la ostente la Secretaria de Estado de Inmigración. Estamos ante un órgano muy concurrido, que cuenta con representantes de los diversos Ministerios, con rango mínimo de Director General, de cada una de las CCAA y las Ciudades Autónomas, más diez representantes de entidades locales, designados por la Federación Española de Municipios y Provincias.

En cuanto a su funcionamiento, adopta sus acuerdos por mayoría simple de sus miembros presentes y se rige, con carácter general, por las normas establecidas para la actuación de los órganos colegiados reguladas en el capítulo II, titulo II de la Ley 30/1992.

[28] Cfr. L. DIEZ BUESO, «El marco…», cit. p. 182.

[29] Se ha dicho con razón que el título IV denominado «coordinación de los poderes públicos» se ha convertido «en una especie de cajón de sastre donde bajo un título genérico (coordinación) se regulan diferentes cuestiones que afectan no ya a los extranjeros como un conjunto de extranjeros como un conjunto de personas más difuso, sino a los inmigrantes de forma particular. Por ello la nueva ley es también un intento de establecer un régimen jurídico administrativo común para la inmigración, si bien esto aún está bastante lejos de ser una realidad» (R. BARRANCO, «Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración», en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 955.

[30] Cfr. ambas cuestiones en E. ROIG, «Relaciones intergubernamentales…», cit. p. 26.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 406

ha limitado a un esporádico intercambio de información y debate de las distintas cuestiones referidas a la inmigración.

En verdad, la situación no es distinta a la advertida en los restantes foros de encuentro interadministrativo en el Estado autonómico. Como se sabe, en España no se ha consolidado una «cultura de la colaboración»[31]. En este ámbito se hace más visible porque los instrumentos de colaboración han sido específicamente previstos en una Ley Orgánica. Sin embargo, más allá de las previsiones normativas, debemos asumir la necesidad política de que las distintas instancias consideren la colaboración un cauce para atender problemas comunes de carácter funcional. En este supuesto, asumido que Estado y CCAA tienen facultades competenciales en la integración social de inmigrantes, el Consejo Superior de Política de Inmigración debe funcionar en el futuro como un órgano mixto de colaboración, con funciones deliberativas, que permita el establecimiento formal de un canal permanente de comunicación, a fin de adoptar acuerdos para lograr una orientación unitaria de las actuaciones respectivas de las distintas administraciones. No se trata, en todo caso, de una coordinación unilateral del Estado pues para ello se requiere un título competencial del que carece en este supuesto[32], sino una coordinación voluntaria de carácter bilateral, de mutuo acuerdo y sin alterar el reparto competencial, esto es, como una modalidad del principio de colaboración. El Estado no debe coordinar a las distintas administraciones que tienen competencia en inmigración sino que, en un sentido distinto, las diversas políticas públicas referidas a la integración social de los inmigrantes deben ser coordinadas, como una modalidad de colaboración. La coordinación producida en ese sentido no vulnera el principio de indisponibilidad de las competencias pues las partes optan por colaborar en el ejercicio competencial, manteniendo incólume la distribución de los ámbitos y capacidades de actuación en virtud de la titularidad de sus respectivas competencias. En ese sentido, para una adecuada política de integración social de inmigrantes, el Consejo Superior de Política de Inmigración debería ser regulado y tener un funcionamiento efectivo que permitiera esa coordinación voluntaria en el proceso de integración social[33].

---

[31] Sobre la importancia de una cultura política proclive a la colaboración, cfr. G. CÁMARA VILLAR, «El principios y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *ReDCE,* 1, enero-junio 2004, pp. 208-209.

[32] De lo dicho en el anterior apartado deriva que rechazamos que del art. 149.1.2 CE pueda derivar una competencia de coordinación unilateral que no está constitucionalmente prevista. Por ello no estamos ante un órgano insertado en la Administración general del Estado y en el que participan las CCAA como ocurriría de aceptarse la competencia estatal también en materia de integración social de los inmigrantes.

[33] Cfr. sobre ese entendimiento de la coordinación que hemos aplicado a la integración social de los inmigrantes, E. ALBERTÍ ROVIRA, «La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *DA*, 230-231, 1992.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 407

II.3. LOS PLANES DE INMIGRACIÓN COMO INSTRUMENTO EN LA POLÍTICA DE INTEGRACIÓN SOCIAL

En la práctica política, las actuaciones de ambas administraciones para el ejercicio de sus competencias en integración social de inmigrantes se han vehiculado a través de los denominados planes de inmigración, convertidos en instrumentos de ejecución de las políticas públicas. Los planes tienen rasgos que los hacen especialmente adecuados para atender al fenómeno de la integración social de los inmigrantes pues en pocos ámbitos resulta tan necesario un adecuado diagnóstico de la situación, una delimitación clara de los objetivos y prioridades y un sistemático programa de acciones concretas[34]. Con éstos se pretende un enfoque global de la política de integración social, a partir de la ordenación sistemática de las diversas actuaciones previstas. Ciertamente, más allá de la descoordinación horizontal y vertical, a la que nos referimos más tarde, la experiencia debe ser valorada de distinta forma en el ámbito autonómico y estatal. Mientras el plan estatal apenas ha aportado nada al proceso de integración, en los planes autonómicos de inmigración concurren aspectos manifiestamente mejorables con otros rasgos positivos.

El Estado aprobó un Programa Global de regulación y coordinación de la extranjería y la inmigración (Plan GRECO), diseñado por el Ministerio del Interior, que se fundamenta «en la necesidad de contar con un plan que aborde, desde una perspectiva global, el tratamiento de la extranjería y la inmigración en los próximos años»[35]. En realidad, se trata de un plan de actuación muy genérico, más declarativo que programático, como corresponde a su limitado ámbito competencial, que además carece de financiación específica y en el que priman, como corresponde a su origen en el Ministerio del Interior, las medidas de control sobre las de integración social. Existe un amplio consenso al valorar negativamente este Plan.

Incluso, resulta discutible, más allá de los resultados, que el Estado tenga facultades competenciales para aprobar un plan global de forma unilateral, sin vincularlo a los planes autonómicos. Tras lo dicho en el primer apartado de este trabajo puede deducirse que, a mi juicio, no las tiene. Las competencias del Estado en la integración social de los inmigrantes, más allá de su estatuto jurídico, se concretan en la facultad para establecer lo básico, interpretado como el contenido mínimo uniforme, dejando a las CCAA el desarrollo normativo y la ejecución administrativa. Pues bien, los planes se sitúan justamente en el ámbito de la ejecución, al que no alcanza la competencia estatal.

---

[34] Sobre las características de los planes, cfr. E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas, Madrid, 1999, novena edición, p. 326.

[35] *Vid.* Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de 17 de abril de 2001.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 408

Desde otra perspectiva, la estrictamente funcional que trasciende al debate competencial, el Estado no puede desarrollar un plan de integración social al margen de las CCAA. Con un alcance más limitado se pueden aprobar «planes y programas conjuntos» entre el Estado y las CCAA, de los previstos en el art. 7 Ley 30/1992, en los que se establezcan objetivos de interés común, actuaciones a desarrollar, aportaciones de medios personales y materiales y compromisos de aportación de medios financieros[36]. Estos planes y programas, vinculantes para las distintas administraciones y de obligada publicación, pueden tener un significado específico en el proceso de integración social de los inmigrantes. Antes hemos destacado la importancia cuantitativa de los convenios que suscribe el Estado con las Comunidades Autónomas para aportarles fondos que les permiten hacerse cargo de los gastos sobrevenidos en la atención social a los inmigrantes, ante el espectacular crecimiento de su número en un breve periodo de tiempo. Pero, a su vez, criticábamos que estos convenios no respondieran a ninguna directriz política y su vinculación material a la financiación efectiva más que a las relaciones de colaboración. Pues bien, encuadrando los convenios en «planes y programas conjuntos» podría conseguirse, por un lado, garantizar la presencia del Estado en el diseño y orientación de la política de integración social y, por otro, a la vez, superar el carácter asistemático y caótico de estas actuaciones convencionales. El objetivo debería ser la definición de líneas comunes de priorización administrativa en la integración social, a la vez que se produce la transferencia de medios financieros desde el Estado, para su ejecución a través de los correspondientes convenios.

Por otro lado, la experiencia de los planes autonómicos ha tenido más elementos positivos. La mayoría de las CCAA, a las que corresponde el ejercicio efectivo de las prestaciones sociales vinculadas a la integración social de los inmigrantes, han aprobado Planes Interdepartamentales de Inmigración[37]. Su estructura suele ser coincidente: se inicia con la presentación de datos estadísticos que muestran la situación de partida en la CA y la descripción del marco normativo; a continuación, se formulan los objetivos que se pretenden lograr con el Plan y, en la parte esencial, se enumeran las medidas concretas a desarrollar, estructuradas por áreas de actuación. Finalmente, los distintos planes culminan con una referencia a la evaluación y seguimiento del Plan[38].

---

[36] Cfr. esta idea en E. ROIG MOLES, «Autonomía e inmigración…», cit. p. 221.

[37] Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma en aprobar un Plan de Inmigración plurianual. Incluso tras esa experiencia, se ha puesto en marcha un II Plan con vigencia de 2001 a 2004. Le han seguido otras Comunidades, incluso en algunos casos mejorando el modelo. Así, Andalucía, Aragón, Canarias, La Rioja, Murcia, Navarra, Madrid, Baleares o País Vasco. Las restantes CCAA han mostrado su voluntad de elaborar Planes de estas características. Resulta llamativa la situación de Valencia que tras anunciarlo en distintas ocasiones, incluso con partidas presupuestarias específicas, no lo ha aprobado todavía. En muchos de estos casos el Plan tenía vigencia para el periodo 2001-2004, por lo que se está elaborando un nuevo Plan.

[38] Una interesante descripción comparativa de los distintos planes autonómicos puede consultarse en C. BONINO COVAS, J. ARAGÓN MEDINA, F. ROCHA SÁNCHEZ, «*Los planes de las CCAA para la integración social de las personas inmigrantes*», Confederación Sindical de CCOO, Madrid, 2003.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 409

Los principios que rigen estos planes pueden ser distinguidos en generales y operativos[39]. Los principios generales son esencialmente tres: normalización, igualdad y transversalidad. La normalización implica la integración del inmigrante en los sistemas generales de prestación de servicios. En circunstancias concretas pueden preverse adaptaciones o atenciones especializadas adecuadas a las demandas concretas de los extranjeros o incluso servicios específicos para cubrir necesidades que sólo tiene ese colectivo, pero como situaciones excepcionales pues se rechaza de forma unánime la creación de estructuras paralelas de atención social a los inmigrantes. La igualdad conlleva la equiparación de derechos, deberes y oportunidades de la población inmigrante en relación a la autóctona. La tranversalidad supone la adopción de un enfoque multidimensional de la integración social, planteando la actuación desde distintos ámbitos confluyentes.

Junto a estos principios generales se destacan también diversos principios operativos. Así, en primer lugar, se resalta la importancia de la participación de los agentes y organizaciones sociales y civiles en la elaboración y desarrollo de los planes. Puesto que el proceso de integración requiere la implicación de toda la sociedad, los planes deben contar con un amplio consenso político y social y en su elaboración deben participar los agentes sociales y la propia población inmigrante[40]. En ese punto conviene anotar, no obstante, la tendencia a derivar las tareas que corresponden a los poderes públicos en organizaciones no gubernamentales a través de subvenciones o convenios, apareciendo como destinatarias de los fondos comprometidos. La opción resulta oportuna cuando estas organizaciones están en mejores condiciones para prestar los servicios por su cercanía al inmigrante pero no puede conllevar la dejación de funciones públicas por parte de una administración, que se limita a trasladar fondos a estos sujetos privados[41]. En segundo lugar, es una *condición sine qua non* la descentralización en virtud del papel fundamental que cumplen las administraciones locales en cuanto administración en contacto directo con el inmigrante no sólo en la prestación de servicios sino incluso en la acreditación de su presencia a través del empadronamiento[42]. En tercer lugar, se hace especial hincapié en la coordinación interna entre los distintos departamentos autonómicos y organismos públicos implicados. Así, se han creado comisiones interdepartamentales e incluso se han centralizado las políticas autonómicas en un solo órgano.

---

[39] Seguimos en este punto la estructura del trabajo mencionado en la nota anterior.

[40] Por ello, resulta sorprendente que la elaboración de un Plan sea sometida a concurso público como ha ocurrido en Madrid, para el que sucederá al vigente (2001-2004).

[41] Cfr. esta idea en L. DIEZ BUESO, «El marco competencial», cit. p. 202. En algunas CCAA esta tendencia se ha acentuado especialmente respecto a organizaciones vinculadas a la iglesia católica.

[42] Sabemos que el empadronamiento ha sido un criterio utilizado por el legislador estatal en la LO 4/2000 y por el legislador autonómico para reconocer derechos a los inmigrantes pese a su situación administrativa irregular. Debe recordarse, no obstante, que la posibilidad de acceso policial al padrón municipal, expresamente prevista en la LO 14/2003, de reforma de la LO 4/2000, ha limitado los empadronamientos.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 410

Los planes contemplan medidas enmarcadas en las áreas de empleo, formación, educación, vivienda, salud, servicios sociales, entre otras. En general, puede decirse que se presta especial atención a los servicios sociales y a la educación, mientras que otras áreas, por ejemplo, vivienda o salud, suelen ser más soslayadas. Destaca la excesiva diferencia en las prioridades de forma que en algunos planes se prevén numerosas acciones relacionadas con la salud mientras apenas se atiende a la vivienda (Andalucía), y en otros ocurre lo contrario (Baleares). Sería conveniente un equilibrio de las distintas áreas de actuación o, en su caso, una justificación de las prioridades.

En cuanto a las características de las acciones anotamos dos rasgos sobre los que debe hacerse especial hincapié pues denotan el alcance *real* de un Plan y no son cumplidos por todos ellos. En primer lugar, es importante que las acciones sean precisas pues una mención demasiado genérica permite su elusión por parte de los poderes públicos mientras que ante una formulación muy concreta el incumplimiento resulta más improbable. Así, por ejemplo, pueden indicarse exactamente los inspectores de trabajo que se destinarán específicamente al trabajo irregular de inmigrantes (como hace el Plan de Aragón) o los porcentajes concretos de niños inmigrantes que pueden estar en la misma clase para un adecuado desarrollo del proceso educativo. En segundo lugar, las acciones deben atender primordialmente a los problemas más acuciantes advertidos en la integración social. Así, en materia de empleo resulta fundamental reducir la irregularidad en dos sectores específicos: servicio doméstico y agricultura; en salud, más allá de facilitar el acceso al sistema debe atenderse a la situación de dos colectivos: las mujeres, concretamente en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos, y los niños, con un programa de vacunación y un específico protocolo de «niño sano» que incluya aspectos diferentes a los aplicados a los niños autóctonos; en vivienda deben adoptarse medidas para evitar la concentración de inmigrantes en zonas urbanas degradadas; en educación, resulta fundamental la distribución del alumnado inmigrante, garantizando que todos los centros sostenidos con fondos públicos abran sus puertas a niños inmigrantes[43] o reduciendo la ratio profesor-alumno, etc. Se recoge también en algunos planes, de forma muy adecuada, la intervención es-

[43] En la valoración general del *Anuari de Inmigración 2002* de Cataluña E. AJA pone un ejemplo que expresa muy bien el problema que debe ser atajado. La proporción de alumnos inmigrantes entre las escuelas públicas y concertada oscilan es del 85% al 15%, lo que supone una gran desproporción. Sin embargo, la Consejería correspondiente indicaba que esas proporciones en la distribución no son importantes y que lo que decisivo es la competencia equivalente de todos los estudiantes al terminar sus estudios. Es un ejemplo paradigmático de la tendencia a soslayar los problemas fundamentales. Se trata, como apunta E. AJA, de un «argumento claramente segregador (iguales pero separados) pero, además, falso, porque los escasos medios compensatorios destinados hasta el momento presente no garantizan en absoluto una competencia equivalente de los estudiantes de la pública y de la concertada al finalizar los estudios». Cfr. E. AJA, «Valoración general», *Anuari de la Inmigració a Catalunya 2002*, Fundación Jaime Bofia, Institut de Dret Public, Barcelona, 2003.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 411

pecífica sobre determinados colectivos, concretamente las mujeres, los menores y los jóvenes, con medidas específicas.

Más allá de las políticas sectoriales, los planes suelen contener un área específica sobre sensibilización para el fomento de la interculturalidad y la lucha contra la xenofobia y el racismo. Denota la naturaleza bidireccional del proceso de integración, que reconoce la necesaria actuación sobre la sociedad de acogida, en el sentido también apuntado por la Unión Europea. En todo caso, cada CA ha desarrollado una estrategia de sensibilización distinta, sin que se adviertan pautas comunes. Parece importante que en los próximos años se produzca un franco intercambio de experiencias para valorar cuáles de los procesos seguidos han dado mejores resultados.

Del repaso a los distintos planes vigentes en los últimos años, especialmente en el periodo 2001-2004, resaltan algunos aspectos *mejorables* que deberán ser solventados en el próximo periodo de aplicación. Me atrevo a apuntar los siguientes: a) suele faltar un adecuado diagnóstico de partida para determinar las necesidades que deber ser atendidas, especialmente abundan datos genéricos sobre la inmigración y faltan datos específicos sobre la situación de la educación, la sanidad o la vivienda en la respectiva CA; b) en algunos planes no se incluye una efectiva dotación presupuestaria, con lo que las medidas propuestas se convierten en un mero *desideratum*, al albur de la disponibilidad de recursos o de las condiciones políticas concretas; los estudios económicos de las actuaciones previstas, la cuantificación del gasto que su puesta en práctica requiere y la consignación presupuestaria de las cantidades necesarias son garantías del cumplimiento efectivo de los planes[44]; c) los calendarios de ejecución de las diversas acciones están establecidos con un escaso nivel de detalle y en pocos supuestos se efectúa un desglose presupuestario de las distintas áreas por años de ejecución; d) en el seguimiento de los planes, la administración debe ser puntual en la convocatoria de las reuniones, con la participación de los agentes sociales; e) en el fundamental proceso de evaluación de los planes no suelen contenerse los indicadores, indispensables para el desarrollo de estos procesos o en otros casos se asigna la tarea de evaluación de modo exclusivo a la Administración, sin participación de las organizaciones sociales.

Estamos en los primeros años de una experiencia que aun con dificultades y una cierta tendencia al artificio ha aportado elementos positivos. Resulta crucial, de todos modos, que los procesos de evaluación de las acciones planificadas sean rigurosos para definir las que han logrado los objetivos previstos y mejorar el funcionamiento de los diversos programas en los periodos sucesivos.

---

[44] Sorprende en ese sentido que los Planes de Inmigración aprobados en Cataluña carezcan de presupuesto específico e incluso se intente defender esa opción. En concreto el Plan 2001-2004 sólo contiene una referencia muy somera a la financiación de las políticas de inmigración y ni una sola cifra. Cfr. sobre esta cuestión, J. CAIS FONTANELLA, «El dilema del modelo catalán de incorporación de inmigrantes: cultura versus diversidad», Universidad de Barcelona, 2004 (mimeografiado).

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 412

En todo caso, más allá de superar las deficiencias advertidas para que las acciones propuestas sean realmente efectivas y no meramente orientativas, es preciso procurar, en general, la coordinación y el intercambio de experiencias entre las distintas CCAA y con el Estado. Más allá de sus elementos positivos, estos planes pueden ser sometidos a una crítica radical por la ausencia de coordinación horizontal, esto es, entre los aprobados por las distintas CCAA, y vertical, con la actuación del Estado. Las distintas CCAA han efectuado esfuerzos en aras de la integración social de los inmigrantes pero de forma absolutamente descoordinada con otras administraciones que también actúan en las mismas áreas, e incluso con notables diferencias en la manera de afrontar idénticos supuestos. En definitiva, hasta ahora los planes han estado al margen de los mecanismos de relación intergubernamental, más allá de un informal intercambio de experiencias. Concretamente en el Consejo Superior de Política de Inmigración no han sido debatidas ni coordinadas las distintas experiencias en la aplicación de los planes durante los últimos años. Ocurre que ni la Ley Orgánica, ni el Reglamento de ejecución, ni los diversos planes, estatal o autonómicos, han previsto esta coordinación. La consecuencia es que en la actualidad una CA planifica su política de menores, atención social a inmigrantes o ayudas a la vivienda sin tener en cuenta la política de la CA limítrofe en la que puede encontrarse el mismo inmigrante en otro momento cercano de su estancia en España. La coordinación de los planes de cada CA con los restantes planes autonómicos y la política estatal de inmigración es una exigencia de un autonomismo cooperativo pero, además, resulta muy útil desde una perspectiva funcional. El conocimiento de los programas y acciones adoptadas en las distintas CCAA y sus resultados efectivos puede coadyuvar a la mejora de las respectivas políticas autonómicas. El análisis detenido de los planes muestra en cada uno de ellos medidas interesantes que no han sido recogidas en los restantes, pero que sin duda lo serían de ser conocidas. No parece suficiente para alcanzar este objetivo el intercambio informal de información. El foro para la puesta en común de experiencias en materia de integración social es el Consejo Superior de Política de Inmigración. En éste deberían valorarse los distintos planes elaborados y, sobre todo, evaluarse los resultados de las distintas acciones aplicadas.

II.4. EL MARCO NORMATIVO REGULADOR DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES

Los planes autonómicos de inmigración, habitualmente aprobados a través de un Decreto autonómico, definen actuaciones políticas concretas y, con ello, ejecutan la política de inmigración. Pero ello no empece sino que, por el contrario, aconseja que el legislador autonómico regule el ejercicio de los derechos sociales por los inmigrantes. Los artículos de la LODLEXIS referidos a los derechos sociales de los inmigrantes, soslayando ahora el debate sobre la inexistencia en algún caso de título competen-

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 413

cial, deben considerarse, como hemos destacado, normativa básica que permite no sólo la ejecución administrativa sino también el desarrollo legislativo. Por ello, la actuación autonómica no debe limitarse a la ejecución de la política de inmigración a través de los planes sino que ese legislador puede reconocer y desarrollar los derechos sociales de los inmigrantes. En puridad, la concreción de la forma de ejercicio de sus derechos o sus garantías corresponde al legislador autonómico en ejercicio de sus competencias materiales, más allá del estatal que, en su caso, sólo determinará lo básico. Ciertamente existe una tendencia a regular a través de reglamentos las cuestiones referidas a inmigración[45]. Sin embargo, las opciones políticas autonómicas en educación, sanidad, vivienda o asistencia social a inmigrantes, a partir del contenido básico mínimo establecido por el legislador estatal, deben ir precedidas de un debate político plural y contar con la participación de las minorías. Esto es lo que ofrece la ley, a diferencia del reglamento, en una democracia pluralista[46]. Incluso, al menos los principios de esta regulación de los derechos sociales pueden ser incorporados a los respectivos Estatutos de Autonomía[47]. Así resultarían auténticamente garantizados desde el bloque de constitucionalidad.

En fin, los planes autonómicos constituyen la plasmación concreta, en acciones bien definidas, de una política pública autonómica de integración social de los inmigrantes que debe ser pergeñada, tras un debate plural, desde el propio Parlamento autonómico, e incluso con reconocimiento más genérico en el Estatuto de Autonomía.

III. LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL INMIGRANTE

III.1. LA EXCLUSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL INMIGRANTE

Como se ha apuntado, la LODLEXIS se refiere a los derechos que prestan las CCAA a los inmigrantes distinguiendo diversos estatutos en función de su situación administrativa: residentes, inscritos en el padrón o que simple-

[45] Así lo ha mostrado en Cataluña el RD 188/2001, que pretende establecer los derechos sociales de los inmigrantes en la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, en el actual proceso de reforma estatutaria su contenido quiere ser incorporado en el Estatuto para que se produzcan situaciones como la originado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 4 de noviembre de 2004, que ha anulado el art. 4.6 de ese Decreto.

[46] Como hemos apuntado ya lo que debe evitarse en todo caso es que el tratamiento específico de las prestaciones sociales a los inmigrantes en una Comunidad Autónoma se rija por un mero acuerdo entre la administración y las Organizaciones no gubernamentales, como ocurre en Andalucía con la asistencia sanitaria a los extranjeros no empadronados, que pueden obtener su tarjeta sanitaria simplemente indicando una dirección.

[47] En la actualidad, sólo el Estatuto de Autonomía de Canarias indica, tras la reforma de 1996, en su artículo 37.1 que «la Comunidad Autónoma de Canarias podrá elevar al Gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y trabajo de extranjeros en Canarias».

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 414

mente se encuentren en España[48]. Sin embargo, pese a esa interrelación de situación administrativa y derechos sociales, no existen cauces para la participación autonómica en las decisiones del Estado referidas al régimen jurídico de los inmigrantes. Esta reserva competencial exclusiva del Estado abarca, como advertíamos al inicio, a todos los permisos y autorizaciones previstos en la Ley, así como a sus renovaciones, y a todo el sistema de infracciones y sanciones que puede provocar la devolución, el retorno o la expulsión del inmigrante. Sabemos ya que conocer la situación administrativa es una premisa para prestar los servicios públicos pues determinan la forma de atención. Por tanto, ambos aspectos están imbricados de forma inescindible y resulta rechazable la absoluta exclusión de las CCAA en lo referido al régimen jurídico de los inmigrantes.

Parece evidente, desde esta perspectiva, que una medida inicial para evitar esta separación y sus efectos negativos es la participación autonómica en este ámbito competencial a través del Consejo Superior de Política de Inmigración como lugar de encuentro legalmente previsto en materia de inmigración. La actuación de éste no puede ceñirse a la integración social y laboral del inmigrante, como se deduce del art. 68 LODLEXIS, sino extenderse a la completa situación administrativa de los inmigrantes pues las CCAA tienen un interés específico en conocer esa situación para el ejercicio de sus competencias propias. De la misma forma que en los ámbitos de competencia autonómica, la integración social, el Consejo permite la participación estatal, en los de competencia estatal debería habilitarse la participación autonómica. Desde su configuración jurídica es posible otorgarle un carácter consultivo y decisorio y, con las modificaciones normativas pertinentes, aprehendido de forma distinta a la actualidad, puede permitir la participación autonómica en la determinación de la situación administrativa de los inmigrantes mediante un reconocimiento específico entre sus funciones.

También las subcomisiones de cooperación previstas en la Disposición Adicional Segunda de la LO 4/2000 (incluida por la LO 8/2000), en el seno de las Comisiones bilaterales entre el Estado y las CCAA (art. 5 Ley 30/1992), pueden cumplir una función para hacer efectiva esta participación autonómica. Su objeto es precisamente analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros y su razón de ser precisamente la con-

[48] En el derecho a la educación, todos los extranjeros menores de edad tienen derecho a la educación obligatoria y a acceder al sistema público de becas y ayudas y los residentes también a la educación no obligatoria (art. 9). Recuérdese que, sin perjuicio de las críticas que hemos efectuado, el RD 2393/2004 extiende ese derecho de los menores a la educación no obligatoria también a los empadronados. El derecho a la asistencia sanitaria lo tienen los extranjeros inscritos en el padrón, mientras todos los que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, salvo los menores y las embarazadas que también tienen derecho a la asistencia sanitaria (art. 12). El derecho a ayudas en materia de vivienda sólo lo tienen los residentes (art. 13). En relación a la asistencia social, los residentes tienen derechos a las prestaciones básicas y específicas mientras que cualquier extranjero tiene derechos a las prestaciones sociales básicas (art. 14).

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 415

currencia competencial pues la estatal en esos ámbitos de residencia y trabajo, sustentada en el art. 149.1.2 CE, concurre con la autonómica derivada de las competencias que tengan reconocidas en sus Estatutos de autonomía en materia de ejecución laboral, empleo y asistencia social. La presencia de competencias de ambas administraciones obliga a coordinar el ejercicio competencial.

Destacada la importancia de que el Consejo Superior de Política de Inmigración se ocupe también de los aspectos referidos al estatuto jurídico del inmigrante, sin ceñirse a su integración social, el sentido de estas subcomisiones bilaterales podría consistir en que, a partir de los acuerdos multilaterales adoptados en el Consejo, garanticen una eficaz comunicación y coordinación del Estado con las CCAA, en un segundo nivel técnico, y, particularmente, en determinados territorios con notable incidencia del fenómeno migratorio[49]. Sin embargo, su funcionamiento en la práctica ha sido muy escaso[50].

Ni el Consejo Superior ni las subcomisiones de cooperación han permitido una auténtica participación autonómica en el régimen jurídico de los inmigrantes, sino que han ceñido su actuación a la determinación del contingente, con las limitaciones que analizamos a continuación. A consecuencia de estas deficiencias, algunas CCAA han solicitado la transferencia de la gestión de la política de inmigración, amparándose en la necesidad de garantizar un adecuado ejercicio de sus competencias en integración social.

III.2. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA LABORAL: PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DEL CONTINGENTE.

Conviene recordar, que existe un aspecto del régimen jurídico del inmigrante en el que concurre una competencia autonómica expresamente reconocida: los permisos de trabajo en relación a la ejecución laboral. Por ello, para no alterar la distribución competencial, las CCAA intervienen en el proceso de incorporación de los inmigrantes al mercado de trabajo. La LODLEXIS contiene diversas previsiones en ese sentido, ceñidas a la elaboración del contingente anual de trabajadores extranjeros

---

[49] El precepto menciona expresamente la creación de una subcomisión para la relación con Canarias en virtud de su situación geográfica, la fragilidad del territorio insular y su lejanía del continente europeo. Sin embargo, esta mención específica tras la regulación general significa únicamente que se vincula a las especiales necesidades en materia de inmigración de un determinado territorio por sus circunstancias territoriales y la presión migratoria.

[50] Cfr. E. ROIG MOLES, «Autonomía e inmigración…», cit. p. 222; L. DIEZ BUESO, «El marco…», cit. p. 184. Como ha expuesto E. ROIG «las subcomisiones difícilmente pueden responder las necesidades de una relación bilateral complementaria de la general cuando el sistema general funciona de modo deficiente. En efecto, ante la reducida virtualidad del Consejo Superior de Política de Inmigración cualquier relación bilateral fluida se ve inmediatamente obligada a plantearse las cuestiones generales de participación que deberían encontrar su lugar en el Consejo» (E. ROIG MOLES, «Relaciones intergubernamentales…», cit. pp. 32-33.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 416

a los que se concederá autorización de trabajo, sin extenderlo a la gestión de ese contingente ni a las autorizaciones para trabajar, que continúan perteneciendo al ámbito exclusivo del Estado[51]. En verdad, la determinación del contingente es el único supuesto en el que la ley exige para la concreta decisión estatal una previa participación autonómica tanto por la intervención propositiva de las Comunidades Autónomas como a través del informe que debe emitir el Consejo Superior de Política de Inmigración, esto es, el único procedimiento participado que se prevé en la legislación vigente de inmigración y el único ámbito de relación estable y formalizada entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El contingente es la principal vía ordinaria de solicitudes de permisos de trabajo para la inmigración económica. A través de éste el Estado decide anualmente el número de nuevos permisos de trabajo que se concederán por sectores laborales y por CCAA, lo que hace inevitable la participación de éstas pues supone que recibirán anualmente un número determinado de inmigrantes a los que deberán prestarles los servicios sociales correspondientes e integrarlos en la sociedad de acogida. Según el art. 39 de la LODLEXIS la intervención autonómica en la determinación del contingente es doble: a) a través de la propuesta de necesidades laborales que elevan las CCAA al Ministerio de Trabajo y que constituye la base de la decisión que posteriormente adopta el Gobierno[52]; b) a través de la representación autonómica en el Consejo Superior de Política de Inmigración, que elabora un Informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes. También las citadas subcomisiones de cooperación en el seno de las comisiones bilaterales entre Estado y CCAA pueden cumplir algún papel en este proceso[53].

A esto se limita la participación autonómica en la elaboración del contingente: propuesta de necesidades laborales realizada por las CCAA, tras recibir las solicitudes de organizaciones empresariales y las consideracio-

---

[51] El traspaso de las CCAA de los servicios públicos de empleo provoca, inevitablemente, una mayor intervención autonómica en los procedimientos de autorizaciones para trabajar. Así, más allá de lo que se indica en el texto sobre los contingentes, en el régimen general la autorización de residencia temporal y trabajo precisa como requisito que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. Para ello, el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura lo efectuará el Servicio Público de Empleo Estatal pero «de acuerdo con la información suministrada por servicios públicos de empleo autonómicos» (art. 50 a) RD 2393/2004).

[52] El RD 2393/2004 apenas añade nada a esta participación autonómica; por el contrario, la diluye con la concurrencia de otros intervinientes no previstos por el legislador. Así, señala el art. 79 que la elaboración del contingente «corresponderá a la Secretaria de Estado de inmigración, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita, que tendrá en cuenta en todo caso la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo estatal y las propuestas que eleven las CCAA. Dichas propuestas se realizarán tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial, y, en su caso, las consideraciones que les hubieren hecho llegar las organizaciones sindicales de idéntico ámbito».

[53] El art. 42 LODLEXIS, al regular el régimen especial de los trabajadores de temporada prevé el suministro de información por parte de las CCAA en las que se promueven las actividades de temporada o campaña al Gobierno para que éste regule la autorización de trabajo.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 417

nes de las sindicales; su presencia en el Consejo Superior que elabora un informe sobre situación de empleo e integración social y la posibilidad de debatir aspectos concretos en la Subcomisión bilateral de cooperación.

Sin embargo, este procedimiento participado no vinculante en la fijación del contingente es insatisfactorio por dos razones. En primer lugar, a partir de estas consultas, y otras previstas en la Ley Orgánica, la Secretaria de Estado de Inmigración elabora el contingente y lo presenta ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la procedencia de elevarla al Gobierno (art. 79.3 RD 2393/2004). Ello supone que no se ha configurado un procedimiento que garantice alguna forma de vinculación a la propuesta autonómica como, por ejemplo, la necesidad de justificar los cambios efectuados en esa propuesta. Además, en segundo lugar, las CCAA participan en este procedimiento de la misma forma que lo hacen las organizaciones empresariales y los sindicatos, esto es, como un actor socio-político más, en un marco amplio de consultas, y no como el titular de las competencias sobre los servicios sociales que deberán prestarse a los inmigrantes. Incluso, en el actual reglamento de ejecución de la LO 4/2000 esta situación se ha acentuado pues además de mantener la casi absoluta ignorancia de la intervención autonómica, más allá de reiterar lo que ya dice la Ley Orgánica, las importantes funciones otorgadas a la Comisión Laboral Tripartita suponen el reforzamiento de la posición de los agentes sociales en detrimento de las CCAA, cuya intervención resulta formal y materialmente diluida.

Pero, más allá de esta deficiente participación en la determinación del contingente merece apuntarse también la absoluta exclusión autonómica en su gestión, lo que incrementa el déficit de participación.

La gestión del contingente se refiere al procedimiento para la contratación de los trabajadores extranjeros: ofertas en los países de origen, selección de inmigrantes, etc. Las CCAA han sido excluidas de este proceso, una vez aprobado el Acuerdo del Consejo de Ministros que fija el contingente anual. Señala el RD 2393/2004 que «las diferentes actuaciones de gestión, selección, intervención social y concesión de autorizaciones de residencia y trabajo, entre otras que sean consecuencia de la ejecución del contingente, se desarrollarán en los términos que el Gobierno establezca en el acuerdo adoptado» (art. 79.4). La consecuencia negativa de esta previsión es que se reconoce la competencia estatal, sin un hálito de competencia autonómica; la positiva es que no impide al Gobierno prever en el mencionado Acuerdo la participación autonómica en este proceso. Tal participación no precisaría ninguna modificación constitucional sino que, al contrario, sería más conforme al reparto competencial de nuestra Constitución territorial que la existente en la actualidad. El sustento jurídico está en la competencia autonómica sobre ejecución laboral, que no determina la asunción de esta gestión por la competencia estatal derivada del 149.1.2 CE y la inescindibilidad de trabajo y residencia en nuestro

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 418

ordenamiento, pero si impele la participación autonómica; la justificación funcional se sustenta en el mayor conocimiento de la realidad empresarial y socio-laboral de la Comunidad Autónoma.

Esta participación en la gestión del contingente no se vincula necesariamente al establecimiento de oficinas propias de la CA en el extranjero, sin relación con la administración general del Estado, destinadas a intervenir en el proceso. Sin duda, a partir de la STC 165/1994 las CCAA pueden realizar actividades con proyección exterior. Sin embargo, en este supuesto ocurre que si la actuación de esta oficina no se encuentra coordinada con el Estado podrían incidir en el diseño de la política de inmigración y, por ello, resultarían contrarias a la Constitución no por vulnerar el art. 149.1.3 sino el art. 149.1.2 CE[54]. La insuficiente participación autonómica no justifica una actuación unilateral por parte de las CCAA. En ese sentido, la gestión del contingente debe ser un procedimiento participado, de forma similar a lo que se ha previsto para su elaboración, en el que las CCAA en relación con los empresarios autóctonos elaboren los informes previos a la resolución de los procedimientos por el Estado[55].

---

[54] En defensa de esta Oficinas, específicamente para el caso de Cataluña, alegando que no vulnera el art. 149.1.3 CE, cfr. L. DIEZ BUESO, «El marco…», cit. pp. 188-190.

[55] Otros ámbitos de competencia autonómica encuadrados en el régimen jurídico-administrativo de los inmigrantes son la inspección laboral y la policía de extranjeros. En relación a la inspección laboral, la capacidad de actuación autonómica resulta también directamente de su competencia sobre ejecución laboral, que incluye entre sus objetivos el control del cumplimiento de las normas laborales sobre inmigración y el respeto a los derechos laborales de todos los trabajadores, al margen de su situación administrativa. No parece preciso abundar en la importancia de esta cuestión para alcanzar una adecuada convivencia e integración de los inmigrantes. Sin embargo, también en este aspecto resaltan las insuficiencias del reparto competencial. Existe una doble dependencia orgánica del Estado y funcional de la CA que dificulta la ejecución de una política clara. Esto conduce, inexorablemente a potenciar las relaciones de colaboración hasta el coejercicio competencial. La propia LODLEXIS impone alcanzar esta conclusión cuando en su artículo 67.3 indica que «El Gobierno elaborará planes, programas y directrices sobre la actuación de la inspección de trabajo previa al procedimiento sancionador (…) todo ello sin perjuicio de las facultades de planificación que correspondan a las CCAA con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral». Respecto a la policía de extranjeros, la existencia de una policía autonómica presentada como «policía integral en el territorio de la Comunidad» en el País Vasco y Cataluña incide también en el régimen jurídico de los inmigrantes. La policía autonómica debe participar en el control de la regularidad de la estancia en la Comunidad Autónoma de las personas extranjeras, en garantizar su seguridad y el ejercicio de los derechos. Ello no supone la exclusión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ni siquiera una división funcional, sino que es imprescindible, más allá del intercambio de información, el establecimiento de los mecanismos de auxilio, coordinación y cooperación con las policías autonómicas y locales. El «lugar de encuentro» son las Juntas de Seguridad. En un sentido distinto, se ha sostenido la transferencia a las CCAA de Cataluña y el País Vasco de las funciones de policía de extranjeros vinculadas a los procedimientos de concesión o renovación de permisos o tramitación de procedimientos infractores, dejando a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sólo el control de las fronteras. En ese sentido, L. DIEZ. «El marco…», cit. pp. 193-194. En concreto, supondría atribuir a las mencionadas CCAA algunas de las funciones que efectúa en la actualidad la Comisaría General de Extranjería y Documentación, encargada de organizar y gestionar los pasaportes y las tarjetas de extranjeros, el control de entrada y salida del territorio nacional, la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal y, en general, el régimen policial de extranjería, refugio y asilo e inmigración. La mera enumeración de sus funciones denota la complejidad de una hipotética división entre control de fronteras y el resto de la policía de extranjeros e incluso permite dudar de su conveniencia funcional. Anotar, finalmente, que a la Guardia Civil corresponde la custodia y vigilancia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial y, en ese ámbito, el control de la inmigración irregular. Cfr. R. BARRANCO VELA, «Coordinación…», cit. p. 969.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 419

En definitiva, *de lege ferenda* debería habilitarse la participación autonómica a través del Consejo Superior de Política de Integración en las actuaciones que afectan al régimen jurídico de los inmigrantes, incluida la facultad de informar en procedimientos administrativos como la reagrupación familiar o la residencia temporal, por su vinculación a la atención social, de competencia autonómica[56]. Sin embargo, en el específico ámbito laboral no basta con esa participación en cuanto las CCAA pueden aducir facultades competenciales concretas. A mi juicio, de la competencia en materia laboral no se deriva directamente la facultad autonómica para conceder los permisos de trabajo pues en la inmigración económica resultan inescindibles estas autorizaciones para trabajar de los permisos de residencia e incluso de los procedimientos de infracción y sanción, esto es, concurre la competencia autonómica en materia laboral con la competencia estatal respecto al régimen jurídico de los inmigrantes, derivada del 149.1.2 CE[57]. Por ello, resulta precisa la coordinación de ambas administraciones, que puede concretarse en la participación autonómica realmente efectiva tanto en la elaboración y gestión del contingente como en las autorizaciones de trabajo de régimen general[58]. Ciertamente, en la práctica se advierte una marginación de las CCAA, que no tiende a remitir sino que se ha acentuado con el nuevo reglamento de ejecución de la LO 4/2000 (RD 2393/2004). Esto provoca, por un lado, la falta de estímulo para participar en el procedimiento legalmente previsto y, por otro, la solicitud política de la transferencia de la gestión en esa materia a través del cauce de atribución extraestatutaria de competencias del art. 150.2 CE[59]. El marco normativo vigente permite avanzar en los procedimientos participados, sin alterar el ejercicio competencial, de forma que la gestión de las autorizaciones para trabajar,

---

[56] Estos aspectos han sido expresamente soslayados en el RD 2393/2004. Así, en el art. 42.2 la justificación de que dispone de una vivienda adecuada para atender al reagrupante y familiar se hace mediante informe de la corporación local. No obstante, también los servicios autonómicos de atención social deberían poder informar en estos asuntos que se encuadran en su ámbito competencial en razón de la materia.

[57] En algunos Estados federales como Alemania o Bélgica la concesión del permiso de trabajo a los extranjeros está atribuida a las Regiones por el hecho de que esta cuestión forma parte de la política de empleo. Cfr. K. HAILBRONNER, «Alemania. Derecho y política de extranjería». P. DE BRUYCKER, «Informe sobre el derecho de inmigración en Bélgica». En el caso alemán, al solicitarse un visado por razones de trabajo, el consulado alemán contactará con la autoridad de extranjería del Land correspondiente recabando su consentimiento. Las autoridades de extranjería, a su vez, consultarán a las oficinas de trabajo del propio Land para determinar si el extranjero obtendrá un permiso de trabajo para la oferta en cuestión. (ibidem). En un Estado confederal como Suiza la policía cantonal de extranjeros es la encargada de la concesión de permisos de trabajo e incluso el contingente total de trabajadores extranjeros se descompone en 26 contingentes cantonales y un contingente federal. Cfr. G. MALINVERNI, «Extranjería en Suiza».

[58] Mencionábamos antes y ahora reiteramos que la creación de los servicios autonómicos de empleo tras el traspaso de esta materia ha hecho más inevitable esa participación. Vid. art. 50 a) RD 2393/2004.

[59] El Plan Interdepartamental de Inmigración 2001-2004 de Cataluña se quejaba de la insuficiente participación de las Comunidades Autónomas en la determinación del contingente de trabajadores inmigrantes, pese a las previsiones legales.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 420

inescindiblemente vinculadas a la residencia, sean cogestionados entre el Estado y las CCAA. En ese contexto, las CCAA pueden mantener la relación con los empresarios autóctonos y emitir informes sobre la integración social de estos inmigrantes[60] a través de los órganos de colaboración ya previstos en el ordenamiento: el Consejo Superior de Política de Inmigración y las subcomisiones bilaterales de cooperación.

III.3. LA PROPUESTA DE ATRIBUCIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LA GESTIÓN ORDINARIA DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN A LAS CCAA

La interrelación del acceso a las prestaciones sociales con la situación administrativa del inmigrante y las deficiencias de la regulación actual en la que la administración autonómica, competente para la prestación de servicios públicos en virtud de sus títulos competenciales sectoriales, desconoce los diversos aspectos del régimen jurídico del inmigrante al que debe atender ha justificado la propuesta política efectuada fundamentalmente desde Cataluña de solicitar al Estado la atribución de la gestión de la política de inmigración.

El cauce constitucional para ello es la atribución extraestatutaria de competencias a través de una Ley orgánica de transferencia y delegación, del art. 150.2 CE, al menos en los aspectos que no encuentran amparo en las facultades autonómicas de ejecución laboral. No se plantea una transferencia incondicionada de la materia inmigración, como paso previo a la reforma estatutaria o para evitar ésta por la exigencia de referéndum[61]. Se pretende una transferencia limitada a la gestión de la política de inmigración: tramitación y resolución de los procedimientos de concesión y renovación de los permisos de residencia y trabajo o tramitación de los procedimientos de infracción o sanción, en fin, las facultades ejecutivas que ejercen las Oficinas de Extranjeros[62], mientras que las de elaboración de la normativa aplicable continuarían siendo ejercidas por el Estado. Además, el ejercicio competencial autonómico estaría sometido al control estatal, como prevé el propio art. 150.2 CE. El Estado mantendría una amplia capacidad de control. Incluso puede preverse en la concreta atribución competencial que los recursos contra los actos de la administración autonómica sean resueltos por el representante de la administración estatal. Se plantea, en fin, que las CCAA gestionen la tramitación y

---

[60] Cfr. E. ROIG MOLES, «Relaciones intergubernamentales…», cit. p. 38.

[61] Cfr. sobre las diversas utilizaciones de este cauce constitucional de atribución extraestatutaria de competencias mi libro *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política,* Tecnos, Madrid, 1998, pp. 249-342.

[62] Cfr. la defensa de esta tesis en E. AJA (coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España,* IDP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 213-214; E. ROIG, «Autonomía…», cit. pp. 226-227; L. DIEZ BUESO, «El marco…», cit. p. 191; M.F. MASSO GARROTE, *Nuevo régimen de extranjería,* La Ley, Madrid, 2001, p. 414.
Las Oficinas de Extranjeros fueron creadas por RD 1521/1991 y actualmente están reguladas en los artículos 159 (creación), 160 (dependencia), 161 (funciones) y 162 (personal) del RD 2393/2004.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 421

resolución de los procedimientos de concesión y renovación de permisos de residencia y trabajo y de las infracciones y sanciones, aplicando las normas elaboradas por el Estado y bajo el control de éste.

Planteada de esta forma, la propuesta de atribución extraestatutaria no vulnera el límite de la propia naturaleza de las facultades atribuidas que, como se sabe, es el apuntado expresamente en el art. 150.2 CE. No resulta fácil la concreción de ese límite pero ya en otro lugar he destacado su «sentido material», esto es, el parámetro no puede ser otro que una hipotética vulneración de los «restantes preceptos o principios constitucionales». El límite del 150.2 CE remite a los límites externos contenidos en otras normas constitucionales, distintas a las afectadas por la atribución. En ese sentido, la atribución de la gestión ordinaria de la inmigración no estaría afectada por ese límite constitucional, como si ocurriría de pretenderse la atribución genérica de la inmigración, alterando el equilibrio de los principios de unidad y autonomía por su incidencia en el control de las fronteras[63].

También la justificación política de esta propuesta encuentra un sólido fundamento. Sería una potestad reglada en ejecución de la normativa estatal que puede realizar de forma más adecuada la administración que se encuentra en contacto con el inmigrante. Se sustenta en la cercanía al ciudadano y la importancia del conocimiento de su situación administrativa para la prestación de los servicios sociales. Se pretende que el competente para prestar el servicio público y, con ello, el que decide sobre su concesión o denegación a un inmigrante, se encargue también de la tramitación de los permisos de residencia y trabajo y del procedimiento sancionador. Además, al situarse a las Oficinas de extranjeros en el mismo ámbito administrativo que los servicios sociales y de integración a los inmigrantes se visualiza de forma más nítida al responsable político de su funcionamiento[64].

Finalmente, me interesa destacar que esta atribución extraestatutaria no puede ser suplida por el mecanismo, de más fácil utilización, de la encomienda de gestión (art. 15 Ley 30/1992). Se han explicado los riesgos de uso como fórmula encubierta de transferencia o delegación[65], pero el problema insoslayable estriba en que resulta imprescindible el traspaso de medios materiales y personales de la administración estatal a la autonómica para que pueda ejercer la atribución encomendada y, para ello, no es suficiente una encomienda de gestión.

---

[63] Cfr. sobre el límite de su propia naturaleza, J.A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes orgánicas…*, cit. pp. 220-228.

[64] Cfr. esta idea en E. AJA, (coord.), *La nueva regulación…*, cit. p. 214.

[65] Cfr. G. FERNANDEZ FARRERES, «Las encomiendas de gestión», *Informe Comunidades Autónomas 1995,* Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1996, p. 667.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 422

Estos son los perfiles que definen la propuesta de atribución extraestatutaria: no vulnera el límite de «su propia naturaleza», encuentra su justificación político-funcional en la cercanía al ciudadano y conlleva el traspaso de medios materiales y personales. Como se advierte ha sido bien razonado y planteada de esta forma no encuentra óbices constitucionales. Sin embargo, el obstáculo más importante no es constitucional sino funcional. Cuando se plantea la atribución de la inmigración no se hace desde el plano del incremento de la capacidad de autogobierno, pues con esa finalidad debería sostenerse su inclusión en el Estatuto, con la previa reforma constitucional. El criterio que justifica la atribución extraestatutaria es funcional: la facultad competencial se ejercita mejor por las distintas CCAA que por su titular, el Estado. Se ha apuntado la justificación política de la cercanía política al administrado, pero establecida ésta como premisa el criterio dirimente es si la descentralización de la gestión resulta aconsejable para un adecuado ejercicio competencial de las políticas de inmigración en el Estado Autonómico. La respuesta debe ser negativa, a mi juicio, pues el fenómeno de la inmigración precisa, por su peculiar naturaleza, una ejecución centralizada. El traspaso de los medios y personal para la gestión de la política migratoria a las Comunidades Autónomas supondría inexorablemente la independencia funcional de los aplicadores de las normas de extranjería en cada Comunidad Autónoma respecto a la Administración general del Estado y con ello la imposibilidad efectiva de unificar la práctica aplicativa de las diversas CCAA a través de circulares o instrucciones dirigidas por una autoridad de otra Administración, en relación a la cual los aplicadores de la política de inmigración no tienen ningún tipo de dependencia, ni orgánica ni funcional.

Esta gestión diversificada en cada Comunidad Autónoma, que caracteriza al Estado Autonómico, no resultaría especialmente problemática si no fuera por las especiales características de la inmigración. En esta política es muy amplio el margen de apreciación administrativa, no sólo en lo referente a control de entrada sino también en régimen de estancia, en procedimientos de retorno, devolución o expulsión o en los procedimientos sancionadores. La ejecución no puede separarse de la normación o, dicho de otra manera, la organización administrativa determina la proposición normativa. Por ello, ambas funciones deben ser efectuadas por la misma administración, la estatal, por su ámbito general de actuación[66].

Para atender a un problema cierto: la necesidad de que las CCAA conozcan la situación administrativa de los inmigrantes a los que deben prestar los servicios públicos, se puede generar otro mayor: el tratamiento

[66] Por esta razón, rechaza E. ROIG la transferencia de las actuaciones sobre la entrada del extranjero (E. ROIG MOLES, «Autonomía…», cit. p. 226). Sin embargo, a mi juicio es aplicable también a restantes actuaciones dirimentes de la situación administrativa del extranjero pues los permisos de residencia y trabajo o el régimen de infracciones y sanciones se vinculan inescindiblemente a ese régimen de entrada del extranjero de España en el contexto de una inmigración esencialmente económica.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 423

diverso de la inmigración en las distintas CCAA, por el amplio margen de apreciación administrativa en la materia y la no dependencia respecto a la administración general del Estado de los encargados de la aplicación normativa, una vez producido el correspondiente traspaso. Sostenemos, por ello, la ejecución centralizada en inmigración y el desarrollo de las relaciones de colaboración en el ejercicio competencial. Especialmente importante me parece el desarrollo de los procedimientos de participación autonómica.

IV. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN: UNA TAREA COMPARTIDA POR LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES

La directriz de la política de inmigración debe ser la imbricación del proceso de integración social y su régimen jurídico-administrativo, ámbitos competenciales respectivos de las CCAA y el Estado, con los matices anotados más atrás, pero con una intensa vinculación recíproca pues el acceso a las prestaciones sociales está unido a la situación administrativa. De ello resulta la necesaria colaboración del Estado y las CCAA en el ejercicio de sus respectivas competencias pues cada una de las decisiones de la administración competente incide en el ámbito de interés de la otra. Debe producirse, además, este ejercicio competencial, con la concurrencia de las organizaciones sociales y la presencia de los propios inmigrantes a través de los órganos creados con ese objeto (Foro para la Inmigración o Consejos Asesores en las diversas CCAA). En ese sentido, concluimos este somero acercamiento al fenómeno de la inmigración en el Estado Autonómico con algunas propuestas en aras de una adecuada articulación territorial de las políticas migratorias.

1. En primer lugar, resulta casi obvio recordar la necesidad de contar con un lugar de encuentro de las distintas administraciones con facultades competenciales en inmigración, de forma que se permita un conocimiento cercano de los flujos migratorios, su procedencia y evolución cuantitativa, a la vez que se analizan los aspectos relativos a la integración social. Ese lugar de encuentro debe ser el Consejo Superior de Política de Inmigración pero tras su necesaria reformulación, pues existe acuerdo generalizado en que no ha cumplido la función de impulsar las relaciones entre las administraciones estatal, autonómicas y locales. Así, parece preciso potenciar la presencia y la participación de las CCAA y municipios, superando su anodina situación actual tanto en la práctica política como en su formulación jurídica. En la práctica ha actuado como mero órgano de intercambio de información. En su formulación jurídica, no puede limitar su supuesto de hecho a la integración social de los inmigrantes o a la formulación genérica de las líneas fundamentales de la política de inmigración sino intervenir en la situación administrativa de los inmigrantes, esto es, en el ámbito competencial del Estado, a través de órganos técnicos constituidos en el seno del Consejo, que habili-

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 424

ten su actuación efectiva como órgano de participación autonómica en un sistema coordinado de relaciones interadministrativas[67].

Respecto a la integración social, en el Consejo deberían elaborarse, valorarse o evaluarse, según los distintos supuestos, los instrumentos que hacen efectiva esa política de competencia esencialmente autonómica, y local, aunque a menudo en el marco de las bases estatales. Son, específicamente, los convenios de colaboración y los planes autonómicos de inmigración.

Los convenios de colaboración permiten, como se ha comprobado, la aportación financiera estatal a las políticas autonómicas de integración social, dado el carácter sobrevenido de este gasto para las CCAA. Pero resulta importante que estos convenios se incardinen en planes y programas conjuntos (art. 7 Ley 30/1992), esto es, no constituyan actuaciones aisladas e inconexas sino que responden a una directriz política de inmigración, consensuada entre el Estado y las diferentes CCAA en las que el fenómeno migratorio ha adquirido trascendencia.

Los planes autonómicos de inmigración, por su parte, deberían ser valorados y evaluados en el Consejo Superior de Política de Inmigración de forma que se intercambien las experiencias y se conozcan las medidas que han obtenido resultados positivos, para su aplicación en otras CCAA.

2. En este marco de colaboración, deberían plantearse también medidas específicas para la participación autonómica en la gestión de la situación administrativa de los inmigrantes, que permita aplicar adecuadamente las políticas de integración social. Así, a través de convenios de colaboración podría alcanzarse no sólo un fluido cauce de información sino el ejercicio compartido de las competencias sobre inmigración sin alterar los respectivos títulos competenciales. En concreto, las actuales Oficinas de Extranjería más que traspasadas a las CCAA deberían ser compartidas con éstas, de forma que desde esas dependencias administrativas unificadas los funcionarios autonómicos atiendan a los inmigrantes que demandan servicios públicos de su competencia, participando en el procedimiento administrativo con informes relativos al ámbito competencial autonómico, incluso a través de encomiendas de gestión de la tramitación e informe de la decisión administrativa estatal. Las Oficinas de Extranjeros deberían ser estatales y autonómicas: estatales para regular el régimen jurídico del inmigrante y autonómicas para la prestación de servicios públicos, sin diferenciar ambas funciones que en la práctica están imbricadas. Con este fin pueden cumplir una importante función las subcomisiones bilaterales de cooperación previstas precisamente para atender a cuestiones de trabajo y residencia, pues permiten un análisis conjunto de las distintas situaciones concretas que se plantean en la gestión de la política de inmigración en una determinada

[67] Cfr. en este sentido, E. Roig, «Relaciones intergubernamentales…», cit. p. 21.

391-426-Estado autonomico21 3/10/05 14:39 Página 425

Comunidad Autónoma. Permiten, en general, ajustar las previsiones generales a la situación de cada territorio y, más en concreto, la comunicación fluida entre los funcionarios dedicados a la atención a los inmigrantes en la administración general del Estado y en la respectiva administración autonómica.

3. En cuanto a los contingentes y, en general, a las autorizaciones administrativas para trabajar, más que traspasar su gestión a las CCAA, deberían concretarse formas intensas de participación autonómica, de manera que no intervengan en el procedimiento como un actor socio-político más sino como el titular de las competencias, no sólo sobre los derechos sociales que deberán prestarse a los inmigrantes, sino, de forma concurrente, en materia laboral.

En conclusión, entiendo que con estos rasgos las CCAA pueden desarrollar una política pública de inmigración, asumiendo, al igual que debe hacerlo el Estado, que la inmigración no es una materia competencial en cuyo ejercicio pueda establecerse una división funcional. Estamos ante un fenómeno social de envergadura, respecto al cual no puede pretenderse una garantía estricta del respectivo ejercicio competencial por dos razones: en primer lugar, por su carácter ontológicamente transversal, que abarca a diversas materias competenciales; en segundo lugar, porque en inmigración la actuación administrativa, con un amplio margen de discrecionalidad, destaca incluso sobre la regulación normativa. Por ello, más allá de las políticas públicas estatales sobre flujos migratorios, mediatizadas por las normas europeas, o las políticas públicas autonómicas sobre prestaciones sociales resulta precisa una política pública global que englobe ambos ámbitos inescindibles (situación administrativa e integración social) y, por tanto, a las administraciones titulares de la competencia. La tendencia no debe ser la separación de los ámbitos de actuación sino su imbricación con el reforzamiento de los mecanismos que nuestro ordenamiento atisba y que deberán ser perfeccionados con este objeto. Cada administración debe poner los medios materiales y personales de que dispone al servicio de un adecuado tratamiento de un fenómeno que está mutando nuestra estructura social. Sin embargo, no parece ser ese el camino emprendido por las distintas administraciones. El Estado rechaza cualquier forma de participación autonómica en el ámbito del régimen jurídico de los inmigrantes, pese a su incidencia en los servicios sociales, e incluso pretende extender su competencia en integración social. Por otro lado, algunos territorios han planteado directamente asumir la gestión autonómica de la política de inmigración, esto es, su traslado a las administraciones autonómicas, excluyendo a la administración general del Estado. Sin duda existe una vía intermedia entre ambos extremos, pero esta requiere, como premisa, una «cultura de la colaboración», ausente en la práctica de nuestro Estado autonómico.

391-426-Estado autonómico21 3/10/05 14:39 Página 426

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 427

EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD POLÍTICA DE ESPAÑOLAS Y ESPAÑOLES A LA LUZ DEL ART. 149.1.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Jasone Astola Madariaga
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Unversidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea

I. LAS MUJERES EN LA TEORÍA POLÍTICA

Las mujeres no estábamos presentes en la teoría política que precedió a la creación de los Estados modernos. El gran teórico de la democracia, ROUSSEAU,[1] ideó ésta únicamente para los hombres ya que si se dejaba actuar libremente a las mujeres, puro instinto, la sociedad estaría abocada a la irracionalidad, al caos y a la locura[2].

Este planteamiento fue inmediatamente contestado[3], entre otras:

Por Mary WOLLSTONECRAFT[4] quien encarnó las reivindicaciones políticas y personales de las mujeres. Su obra *Vindicación de los derechos de la Mujer*[5] (1793) fue clave para el movimiento feminista posterior. WOLLSTONECRAFT centró su discurso y su combate en las constricciones en las que debían moverse las mujeres, la asimetría entre los sexos, que se debía no a diferencias biológicas sino a la educación y a los hábitos de socialización recibidos. Negó que las mujeres fueran inferiores a los hombres en capacidad y estableció que era el predominio del orden social definido por los

---

[1] Juan Jacobo ROUSSEAU, *Emilio, o la educación*, Porrúa, México 1978.

[2] Como pone en evidencia Amelia VALCÁRCEL, «La memoria colectiva y los retos del feminismo», en Amelia VALCÁRCEL y Rosalía ROMERO (eds.), *Los desafíos del feminismo ante el siglo XXI*, Instituto Andaluz de la mujer, col. Hypatia, Sevilla, 2000, pp. 19-54: este filósofo radical que ni siquiera admite la fuerza como criterio de desigualdad en el estado presocial, que considera injusto todo privilegio posterior, que afirma que «es difícil demostrar la validez de un contrato que no obliga más que a una de las partes, que pone todo de un lado y nada del otro», que considera que la libertad es un tipo tal de bien que nadie está autorizado a enajenar, asevera que, por el contrario, la sujeción y exclusión de las mujeres es de todo punto deseable.

[3] Alicia H. PULEO, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos Barcelona, 1993 recoge una selección de textos de Condorcet, de De Gouges, de De Lambert y otros.

[4] En las páginas http://mural.uv.es/juasajua/Vindicacion_Mary%20Wolstonecraft.htm y http:// www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/6449.htm pueden verse algunos datos de su biografía.

[5] Mary WOLLSTONECRAFT, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Ed. Debate, Barcelona 1998.

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 428

hombres lo que había impedido que se expresaran libremente las capacidades femeninas[6].

Por Olimpia DE GOUGES[7] que publicó una Declaración de derechos de la Mujer y la ciudadana[8] (1791) en la que se denunciaba la exclusión de las mujeres de la representación política y reclamaba, con insistencia, la ciudadanía de las mujeres. De hecho, la Declaración era un calco del Contrato Social de Rousseau y de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789. Estaba influida por los iusnaturalistas y los filósofos del pacto social y adelantaban muchos programas posteriores de mujeres. Su gran contribución fue el reconocimiento de la personalidad jurídica de las mujeres como parte integrante del pueblo soberano, la equiparación de sus derechos a los del hombre, y la reivindicación del sufragio como expresión de esa pertenencia al pueblo soberano[9].

O, más tarde, en el año 1848 alrededor de setenta mujeres significativas y treinta varones, lideradas por Elizabeth CADY STANTON[10] y Lucretia MOTT[11], se reúnen en EEUU para estudiar las condiciones y derechos sociales, civiles y religiosos de la mujer. Al término de la Asamblea redactan un texto cuyo modelo es la Declaración de Independencia. En esta declaración de Seneca Falls[12], que ellas llamaron «Declaración de sentimientos», encontramos dos grandes apartados teóricos: de un lado, las exigencias para alcanzar la ciudadanía civil y, de otro lado, los principios que deberían modificar las costumbres y la moral[13].

Aunque el trabajo de las mujeres por sus derechos políticos ha sido una constante no alcanzamos el derecho al voto hasta 1919 en el Reino Unido, hasta 1945 en Francia ni hasta 1920[14] en EEUU cuando se introdujo la

---

[6] Estas ideas fueron recogidas, entre otros, por John STUART MILL (1806-1873), quien, junto a su mujer Harriet Taylor Mill (1807-1856), publicó *El Sometimiento de la Mujer* en 1869. John STUART MILL presentó al Parlamento inglés en 1866 una demanda a favor del voto femenino. Su rechazo provocó que en 1867 naciera el primer grupo claramente sufragista británico, la *National Society for Woman's Suffrage* (Asociación Nacional para el Sufragio de la Mujer), liderada por Lydia Becker.

[7] Datos biográficos de esta mujer pueden encontrarse en: http://www.webmujeractual.com/biografia/nombres/olympia_de_gouges.htm.

[8] Ver http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/Olympe.htm.

[9] A pesar de esto aunque Francia fue el primer país en otorgar el sufragio universal a los ciudadanos varones en 1848, las mujeres no obtuvieron el derecho de voto hasta la ley electoral de 21 de abril de 1944, tras décadas de lucha llevada a cabo por las sufragistas.

[10] Unas referencias biográficas pueden verse en http://www.iespana.es/jocana59/sufragismo/biogra.htm#stanton

[11] Unas referencias biográficas pueden verse en http://www.iespana.es/jocana59/sufragismo/biogra.htm#mott

[12] Ver http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/declaracion.htm

[13] Así se expresa Alicia MIYARES, «1848: el manifiesto de "Seneca Falls"», en *Leviatan*, nº 75, Primavera 1999, pp. 135-158.

[14] De las mujeres participantes en la reunión de Seneca FALLS, tan sólo una, Charlotte WOODWARD entonces de diecinueve años, llegó a presenciar en 1920, las primeras elecciones presidenciales en que tomaron parte las mujeres.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 429

decimonovena enmienda; hasta entonces no era inconstitucional que un Estado concediese el derecho al voto sólo a los hombres. Y sólo en 1975[15] se empezó a considerar como inconstitucional la exclusión de las mujeres de los sistemas de selección de jurados. Y nunca, hasta el momento, se han valorado las acciones a favor de las mujeres según los parámetros de la decimocuarta enmienda[16], sino según el Título VII de *Civil Rights Act* de 1964[17]. El intento de 1972 de incorporar a la Constitución estadounidense una vigésimo séptima enmienda, prohibiendo expresamente la discriminación por razón de sexo, no prosperó[18] por no contar con el apoyo suficiente (las tres cuartas partes de los Estados federados).

Estos datos nos indican lo arduo del camino de las mujeres hacia la igualdad de trato con los hombres en su acceso al poder[19]. No ya al poder efectivo y real, sino incluso a la formulación teórica de tal igualdad entre mujeres y hombres como base de nuestros estados sociales y democráticos de derecho[20].

En el año 2004 la Unión Europea no da rango de «valor constitucional» a la igualdad entre mujeres y hombres. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa[21] cuando enumera los valores de la Unión en su art. I-2,[22] no contempla entre ellos, pese a la propuesta

---

[15] Caso *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 en http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ getcase.pl?court=us&vol=419&invol=522

[16] «Ningún Estado denegará (...) a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes».

[17] *Johnson v. Transportation Agency, St. Clara County*, California et al. 107 S. Ct. 1442, 480 U.S. 616 (1987) en http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=480&invol=616. Más ejemplos pueden verse en María Ángeles MARTÍN VIDA, «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68/2003, pp. 151-195, especialmente pp. 181-186. El texto de este título VII de *Civil Rights Act* puede verse en http://www.eeoc.gov/policy/vii.html

[18] La *Equal Rights Amendment* que viene intentándose sin éxito desde 1923 tenía el siguiente texto: 1. La igualdad de derechos ante la ley no podrá ser negada o limitada por razón de sexo por los Estados Unidos ni por ningún Estado federado. 2. El Congreso tendrá poder para hacer cumplir este precepto mediante la legislación adecuada.

[19] Interesante la base de datos – http://www.db-decision.de/index_E.htm – para ver la realidad hasta 2001. Y el documento informativo EG (2002) 06 Women in politics in the Council of Europe Member States–http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/03._Women_and_decisionmaking/098_EG(2002)06.asp #P1128_65981 –.

[20] El 22 de septiembre de 1990 se constituyó en Bruselas el Lobby Europeo de Mujeres impulsado por organizaciones no gubernamentales nacionales y europeas. El objetivo de este Lobby es defender los intereses de las mujeres que viven en la Unión Europea incluyendo los de aquellas que procedan de colectivos marginales y minorías étnicas – http://www.womenlobby.org –. En marzo de 1993 se organiza en España la «Asociación de Apoyo al Lobby Europeo de Mujeres», impulsada por mujeres de diferentes Asociaciones o Federaciones de ámbito estatal, a las que posteriormente se han ido sumando nuevas organizaciones, con el fin de constituir la «Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres», cuya consolidación se produce en noviembre del año 1995 – http://www.celem.org/ –.

[21] El texto puede verse en http://www.europa.eu.int/constitution/index_en.htm

[22] «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las per-

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 430

sueca, la igualdad entre mujeres y hombres. Esta omisión es importante, puesto que el respeto a estos valores es condición imprescindible para que un Estado se adhiera a la Unión –art. I-58.1[23]– y porque si se observa un incumplimiento reiterado de alguno de estos valores en un Estado miembro éste puede ser sancionado, según el art. I-59[24]. De modo que la igualdad entre mujeres y hombres queda reducida: 1) a ser una de las características de la sociedad europea[25] –sin vinculación jurídica clara–, y eso gracias a la Conferencia de representantes de los gobiernos de los EEMM y no a una definición de la Convención; y 2) a ser uno de los objetivos de la Unión enumerados en el art. I-3.3[26] «fomentará (...) la igualdad entre hombres y mujeres[27]», al mismo nivel que fomentará la solidaridad entre generaciones o los derechos del niño.

Además la Carta de derechos introducida en el Proyecto de Tratado hace posible que el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres[28] se convierta únicamente en un principio porque la Carta recoge derechos y principios y no queda claro a qué categoría se adscribe la igualdad entre mujeres y hombres: 1) porque el art. II-112.7 dice que «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los De-

---

sonas pertenecientes a minorías». Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

[23] «La Unión está abierta a todos los Estados europeos que respeten los valores mencionados en el artículo I-2 y se comprometan a promoverlos en común».

[24] Dice el art. I-59.3: «Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2– *que existe una violación grave y persistente de los valores enunciados en el artículo I-2*–, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada, una decisión europea que suspenda determinados derechos derivados de la aplicación de la Constitución al Estado miembro de que se trate, incluido el derecho a voto del miembro del Consejo que represente a dicho Estado. El Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de tal suspensión para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.
En cualquier caso, este Estado seguirá vinculado por las obligaciones que le incumben en virtud de la Constitución».

[25] Sigue diciendo el art. I-2 «Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

[26] «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

[27] La igualdad de trato entre hombres y mujeres es un principio fundamental, con arreglo al artículo 2 y al apartado 2 del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre mujeres y hombres como una «misión» y un «objetivo» de la Comunidad e imponen la obligación positiva de «promover» dicha igualdad en todas sus actividades, dice el apartado 4 del Preámbulo de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, DO L 269, p. 15.

[28] El art. II-83 –Igualdad entre mujeres y hombres– dice:
«La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.
El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 431

rechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» y si leemos estas explicaciones[29] vemos que el art. 23 (regula la igualdad) y el art. 33 (conciliación entre la vida profesional y familiar) incluyen elementos de un derecho y de un principio y que «los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deberán observarse» frase parecida a la recogida en el art. II-111.1 del tratado constitucional[30]; 2) porque el art. II.-112.6 dice que «Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta»[31]; y 3) porque el art. II-112.5 dice que «las disposiciones de la presente Carta que contengan principios» «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad» de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones comunitarias y por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias.

Con estas bases jurídicas ¿es posible encontrar un encaje jurídico a la democracia paritaria[32], o a concreciones como ley electoral castellano-manchega 11/2002[33]?

---

[29] Las «explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales (CONV 823/03, de 9 de julio de 2003, aprobado por el Presidium de la Convención para el futuro de Europa) son la Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales –número 12 de las declaraciones–, que puede encontrarse en http://ue.eu.int/igcpdf/es/04/cg00/cg00087-ad02re02.es04pdf , especialmente, p. 94: dice a propósito de la interpretación de la Carta «El apartado 5 aclara la distinción entre «derechos» y «principios» reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del artículo 51– *artículo II-111 de la Constitución*-). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 174 del TCE (sustituido por el artículo III-233 de la Constitución): sentencia del TPI de 11 de septiembre de 2002, T-13/99, *Pfizer contra Consejo*, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola , por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 265/85, *Van den Berg*, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima) como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25, 26 y 37 – *artículos II-85, II-86 y II-97 de la Constitución*-. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34 –*artículos II-83, II-93 y II-94 de la Constitución*-.

[30] Ver a este respecto Teresa Freixes, «Las Mujeres y la Constitución europea», *Meridium*, nº 33/2004, pp. 10–13 o los comentarios del lobby de mujeres en http://www.womenlobby.org/Doclist.asp?SectionID=5

[31] Además el art. II-112.4 dice que «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estado miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones», por lo que parece que cualquier cambio en la interpretación del contenido del derecho a la igualdad de hombres y mujeres sólo será posible si a esa misma interpretación se llega en todas las tradiciones constitucionales.

[32] Hay que distinguir la paridad en nuestra democracia con la paridad en los demás ámbitos de la vida, fundamentalmente de la vida profesional. Los criterios para los demás ámbitos pueden ser más flexibles que para establecer una democracia paritaria. Pongo como ejemplo la solicitud del

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 432

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Este trabajo pretende hacer un estudio sobre la posible interpretación del art. 149.1.1 de la Constitución Española cuando una Comunidad Autónoma decide ir más allá de lo establecido por el Estado central en la configuración de un derecho. Tengo en mente la ley electoral de Castilla-La Mancha 11/2002, de 27 de junio de modificación de la ley 5/1986, de 23 de diciembre.

Artículo 149
El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

> 1ª. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Y para ello me ocuparé en primer lugar de aclarar el sentido de los conceptos competencia exclusiva, condiciones básicas e igualdad para acto seguido intentar determinar el papel del Estado central para asegurar el mandato constitucional que recibe. Y dentro de este mandato me ocuparé especialmente del ejercicio de la igualdad de mujeres y hombres desde el punto de vista político, es decir, de lo que se viene denominando democracia paritaria, concepto que se refiere a una democracia donde mujeres y hombres tengan no sólo los mismos derechos, sino las mismas responsabilidades en la gestión de las tareas sociales [34].

---

portavoz de Jueces para la Democracia, Edmundo RODRÍGUEZ ACHUTEGUI pidiendo paridad de sexos al Consejo General del Poder Judicial en los nombramientos. La Agencia *Europa Press,* el 13 de agosto de 2004 daba cuenta de la siguiente noticia: «La Asociación Jueces para la Democracia reclama al Gobierno que establezca en la Ley la paridad de sexos en los nombramientos judiciales». El portavoz de Jueces para la Democracia, Edmundo RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, se ha mostrado partidario de que la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevista por el Gobierno, introduzca la exigencia a los vocales del CGPJ de guiarse por el criterio de paridad de sexos en los nombramientos de los magistrados del Tribunal Supremo y el resto de cargos de máxima responsabilidad en la judicatura. Rodríguez señaló que debía establecerse que los vocales del Consejo del Poder Judicial, antes de su designación por las Cortes, realicen un compromiso público con la paridad de sexos en los nombramientos de cargos judiciales. Añadió que, en la actualidad, la mitad de los jueces en España son mujeres, un porcentaje que cree que debe reproducirse en los cargos de máxima responsabilidad de la carrera judicial».

[33] Las Illes Balears hicieron lo mismo en la Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Dice el art. 16.4: «Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa».

[34] Fue en el seminario que llevaba por título «La democracia paritaria. 40 años de actividad del Consejo de Europa», celebrado en Estrasburgo los días 6 y 7 de noviembre de 1989 cuando se debatió por primera vez en Europa sobre este concepto – se ocupa de este seminario J. MOSSUZ-LAVAU, «Les femmes et la politique: La France au regard de l'Europe», en *De la République à l'Europe. Hommage à J.-L. Quermonne*, París 1996, pp. 112 y ss.–. Desde entonces el Consejo de Europa se ha ocupado de este tema –ver http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/03._Women_and_ decision-making/–. De entre las actividades que este seminario propició citaré los siguientes textos adoptados por la Asamblea parlamentaria: la Recomendación 1229 (1994) relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; la Recomendación 1269 (1995) relativa a un progreso tangible de los derechos de las mujeres a partir de 1995 y la Recomendación 1413 (1999) sobre la repre-

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 433

II.1. COMPETENCIA EXCLUSIVA

Este concepto de competencia exclusiva del Estado cuando se refiere a temas relacionados con los derechos humanos, como en este caso, hay que entenderlo en relación con el art. 10.2 de nuestro texto constitucional:

> «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Por lo tanto, aunque sea el Estado central el que se ocupe de esta materia no puede hacerlo con total discrecionalidad sino respetando, en este caso, la legislación internacional y comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres.

Entre la legislación internacional el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos políticos de la mujer –Resolución de la Asamblea General 640 (VII) de 20 de diciembre de 1952– que entró en vigor el 7 de julio de 1954 merece una mención especial[35], además del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999[36] y ratificada por España el 6 de julio de 2001, cuya finalidad fundamental es que todo Estado Parte reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[37] para recibir y considerar las comunicaciones que reciba (art. 1).

Para finalizar mencionaré la Declaración y el Programa de acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 4 a 15 de septiembre de 1995[38]), que insisten en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, de los poderes y de los derechos entre mujeres y hombres.

En el Consejo de Europa, además del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[39] es interesante citar la Recomendación Rec (2003)3

---

sentación paritaria en la vida política; También la cumbre europea de mujeres en el poder celebrada en Atenas el 3 de noviembre de 1992, auspiciada por la Comisión europea, hizo suyo este concepto –la declaración que de allí salió puede verse en http://www.geocities.com/Athens/ Parthenon/8947/atenas.htm–. Para profundizar en el concepto de democracia paritaria ver Julia SEVILLA MERINO, *Mujer y ciudadanía: la democracia paritaria*, Universidad de Valencia, Valencia 2004.

[35] Ratificado por España el 5 de enero de 1984 –http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/22_sp.htm–. Además están las disposiciones sobre igualdad y no discriminación del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, interpretados mediante los informes emitidos por los respectivos comités de control y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como los dictámenes del comité de control de esta convención – ver http://www.unhchr.ch/ spanish/html/intlinst_sp.htm –.

[36] http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/opt_cedaw_sp.htm.

[37] http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/6/cedw_sp.htm, interesantes son los trabajos de la División por el avance de las mujeres (DAW) –http://www.un.org/womenwatch/daw/–.

[38] Ver http://www.democraciaparitaria.com/article.php3?id_article=28.

[39] –http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf– y las disposiciones sobre igualdad de la Carta Social Europea revisada en 1996, que España firmó el 10 de octubre de 2000, pero que aún no ha ratificado – http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm STE 163–.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 434

del Comité de Ministros sobre participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión pública y política, adoptada el 12 de marzo de 2003 y el *memorandum* explicativo que acompaña a dicha recomendación[40], porque en ella además de las acciones recomendadas se resume la actividad desarrollada hasta entonces por el Consejo de Europa. Dentro de las medidas legislativas y administrativas recomendadas aparece expresamente la adopción de reformas legislativas para instaurar la paridad en las candidaturas a todas las elecciones, especificando que donde existan listas se prevea la alternancia entre hombres y mujeres[41].

En el derecho comunitario la igualdad y la no discriminación[42] entre mujeres y hombres[43] se convirtió en un derecho con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Defrenne contra Sabena* III, 149/1977, sentencia de 15 de junio de 1978[44], como recuerda el Tribunal de Primera Instancia en el caso T 45/90 *Speybrouck contra Parlamento Europeo*, cuando dice que el principio de la prohibición de cualquier discriminación directa o indirecta, basada en el sexo forma parte de los derechos fundamentales. Desde el Tratado de Amsterdam, la igualdad a la que se refieren los arts.

---

[40] http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/03._Women_and_decision-making/001_Rec(2003)03.asp#Top OfPage

[41] Dice el punto 3 del apartado A sobre medidas legislativas y administrativas: «envisager l'adoption de réformes législatives visant à instaurer des seuils de parité pour les candidatures aux élections locales, régionales, nationales et supranationales. Dans les cas où il existe des listes à la proportionnelle, prévoir l'introduction de systèmes d'alternance hommes/femmes».

[42] De la misma forma que en EEUU fue la raza la que empezó a crear una interpretación jurisprudencial sobre cómo entender el concepto discriminación –ver un resumen de esta evolución en Sotirios MANOLKIDIS, «The Principle of Equality from a Comparative Constitutional Perspective: Lessons for EU» en Alan DASHWOOD y Síofra O'LEARY (eds.), *The principle of equal treatment in E.C. law*, Sweet & Maxwell, Londres 1997, pp. 80-104, especialmente pp. 83-86– en la UE fue la nacionalidad. Por todos, Stefan ENCHELMAIER, «Equal rights:market economy, free competition, and rights of equality» en Carlos RUIZ MIGUEL (coord.), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela 2004, pp. 53-82, especialmente pp. 69-75 resume las diferentes categorías de discriminación y Síofra O'LEARY, «The Principle of Equal Treatment on Ground of Nationality in Article 6 EC. A lucrative source rights for Member State nationals?» en Alan DASHWOOD y Síofra O'LEARY (eds.), *The principle of equal treatment in E.C. law*, Sweet & Maxwell, Londres 1997, pp. 105-136 profundiza sobre estas categorías.

[43] Para un análisis general de la influencia del derecho comunitario en la interpretación de los art. 139.1 y 149.1.1 de la Constitución Española ver Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución de competencias, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, Madrid 2001 y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Bilbao 2001.

[44] La mayor evidencia de la condición de derecho subjetivo de la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es la sentencia de 11 de enero de 2000, asunto *Kreil*, C-285/1998, cuando el TJCE interpreta la Directiva 76/207/CEE, sobre la prohibición de discriminación sexual en el empleo, y llega a la conclusión de que «prohíbe la aplicación de normas nacionales, como las del derecho constitucional alemán que, en general, excluyen a las mujeres de los servicios militares que impliquen el uso de armas y autorizan su acceso sólo a los servicios sanitarios y a las bandas de música militares». Alemania decidió cambiar su Constitución para adaptarse a esta directiva. Interesante el trabajo de Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «La contribución del derecho comunitario a la interpretación de los derechos constitucionales: la sentencia de TJCE de 11 de enero de 2000 (*Kreil*) y el art. 12.a de la Constitución alemana», en Miguel Ángel APARICIO (Coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona 2001, pp. 755-780.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 435

2 (la Comunidad promoverá la igualdad entre hombres y mujeres) y 3.2 (la Comunidad se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad) del TCE tiene una dimensión transversal, *mainstreaming*[45], es decir, se proyecta a todas las políticas comunitarias[46], que deben incorporar la evaluación del impacto de género que cualquier decisión comunitaria»[47].

Para hacer el estudio de este impacto de género existen varios indicadores de los que mencionaré[48]: La desagregación por sexo de todo estudio estadístico[49]; La utilización de un lenguaje pertinente desde la perspectiva de género, lo que supone que a veces se deberá generalizar y a veces será necesario utilizar un lenguaje específico de cada sexo[50]; La investigación sobre la utilización de los recursos que hacen ambos sexos, para ob-

---

[45] Por las mismas fechas en el Consejo de Europa se había publicado *Gender mainstreaming*, Council of Europe Publishing 1998, ISBN 92-871-3799-4. Y el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 7 de octubre de 1998 la Recomendación No. Rec (98) 14 sobre *gender mainstreaming*, invitando a los gobiernos de los Estados miembros a poner en práctica las ideas que contiene –https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=501583&Lang=en–.

[46] Igualdad de remuneraciones tanto por un mismo trabajo como por un trabajo de igual valor; igualdad en el empleo; igualdad de trato en la seguridad social y en la ayuda social; igualdad de trato en relación con el trabajo independiente; igualdad de derechos en el matrimonio; protección del embarazo; permiso de maternidad; permisos parentales; conciliación entre la vida profesional y familiar; organización no discriminatoria del trabajo a tiempo parcial; reconocimiento de la dignidad y prohibición del acoso sexual en el ámbito laboral; acciones positivas en el ámbito profesional; participación equilibrada en la toma de decisiones; imagen de cada uno de los sexos en los medios de comunicación y en la publicidad; cooperación al desarrollo, ciencia y educación y formación profesional; violencia y explotación sexual; y perspectiva de género en la utilización de los fondos estructurales; introducción de acciones positivas en el terreno profesional.

[47] Frances GARDINER, «La Unión Europea: ¿Hada madrina para las mujeres?», en Edurne URIARTE y Arantxa ELIZONDO (coords.), *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona 1997, pp. 246-270, resume la política comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres. En la dirección http://europa.eu.int/ comm/employment%5Fsocial/fundamental%5Frights/pdf/pubdocs/thembroch04%5Fes.pdf puede verse «La igualdad de derechos en la práctica : Los interesados tienen la palabra 2004 / UE», Comisión Europea. Y «Livre vert: Egalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie / UE», Commmission européenne. – 2004 en http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2004/com2004%5F0379fr01.pdf y «Rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes, 2004: rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions / UE, Commission européenne». – 2004 en http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2004/com2004%5F0115fr01.pdf

[48] Ver el V Programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), DO L 17, de 19 de enero de 2001, p. 22 http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2001/l_017/l_01720010119es00220029.pdf y la estrategia-marco comunitaria propuesta por la Comisión – http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/feb/com_2004_115_en.pdf –. Además Rosa FITZGERALD, «Making mainstreaming work» en http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/pgm_external_en.pdf amplía estos conceptos.

[49] Sírvanos de ejemplo «Hechos y cifras clave de la Unión Europea», Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 2004, pp. 39 y 64 entre otras.

[50] El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 21 de febrero de 1990 la Recomendación n° Rec (90) 4 a los Estados miembros sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje –https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=600989&Lang=en–. Interesante la página http://www.nodo50.org/ mujeresred/lenguaje.html para ver cómo se puede corregir el lenguaje sexista.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 436

tener información sobre la utilización del tiempo, del espacio, del dinero, de la información, etc. en cada una de las políticas públicas; El examen de la configuración de estereotipos sociales y de las expectativas profesionales de cada uno de los sexos; El análisis de las normas jurídicas en vigor y de la jurisprudencia para determinar si tienen o no incidencia en la situación real de mujeres y hombres; La implementación de normas de carácter presupuestario y financiero aplicando la transversalidad; Y la evaluación del impacto de género de las normas y de las políticas para verificar la adecuación de la legislación, la jurisprudencia y la práctica administrativa a las exigencias de la igualdad[51].

En cuanto a la presencia de las mujeres en la actividad política hay que citar la Recomendación 96/694/CE del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión [52], previamente el Parlamento Europeo, en su Resolución de 11 de febrero de 1994 sobre la mujer en los órganos decisorios[53], pidió a la Comisión que reforzase «la ejecución de la política de igualdad de oportunidades del Tercer Programa de Acción Comunitaria, a fin de eliminar los obstáculos individuales que dificultan la participación de la mujer en la toma de decisiones» y que definiese «las medidas y acciones que permitan una mayor participación de la mujer en el proceso decisorio».

Es interesante destacar que prácticamente toda la normativa que he mencionado no es de obligado cumplimiento, sino que se mueve en el ámbito de las recomendaciones, por lo que depende de la voluntad política de cada Estado o institución. Y, a título de ejemplo, recordaré el punto II de la Recomendación 96/694/CE que pide a las instituciones, a

---

[51] En este sentido ver la Ley española 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

[52] *Diario Oficial n° L* 319 de 10/12/1996, p. 11-15. El tercer considerando resume la actividad anterior: Considerando que el acceso de las mujeres a la toma de decisiones fue objeto de atención específica en la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer –DO n° L 331 de 19. 12. 1984, p. 34–; en la Segunda Resolución del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres –DO n° C 203 de 12. 8. 1986, p. 2–; en la Resolución del Consejo, de 21 de mayo de 1991, relativa a un tercer programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1991-1995) –DO n° C 142 de 31. 5. 1991, p. 1–; en la Resolución del Consejo, de 27 de marzo de 1995, sobre la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones –DO n° C 168 de 4. 7. 1995, p. 3–; y en la Decisión 95/593/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1996-2000) –DO n° L 335 de 30. 12. 1995, p. 37–. Ver –http://europa.eu.int/smartapi/cgi/ sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=31996H0694&model=guichett–. Teresa Freixes San Juan, «Las medidas para potenciar la igualdad entre las mujeres y los hombres en la Unión Europea: del marco legal a la práctica política», en Mª Vicenta García Soriano y José Gil Castellano (eds.), *I Congreso Internacional. Reconsideración de las estrategias para la promoción de la mujer*, Minim Ediciones, Valencia 2003, pp. 15– 92, especialmente pp. 53-65 resume la actividad comunitaria en este ámbito.

[53] DO n° C 61 de 28. 2. 1994, p. 248.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 437

los órganos y a los organismos descentralizados de las comunidades europeas: que elaboren una estrategia orientada a alcanzar una participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisiones en cada institución, órgano y organismo descentralizado de las Comunidades Europeas y, para muestra, del cumplimiento de esta petición podemos ver la composición de la primera Comisión, nombrada en 2004[54], que cuenta con 7 mujeres y 18 hombres o podemos hasta qué punto el propio Parlamento europeo cumple su resolución si tenemos en cuenta que en su actual composición hay 222 mujeres, un 30%, y 510 hombres[55]; ahora bien este porcentaje se ve seriamente reducido cuando observamos la composición de los órganos Parlamento europeo[56]: 2 vicepresidentas del total de 14[57], o 3 presidentas de comisión del total de 16[58], ahora bien 4 de los 5 cuestores son mujeres – dice el art. 25 del Reglamento del PE que los cuestores se encargan de los asuntos administrativos y económicos que afectan directamente a los diputados–, resultando así obvio que el PE funciona internamente con el tradicional reparto de roles entre mujeres y hombres. Por estas razones y haciendo mías las palabras del Comité de las Regiones[59] cuando califica la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres como el hecho de tener las mismas oportunidades, derechos y obligaciones en todos los ámbitos, incluido un reparto equitativo del poder y la influencia en la sociedad, puedo decir que en la composición de las instituciones comunitarias se detecta una clara discriminación indirecta de las mujeres, o dicho de otra manera no se cumple el principio democrático.

II.2. CONDICIONES BÁSICAS

En el artículo 149 aparecen diferentes acepciones[60] que ha sido objeto

---

[54] Ver la primera propuesta de Comisión en: http://europa.eu.int/comm/mediatheque/photo/barroso/commission_en.htm y la segunda en http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/oj/2004/l_333/l_33320041109es00120013.pdf.

[55] Ver http://www.elections2004.eu.int/ep-election/sites/es/results1306/women/index.html.

[56] Ver http://www.europarl.eu.int/bulletins/pdf_orgpresi/cpg_6_leg.pdf o.

[57] Ver http://www.europarl.eu.int/bulletins/pdf_orgpresi/bureau_6_leg.pdf.

[58] Ver http://wwwdb.europarl.eu.int/ep5/owa/p_meps.short_list?ilg=ES&iothbody=PRCO.

[59] Ver el punto 1.3 del dictamen del Comité de las Regiones sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, DO C 121, de 30 de abril de 2004, p. 26 o http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2004/c_121/c_12120040430es00250027.pdf.

[60] «Condiciones básicas», en el citado precepto 149.1.1; «Bases» de las obligaciones contractuales –art. 149.1.8 –; de la ordenación de crédito, banca y seguros –art. 149.1.11–; de la planificación general de la actividad económica –art. 149.1.13–; de la sanidad –art. 149.1.16–; del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios –art. 149.1.18–; del régimen minero y energético –art. 149.1.25–; «Legislación básica» de la seguridad social –art. 149.1.17–; sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas –art. 149.1.18 (*in fine*)–; sobre protección del medio ambiente, y sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias –art. 149.1.23–;«Normas básicas» del régimen

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 438

de estudio por parte de nuestra doctrina[61], aunque la vía seguida por el Tribunal Constitucional nada tiene que ver con las interpretaciones propuestas y en su jurisprudencia alterna las distintas expresiones sin hacer uso del término exacto previsto en la norma fundamental[62] como dejó claro que iba a hacer en su STC 32/1981 cuando en el FJ 6 sostiene que «esos principios o criterios básicos, *estén o no formulados como tales*, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» y cuando en el FJ 5 excusa hacer una delimitación formal de lo básico porque aunque así lo hiciese «en caso necesario, será el Tribunal el competente para decirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución»[63] (en idéntico sentido SSTC 1/1982 o 86/1990, FJ 4).

Ahora bien, en la STC 102/1995 hace una distinción importante para nuestro objeto de estudio ya que en el FJ 8 concede a las «condiciones básicas», una dimensión material[64], dimensión material que concreta, dándole un alcance expansivo en el FJ 14 de la STC 290/2000, al decir: «Y si bien el alcance del art. 149.1.1 CE es «esencialmente normativo», como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de noviembre, FJ 6, por referirse a «la regulación» de esas condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda

---

de prensa, radio y televisión y en general de todos los medios de comunicación social –art. 149.1.27–; para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia – art. 149.1.30 (*in fine*) –.

[61] Por todos, desde el trabajo pionero de J. Jiménez Campo, «¿Qué Es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27/1989, pp. 39-92; J. SALAS, «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983, pp. 433-452, especialmente pp. 438-439, que entendía que *legislación básica* otorga al Estado una potestad más restringida que *normas básicas* y que ésta última es más restringida que *bases*. Legislación básica remitiría a la potestad legislativa en sentido estricto, normas básicas añadiría a ésta la potestad reglamentaria y bases añadiría a las anteriores la potestad de dictar medidas de ejecución, tanto generales como singulares. También S. Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Cívitas, Madrid 1985, tomo I, p. 375 se ocupó de este tema.

[62] Este camino del TC ha provocado artículos como los de J. García Morillo, «La versatilidad de lo básico», *Revista de Administración Pública*, nº 139/1996, pp. 125-151, quien criticaba el carácter mutable, alterable, imprevisible y, utilizando su palabra, versátil del contenido de lo básico; F. Caamaño, «El abandono de lo básico. Estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nºs 12-13/2000-2001; o José Antonio Montilla Martos, «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68/2003, pp. 89-120, quien intenta delimitar este concepto a través de dos instrumentos planteados en la STC 69/1988: 1) la preferencia de la ley formal para determinar lo básico; y 2) la exigencia de determinación positiva expresa de lo básico.

[63] Sobre las sentencias interpretativas del TC en relación con la función legislativa ver F.J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 249-254.

[64] La Constitución habla varias veces de «bases» (art. 149.1.13., 18. y 25.), una de «condiciones básicas» (art. 149.1.1.), otra de «normas básicas» (art. 149. 1 27.) y dos de «legislación básica» (art. 149.1.17. y 23.) cuando enumera las distintas atribuciones que componen la competencia exclusiva del Estado, expresiones que tienen una referencia común, aun cuando con modulaciones diferentes. Para decirlo con pocas palabras, en las dos primeras predomina su dimensión material y en las últimas su aspecto formal que, además, se potencia cuando las Comunidades Autónomas tienen conferidos el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de que se trate.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 439

restringir su alcance»[65]. Y en la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12 añade que « La expresión «condiciones básicas» no es sinónima de las locuciones «legislación básica», «bases» o «normas básicas», por lo que «la competencia «ex» art. 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo»»[66].

Además sabemos que:

– No son sinónimo de bases o de legislación básica, sino que hacen referencia al contenido jurídico del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales y no pueden operar como título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia o sector del Ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera remotamente, hacia un derecho o deber constitucional (STC 61/1997)[67];

– No operan como un concepto que materialmente y por sí solo imponga la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sino que atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen el ejercicio de dicha igualdad[68];

– Se trata de un título competencial con contenido propio, no residual, que habilita al Estado para regular «el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premi-

---

[65] Sigue diciendo el TC: «De lo que se desprende, en definitiva, que junto a la normación como aspecto esencial del art. 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional. Como hemos reconocido tempranamente en la STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3...»

[66] Y sigue diciendo... de forma que «el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias» En el mismo sentido STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 7 a) y STC 188/2001, de 24 de septiembre F. 4.

[67] Repite en STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10, en relación con el alcance del art. 149.1.1 CE hemos declarado que «sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario ... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento». Sobre este presupuesto, el art. 149.1.1 CE «permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», lo que conlleva que dicho título competencial «no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica» (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 7 b).

[68] Dicho precepto «no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho» STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 9). Por lo tanto, el título competencial del art. 149.1.1ª CE «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» (STC 173/1998, de 23 de julio, F. 9).

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 440

sas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta» (STC 61/1997 FJ 8);

– Las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados: La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico lo que conlleva que dicho título competencial «no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b) y STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10). Además el FJ 9 de la STC 98/2004, de 25 de mayo añade que es necesario que «se enuncien los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados» [69].

Además este art. 149.1.1 se relaciona con el art. 139.1 de la Constitución[70] –«Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado»– y por eso hay que tener en cuenta que estas condiciones básicas son uniformes[71]. Y, por último no debemos olvidar que lo que tiene que asegurar el Estado, según el art. 149.1.1 es la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales no la igualdad en el contenido de los derechos[72].

---

[69] Así, partiendo de que el art. 149.1.1 CE habilita al Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que no conlleva la exclusión de las diferencias en las normas complementarias de las Comunidades Autónomas, debemos considerar aplicable aquí nuestra doctrina según la cual, puesto que «no se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo (STC 61/1997, de 20 de marzo F. 7)». En el mismo sentido STC 109/2003, de 5 de junio F. 17; STC 152/2003, de 17 de julio , F. 5 h.

[70] Ambos preceptos «son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales» (STC 61/1997, FJ 7).

[71] El Estado mediante sus competencias y la reserva de ley orgánica puede y debe asegurar «una determinada *uniformidad normativa* en todo el territorio nacional y preservar también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente del legítimo ejercicio de la autonomía» (SSTC 122/1988, 319/1993, FJ 5, 173/1998, FJ 10 o 131/2001, FJ 4). Unas «condiciones básicas» uniformes (...) 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 (STC 173/1998, FJ 9)..

[72] Interesante en este sentido el apartado 4 del voto particular del magistrado Jiménez de Parga, al que se adhirieron los magistrados GABALDÓN, GARCÍA-MON, GIMENO y MENDIZABAL a la STC 173/1998: Creemos que no debe confundirse «contenido primario» de un derecho fundamental (integrado en el desarrollo del mismo: Art. 81.1 C.E.) con las «condiciones básicas» del ejercicio del derecho (art. 149.1.1. C.E.). En varias Sentencias del Tribunal Constitucional se ha dejado establecido que el Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.1. puede regular las «garantías básicas de la igualdad»

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 441

En resumen, la STC 61/1997, FJ 9, ha señalado que el art. 149.1.1 CE no puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas ni para regular cualquier circunstancia que pueda incidir sobre la igualdad del ejercicio del derecho.

II.3. LA IGUALDAD

Como dice Amelia VÁLCARCEL[73] «el fuste del concepto de igualdad depende de aquellos con que se le hagan coincidir. Si oponemos por ejemplo igualdad a diferencia esto inaugura un tipo de discurso, si oponemos igualdad a identidad otro, si oponemos igualdad a desigualdad otro.»

No es posible, por ahora[74], pensar en la igualdad, palabra polisémica[75], como en equipotencia[76], es decir, esa relación de equivalencia jurídica de los diferentes valores de las personas iguales[77]. Y seguimos funcionando en la isonomía, es decir partimos de la idea de que existe una igualdad de valores en las personas consideradas iguales. Nos estamos refiriendo a la igualdad como a identidad[78]. La diferencia estriba en lo siguiente: la igualdad hace referencia a cierto tipo de relación entre individuos equipotentes, mientras que la identidad subsume en un mismo aserto realidades completamente diferentes[79]. La identidad está íntimamente unida a la uniformidad en el trato jurídico[80]. Ese es el punto de partida de los análisis de nuestra doc-

---

en el uso o disfrute de un derecho, pero no cabe entender que este título competencial habilite al Estado para regular, con carácter general, siquiera en sus aspectos básicos un derecho fundamental (SSTC 6/1982, 152/1988, entre otras).

[73] Amelia VALCÁRCELCEL, «Igualdad, idea regulativa», en Amelia VALCÁRCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 1.

[74] Hago esta matización teniendo en cuenta la crisis de los postulados de la Ilustración que resume J. FLAX, «Postmodernism and Gender Relations», en Linda J. NICHOLSON (Comp.), *Feminism/postmodernism*, Routledge, Londres, 1990, pp. 41-42, y me estoy refiriendo a las dudas sobre la existencia de un sujeto estable y coherente o sobre que la ciencia sea paradigma del conocimiento verdadero.

[75] Por citar algunas igualdades: la material, la de oportunidades, la de género, la política, la legal.

[76] Palabra acuñada por Amelia VALCÁRCEL, *Sexo y filosofía*, Anthropos, Barcelona 1981.

[77] Javier PÉREZ ROYO, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2000, p. 293 considera que la idean de igualdad no se entiende como una obligación de todos los individuos sean tratados de la misma forma porque no es ni puede ser un derecho, sino que sirve para definir, racionalmente y sin arbitrariedad, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es admisible. En el mismo sentido D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, especialmente p. 132.

[78] Una clara exposición de lo que aquí señalo hace Eva MARTÍNEZ SAMPERE, «Hacia la igualdad: políticas públicas en Andalucía», en Eva MARTÍNEZ SAMPERE (coord.), *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de Andalucía, Granada 2004, especialmente pp. 1-4.

[79] Celia AMORÓS, «Igualdad e identidad», en Amelia VALCÁRCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 30, lo explica así: la identidad implica que aquellos sobre los que recae nuestra predicación se vuelven indiscernibles como sujetos y continúa (p. 31): «En contraposición, pues, con los enunciados de identidad, aquellos en los que se expresa igualdad implican la discernibilidad de los términos que se homologan».

[80] Llamo la atención sobre este concepto de uniformidad porque tengo en cuenta la «igualdad sustancial» de todos los hombres, base del Estado actual, que entendía como sustancialmente iguales

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 442

trina y de nuestra jurisprudencia constitucional[81], que simplemente se hace eco de la propia Constitución española en la que en ningún momento se menciona como derecho subjetivo individualizable la igualdad entre hombres y mujeres, lo único que hace, en su artículo 14 es prohibir la discriminación por razón de sexo. Es decir, la isonomía frente a la equipotencia.

Cuando nuestra doctrina analiza las relaciones entre el art. 1.1, el art. 9.2 y el art. 14 de la Constitución española el único derecho subjetivo que reconoce es el de la igualdad formal[82]. Por el mismo camino va la jurisprudencia constitucional cuando interpreta el valor jurídico de la igualdad formal del art. 14 y de la igualdad material del art. 9.2: «El artículo 9.2 CE puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material» (STC 98/1985)[83].

---

a los hombres blancos adultos propietarios y precisamente quiero llamar la atención sobre el hecho de que, aunque posteriormente el Estado haya ido englobando a quienes excluyó, las nuevas inclusiones no han cambiado el espíritu inicial que se ha tornado universal. O dicho de otra manera se han universalizado como valores fundamentales los valores de los hombres blancos adultos propietarios. Es decir, *Sophie* (ver Juan Jacobo ROUSSEAU, *Emilio, o la educación*, Porrúa, México 1978, p. 278: «No hay paridad ninguna entre ambos sexos en cuanto a lo que es consecuencia del sexo») es tenida en cuenta, únicamente, si es igual –idéntica– a *Emilio*. Interesante el trabajo de Pilar BALLARÍN DOMINGO, «Oportunidades educativas e igualdad», en Amelia VALCÁRCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, pp. 173-197, para ver cómo introyectó el sistema educativo español estas diferencias *naturales*. En las pp. 182-183 podemos ver en la práctica concreta la identificación de las mujeres con los hombres: «La unificación de los currículos para niños y niñas, en los años setenta, en nombre de la igualdad no surge de la consideración e integración de elementos de ambos, sino de la universalización del modelo masculino. (...) Lo que venía definiéndose como «materias propias de su sexo»desaparecerá del marco escolar pero no del conjunto cultural, simplemente no se legitimará como cultura académica».

[81] El Tribunal Constitucional, claro exponente de esta concepción uniforme, partió de entender la igualdad como algo puramente formal, sin hacer ninguna distinción entre igualdad y no discriminación. Un análisis de las etapas de la jurisprudencia del TC en este sentido puede verse en mi trabajo «Las políticas a favor de la mujer en la Comunidad Autónoma del País Vasco: la creación de una red que tiene por centro a Emakunde» en Eva MARTÍNEZ SAMPERE (coord.), *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de Andalucía, Granada 2004, pp. 79-82. Ahora bien, no es el único entendiendo así la igualdad, la sentencia 422 de la Constitucional italiana de 12 de septiembre de 1995, anulando la ley italiana nº 81, de 25 de marzo de 1993 (y siete más) en lo que se refería a la elección de concejales de municipios de población igual o inferior a 15.000 habitantes regulando que en las candidaturas ningún sexo podía estar representado en proporción superior a dos tercios dice: toda diferenciación por razón de sexo es objetivamente discriminatoria, puesto que reduce para ciertos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en beneficio de otros ciudadanos que pertenecen a un grupo que se estima perjudicado –*Giurisprudentia Costituzionale*, 1995, pp. 3255 y ss.–

[82] Por todos: Luis LÓPEZ GUERRA, «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución» en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid 2000, p. 22: «a diferencia de lo que sucede con la igualdad formal, prevista en el artículo 14 de la Constitución, en el artículo 9.2 donde se reconoce la igualdad material no se consagra un derecho inmediatamente derivado de la Constitución, sino que se trata de un mandato/habilitación al legislador para llevar a cabo una acción igualizante, más allá de la igualdad formal»; y José Antonio MONTILLA MARCOS, «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional», *Estudios de Derecho Público*, vol. I, Tecnos, Madrid 1997, p. 457, donde recuerda que el art. 9.2 no significa que exista un derecho subjetivo frente al Estado a un trato igual desde el punto de vista material, susceptible de un recurso de amparo.

[83] Y sigue diciendo el TC en la misma sentencia, a propósito del art. 9.2: « no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presunta-

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 443

Es decir, no partimos de dos situaciones jurídicas equipotentes, la de las españolas y la de los españoles, sino que partimos de la situación jurídica de los españoles e intentamos encajar a las españolas ahí[84] y con esta vara de medir vamos designando los conceptos: «La actuación de los poderes públicos para *remediar* la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos *un trato más favorable*» (STC 128/1987).

Analicemos las consecuencias de los diferentes puntos de partida: Si las españolas y los españoles somos iguales, como equipotentes, cada colectivo puede tener leyes singulares que aseguren esa igualdad. No se trataría de remediar ni de dar tratos más favorables sino de desarrollar el mandato constitucional con los instrumentos jurídicos necesarios. Es decir, esa visión que se tiene de que todas las políticas igualitarias constituyen, por definición, una limitación de las libertades individuales[85], consustancial a una visión antropocéntrica[86] del Derecho y auténticamente real, por otra parte, desde ese punto de vista, debería dar paso a otra visión inclusiva en la que la igualdad de oportunidades sea la condición necesaria para una libertad igual para mujeres y hombres[87].

Porque, desde mi punto de vista, las mujeres y los hombres somos iguales y ésa es la base de nuestra democracia[88] y si nuestro ordenamiento jurídico

---

mente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos». Mª Josefa RIDAURA MARTÍNEZ, «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Mª Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer*), Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 213-264, resume toda la jurisprudencia del TC, especialmente, pp. 244-264.

[84] En contra de lo que opina Gregorio PECES BARBA, «De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones», en *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid 1999, p. 174 que, aunque no niega el origen masculino de los derechos cree que al incorporarse las mujeres a ese modelo normativo masculino, ya se puede hablar de universalidad, citado por Julia SEVILLA «Democracia paritaria y Constitución», http://www.democraciaparitaria.com/IMG/pdf/JULIASEVILLA.pdf p. 39.

[85] Alessandro PACE, «Igualdad y libertad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64/2002, pp. 53-77, tras hacer una introducción donde plantea que el conflicto entre libertad e igualdad puede resolverse mejor jurídicamente que desde un ángulo filosófico o de la teoría política o económica acaba su trabajo, tras analizar casos concretos, diciendo lo difícil que resulta compatibilizarlas.

[86] Define la Real Academia como antropocentrismo la doctrina o teoría que supone que el hombre es el centro de todas las cosas y el fin absoluto de la naturaleza. Y utilizo la palabra hombre no como genérico que incluye a las mujeres sino en el sentido exclusivo que tiene, desde mi punto de vista.

[87] También Victoria CAMPS, «La igualdad y la libertad» en Amelia VALCÁRCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, cuando en la p.21 dice: «una limitación de la libertad negativa de unos cuantos para que la libertad positiva de otros pueda desarrollarse mejor», parte de la visión antropocéntrica, ya que opone y no incluye.

[88] «Porque la igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano. Porque las mujeres representan más de la mitad de la población. La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones», comienza diciendo la Declaración de Atenas de 1992 –http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/atenas.htm–.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 444

se adecuase a ese principio de igualdad entre mujeres y hombres, con una igualdad no concebida como identidad o uniformidad[89], sino concebida como suma, como aceptación de lo diferente, de lo diverso[90], y tomando como referencia las palabras del TC en la STC 229/1992, que es la sentencia que cita el Preámbulo de la Ley castellano-manchega 11/2002:

– dicha igualdad no sería un objetivo a conseguir: «la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres», sino que sería el principio que deben respetar todas las actuaciones de los poderes públicos;

– y este principio es el que permitiría «el establecimiento de un derecho desigual igualatorio»;

– y ese derecho desigual igualatorio no consistiría en «la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer...» sino que sería la manera de concebir la propia norma, «desigual igualatoria».

Existe una trampa en nuestro sistema actual que hace que las diversidades, para ser aceptadas, tengan que acogerse a la teoría general de los

---

[89] El «art.14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (STC 52/1987, FJ 4). Por el contrario, debemos atenernos a nuestra reiterada doctrina conforme a la cual el «art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (STC 52/1987, FJ 3; igualmente, SSTC 86/1985, FJ 3; 136/1987, FJ 6; 19/1988, FJ 6.; 48/1989, FJ 5 y 308/1994 FJ 5).

[90] En la STC 186/1993, de 7 de junio, el TC sabe de lo que estoy hablando, aunque en este caso, su objeto de análisis sea otro, pero los principios que formula son los mismos a los que me estoy refiriendo: Sin embargo, una vez más el reproche formulado resulta coincidente con el que motivó que en la STC 37/1987, fundamentos jurídicos 9 y 10 se dijera –y ahora se reitere más resumidamente– que el principio de igualdad no impone ni que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una determinada manera o con un contenido o resultados prácticamente idénticos o semejantes. Por consiguiente, si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los arts. 14, 139.1 ó 149.1.1 de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. En caso contrario, semejante uniformidad, ciertamente, sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas. Por consiguiente, si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los arts. 14, 139.1 ó 149.1.1 de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. En caso contrario, semejante uniformidad, ciertamente, sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas (F.J. 3).

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 445

derechos de la persona[91], diluyéndose así en el discurso del individualismo lo que de cultura común tienen estas diversidades[92]. Esta es la línea mantenida por el TC, que ha dicho en más de una ocasión (SSTC 21/2001, de 29 de enero FJ 2, 49/2002, de 25 de febrero, FJ 2; 156/2003, de 15 de septiembre FJ 3) que «es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la igualdad que consagra el art.14 CE ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que *no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual*» siendo «ajeno al ámbito de este precepto la llamada discriminación por indiferenciación» (...) «el art. 14 no concede un derecho subjetivo a la diferencia o, dicho de otra manera, que no concede un derecho a la diferencia no discriminatoria».

Y precisamente en esto estriba el problema. Si únicamente tenemos el derecho subjetivo a la igualdad formal y no a la material, cualquier decisión de los poderes públicos que no respete esta igualdad formal, es decir, cualquier decisión que mencione las palabras hombre y mujer, puede ser revisada para ver si cumple los criterios de lo aceptable. Y para explicar lo que es aceptable surgen conceptos engañosos como los de *discriminación inversa o positiva,* que tienen en común su capacidad de inducirnos a error[93]. Las acciones que deben diferenciar a mujeres y hombres son simples acciones de equiparación, no de discriminación. Las únicas discriminaciones posibles y contrarias al derecho serían:

– la 'discriminación directa': la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo; y

– la 'discriminación indirecta': la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo[94].

---

[91] Ahora bien como dice Alfonso RUIZ MIGUEL, «Discriminación inversa e igualdad», en Amelia VALCARCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 89: «(...) tratar como grupo a las mujeres cuando se las discrimina al modo tradicional y tratar como individuo a los varones cuando se trata de igualar a las mujeres mediante la discriminación inversa, es aplicar la ley del embudo».

[92] La no existencia de un tratamiento jurídico de la diferencia hace que todo el sistema jurídico gire en torno a la igualdad, entendida como uniformidad en este caso, por lo que el propio principio democrático de democracia constitucional pluralista puede verse en entredicho. Y cuando se trata de dar forma jurídica a esta diferencia, a través de la democracia paritaria pongamos por caso, no faltan autores –por todos Louis FAVOREU, «Principio de igualdad y representación política de las mujeres*», Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50/1997, pp. 13-28, especialmente p. 22– que consideran que la paridad reemplaza a la igualdad.

[93] Como dice B. GONZALO GONZÁLEZ, «El principio de igualdad y la excepción de la «discriminación inversa»», *Relaciones Laborales*, I, 1996, p. 630: «Las palabras disfrazan a veces los conceptos, o los cargan de un contenido no deseado. En nuestro caso la expresión «discriminación positiva» transmite el mensaje acerca de la legítima diferenciación legal de la mujer como si fuese un privilegio». El autor prefiere el concepto discriminación inversa.

[94] Definiciones de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, DO L 269, p. 15. La definición de discriminación inversa añade «salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 446

No se trata de diferenciar para mejorar respecto a otros sino para igualarse a otros. Y las acciones de equiparación[95] únicamente son pertinentes cuando la realidad demuestra que existe necesidad de ellas. Este punto de vista es básico para entender las acciones de equiparación, especialmente cuando toman la forma de cuotas, porque como generalmente suelen estar asociadas a situaciones de especial escasez –puestos de trabajo, plazas universitarias, listas, viviendas, etc.–, los conceptos de discriminación positiva o inversa hacen pensar que hay un beneficio a favor de las mujeres que tiene como contrapartida un visible perjuicio en los hombres[96].

Estas acciones entendidas como de equiparación podrían frenar lo que se ha convertido en una paradoja[97] en el momento actual, es decir, el hecho de que la igualdad de oportunidades y las políticas de igualdad sean consideradas como conducentes a la desigualdad y sean rechazadas por muchas capas sociales intermedias, deseosas de diferenciarse de las capas que consideran situadas por debajo de ellas[98].

III. LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA–LA MANCHA

La ley 11/2002, de 27 de junio de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha[99] recuerda en su Preámbulo que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad en su art. 4.3 obliga a los poderes públicos a propiciar la igualdad de hombres y mujeres y recuerda que el FJ 3 de la STC 28/1992 establece que el art. 9.2 de la CE obliga a los

---

con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios», es decir, lo que yo he definido como una acción de equiparación, para evitar los errores a los que nos induce la palabra discriminación.

[95] Estas acciones de equiparación pueden versar tanto sobre personas individualmente consideradas como sobre colectivos. Mª Luisa BALAGUER CALLEJÓN, «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos», en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 388 diferencia «igualación positiva» y «acción positiva» mientras la acción persigue una igualación entre ciudadanos individualmente considerados la igualación persigue igualar colectivos.

[96] Desde otra perspectiva, pero reflejando la misma realidad, mantener este discurso es estar de acuerdo con el fondo d los argumentos del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Dred Scott v. Sandford,* 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) que declaró inconstitucional una ley federal que suprimía la esclavitud porque en esa ley se vulneraban los derechos de propiedad, constitucionalmente protegidos, de los amos, declarando que los negros eran «una clase inferior y subordinada de seres».

[97] Como explica Mónica THRELFALL, «Los límites de las políticas de igualdad en las sociedades «satisfechas», en Amelia VÁLCARCEL (Comp.*), El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 201: «Este fenómeno es en cierta medida inevitable. En condiciones de opresión, las mujeres están obligadas a desarrollarse dentro de un estrecho marco de comportamientos y de opciones de vida que hace que se asemejen en una variedad de sentidos, al margen de las diferencias geográfico-culturales. Sin embargo, la liberación y la libertad vienen acompañadas de una amplia gama de opciones para desarrollar las aptitudes personales. (...) y desencadenan también un movimiento hacia la progresiva diferenciación». Un estudio de este tema puede verse en María Ángeles MARTÍN VIDA, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Servicio de Publicaciones de la Univ. de Granada, Granada 2003.

[98] Incluidas algunas mujeres que ven peligrar lo que han conseguido por su esfuerzo y temen que se considere que ocupan el puesto que ocupan por algún trato de favor que han recibido.

[99] DOCM nº 79, 28 de junio de 2002, pp. 9975-9976.

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 447

poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva, además de mencionar el «derecho desigual igualatorio» de la STC 229/1992. Y tras ello decide introducir un nuevo apartado (el 1 *bis*) al art. 23 de la Ley 5/1986, propiciando que en todas las candidaturas a las elecciones autonómicas las listas alternarán mujeres y hombres en puestos pares e impares[100].

Las diferentes maneras de conseguir la paridad democrática han sido estudiadas por nuestra doctrina[101], así como los diferentes caminos que han seguido los países de nuestro entorno[102], por lo que me centraré en este caso en las objeciones constitucionales que ha tenido la ley 11/2002, tomando como base el dictamen 2909/2002 del Consejo de Estado[103]:

1) El principio de indivisibilidad del cuerpo electoral y la democracia paritaria: La indivisibilidad del cuerpo electoral desde el concepto de soberanía –popular o nacional en nuestro caso–, ha sido una constante de nuestros Estados, aunque haya habido inclusiones de personas en ese cuerpo, siendo las mujeres las últimas en llegar[104], y la democracia paritaria no acaba con esta ficción sino que únicamente la desarrolla de la manera que debe desarrollarse. No se pone en entredicho que las Cámaras representen en su conjunto a la totalidad del pueblo –SSTC 5/1983 y 10/1983– sino que se busca que esa representación sea fiel al cuerpo electoral compuesto por hombres y mujeres y por tanto la cuota únicamente busca que se incluya un número semejante de mujeres y de hombres[105].

2) El carácter jurídico de la cuota electoral ¿Qué es la cuota electoral? ¿Una acción positiva, una discriminación positiva, una medida protectora[106]?

---

[100] Ley recurrida por el Presidente del Gobierno el 27 de septiembre de 2002, recurso aceptado por el TC el 15 de octubre del mismo año. El Presidente del Gobierno español haciendo uso del art. 161.2 pidió la suspensión de la vigencia del precepto impugnado y le fue concedida por el TC.

[101] Julia SEVILLA MERINO, «Democracia paritaria y Constitución» en http://www.democraciaparitaria.com/IMG/pdf/JULIASEVILLA.pdf pp. 36 y ss. resume alguna de estas posiciones. Eva MARÍNEZ SAMPERE, «La legitimidad de la democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos*, nº 117/2000, p. 143 indica dos soluciones: un escrutinio de tipo binominal para obtener el mismo número de mujeres y hombres o la presentación de un número igual de candidatas y candidatos en las listas

[102] Por todos, Ana GUDE FERNÁNDEZ, «El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas. (Una visión europea)», *Parlamento y Constitución*, nº 5/2001, pp. 145-175, especialmente, pp. 158-168 donde estudia los diferentes modelos de cuotas introducidos en los Estados de nuestro entorno.

[103] Se puede consultar en http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2002-2909

[104] Paloma BIGLINO CAMPOS, «Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas» en CEPC, Madrid 2000, especialmente pp. 409 y ss. habla de la adaptabilidad de este concepto.

[105] Concepción MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, «Igualdad de género y paridad democrática. Cuotas electorales: imposición por ley o libertad de partidos», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, nº6/2004 dice al respecto que lo importante es que la cuota afecte a los dos géneros. Para profundizar en el concepto de democracia paritaria ver Julia SEVILLA MERINO, *Mujer y ciudadanía: la democracia paritaria*, Universidad de Valencia, Valencia 2004.

[106] Mª José MAJANO, «La Mujer en Castilla-La Mancha: Programas institucionales y actividad normativa», en Eva MARTÍNEZ SAMPERE (coord.), *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de An-

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 448

Como ya he señalado cuando hablaba de la igualdad, la trampa de las palabras funciona especialmente en nuestro ordenamiento jurídico cuando se trata de asegurar la igualdad entre mujeres y hombres, de tal manera que en cuanto aparece la palabra mujer en una norma ésta será exhaustivamente controlada para ver si entra en los parámetros establecidos como jurídicamente aceptables –finalidad constitucionalmente válida, proporcionalidad y adecuación entre los fines perseguidos y medios utilizados– como en este caso. Y aunque la norma salga bien parada del examen[107], desde mi punto de vista, los argumentos no son los correctos. Me explico. La democracia paritaria es hoy la definición de la democracia, no es ningún objetivo a conseguir, sino una de las bases del Estado. El art. 9.2 está orientado a otros menesteres de la vida cotidiana no a los fundamentos del propio Estado. Por lo tanto, la Ley castellano manchega no es más que una manera concreta de dar forma a la democracia. No es, por tanto, ninguna acción positiva, ni ninguna discriminación positiva, ni ninguna medida protectora[108], sino el mecanismo necesario para dar forma a la democracia.

3) La autonomía de la voluntad de los partidos políticos: En la medida en que los partidos políticos son asociaciones *sui generis*, por sus fines públicos y por su relevancia constitucional –por todas STC 48/2003, de 12 de marzo– y que según el art. 6 de la CE «su organización y su funcionamiento deben ser democráticos», nada obsta para que el legislador, entendiendo en su justa medida el adjetivo «democrático», establezca las medidas que considere pertinentes para asegurar este mandato constitucional, como ha establecido el Parlamento de Castilla-La Mancha[109].

4) La constitucionalidad de la Ley 11/2002. Aunque el TC no comparta los criterios aquí expuestos, desde los cuales no habría ninguna duda sobre la constitucionalidad de esta ley, la estudiaré desde los principios interpretativos que sí hace suyos. Sabiendo que las «condiciones básicas» del art. 149.1.1 han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta (STC 61/1997 FJ 8); que el art. 149.1.1 en su relación con el art. 139.1 «no debe

---

dalucía, Granada 2004, pp. 219-255, especialmente pp. 244-247 se ocupa de definir estas palabras para el caso que nos ocupa.

[107] Basándose en general en el mandato del art. 9.2 a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

[108] Como acción positiva en materia electoral, jurídicamente posible, a la luz de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución española define las cuotas entre otras Mª Antonia TRUJILLO, «La paridad política» en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 379. Dejando a un lado lo que ya he dicho de estos conceptos, si insistimos en usarlos, no deberían asociarse a la vida política, sino a la laboral, cultural, económica, etc.

[109] Es un dato a tener en cuenta que en las elecciones autonómicas de 2003, donde la ley permanecía en suspenso los grandes partidos IU, PP y PSOE presentaron listas alternando mujeres y hombres. Interesante el artículo de María HOLGADO GONZÁLEZ, «Financiación de partidos y democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos*, nº 115/2002, especialmente p. 132.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 449

ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b) y STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10); y que el art. 149.1.1 CE no puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas ni para regular cualquier circunstancia que pueda incidir sobre la igualdad del ejercicio del derecho (STC 61/1997, FJ 9); y que el principio de igualdad no impone ni que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una determinada manera o con un contenido o resultados prácticamente idénticos o semejantes y si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los arts. 14, 139.1 ó 149.1.1 de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado porque lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas (STC 37/1987, FJ 9 y 10 y STC 186/1993, de 7 de junio, FJ 3). Pues bien, en ese caso, la ley 11/2001 es perfectamente constitucional ya que si el TC considerase que se rompe alguna posición jurídica fundamental, la de los hombres castellano-manchegos en relación al resto de los españoles porque deben compartir con las mujeres su posición de candidatos estaría afirmando que en España la democracia –y por ende la democracia de los partidos políticos–, se asienta en el principio de discriminación indirecta de las mujeres –la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo[110]–. No se puede olvidar que la igualdad se mide no sólo en las desigualdades de partida sino también en el resultado de determinadas conductas «formalmente no discriminatorias» que mantienen a las mujeres en una situación de desventaja[111]. Y si fuese otra la cuestión, es decir, la libertad ideológica de los partidos políticos, creo que perfectamente puede interpretarse en el sentido propuesto la prohibición del art. 9.2. a) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos[112]: «Un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos».

5) La reserva de Ley Orgánica: El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral

[110] Entre otras razones por las expuestas por Paloma BIGLINO, «Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas» en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid 2000, p. 426 «en la gran mayoría de los partidos son *ellos* y no *ellas* los que tienen capacidad de selección».

[111] Sobre el concepto de discriminación indirecta ver Rosario SERRA CRISTÓBAL, «La discriminación indirecta por razón de sexo», en Mª Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 365-398, especialmente p. 397.

[112] BOE de 28 de junio de 2002.

427-454-Estado autonomico22 3/10/05 15:09 Página 450

deriva del artículo 149.1.1 en relación con el artículo 23 de la Constitución, en cuya aplicación se aprueba la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, que determina su aplicación a las elecciones autonómicas en la Disposición adicional primera. El legislador de Castilla-La Mancha debe respetar las disposiciones de dicha Ley Orgánica que resulten aplicables a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 81.1 de la Constitución, por lo que no puede establecer una regulación que afecte al artículo 23 de la Constitución y a las disposiciones incluidas en el Régimen Electoral General. El artículo uno de la Ley 11/2002 contraviene lo dispuesto en la LOREG de aplicación a las Comunidades Autónomas al establecer un requisito no previsto en la norma estatal, que afecta al derecho de sufragio pasivo, careciendo de competencia para ello dice el Consejo de Estado en su dictamen 2909/2002[113]. Si leemos el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General[114] «1. Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incursos en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad» y el artículo 46.3[115]**:** «Cuando la presentación deba realizarse mediante listas, cada una debe incluir tantos candidatos como cargos a elegir. En caso de incluir candidatos suplentes, su número no podrá ser superior a 10, con la expresión del orden de colocación tanto de los candidatos como de los suplentes» (modificado por Ley Orgánica 1/2003), vemos que la condición de Castilla-La Mancha no aparece, por tanto puede ser considerada inconstitucional, aunque haciendo una lectura de estos artículos desde las recomendaciones del Consejo de Europa, la Ley castellano manchega puede considerarse como una ley específica que no contraviene el principio general expresado en la LOREG[116].

¿Por qué puede utilizarse esa «uniformidad normativa» asociada al art. 149.1.1[117] para declarar inconstitucional una medida normativa autonómica que da el contenido al derecho a la igualdad entre mujeres y hombres previsto en las recomendaciones internacionales vigentes asumidas por el Estado? O dicho de una manera más general en caso de colisión ¿qué prima, la uniformidad normativa o el contenido superior de un derecho en una (o varias) autonomías?

---

[113] Su texto puede verse en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 12-13/2004, pp. 657-672.

[114] Ver: http://www.igsap.map.es/cia/dispo/24516.htm#t1c2

[115] http://www.igsap.map.es/cia/dispo/24516.htm#t1c6s2

[116] Aunque sin ninguna duda, sería mejor modificar la LOREG en el mismo sentido de la ley castellano-manchega.

[117] Recordemos que El Estado mediante sus competencias y la reserva de ley orgánica puede y debe asegurar «una determinada *uniformidad normativa* en todo el territorio nacional y preservar también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente del legítimo ejercicio de la autonomía» (SSTC 122/1988, 319/1993, FJ 5, 173/1998, FJ 10 o 131/2001, FJ 4). Unas «condiciones básicas» uniformes (...) 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 (STC 173/1998, FJ 9).

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 451

En el ordenamiento jurídico alemán, la autonomía de los diversos ordenamientos constitucionales está limitada por el artículo 28.1 de la Ley Fundamental, por los principios fundamentales del Estado (Estado de Derecho y Social, democracia y República), pero no se extiende a las garantías de los derechos fundamentales; se aceptan, por tanto las divergencias. Pero si un *Land* tiene un nivel menor de protección que la Federación la teoría dominante mantiene que en ese caso se anula el Derecho del *Land* –art. 31 de la Ley Fundamental, el Derecho de un *Land* que esté en contradicción con el Derecho federal es nulo–. En cambio ARNOLD[118] entiende que no hay justificación para intervenir en el espacio constitucional, por principio independiente, de los *Länder*. «Se puede mantener una garantía de un *Land* también en el caso de que contemple un nivel de protección menor que la garantía correspondiente de la Federación. Dado que el alcance de esta garantía se extiende solamente al territorio y a las actuaciones de las autoridades e instituciones públicas de este *Land* parece ser suficiente con que los ciudadanos cuenten también con la garantía más protectora de la Federación»[119].

En resumen, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha está en este caso haciendo suyas las palabras de Tribunal Constitucional en el FJ 10 de la STC 37/1987, de 26 de marzo: «La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales»[120].

IV. OBSERVACIONES FINALES

Si el Convenio de la ONU sobre los derechos políticos de la mujer dice[121]:

---

[118] Ver Rainer ARNOLD, «Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* Año 1, Nº 1, Enero-Junio de 2004, http://www.ugr.es/ ~redce/ReDCE1/ReDCEsumario1.htm

[119] Interesante el trabajo de María SALVADOR MARTÍNEZ, «Acciones positivas para la promoción de la mujer en el sector público» en http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/, donde se analizan las leyes tanto federales como de los *Länder* para la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, en este caso en el acceso a la función pública y sobre todo donde se puede ver que la igualdad de oportunidades debe ser parte integrante del derecho a la igualdad.

[120] En el mismo sentido, SSTC 227/1988, de 9 de julio, FJ 4; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 7; 186/1993, de 7 de junio, FJ 3; 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5; 173/1998, de 23 de julio, F. 10; 131/2001, de 7 de junio , FJ 4.

[121] Ver: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/22_sp.htm.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 452

> Artículo II
> Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.
>
> Artículo III
> Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

- Las mujeres y los hombres somos los titulares de la soberanía popular y, por ende, no habrá democracia hasta que ocupemos por igual los cargos representativos del Estado, parlamentos, gobiernos, consejo general del poder judicial, consejo de estado, órganos consultivos, órganos de gestión de la administración pública, etc. No se debe pensar en que las mujeres llegamos al poder por ser un colectivo en peores condiciones que el de los hombres. Las mujeres llegamos al poder para dar sentido a la palabra democracia[122].
- La democracia paritaria está unida, por tanto, al principio democrático uno de los fundamentos del propio Estado y no al art. 9.2 de la Constitución española, que podrá ser la base jurídica para conseguir la paridad en las demás esferas de la vida.
- Precisamente por eso, es el propio texto constitucional quien debe definir el concepto democracia como democracia paritaria. Porque la democracia paritaria no es únicamente una cuestión de derechos –como en el art. 3.2 de la Constitución alemana[123]–, ni consiste simplemente en asegurar el igual acceso de hombres y mujeres a los mandatos electivos –como en el art. 3 de la Constitución francesa[124]–, o a los cargos políticos –como en el art. 109 de la Constitución portuguesa[125]–.

---

[122] En el mismo sentido se expresan las mujeres en el manifiesto de Atenas –http://www. geocities. com/Athens/Parthenon/8947/atenas.htm–: Considérant que la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique fait partie intégrante des droits de la personne humaine et qu'elle représente un élément de justice sociale ainsi qu'une condition nécessaire à un meilleur fonctionnement d'une société démocratique;

Considérant que la réalisation d'une participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique contribuerait non seulement à accroître l'efficacité du processus et la qualité des décisions prises, grâce à la redéfinition des priorités et à la prise en compte de préoccupations nouvelles, mais également à une meilleure qualité de vie pour tous.

[123] http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a3 : art. 3.2 El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

[124] D. Rousseau, «Los derechos de la mujer y la Constitución francesa», en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid 2000, p. 110 da cuenta de los debates sobre las palabras que precedieron al nuevo apartado del art. 3 de la Constitución francesa: «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives» – La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos– donde favorece prevaleció sobre *garantiza* y *determina*.

[125] El art. 109 de la Constitución portuguesa –Participação política dos cidadãos– dice: «A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no xercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos» –http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html–.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 453

Ahora bien, es evidente que desde estos mandatos constitucionales, los partidos políticos, como intermediarios necesarios para hacerlos cumplir, deben asegurar dicha igualdad, lo exprese directamente la Constitución –como en el caso francés[126]– o no y la igualdad que deben asegurar no es sólo la meramente formal sino también la material, o dicho de otra manera no caben discriminaciones ni directas ni indirectas. Pero la democracia paritaria no afecta sólo a los derechos sino también a las responsabilidades políticas y no afecta sólo a los partidos políticos sino también a todos los órganos del Estado. Es por ello necesaria su formulación constitucional como igualdad de derechos y de responsabilidades para evitar el desarrollo que ha tenido hasta el momento[127], sírvanos los ejemplos de las instituciones europeas. Por todo ello creo que ha llegado el momento de que la Constitución española reconozca como base de su sistema constitucional la igualdad de mujeres y hombres asertivamente y no únicamente desde la prohibición de discriminación por razón de sexo[128], haciéndose eco del pensamiento de la población[129], ya que los resultados de la consulta realizada por la Comisión Europea sobre la base del Libro Verde sobre la Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, muestran que la gran mayoría de las personas consultadas (88 por ciento) desea que se intensifiquen los esfuerzos de la UE en este ámbito. Asimismo, la mayoría considera que el instrumento más eficaz para luchar contra la discriminación es la legislación (34,2 por ciento), antes que la sensibilización (31,8 por ciento) y las acciones positivas (22,6 por ciento). Sin embargo, la falta de sensibilización en relación con los derechos de los ciudadanos figura entre los principales obstáculos, junto a las actitudes discriminatorias y a la transposición incompleta de la legislación al derecho nacional, para luchar contra la discriminación.

---

[126] Dice el nuevo inciso del art. 4 de la Constitución francesa refiriéndose a los partidos políticos, «Ils contribuent à la mise en oeuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi» –Estas entidades contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 de acuerdo con lo dispuesto por la ley»– dice la traducción española en http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp#TÍTULO%20PRIMERO.

[127] Si miramos la composición de la mesa de la Asamblea nacional francesa por ejemplo –http://www.assemblee-nationale.fr/12/tribun/gene1a.asp –, vemos que cuenta con dos mujeres entre sus veintidós miembros. Y en Portugal la mesa de la *Asambleia* cuenta con dos mujeres entre sus 12 miembros, ver: http://www3.parlamento.pt/deputados/mesa.aspx; en el caso de las Cortes de Castilla-La Mancha –http://www.cortescyl.es/– aunque en la mesa hay dos mujeres y tres hombres, no pasa lo mismo en la junta de portavoces donde no existe una proporción análoga. Mientras la mesa del parlamento balear está formada únicamente por hombres –http://www.parlamentib.es/catala/pibestru2.php3?plana=sec0710.php3?fonssup=F0D9D9&zona=7 –.

[128] Bien cambiando el art. 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho basado en la igualdad entre hombres y mujeres…..» o el art. 1.2 «La soberanía nacional reside en el pueblo español, formado por hombres y mujeres con iguales derechos y responsabilidades, del que emanan todos los poderes del Estado», y reformando además los cambios pertinentes en los artículos referidos a la elección de las instituciones del Estado.

[129] Ver http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/greenpaper_en.htm.

427-454-Estado autonómico22 3/10/05 15:09 Página 454

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 455

POLÍTICAS DE IGUALDAD EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ana Mª Aba Catoira
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de A Coruña

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A pesar de las numerosas proclamaciones de la igualdad a nivel constitucional y demás normas y la prohibición expresa de cualquier tipo de discriminación, así como las sentencias de los tribunales, persiste una desigualdad estructural de la que no salen, definitivamente, determinados grupos o colectivos sociales, tal como les sucede a las mujeres que, si bien se han hecho visibles, no participan por igual en todos los ámbitos de lo público. Sirva como referencia de la citada afirmación normativa de la igualdad, el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979 y ratificada por España en 1984, que proclama el principio de igualdad de mujeres y hombres y el compromiso de los Estados partes para asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio.

Además, sucede que las mujeres no sólo se ven limitadas en su desarrollo como sujeto de derecho sino que son objeto de continuas violaciones de sus derechos más básicos, inherentes a su dignidad, como la intimidad, seguridad, libertad, integridad física o psíquica y, por supuesto, su derecho fundamental a la vida, lo que impide la construcción de una sociedad más justa y desarrollada y, por supuesto, la profundización en democracia[1].

Obviamente, nadie discute que en los últimos años se ha avanzado mucho, adoptando, en el ámbito de la igualdad, políticas comprometidas y desarrollándose numerosos instrumentos normativos, tanto en el ámbito

[1] Desde los inicios de nuestro Constitucionalismo las mujeres fueron excluidas como sujetos de derechos, lo que no se reduce al derecho al voto, es decir, a participar en el proceso electoral. Las mujeres no se consideran ciudadanas, no gozan de la ciudadanía, por lo que no pueden expresar su voluntad que es sustituida por la de los hombres, llamados a ser los hacedores de la Historia que se escribirá siguiendo parámetros masculinos e invisibilizando a la otra mitad de la población, reducida al ámbito doméstico. La ausencia de oportunidades para el desarrollo libre de la personalidad y las consiguientes privaciones que sufren son reflejo de las continuas violaciones de derechos. En este sentido, el *Informe sobre desarrollo humano,* Madrid, 2000, MundiPrensa, pág.117 y ss, permite conocer los ámbitos y las formas en que se violan los derechos de las mujeres: discriminaciones en las oportunidades económicas, políticas y sociales, vulneración del derecho a la vida de diferentes formas, violaciones de derechos políticos y de participación, desigualdades y obstáculos en el acceso al trabajo y violencias de todo tipo basadas en el género.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 456

internacional como a nivel interno, que disminuyen y corrigen esta situación y, asimismo, se comprueba el cada vez mayor compromiso de la sociedad en la concienciación de la igualdad de las mujeres en lo que respecta al trabajo, a la participación en la vida social, política, económica y cultural, y sobre la necesidad y compromiso democrático de que los hombres se corresponsabilicen de las obligaciones y cargas propias del ámbito doméstico y familiar. En definitiva, se aprecia la asunción de la participación igualitaria de hombres y mujeres en todos los ámbitos, tanto públicos como privados, tal como corresponde a una sociedad que se precia de democrática. Pero, el peso de la historia y de la tradición milenaria es una carga que resulta difícil, aunque no imposible, de levantar y todo ello para que, de una vez por todas, las mujeres sean vistas, reconocidas y tratadas como auténtico sujeto de derecho.

En el mundo actual, integrado por sociedades complejas y desarrolladas que caminan hacia la diversidad de posibilidades y retos, se pone de manifiesto la necesidad de que los poderes públicos se mantengan comunicados y cooperen entre sí, ya a nivel internacional, comunitario, nacional, autonómico y local, sin olvidar a la sociedad civil como otro interlocutor obligado.

En este sentido, las Comunidades Autónomas, como nivel en el que se desarrollan importantes políticas públicas, resultan clave, pues los organismos regionales, situados a escala intermedia entre el Estado y los municipios, realizan políticas que tienden a mejorar la existencia de su población a través de la efectividad de sus derechos y libertades. Y, ciertamente, no en pocas ocasiones los gobiernos y parlamentos autonómicos se muestran más proclives a actuar, desarrollando políticas de igualdad, y a integrar la perspectiva de género en todas sus políticas y actuaciones administrativas, que los poderes estatales.

II. EL MARCO JURÍDICO DE LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD

Tal como por todos es bien sabido, el art. 1 CE define al Estado español como un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que, habida cuenta de que España es un Estado descentralizado políticamente e integrado por Comunidades Autónomas, este carácter social y democrático es predicable de éstas. En otras palabras, las funciones y cometidos constitucionalmente establecidos son exigibles del Estado español como Estado compuesto[2].

La Constitución y los Estatutos de Autonomía proclaman el objetivo de lograr una sociedad democráticamente avanzada, lo que nos sitúa en el tema de nuestra ponencia, es decir, la necesidad de conseguir un orden social justo como compromiso de los poderes públicos, que han de em-

[2] SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «El Estado Social como Estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1999, UNED, pp. 64-65.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 457

prender los cambios sociales necesarios para eliminar cualquier obstáculo que impida la consecución de la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Y es que el calificativo de «Estado Social» consagrado en el art. 1.1º CE. alude claramente a un principio político con carácter teleológico, que ha de presidir las actuaciones públicas, tal como prescribe el art. 9.2º CE. Se trata, pues, de un principio transformador del sistema político y socio-económico, por lo que las normas han de orientarse a su consecución[3].

En este orden de cosas, todas las referencias constitucionales al Estado Social se refieren a los poderes públicos en general, esto es, también a las Comunidades Autónomas y como no a las entidades locales. Así sucede con los arts. 9.1º y 2º y 53.3º de la Constitución, ratificados por la jurisprudencia constitucional. Así, el Tribunal Constitucional afirma que «Es evidente que entre estos poderes públicos se encuentran las Comunidades Autónomas y que la legislación vigente citada (en el art. 53.3º) comprende tanto la legislación estatal como la emanada de los órganos legislativos de aquéllas»[4].

La inclusión a nivel autonómico del principio constitucional del Estado Social se produce en los Estatutos de Autonomía, que vienen reproduciendo el enunciado del art. 9.2º de la Constitución, lo que resulta reiterativo, aunque no innecesario ni inútil, en cuanto que la norma que vincula es la Constitución por la posición preeminente que ocupa dentro del ordenamiento[5]. Así las cosas, este deber promocional establecido en la Constitución para alcanzar la libertad y la igualdad real en conexión con los derechos asistenciales que obligan a los poderes públicos permiten que las Comunidades Autónomas desarrollen políticas sociales atendiendo a sus necesidades específicas que complementen las estatales y, por qué no, que las mejoren. En este sentido, no creemos que deban mirarse con recelo y negativamente las mejoras sociales que introduzcan las Comunidades Autónomas, pues las ventajas o beneficios para los ciudadanos de una determinada Autonomía respecto a otra u otras no puede considerarse como una discriminación, pues aunque puedan considerarse una quiebra del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, las diferencias sociales persiguen la mejora y la consolidación de la democracia[6].

Al estudiar el reparto de competencias hay que tener presente que la Constitución atribuye al Estado la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes a través de la competencia exclusiva para regular «las condiciones básicas» de estos dere-

---

[3] MONTILLA MARCOS, J.A.: «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad» en *Estudios de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico),* Tecnos, Madrid, 1997.

[4] STC 64/1982, 4 de noviembre, FJ 2º.

[5] Sirvan como ejemplos el art. 9.2º d) del EAPV; art.4 EAG o el art. 2 EAV, que trasladan al ámbito autonómico las previsiones constitucionales relativas a la igualdad.

[6] Un ejemplo de sensibilización autonómica es la Ley 6/2002, de 25 de abril, de medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las administraciones públicas catalanas.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 458

chos y deberes (art. 149.1.1º C.E.). El Estado tiene que regular esas condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos sus ciudadanos al establecer un «mínimo contenido unitario» que están obligadas a respetar todas las Comunidades Autónomas a la hora de establecer sus regulaciones autonómicas. El fin de esta competencia estatal exclusiva, ejercida a través de Ley Orgánica (art. 81.1) o de Ley ordinaria (art. 53.1º) no es otro que garantizar la igualdad de forma homogénea en todo el territorio español.

Así pues, el contexto normativo de las políticas de igualdad de oportunidades queda conformado por los siguientes preceptos:

En primer lugar, los arts. 1 y 9.2º CE, dirigido éste último expresamente a los poderes públicos para que emprendan acciones y medidas necesarias, lógicamente respetando las competencias que cada uno tenga atribuidas conforme a los criterios de reparto territorial del poder.

A partir de este mandato de actuación, las medidas de acción positiva se convierten no sólo en un instrumento o medio de acción posible, sino necesario e incluso obligado, en cuanto que introducen tratos ventajosos o favorables con carácter temporal para un colectivo discriminado con el objetivo de alcanzar la igualdad real, entrando en el reparto de bienes escasos socialmente muy valorados. En este sentido, la STC 229/1992 declara que la desigualdad sustancial sólo con igualdad sustancial puede ser contrarrestada y, precisamente por ello, cabe el establecimiento de un derecho desigual igualatorio.

Además, hay que citar los arts. 10.1º y 10.2º de la Constitución que sitúan a España dentro de la Comunidad Internacional. El art. 14, con clara conexión con la dignidad humana proclamada en el 10.1º, reconoce la igualdad abstracta y formal que, sin duda, debe transformarse en una igualdad real y efectiva y, por tanto, compleja, que corrija las desigualdades incluso a través del establecimiento de tratamientos diferenciados, esto es, con acciones positivas. Cabe introducir aquí los principios rectores de la política social y económica que configuran el Capítulo III del Título I de la C.E., pues suponen la plasmación del carácter social de nuestro Estado de Derecho comprometido con las mejoras o avances sociales.

En otro orden, la legislación europea nos obliga a citar el Tratado de Amsterdam que establece la igualdad como objetivo, misión y medio de acción comunitario, es decir, como principio jurídico transversal a todas las políticas comunitarias (arts. 2 y 3 TCE), además de consagrar la prohibición de toda discriminación por razón de sexo u orientación sexual (art. 13) y la adopción definitiva de medidas de acción positiva (art. 141.4º)[7].

[7] Art. 2 TCE: «La Comunidad tendrá como misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una Unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...) la igualdad entre el hombre y la mujer (...)»
Art. 3.1º TCE: «Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: (...)
2º. En todas las actividades descritas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 459

Así las cosas, en el marco de la Unión Europea la igualdad deja de estar referida en exclusiva al acceso al trabajo y a las condiciones laborales, ya que, ahora, la igualdad se erige en un principio jurídico transversal de todas las políticas europeas y nacionales, conocido como *mainstreaming,* que obliga a los poderes públicos europeos y nacionales (estatales, autonómicos y locales) a impulsar la adopción de medidas de acción positiva como instrumento para alcanzar la participación equilibrada de ambos sexos[8].

Justo es destacar la labor de otros organismos internacionales, sobre todo en cuanto al fomento de la participación equilibrada entre mujeres y hombres en la toma de decisiones, pues las políticas que elaboran y las normas que adoptan influyen de forma determinante en la Unión Europea y, por consiguiente, en los estados miembros. Nos referimos al Consejo de Europa, que ha asumido como punto de partida que «la igualdad entre las mujeres y los hombres constituye un criterio fundamental de la democracia pluralista que, en un Estado de Derecho, ha de garantizar el respeto a los derechos humanos»[9] y a Naciones Unidas, que lucha abiertamente por la implantación y garantía de la igualdad efectiva a través de la adopción de medidas que favorezcan la participación equilibrada de los dos sexos en la vida política y pública, como la introducción de las cuotas electorales y el equilibrio de género y más tarde la introducción de la paridad de género en la representación parlamentaria y la conciliación de la vida pública y privada[10].

No obstante lo anterior, hay que poner de manifiesto que la Unión Europea no está llevando a la práctica, en la forma que debiera, sus propias disposiciones acerca de la representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisiones[11]. Con esto nos referimos a la composición

---

Art. 13 TCE: «Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar medida adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Art. 141.4º: «Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

[8] Consúltese «Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea», Informe Anual de 1997, COM (1998).

[9] Ver Freixes Sanjuán, T.: «Las medidas para potenciar la igualdad entre las mujeres y los hombres en la Unión Europea: Del marco legal a la práctica política», pág. 59, en *Reconsideración de las estrategias para la promoción de la mujer»,* I Congreso Internacional, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, nº 7, Valencia, 2002.

[10] En el ámbito de Naciones Unidas es destacable que 165 países ratificasen el *Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979. Asimismo, resulta interesante el *Proyecto de plan de mediano plazo a nivel de todo el sistema para el adelanto de la mujer para el período 2002-2005,* Informe del Secretario General de Naciones Unidas, Comisión de la condición jurídica y social de la mujer, E/CN.6/2001/4, 16 de marzo de 2001.

[11] *Recomendación del Consejo sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión,* Nº 96/694, 2 de diciembre de 1996 y la *Resolución sobre la participación de las mujeres en la toma de decisión comunitaria,* A3-0035/94, 11 de febrero de 1994 y la

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 460

de la Convención encargada de la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como pilar de la futura Constitución Europea, en la que las mujeres no alcanzaron ni el 20%. Por si este dato fuese poco negativo, hay que añadir que la regulación que la Carta de Derechos da a la igualdad entre mujeres y hombres tampoco es la deseable, situándose bajo el Titulo genérico de «Los derechos de igualdad» donde se incluye la igualdad ante la ley, la cláusula general de no discriminación, el respeto a la diversidad, la igualdad entre las mujeres y los hombres, previendo la posibilidad de acciones positivas, los derechos del menor, los derechos de las personas mayores y la integración de los discapacitados.

La igualdad entre las mujeres y los hombres se cobijó bajo el art. 23 que, de forma sucinta, entendemos que da entrada al desarrollo que ha alcanzado la igualdad en el Derecho Comunitario. Y es que, aunque la redacción de la Carta sea pobre en materia de igualdad, hay que tener presente su art. 53 que señala que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales (...)».

Y más de lo mismo encontramos respecto a la composición de la Convención para el futuro de Europa[12], donde no se incorporó la igualdad transversal de los Tratados Comunitarios, y a los propios contenidos del proceso de redacción de la Constitución Europea que no incorporan la perspectiva de género, lo que sin duda supone un déficit de legitimidad.

III. EL ESTADO ESPAÑOL Y SUS POLÍTICAS DE GÉNERO

Una vez las políticas de igualdad son aprobadas por la Unión Europea se enfrentan a su posterior implementación en los países miembros, esto es, a su aplicación a través de la legislación nacional, siendo más fácil la incorporación de las normas comunitarias dictadas en materia de igualdad, allí donde las políticas nacionales son más proclives a las ideas de igualdad de oportunidades.

En este sentido, partiendo de que en España se ha venido reproduciendo una división de papeles entre géneros bastante tradicional y un reparto desigual del poder del que, sin duda, salen perjudicadas las mujeres, resulta más difícil la puesta en práctica de las políticas y legislación europeas de igualdad, es decir, resulta más complicado que el impacto de las políticas de género de la Unión Europea sea positivo en España[13]. Evidentemente, el

---

Conferencia Europea de París, 17 de abril de 1999, en la que los Ministros responsables de las políticas de igualdad en los Estados miembros, conjuntamente con las Instituciones europeas, se comprometían a poner en marcha los instrumentos necesarios para promover la participación equilibrada.

[12] Freixes Sanjuán, T.: «Las medidas para potenciar la igualdad ...» cit., pág. 73 y ss.

[13] No obstante lo anterior, no hay que olvidar nuestro punto de partida, esto es, la situación vivida bajo la dictadura de Franco. Todo comenzó a cambiar en 1975 con el fin del dictador y la demo-

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 461

marco normativo que teje la Unión sobre la igualdad ha supuesto un sólido apoyo para las reivindicaciones democráticas de las mujeres y a la vez el impulso necesario para acometer la transformación de las políticas públicas nacionales, forzando incluso la adopción de medidas de acción positiva.

No obstante, se puede afirmar, con carácter general, que la respuesta española no ha sido tan negativa a la transposición de las directivas comunitarias sobre igualdad de género. Así, las primeras normas comunitarias sobre igualdad de retribución (75/117/CEE), igualdad de trato en el empleo (76/207/CEE y 86/613/CEE) y en la seguridad social (79/7/CEE y 96/97/CEE) se han incorporado en el ordenamiento nacional a través de los arts. 35.1º CE y 24.2º y 22.3º del Estatuto del Trabajo de 1979, 4.2ºC), 17, 22.4º y 28 del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de Seguridad Social. Hay que señalar respecto a la igualdad de retribución que, aunque la norma no la sancionó hasta 1995, ya el Tribunal Constitucional, aplicando el principio de interpretación extensiva de la Constitución para favorecer la vigencia efectiva de los derechos y libertades fundamentales, dictó las SsTC 145/1991, de 1 de julio y 58/1994, de 28 de febrero, en las que se reconocía dicha igualdad.

Asimismo, como pone de manifiesto LOMBARDO, la normativa española va por delante de la europea respecto a la lucha contra el acoso sexual, que se incluía en el Estatuto de los Trabajadores de 1989, cuando en Europa se contemplaba todavía en Recomendaciones o Resoluciones de carácter no vinculante. Hubo que esperar a la Directiva 2002/73/CE para que se prohibiera de forma explícita el acoso sexual en el trabajo. Otro caso más de transposición adelantada, que pone de manifiesto la citada autora, es el de la inversión de la carga de la prueba a la parte demandada, que en Europa no se incorporó a una norma hasta la Directiva 97/80/CE.

En cuanto a la protección de la maternidad, lo cierto es que España se muestra adelantada frente a la Directiva 92/85/CEE. Así, en lo que concierne a la duración de la baja por maternidad (dieciséis semanas ininterrumpidas) o equiparación de derechos laborales de los padres adoptantes y biológicos como el derecho a una prestación económica por maternidad del 100 por 100 del salario de la trabajadora. No obstante, presenta varias carencias como la falta de una lista de sustancias tóxicas a las que no debe exponerse la embarazada y el hecho de no respetar el requisito comunitario de que para poder acceder a la remuneración no se podrán contemplar los períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

---

cratización de España, iniciándose un proceso de desarrollo y modernización sin vuelta atrás. Recordemos que ya en el ámbito jurídico se produjeron fundamentales cambios en los códigos civil y penal respecto a las relaciones entre los sexos, como la despenalización del adulterio, la legalización de los métodos anticonceptivos, la modificación de la regulación de la violación, las leyes sobre el divorcio y el aborto, y como no, la promulgación constitucional del principio de igualdad y la prohibición de no discriminación por razón de sexo. Ver RUBIO, R.; HERRERA, M. y VIVAS, I.: *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 462

Respecto al permiso parental, incorporado en respuesta a la Directiva 96/34/CE, no se ha promovido el reparto igualitario de las responsabilidades familiares entre los sexos en la Ley de Conciliación 39/1999, que no contempla un permiso retribuido individual por paternidad, ya que la carga del cuidado del hijo sigue recayendo sobre la madre. Ahora bien, ésta puede traspasar al padre, sólo en el caso de que los dos trabajen, diez de las últimas semanas de la prestación. Por tanto, si la mujer no trabaja el hombre nunca podrá disfrutar del permiso para cuidar de sus hijos.

Sobre el trabajo a tiempo parcial, la Ley 15/1998, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, el Real Decreto 144/1999, que desarrolla la anterior y la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introducen las medidas contenidas en la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial, igualando los derechos de los trabajadores a tiempo parcial y completo.

La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre impacto de género, constituye una primera aproximación al principio del *mainstreaming* de género. En su articulado se introduce una importante novedad, al prescribir que en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley se haya de redactar un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en cada anteproyecto. La Exposición de Motivos de la Ley recopila la normativa comunitaria en materia de *mainstreaming,* citando los arts. 2 y 3 del Tratado de Amsterdam, el Quinto Programa de Acción de la Comisión para Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000 y 2001-2005), la Comunicación de la Comisión 96/67 para incorporar la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en todas las políticas y actividades de la Unión y el art .21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

En cuanto a los actores encargados de promover y aplicar las políticas de igualdad destacar el Instituto de la Mujer (IM), el movimiento feminista y los sindicatos, son tres actores que influyen notablemente sobre la formulación, adopción, implementación y evaluación de las políticas de igualdad comunitarias en España[14]. Sólo nos detendremos en el Instituto de la Mujer que se encarga de impulsar las políticas de igualdad y construye la agenda política. No obstante, a pesar de la importancia de su labor, este organismo no ejecuta ni controla la puesta en práctica de las medidas, pues son los diferentes Ministerios los que se encargan de aplicar dichas políticas de igualdad españolas.

En 1983 se fundó el Instituto de la Mujer dando comienzo al feminismo de Estado en España y desde esta fecha hasta la actualidad hay que des-

[14] LOMBARDO, E.: *La europeización de la política española de igualdad de género,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 463

tacar el desarrollo alcanzado. Este Instituto es un organismo autónomo dentro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pero no tiene capacidad para iniciar políticas de igualdad sino que tiene que convencer a los Ministerios y Departamentos para que trabajen en pro de la igualdad. Las tareas principales que lleva a cabo el Instituto son la investigación sobre la situación de las mujeres en España; la información sobre sus derechos y canalizar las denuncias presentadas.

El instrumento principal del que se vale el Instituto de la Mujer son los Planes de Igualdad. En 1987 se aprobó el I Plan (1988-1990), seguido por el II Plan (1993-1995) y el III Plan (1997-2000). Estos tres Planes siguen los tres primeros Programas de Acción Comunitarios, mientras que el IV Plan (2003-2006) se basa en el Quinto Programa Marco de la Comisión Europea sobre Igualdad (2001-2005).

Los Planes de Igualdad pueden ser definidos como «un conjunto de objetivos y medidas tomadas y aprobadas por un gobierno y que deben llevar a cabo los diferentes departamentos gubernamentales, en un período concreto de tiempo concreto (de dos a cinco años)»[15]. Haciendo un seguimiento de los cuatro Planes de Igualdad de Oportunidades (PIO) se comprueba la evolución de las políticas españolas y de los comportamientos y actuaciones de todos los sectores. Así, desde la igualdad formal, principalmente en el ámbito laboral, se ha pasado a la igualdad real o fáctica y a luchar por un equilibrio de las responsabilidades y cargas públicas y privadas que es lo mismo que decir por una sociedad paritaria. El III Plan supone un cambio importante al buscar que la sociedad entera se involucre en la lucha por la igualdad de géneros e introduce el importante instrumento de las acciones positivas.

El *mainstreaming* de género es el principio que rige este IV Plan vigente, siguiendo lo establecido en el Quinto Programa Marco y en la Conferencia de Pekín de 1995 y se completa con la garantía de la igualdad de género en todas las áreas, la cooperación con todos los actores políticos, ONGs y sociedad civil.

IV. GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD

IV.1. INSTITUTOS AUTONÓMICOS DE LA MUJER

Siendo España un Estado descentralizado, los organismos de igualdad actúan en los tres niveles de la Administración: central, autonómica y local. Por tanto, el desarrollo del Estado de las Autonomías presenta como una de sus consecuencias la descentralización de las políticas de igualdad que son gestionadas en cada uno de los tres niveles de la Administración.

---

[15] BUSTELO, M.: «Las políticas públicas de igualdad de género en España en los niveles centrales y autonómico» en GARCÍA, A. y LOMBARDO, E. (eds.), *Género y Derechos Humanos,* Mira, Zaragoza, 2002, pág. 52.

455-474-Estado autonomico23 3/10/05 15:15 Página 464

En este orden de cosas, nos encontramos con que, en las diferentes Comunidades Autónomas, se han ido creando organismos parecidos al Instituto de la Mujer central, con el mismo fin de promoción de las medidas de igualdad y no discriminación por parte de las instituciones autonómicas y que, asimismo, han ido desarrollando planes de igualdad siguiendo el modelo central.

Así, desde el año 1988, estos organismos de igualdad se generalizan en todas las autonomías, con la excepción de Ceuta y Melilla, y acto seguido elaboran sus Planes de Igualdad como instrumento y estrategia de actuación. No obstante lo anterior, no encontramos uniformidad autonómica, esto es, cada Comunidad Autónoma presenta un tipo de organismo con diferentes grados de autonomía y con una distinta promoción de medidas transversales en todas las áreas de gobierno. De hecho, algunos de ellos se han quedado en el mero impulso de áreas específicas (familia, bienestar social, empleo) en las que están adscritos (Galicia).

Como ejemplo de alto grado de autonomía señalar los Institutos de la Mujer del País Vasco[16], Cataluña[17] y Andalucía[18] que son organismos autónomos, lo que significa que:

- Son creados por ley y no por decretos como la mayoría de los organismos.
- Tienen su propio presupuesto.
- Tienen personalidad jurídica propia.
- Gozan de mayor autonomía administrativa.
- Existe un Consejo de Administración en el que pueden tener representación otras fuerzas sociales.

Además, estos tres Institutos Autonómicos dependen del Departamento de Presidencia, un factor que les permite una mayor capacidad para actuar transversalmente, proyectándose y alcanzando a los distintos departamentos administrativos para que vayan poniendo en marcha las medidas establecidas en los Planes de Igualdad e introduciendo la perspectiva de género de forma eficaz en sus distintas áreas de actuación. Por tanto, su actuación no se limita a un mero impulso en pro de la igualdad.

En el caso de la Dirección General de la Mujer de Madrid, decir que, aunque también tiene presupuesto propio, depende del Ministerio regional de servicios sociales, lo que supone ciertas y evidentes limitaciones a su libertad de acción.

---

[16] El Instituto Vasco de la Mujer/Emakumearen Euskal Erakundea (Emakunde) fue creado por la Ley 2/1988, de 5 de febrero, que lo configuró como un organismo autónomo que depende directamente de la Presidencia del Gobierno, lo que le confiere autonomía funcional y económica.

[17] El Institut Català de la Dona creado por Ley 11/1989, de 10 de julio, se inserta en el Departamento de Presidencia y este carácter transversal le permite introducir la perspectiva de género en los diferentes Departamentos de la Generalitat.

[18] El Instituto Andaluz de la Mujer es creado por la Ley 10/1988, de 29 de diciembre.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 465

El caso de Galicia es diferente por las siguientes razones. En primer lugar, es la Consellería de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado (Decreto 280/2003, de 17 de junio) el órgano de la administración autonómica al que corresponde el ejercicio de competencias y funciones en materia de políticas activas de familia, infancia, menores, mujer y juventud, según el Estatuto de Autonomía. Junto a las Direcciones Generales que lo integran se incluye el Servicio Gallego de Igualdad, con categoría de Dirección General y adscrito a esta Consellería, que bien se puede denominar de asuntos sociales.

El Servicio Gallego de Igualdad se creó por Ley 3/1991, de 14 de enero, como organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito a la Consellería de Familia, que trabaja para corregir los desequilibrios y conseguir los objetivos de igualdad para lo que promoverá la adopción de medidas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva[19].

Por lo que respecta a los Planes de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, como instrumento para implantar las políticas de género, hay que señalar que a nivel autonómico siguen el modelo central, así como los programas de acción comunitarios. En cuanto a su estructura, el contenido de las grandes áreas suele ser similar entre Comunidades Autónomas, presentando diferencias en cuanto al número de acciones que prevén, su importancia y su implementación. Las áreas son las siguientes: legislación; educación; empleo; participación; salud; servicios sociales y cooperación.

Otros temas aparecen como áreas independientes, pero son consideradas menores o, sino, aparecen englobados dentro de un área mayor: cultura, investigación o imagen de la mujer en los medios de comunicación social. Los que tienen una presencia mucho más reciente son violencia de género, mujeres rurales y urbanismo. Además, como simples referencias nos encontramos con la participación en la toma de decisiones y el *mainstreaming* de género.

IV.2. LEYES DE IGUALDAD

Si hasta el año pasado (2003) los Planes de Igualdad constituían el único instrumento para articular las políticas de igualdad a nivel autonómico, ahora tenemos también las denominadas Leyes de Igualdad, como la Ley Foral 33/2002, 28 de noviembre, en Navarra, la Ley 1/2003, 3 de marzo, en Castilla y León o la Ley 9/2003, 2 de abril, en Valencia[20]. Por lo que

[19] Para consultas http://www.xunta.es/auto/sgi

[20] Las instituciones que establece la Ley para proteger la igualdad son las siguientes: el Observatorio de género para impulsar la desagregación de datos por sexos en todas las estadísticas e investigaciones que se realicen en la Comunidad valenciana, con obligación de elaborar un informe anual que elevará a las Cortes referente al grado de cumplimiento de la Ley y la evolución de los índices de igualdad; el Consejo Valenciano de la Mujer que eleva su rango al introducirse en la Ley y una Defensoría de la igualdad de géneros que se integra en la Institución del Síndic de Greuges y se encarga de vigilar el cumplimiento de lo previsto en la Ley.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 466

respecta al País Vasco, su Instituto de la Mujer ha elaborado un Proyecto de Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres como importante paso adelante en la consecución de la igualdad, concebida en sentido amplio y referida no sólo a las condiciones de partida en el acceso a los derechos, al poder y a los recursos y beneficios económicos y sociales, sino también a las condiciones para el ejercicio y control efectivo de aquellos (Exposición de Motivos). En el Título Preliminar se definen los dos principios o estrategias que están internacionalmente considerados como los más idóneos para lograr la igualdad: la integración de la perspectiva de género y la acción positiva. A continuación se regulan las medidas para lograr la integración de la perspectiva de género, como la planificación, la mejora de las estadísticas y estudios, la capacitación del personal, el establecimiento de un procedimiento para incorporar el principio de igualdad en la normativa y actuación administrativa, la participación de las mujeres en la toma de decisiones y el establecimiento de recursos económicos suficientes y de personas y estructuras adecuadas y coordinadas.

La Ley crea la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres como un órgano nuevo de carácter independiente con el fin de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de trato de la Comunidad Autónoma y defender a la ciudadanía ante posibles situaciones o prácticas discriminatorias por razón de sexo que se producen en el sector privado.

Estas Leyes de Igualdad buscan lograr la aplicación del *mainstreaming* de género y establecen un contenido amplio que se estructura en las siguientes áreas: sensibilización; educación a la igualdad y afectiva y no violenta en todos los niveles y formación a la igualdad para el personal administrativo y político; empleo y trabajo; lenguaje no sexista; conciliación de la vida laboral y familiar; participación en la esfera pública; información y asesoramiento, salud; mujer y nuevas tecnologías; mujer rural e imagen de la mujer en los medios.

Se introducen mecanismos para controlar que las normas incluyan medidas orientadas a promover la igualdad (Emakunde), mecanismos concretos para subvencionar o penalizar a las empresas según respeten o no el principio de no discriminación (Castilla y León), régimen de inspección y sanciones (Castilla y León, Emakunde) e introducen la discriminación positiva entre sus principios generales (Valencia).

Sin duda, las Leyes de Igualdad autonómicas suponen un paso adelante en el camino hacia la igualdad, pues amplían la protección individual de las mujeres al poder invocarse ante los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas.

La garantía de la igualdad exige la aprobación por las Cortes Generales de una Ley de Igualdad, que constituye uno de los improrrogables objetivos del Gobierno, que proyecta su envío al Legislativo este mismo año. La Ley ha de suponer la transposición de una Directiva comunitaria sobre materia de igualdad laboral, pero seguramente servirá para ampliar estas me-

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 467

didas europeas con el objetivo de acabar con la discriminación directa e indirecta que sufren las mujeres, como la diferencia de retribución que puede llegar hasta el 30%, sobre todo en los sectores más masculinizados, o el acoso sexual en el ámbito laboral. En un ámbito diferente al laboral, como es el político, la Ley abordará medidas para establecer la paridad en las listas electorales a través de la alternancia de candidatos y candidatas.

IV.3. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Se consagran como estrategia de actuación en el contexto constitucional español, a todos los niveles[21]. Respecto a ellas hay que analizar si tienen fundamento constitucional y su adecuación y proporcionalidad en cuanto que tienen límites fundados en el respeto de otros derechos fundamentales. Basta con echar un vistazo a los libros de Historia, carentes de cualquier sospecha, para comprobar como las mujeres, en cuanto colectivo, han sido tradicionalmente discriminadas social y jurídicamente en base a argumentos de distinta índole. Aún hoy en día se sufren las consecuencias de estas privaciones o limitaciones de derechos, manteniéndose, además, otras discriminaciones más sutiles, por ejemplo en el ámbito laboral donde aún se siguen atribuyendo las funciones productivas a los hombres y las reproductivas a las mujeres, adjudicando el espacio público al género masculino y el espacio privado o doméstico al femenino. Las mujeres actuales soportan, además, una doble carga, pues, tras el acceso generalizado a la educación, desarrollan una vida profesional, generalmente en peores condiciones que los hombres[22], y asumen las cargas familiares y domésticas[23].

Es importante recordar el papel del Tribunal Constitucional como promotor de los cambios producidos en el ámbito de la igualdad de oportunidades desde la entrada en vigor de la Constitución y, así, es posible distinguir dos líneas jurisprudenciales. Así las cosas, desde una valoración exclusivamente formal de la igualdad ha ido evolucionando hacia una tutela antidiscriminatoria, pues, en sus ya numerosas sentencias, además de la igualdad de trato se afirma la necesidad de establecer medidas que se dirijan a conseguir la igualdad de oportunidades entre sexos[24]. Resulta constatable como, a partir de la STC 123/1987 (Guarderías Infantiles), se reconoce la situación real discriminatoria en la que históricamente se han encontrado las mujeres, dejando de aplicar el criterio formal de igualdad de trato al afirmar la no equiparación entre situaciones de unas y otros.

---

[21] En el caso del Instituto Aragonés de la Mujer y Emakunde, la acción positiva se incluye en el propio título de los Planes lo que otorga una mayor relevancia a esta estrategia de actuación.

[22] La diferencia salarial media entre mujeres y hombres en todas las Comunidades Autónomas, excepto Navarra y el País Vasco, es de un 30% (datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales correspondientes al año 2000).

[23] Veánse los datos que se encuentran actualizados en la página web del Instituto de la Mujer (www.mtas.es/mujer/mcifras/principa.htm).

[24] En este sentido, veáse el VP formulado por el Magistrado Rubio Llorente a la STC 103/1983, 22 de noviembre.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 468

Ya en STC 109/1993 (Lactancia I) se decanta abiertamente por las acciones positivas, doctrina confirmada en STC 187/1993 (Lactancia II).

No hay que olvidar que, a diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado todavía sobre las medidas de discriminación inversa, como el sistema de cuotas o medidas de preferencia de la mujer respecto del varón, ya que el ordenamiento español no las prevé, excepto en el ámbito de los partidos políticos[25]. Lógicamente, llegado el caso, es de esperar que el Tribunal Constitucional seguirá la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en Sentencia Marshall de 1997, que acepta estas medidas siempre y cuando se evite un automatismo en perjuicio de los varones[26].

IV.4. LAS CUOTAS

Tras esta breve introducción sobre las acciones positivas, hemos de referirnos a una de ellas, quizá la más polémica. Nos referimos a las cuotas en el ámbito electoral, que se implantan con el fin de incrementar la participación política de las mujeres[27], pues la infrarrepresentación femenina en los espacios públicos de debate y de toma de decisiones constituye un importante déficit democrático.

Las cuotas suponen que las mujeres han de estar presentes en un cierto número o porcentaje en las listas de candidaturas, en los Parlamentos, en los Gobiernos, es decir, en todos los ámbitos de discusión pública. Éstas constituyen instrumentos de carácter temporal que se aplicarán el tiempo necesario para terminar con los obstáculos que impiden la representación equilibrada de los dos sexos en política. En este orden de cosas, los países que disfrutan de un mayor nivel democrático apuestan por la democracia paritaria, esto es, garantizar que ninguno de los sexos tenga una representación superior al 60% ni inferior al 40. Esto resulta de entender que la democracia requiere, por su propio significado, una representación igualitaria de los dos sexos en cuanto que equivalen a las dos mitades en que se divide la población[28].

---

[25] Hay que mencionar su existencia y declaración de constitucionalidad respecto a los minusválidos: STC 264/1994, 3 de octubre, caso *cuota para personas con discapacidad en la Administración Canaria.* La argumentación del Tribunal Constitucional español consiste en que reservar plazas a las personas con discapacidad no afecta al principio de mérito o capacidad porque «no restringe el derecho a los que opositan a las de turno libre (...) ni exceptúa a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes» (FJ 5º).

[26] MARTÍN VIDA, Mª A.: «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia Marshall», *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 53, 1998, pág. 331.

[27] Veáse sobre la participación femenina el estudio de SÁNCHEZ FERRIZ, R.: «Las mujeres en las Cortes Generales y en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *Mujer y Constitución,* pág. 203 y ss, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

[28] MARTÍNEZ SAMPERE, E.: «La legitimidad de la democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos,* nº 107, 2000; TRUJILLO, Mª A.: «La paridad política» en AA.VV.: *Mujer y Constitución,* cit., pág. 367 y ss.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 469

De los diversos tipos de cuotas, las más frecuentes, y quizá mejor valoradas, son las cuotas femeninas que los propios partidos políticos voluntariamente introducen en sus listas, por ejemplo a través del sistema cremallera, sin que los obligue la ley electoral, un comportamiento que suele contagiarse entre partidos.

Esta implantación voluntaria de las cuotas en las listas de los partidos se ha seguido en España a nivel nacional, siendo el Partido Socialista Obrero Español quien primero se decidió en 1988, estableciendo una cuota obligatoria del 25% de mujeres en los órganos de decisión del partido. Ya en 1994 se aumentó la cuota a un 25% cuando la afiliación de mujeres fuese inferior a ese porcentaje y de cinco puntos por encima cuando ésta fuese superior, conteniéndose en los mismos Estatutos la previsión de que la cuota también se aplicaría en las listas electorales para las instituciones de representación locales, autonómicas, estatales y europeas. Desde 1997. el PSOE establece en sus Estatutos Federales un mecanismo de democracia paritaria que impide que los órganos directivos, de control o ejecutivos del partido o en las candidaturas electorales alguno de los dos sexos alcance una presencia superior al 60%, incluyendo, además, una cláusula que asegura a las mujeres ocupar un puesto en la lista con posibilidades reales de salir electas.

Resulta obligado mencionar dos experiencias en el Derecho Electoral que han modificado la Ley Electoral para obligar a todos los partidos a incluir un determinado porcentaje de candidatas femeninas en sus listas[29]: la Ley 11/2002, 27 de junio, de Reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha y la Ley Electoral 6/2002, 20 de junio, de las Islas Baleares. Ambas leyes han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional a través de los pertinentes recursos de inconstitucionalidad, solicitándose la suspensión en base al art. 161.2º CE, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a suspender sus efectos hasta que haya un pronunciamiento definitivo, por lo que no se pudieron aplicar en las elecciones autonómicas celebradas en 2003.

La Ley manchega 11/2002 introduce el art. 23.1º bis de la Ley 5/1986, 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, que dice que «Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares (sistema «cremalle-

[29] En 2001 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones, donde se pide que «se favorezca el equilibrio de género en todas las políticas y en todas las comisiones, tanto a escala de la Unión Europea como a escala nacional e internacional, con una participación que no deber ser inferior al cuarenta por ciento para cada género». Además, los gobiernos han de «estudiar las consecuencias diferenciadoras de los sistemas electorales en la representación política de los géneros en los órganos compuestos por miembros electos, que consideren la posibilidad de adaptar o reformar dichos sistemas y, en caso necesario, que incentiven a los partidos políticos para que éstos introduzcan sistemas de cuotas, como el sistema de cremallera, o adopten otro tipo de medidas que fomenten una participación más equilibrada».

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 470

ra»). La Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes».

La Ley balear de 2002 modifica el art. 16.4º de la Ley Electoral de 1986 que prescribe que «Para hacer efectivo el principio de igualdad en materia de participación política, las candidaturas electorales han de contemplar una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y de otro sexo, ordenados de forma alternativa».

La pelota está ahora en el tejado del Tribunal Constitucional que ha de resolver una de las cuestiones más polémicas de los últimos tiempos.

No obstante, existen otras medidas que son vistas con mejores ojos y que persiguen incrementar la presencia y participación femenina en los órganos de representación política a través de una serie de ventajas concedidas a aquellos partidos que aumenten el número de candidatas en sus listas como son las subvenciones o mayores tiempos en los medios de comunicación. Esto es lo que sucede en la Ley para la Igualdad entre Hombres y Mujeres de la Comunidad Valenciana.

IV.5. LA LACRA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Las Leyes de protección frente a la violencia doméstica o de género, así como los Planes de Acción contra la misma, se han ido generalizado en las Comunidades Autónomas que demuestran así su compromiso en la lucha por prevenir y erradicar los atentados contra los derechos más íntimos de las mujeres que se producen en el ámbito doméstico[30].

En este orden de cosas, merece mención especial la Ley de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, aprobada en 2001 por el Parlamento de Castilla-La Mancha, conocida sobre todo por la polémica medida de publicar las sentencias firmes condenatorias por violencia doméstica cuando medie el consentimiento de la víctima.

Pero, a pesar de estas iniciativas políticas y legislativas, lo cierto es que la violencia no decrece sino todo lo contrario, pues en 2004 la lista de mujeres muertas ha superado la de 2003, contabilizándose 72 muertes y situándose la media nacional en 4,51. La conclusión que cabe extraer es que las medidas puestas en marcha, ya sean los planes contra la violencia doméstica con el Gobierno del Partido Popular, la aprobación unánime por el Congreso en 2003 de la reforma de la Ley Penal y Procesal para adoptar órdenes de protección o el plan de choque del Gobierno socialista de 2004, han fracasado[31]. Por eso, la Ley Integral contra la Violencia de Gé-

[30] El Gobierno Vasco hizo una Declaración Institucional contra la violencia de género que se aprobó en Consejo de Gobierno el 20 de noviembre de 2001. El Gobierno gallego ha elaborado un Plan de Acción contra la violencia de género (2002-2005) con el objetivo de luchar contra este tipo de violencia desde una perspectiva amplia.

[31] Los avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género son: la Ley Orgánica 11/2003, 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 471

nero[32], aprobada al inicio de esta Legislatura y que entrará en vigor en los próximos días, abre una ventana a la esperanza. Esta Ley, tal como declara su Exposición de Motivos, pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres[33].

El ámbito de la Ley abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsariedad en las Administraciones Públicas. Además, se regula la sanción que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que en ella se regulan.

Destacar que en el Título III de la Ley, relativo a la Tutela Institucional, se prevé la creación de dos organismos nuevos: la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que se encargará de formular las políticas públicas en relación con la violencia de género a desarrollar por el Gobierno y coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, igualmente adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que corresponderá el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género. Este Observatorio remitirá anualmente un informe sobre la violencia ejercida sobre la mujer al Gobierno y a las Comunidades Autónomas.

Además, se prevé el establecimiento en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unidades especializadas para la prevención de este tipo de violencia y para el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. En orden a lograr una protección más efectiva, el Gobierno promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales. Estas previsiones, contenidas en el art. 31 de la Ley, serán aplicables a las Comunidades Autónomas que cuenten con cuerpos de policía que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro del territorio autonómico.

Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes que han ido aprobando las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito competencial.

[32] Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

[33] El listado de estas recomendaciones ya es bastante largo y aquí citaremos por su carácter reciente la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008), con el objetivo de prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 472

Esta Ley no nace carente de polémicas como las que provocan que se prevea un mayor castigo para los hombres que maltratan a su pareja (Título IV sobre Tutela Penal) y la creación de juzgados especializados (Juzgados de Violencia sobre la Mujer) para conocer de las causas penales y civiles vinculadas a la agresión (Título V sobre Tutela Judicial).

IV.6. EL IMPACTO DE GÉNERO

La evaluación del impacto de género como instrumento de acción es un ejemplo de como las Comunidades Autónomas se anticipan al Estado en la adopción de políticas públicas en pro de la igualdad real. Estamos ante un instrumento bastante reciente que puede suponer un avance importante en relación con la participación femenina consistente en la evaluación del impacto de género que han de pasar las normas antes de ser aprobadas. Este técnica fue promovida desde la Conferencia de Pekín e impulsada por la Comisión Europea, que editó una Guía para la evaluación del impacto según el género.

La pionera ha sido la Ley 4/2001, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, dispone que el expediente de formación de todos los proyectos de ley y de decreto, deben de incorporar el cuadro de vigencias y disposiciones afectadas, la memoria económica, y, además, han de incluir una evaluación del impacto que la norma tendrá sobre el género, mediante un informe interdepartamental. El Institut Català de la Dona, institución encargada de la realización de dicha evaluación, ha emitido ya numerosísimos informes desde la entrada en vigor de la Ley en mayo de 2001.

V. LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

Por lo que respecta al ámbito municipal decir que la Ley 7/1985, 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, atribuye competencias en materia de igualdad a las administraciones municipales. La Ley señala que los municipios y las Diputaciones podrán realizar actividades complementarias con otras Administraciones Públicas en lo que concierne a la promoción de la mujer. Además, establece la competencia municipal en materia de servicios sociales y la obligación de prestarla en aquellos municipios que sobrepasen los 20.000 habitantes.

La proximidad de la Administración local a la ciudadanía permite una adopción de medidas sociales muy adecuada por la cercanía y conocimiento de los problemas, lo que posibilita detectar con rapidez las necesidades y los déficits de los vecinos. No obstante, para ello necesitan que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas les faciliten los recursos suficientes para implantar las políticas necesarias.

455-474-Estado autonómico23 3/10/05 15:15 Página 473

Desde los años noventa los municipios y las Diputaciones han emprendido decididamente el desarrollo de políticas de igualdad, así en los Ayuntamientos se crean programas estables de atención a la mujer, estructuras técnicas específicas y órganos políticos como las Concejalías de la Mujer que son los responsables institucionales del Plan o Programa municipal de igualdad.

No hay áreas de la Mujer sino Concejalías, lo que permite a la Concejala como miembro que es del equipo de gobierno municipal defender personalmente las medidas adoptadas en el área de igualdad. La creación de estas Concejalías permite elaborar políticas municipales en materia de igualdad con mayor amplitud que las que podrían desarrollarse desde el área de servicios sociales, son políticas de igualdad de género que van más allá de la atención a mujeres que necesitan amparo o protección.

Por tanto, las actuaciones y políticas públicas han cambiado abandonando el simple asistencialismo o atención a través de servicios sociales para caminar hacia una actuación e intervención mucho más amplia y global que varía dependiendo de los colectivos de mujeres que hayan de ser atendidas. En este sentido, la intervención o asistencia personalizada no se ha abandonado sino que se complementa con medidas estratégicas de carácter integral y preventivo que requieren coordinación entre áreas y que se plasman en los planes o programas de igualdad municipales que abarcan más ámbitos: formación ocupacional y empleo; violencia; participación; sensibilización; salud; cultura; educación; servicios sociales; atención y asesoramiento jurídico y psicológico; urbanismo y creación de Centros de Atención directa.

El tamaño de los municipios condiciona el tipo de actuaciones públicas, pues lógicamente a mayor entidad mayor capacidad de intervención con programas integrales de igualdad dotados económicamente mientras que allí donde no se sobrepasa la cifra de 20.000 habitantes el fomento de la igualdad a través de las políticas públicas se lleva a cabo con intervenciones puntuales y específicas.

A modo de conclusión cabe poner de manifiesto, una vez más, que no está todo hecho en la lucha por la igualdad de oportunidades, pues, día a día, la realidad nos demuestra como las normas y la teoría van por detrás de los acontecimientos. Una realidad que no es la misma para mujeres y hombres, ni en el espacio político y público ni en el espacio privado, estando reservadas las peores condiciones y las mayores desventajas para el sexo femenino.

Una democracia es sinónimo de respeto de la pluralidad y diversidad, y, en este sentido, hablar de respeto equivale a decir tener en cuenta o tomar en consideración, por lo que las políticas y leyes de igualdad no pueden obviar la diferencia sino integrarla como factor determinante.

Una idea básica ha de tenerse en cuenta: el avance en la erradicación de las desigualdades formales y, sobre todo, reales entre sexos en Espa-

455-474-Estado autonomico23 3/10/05 15:15 Página 474

ña resultará tanto más rapido cuanto mayor sea la coordinación y cooperación entre las distintas administraciones con competencias en la materia. Sin embargo, la inactividad o la lentitud del Estado o de algunas Comunidades Autonómas en la adopción de medidas adecuadas para la superación real de las diferencias de trato, justifica y legitima los intentos realizados por otras administraciones autonómicas, y aun municipales, para alcanzar tales objetivos, y ello aun cuando tales intentos puedan determinar coyunturalmente desequilibrios entre ciudadanos según donde residan. Ello debería servir de ejemplo al ejecutivo y legislativo nacionales y al resto de los autonómicos para mejorar sus politícas de igualdad, de tal manera que aquellas medidas normativas, políticas, económicas o sociales que realmente funcionen se conviertan en un mínimo necesario a extender a todo el territorio nacional. La labor de los ejecutivos y legislativos autonómicos pioneros en este campo debe ser, por ello, aplaudida y no criticada.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 475

INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 476

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 477

DERECHOS SOCIALES Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: LOS MÁRGENES DE LAS POLÍTICAS AUTONÓMICAS

Remedio Sánchez Férriz
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universitat de Valencia

I. SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU VINCULACIÓN A UNA FORMA ESTATAL NO SIEMPRE BIEN ENTENDIDA

Es sabido que las Constituyentes del período de entreguerras introducen por vez primera los derechos sociales en sus respectivos textos fundamentales. Ello desvela la generalización de un movimiento constitucional en unos casos con mayor convicción ideológica, en otros como solución a la presión social, pero en todos como la mejor o más razonable salida a una profunda crisis del Estado demoliberal. Baste pensar en nuestra Constitución republicana o, 14 años antes, en la mejicana de 1917. Antes hubo medidas sociales establecidas a través de la ley o incluso de instrumentos jurídicos de rango inferior que van solucionando las más significativas carencias (jornada máxima medidas reguladoras del trabajo de niños y de mujeres...) Pero no existe aún la consideración de los derechos que el constitucionalismo de entreguerras aporta. Este comporta un cambio notable tanto para la teoría del Estado como para la teoría de los derechos que tiene reflejo en los más diversos Estados. «En cada constitución –escribe MIRKINE– se halla una mezcla de tradiciones nacionales y del ideal del Estado de Derecho elaborado por la conciencia jurídica de los pueblos civilizados»[1].

El salto cualitativo respecto de las medidas anteriores es francamente importante no porque hayan de ser ahora más efectivas (ello aún habrá de esperar décadas) sino porque su previsión se vincula a las propias bases del Estado[2], a la racionalización de una vida social y jurídica que tiene por centro a la persona humana. Por más que todo ello no cuajará hasta después de la II Guerra Mundial, ya tras la primera es clara la percepción de un cambio social y político que trasciende todo el Derecho Público. No en vano MIRKINE subrayaba el interés de esta nueva tendencia

---

[1] B. MIRKJNE-GUETZÉVICH, *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel,* Paris, M. aiard, I 1931, pág. 13.

[2] La transformación del Estado libertad de derecho en Estado social se refleja formal y materialmente en casi todos los aspectos y problemas que afectan a la posición de los derechos fundamentales en un Estado constitucional (P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale* (ed. preparada por P. RIDOLA). Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, pág. 192).

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 478

del Derecho Constitucional[3] y, al exponer lo que consideraba tendencias novedosas pero generalizadas en el constitucionalismo de entreguerras, destacaba la aparición de los derechos sociales (o reaparición si consideramos que ya en el constitucionalismo revolucionario francés fueron conocidos[4], aunque no consolidados[5]) .

«Asistimos, dice MIRKINE, a una gran tentativa de racionalización de la vida pública. Ella es infinitamente más fuerte que la de la vida parlamentaria que ya hemos expuesto, puesto que tiende a racionalizar los innumerables lazos sociales del pueblo»[6]. Pero no se traduce sólo en las aportaciones de nuevos elementos a los textos constitucionales o con el reforzamiento de la dimensión social de la persona. Ello comporta la transformación de la Teoría General del Estado[7] y de la doctrina de los derechos individuales[8]. En efecto, éstos, al tiempo que van siendo reforzados en sus garantías, se ven transformados y condicionados por el nuevo sentido social del derecho y, en algún caso (principalmente la propiedad), por las limitaciones que aquel impone. Con todo, lo más destacable es que la dimensión social del Derecho no se deja sentir solo en las relaciones del trabajo y el capital sino que trasciende a todo el conjunto de las relaciones sociales. Por ello, puntualiza T. FREIXES[9], el constitucionalismo de entreguerras resurge sobre bases diferentes «puesto que ya no es tan solo el individuo el centro del Estado ya que, en palabras del epígrafe de la Constitución de Weimar «la vida en comunidad» constituye también un interés constitucional». Así, sin perjuicio de cuantos derechos sociales reconozca

---

[3] El Derecho Constitucional general no es algo inmutable, se modifica con las ideas y fenómenos políticos de la vida. Se halla estrechamente ligado al ideal democrático no porque los teóricos del Derecho Constitucional han sido ni serán siempre demócratas, sino por que la democracia traducida al lenguaje jurídico es «el Estado de Derecho», es la racionalización de la vida jurídica, por que el pensamiento jurídico consecuente conduce a la democracia como única forma del Estado de Derecho. La democracia puede realizar la supremacía del Derecho; por ello, el derecho Constitucional general es el conjunto de las fondas jurídicas de la democracia, del Estado de Derecho. (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit., pág. 12).

[4] M. MAZZIOTTI, «Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria», en Archivio giuridico F. Serafini vol. CXLVII, 1950, págs. 50 y ss.

[5] Probablemente, como en tantas otras cuestiones e ideas constitucionales, por no haber encontrado aun la técnica apropiada para su aplicación. La preocupación por salvar el propio sistema liberal aguzará en ingenio para salir de la crisis y, de paso, aporta ideas económicas para la consolidación de los derechos sociales. Solo el cambio socio cultura conduce, con el tiempo, a la consideración de los mismos como manifestación inexcusable de toda democracia vencedora en la segunda guerra mundial.

[6] B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit., pág. 41.

[7] Ciertamente, los postulados sociales de las Constituciones democráticas habían de quedar por fuerza en declaración de buenas intenciones, a lo sumo temporalmente activadas por un Gobierno tendencialmente social (o interesado tal vez en frenar una dinámica social que pudiera desbordar los estrechos cauces del Estado) porque chocaban abiertamente con los planteamientos basilares del Estado y del Derecho. Por ello, insiste BALDASSARRE (op. cit., págs. 6 y ss.), solamente aceptando la transformación del Estado, o cuanto menos la reinterpretación de los principios del Estado de derecho y de las categorías entonces vigentes sobre los derechos constitucionales podrían ir insertándose en el orden constitucional los derechos sociales.

[8] DE CABO, «El sujeto y sus derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 7, Madrid 2001, 128 y ss.

[9] T. FREIXES SANUÁN, Constitución y Derechos Fundamentales Barcelona, PPU, 1992, pág. 38.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 479

la Constitución de Weimar (al trabajo, a la instrucción, etc.) su artículo 151 es particularmente significativo al decir: «La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna del ser humano».

No pasa desapercibido a MIRKINE que el reflejo de la dimensión social del Derecho en los textos constitucionales no va a comportar de inmediato su efectividad práctica, pero ello no disminuye el extraordinario valor del intento. Cuanto menos, dirá, el texto fundamental tiene un innegable valor educativo para la población pero, además, los preceptos que contienen derechos sociales «definen una tendencia y marcan los inicios de un nuevo proceso de garantía de los derechos sociales que deberá hallar cumplimiento en el futuro». Es la racionalización de toda la vida social y jurídica la que se impone a través del Derecho realzando su dimensión social: El nuevo «derecho democrático», aunque no penetre enteramente en la vida, constituye sin embargo un elemento de educación de las masas; el nuevo derecho tiene cierto valor educativo. Las nuevas Declaraciones que proclaman los derechos sociales marcan una nueva tendencia y esta tendencia es precisa para nosotros porque se halla ligada a nuestra concepción general de la racionalización del poder en el Derecho constitucional moderno.[10].

Bastará el revulsivo de la Segunda Guerra y sus devastadores efectos para que el constitucionalismo de un paso más al adoptar como eje de su fundamentación la dignidad del ser humano. Las aportaciones doctrinales y técnicas de la primera postguerra, y entre ellas los derechos sociales, cuajan en la segunda cobrando una nueva dimensión material a través de la dignidad humana y dando paso a un nuevo Estado. Es cierto que el Estado social no se construye teóricamente[11] como sí lo hizo el Liberal, teniendo que vivir en las estrechas estructuras de éste. Pero comienza una andadura imparable a partir de los elementos dispersos que hemos ido aludiendo hasta el punto que su teorización se lleva a cabo *a posteriori*[12], justamente cuando algunos de sus elementos hacen crisis y ha de buscarse soluciones y vías de futuro.

---

[10] B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit, pág. 90.

[11] Y ello, desde una perspectiva puramente formal, había de sembrar no pocas inquietudes al jurista como recientemente recordaba Pace al rememorar la posición de Calamandrei en la Constituyente italiana: «el mismo Calamandrei admite el valor «político» y «pedagógico» que una enunciación de los derechos sociales tendría de cualquier modo». En efecto, indicaría «una tendencia y un compromiso, y cuando funcionase el control de la constitucionalidad de las leyes, un compromiso semejante escrito en la Constitución serviría de orientación práctica para la legislación futura». Pero ello, para CALAMANDREI, sigue advirtiendo Pace, no es enunciar verdaderos derechos, de ahí que haya de ser muy cautos en su formulación «para no generar en los ciudadanos esperanzas ilusorias» y, de ahí, también, la convicción del gran jurista de que «la proclamación de los derechos sociales, con la enunciación precisa de garantías que los aseguran de hecho, es posible sólo allí donde se haya producido una revolución social». A. PACE, «Derechos de Libertad y Derechos Sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei», en Madrid R.E.P., nº 63, 1989, págs. 54 y ss.

[12] Una interesantísima síntesis de la evolución doctrinal, o mas bien de sus dificultades y lagunas, en M. A. GARCÍA HERRERA, Prologo (pags. 16-17) al libro dir. por J. TAJADURA *Los Principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 480

En todo caso, con teoría propia o sin ella, es lo cierto que la nueva generación[13] de los derechos que llamamos sociales nace por la insuficiencia de los que son típicos del Estado Liberal, a los que se acabará reforzando, y, justamente, para superar las disfuncionalidades del viejo Estado. Nacen para nuevas formas de vida y cobran virtualidad justamente al dar vida al Estado social[14]. El problema sigue vivo después de tantos años, sin embargo, porque no se quiere ver esa revolución social en todas las transformaciones que el Estado social comporta en sí mismo. Empeñados en destacar su aspecto prestacional, se dejan en la sombra otras caras del mismo, tan esenciales como la prestacional; y siendo ésta la única observada, se produce la paradoja de insistir en la crisis de un Estado (en cada ocasión en que la economía frena temporalmente su galopante desarrollo) cuya complitud no se ha querido, aún, llevar a cabo. Tal vez porque el jurista no entra de lleno en el análisis de la realidad que, por compleja que resulte hoy, no puede, en absoluto, dejar parcelas ajenas al Derecho, por más que la reconducción de aquélla y éste a un terreno común, no resulte fácil[15]. Los derechos sociales fueron, inicialmente, concreciones de la finalidad intervencionista y redistribuidora del Estado, pero con el tiempo han alimentado la legitimidad e imponen una relectura del Estado y de los derechos. La inmediatez de sus efectos beneficiosos sobre la ciudadanía hubo de lograr fácilmente el asenso de la misma. Los ciudadanos son beneficiarios pero, además, son el referente constante de toda campaña electoral en una escalada de concesiones o prestaciones que le sitúan aparentemente, a modo de reclamo, en el centro de toda promesa política. Pero ¿se le otorga alguna otra función que la de beneficiario? Si todo su papel no es mas que recibir, a salvo lógicamente de su derecho de voto, nos hallamos ante dos ámbitos paralelos que no llegan a fundirse creando, de una parte, una pura legitimación formal o aparente por la sola emisión periódica del voto y, de otra, un Estado de bienestar-irresponsabilidad, sin más garantías que la esperanza de que la economía siga funcionando bien con la constante espada de Damocles, de una recesión que, según tales planteamientos acabaría con el Estado social. Esta Forma de Estado, sin embargo, supone mucho más, pues en él se realiza la democracia material en la que no todo depende de la economía, a condición que se dote a los derechos en general, y en especial a los sociales, de contenidos de responsabilidad-solidaridad que tanto se suelen descuidar[16].

---

[13] Ya son muchos años los que llevo discrepando de la teoría mayoritaria de las generaciones de derechos precisamente por entender que éstas han de analizarse paralelamente a la evolución de las formas de Estado en la medida en que los derechos y sus diversas manifestaciones han forzado durante todo el constitucionalismo las estructuras del Estado. Cfr. R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudio sobre las Libertades*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.

[14] M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, Ed. 1982, págs. 13 y ss.

[15] Cfr. .R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993, especialmente el Capítulo Introducctorio referido a «Lo político y lo jurídico».

[16] C. DE CABO, Solidaridad como presupuesto de la reforma constitucional, en este mismo volumen. También, en «El sujeto..., ya cit., en cuya pag. 121 se lee: «...el sujeto se construye también a partir

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 481

Pero la cuestión no parece resuelta siquiera hoy, a juzgar por la generalidad con que solemos observar que la doctrina permanece fiel a tales preocupaciones iniciales. PACE[17] sigue afirmando hoy que los derechos sociales son siempre derechos condicionados a la previa intervención legislativa y administrativa y que por tanto, por razones intrínsecas, gozan de una tutela más débil, ya sea desde el punto de vista legislativo, ya desde el judicial, que la prevista para los derechos de la persona y, en Italia, también para los derechos reales, aunque ciertamente modula su afirmación en función de si se hallan, o no, reconocidos en la propia Constitución. Pero ello no es una excepción pues semejantes afirmaciones son frecuentes en nuestra propia doctrina[18]. Por ello, decía, las nuevas transformaciones exigen una aproximación entre las mismas y el Derecho[19].

En última instancia, el «status questionis» de los derechos típicos del Estado social, parece haberse estancado o enquistado en un auténtico vacío, el existente entre su vacilante formulación, temerosa ante un futuro tan incierto, y las constantes referencias a una crisis económica que amenaza reducirlos[20]. Digo reducirlos porque siquiera los más agoreros pueden negar que existen y son la realidad más palpable para la ciudadanía, por más que la doctrina tema incluirlos en el catálogo de los verdaderos derechos (aunque no fundamentales, es obvio que todo derecho formulado constitucionalmente tiene una estructura[21] que no se corresponde siem-

---

de los deberes que aparecen desde el primer constitucionalismo y en concreto en la Constitución francesa de 1795 donde, además de referirse a los otros sujetos (al respeto de sus derechos), se entienden como elementos sobre los que reposa el «orden» en el que puede desenvolverse la subjetividad, de forma que bien pronto adquieren carácter objetivo».

[17] A. PACE, «La heterogénea estructura de los derechos constitucionales», en Cuadernos de Derecho Público nº 3, 1998, pág. 22.

[18] Por todos, J. PÉREZ ROYO. Págs. 325-6 y 361.

[19] C. DE CABO, «El sujeto...» ya cit. Tras poner de relieve la frecuente contradicción de que jurídica y teóricamente se construya todo en torno al sujeto y sus derechos mientras que, en la realidad, las dificultades son cada vez mayores para ambos, sugiere una solución, en pag. 130: «.. la objetivación conduce a construir los «principios» del sistema constitucional a partir de los Derechos Fundamentales, lo que, dada la naturaleza e impronta individualista y antiestatalista del constitucionalismo liberal, implica difundirla por todo el sistema constitucional y subconstitucional. Por ello habría que intentar desarrollar una propuesta distinta y aun contraria, acorde con el constitucionalismo del Estado social: no ya obtener los principios constitucionales a partir de los derechos, sino «deducir» (naturalmente en lo constitucionalmente posible) los Derechos a partir de los Principios, de manera que se invierta el resultado. Se trataría de realizar en el campo concreto de los derechos los supuestos del constitucionalismo del Estado social y contribuir a resolver de manera mas eficaz la debilidad garantista de los derechos sociales. Es decir, se trataría, en definitiva, no tanto de liberalizar el sistema cuanto de socializar los derechos».

[20] PECES BARBA subraya el contenido económico o «precio» de los mismos que, siendo decisivo en ellos y ante situaciones de crisis económica, debería permitir que se revisara la universalidad de los mismos con el fin de garantizar que realmente conduzcan a la igualdad y no refuercen (como ocurren en la realidad) las desigualdades G. PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, U. Carlos III-BOP, 1995, págs. 460 y ss.. En contrario, P. DE VEGA y RITTER, en las obras que de los mismos estamos citando.

[21] C. HESSE, «Significado de los Derechos Fundamentales», en BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 83 ss. que entiende por tales derechos la «garantía de las bases en que se asienta la existencia individual» (pág. 97). Su problemática se explica por tener una estructura distinta de la de los tradicionales derechos de libertad e igualdad...» No sólo exige esto regularmente un actuar del Legislador, sino también el de la Administración...» (pág. 98).

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 482

pre con la de los derechos de prestación). Es curioso que así sea en el ámbito del Derecho constitucional al que pueden legitimar, como si en esta disciplina se temiera asumir lo que no ha de durar siempre y por igual, como si nunca hubiera de transitarse el más resbaladizo de los caminos aún vírgenes en la materia[22]. Sin embargo, se llega con frecuencia al *impasse* en que las teorías aprendidas de los padres del constitucionalismo no nos permiten explicar el fenómeno; por ello creo ha de hacerse un esfuerzo que no resida en la simple sustitución de los viejos *arcana imperii* por los nuevos *arcana oeconomici*. La economía actual ciertamente es deslumbrante, pero no tanto como para cegar al jurista, anulándolo[23]. Hay, como decía, otros muchos elementos en el Estado Social que permanecen en la sombra y que al jurista corresponde alumbrar: los elementos estructurales de un Estado de Derecho evolucionado y desarrollado sin olvidar, tampoco, la necesidad de aceptar que la democracia del Estado Social no puede seguir reduciéndose a las máximas roussonianas.

Como recuerda RITTER, la conjunción de lo social y lo democrático procede del siglo XIX; ya se halla en Stein (por no retrotraernos a los movimientos y documentos franceses de 1848 e incluso de fines del XVIII)[24] y a fines del XIX Julius Ofner estructuró y engarzó los tres elementos de los regímenes actuales como el alemán o el español: «La democracia exige por principio el Estado Social, un organismo que se asemeja al Estado de Derecho pero no se limita, como éste a mantener el «mío» y el «tuyo», confiando los resultados al juego del poder y del destino, sino que asume como objeto de su papel la justa distribución de las ventajas y de las cargas basada en la igualdad de todos»[25]. No es sólo, pues, un factor de costes del que el éxito o fracaso económico resultara ser su única medida. El Estado social, como la política cultural, la protección del medio ambiente... tal como están jurídicamente definidos constituyen ya «piedras sillares de una arquitectura constitucional para Europa», nuestro universo constitucional occidental constituye una especie de vanguardia en la que «nuestros ciudadanos tienen derecho a que las democracias occidentales desarrollen estructuras jurídico-fundamentales de prestaciones del Estado del Bienestar...»[26].

Y ciertamente, la salida no parece ser otra que el estudio y la imaginación en búsqueda de soluciones e ideas pues, más allá de la moralidad

[22] P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 89: «Aquí sigue estando ... Un interesante esfuerzo por buscar vias para la exigibilidad de los derechos sociales cabe hallar, en V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pags. 19 y ss.

[23] F. FUKUYAMA (*La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona... Sine Qua Non, 2004) llama la atención sobre tantos Estados débiles que, pese a disponer de ayuda económica, son incapaces de desarrollar políticas sociales por carecer de las instituciones y de la capacidad de organización adecuadas.

[24] G. A. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari, 1996, pág. 17.

[25] La fraternidad, «el frecuentemente olvidado tercer ideal de la Revolución Francesa... los deberes fundamentales, la vinculación social, etc., pueden ser retrospectivamente extraídos «in nuce» ya del texto de 1789. Cfr. HÄBERLE, *Libertad, igualdad ....*, ya cit. pág. 52.

[26] A. LÓPEZ PINA, en Prólogo a HÄBERLE, op. cit. en nota anterior, págs. 18 y 23.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 483

invocada desde el enfoque de la fundamentación, P. DE VEGA plantea la cuestión en términos de absoluto realismo: «cuando se habla de fin del Estado del Bienestar, en el fondo no se sabe lo que se está diciendo. El Estado del Bienestar fue una conquista, producto de esos pactos tácitos que a veces la Historia impone entre conservadores y progresistas, que se ha convertido en uno de los logros históricos absolutamente irreversibles. Y porque ello es así; lo que sí puede suceder es que por gozar de un espacio vital efectivo enorme por escasez de recursos, ese espacio vital efectivo pueda estrecharse. Pero lo que no puede bajo ningún concepto, es desaparecer, porque si desapareciera, como no tenemos como sustitutivo espacio vital dominado alguno, la desaparición del Estado del Bienestar sería sencillamente el caos»[27].

II. FUNCIONES Y FINES DEL ESTADO SOCIAL. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SU EFICACIA

Racionalización del poder, democracia y derechos sociales son tres realidades que, al imbricarse entre sí, han generado nuevas formas sociales y políticas que, en esencia, son novedosas respecto de sus precedentes, justamente por ser resultado de tal imbricación: se trata, en lo político, de la democracia sustantiva, del Estado Social que, a poco que se acompaña del desarrollo capitalista, con sus *pros* y sus *contras*, da cobertura en lo social, a la sociedad del bienestar. Que ese poder «racionalizado» disponga de un centro único de poder o se halle descentralizado ya es, si no indiferente, sí accesorio. La descentralización aportará, sin embargo, eficacia en la realización sustantiva de los tres elementos de referencia pero, en estricto sentido, no es esencial o coesencial a la naturaleza del Estado social[28] aunque bien podríamos afirmar, a la vista de la experiencia comparada y de la propia que la aplicación de las políticas sociales generalmente se llevan a cabo a través de los entes descentralizados[29] que, en buena medida, hallan su legitimación en su subordinación al principio social[30].

---

[27] P. DE VEGA, «El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1997, pág. 377.

[28] No es de olvidar, que la dependencia financiera de las políticas sociales ha acabado siendo un pretexto, y en ocasiones razón, de la centralización de competencias en los Estados tradicionalmente federales (y en particular en el caso paradigmático de los EE.UU. de América) y que nadie puede dudar del carácter social del Estado mas unitario de nuestro entorno cultural cual es Francia.

[29] Ch. LEFÈVRE, Actores económicos y políticos en las reformas institucionales de las metrópolis europeas, en G. A. P. P. núm. 20, 2001, pags. 3 y ss. quien reflexiona sobre los intentos de descentralizar, incluso, los dos Estados mas unitarios de nuestro entorno, e incluso, de la necesidad de hacerlo en las grandes metrópolis, siempre desde el punto de vista de la necesidad de eficacia y proximidad de las políticas sociales.

[30] J. TAJADURA *Los Principios rectores...*, ya cit., pag. 34: «La relación existente entre la dimensión social del Estado (art. 1 CE) y su estructura territorial autonómica (art. 2 CE) no puede establecerse en términos de paridad sino de subordinación de esta última a la anterior. La organización territorial del Estado no puede concebirse mas que como un mecanismo al servicio de los fines del Estado y que, por lo que se refiere al español (art. 1 y 9.2 CE) en cuanto Estado social encuentra en el principio de solidaridad la síntesis ejemplar de su fundamento y finalidad».

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 484

II.1. AFINIDAD ENTRE LAS NOTAS ESENCIALES DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU REALIZACIÓN DESCENTRALIZADA

Los derechos sociales tienen características especificas que requieren de un conocimiento de la realidad social en que viven y se desarrollan sus destinatarios y de las concretas necesidades que los derechos sociales tratarán de aliviar. En este sentido, es evidente que la proximidad de la decisión y de la ejecución puede determinar en buena parte el logro de los fines que se persiguen o, cuanto menos, facilitar la evaluación de su cumplimiento o fracaso, así como la eventual variación de las circunstancias individuales o sociales que constituyen el supuesto de aplicación de cada Derecho social. Descentralizar es una forma de racionalizar el poder y, por ende, sus funciones; pero, sobre todo, es una forma de distribuir el poder y, por consiguiente, de fortalecer la democracia que, así, se aleja de su acepción liberal formalista, para dotarse de contenido más real. En la medida en que los derechos sociales son oportunidades vitales frente a necesidades que dificultan la igualdad y la libertad ciudadanas, una mayor democratización les da mayor sentido al tiempo que la distribución del poder en centros diversos y mas próximos al ciudadano permite dotar de mayor eficacia y validez a la acción que permanentemente despliega el poder público mediante políticas sociales. Todo ello se confirma con el simple recuerdo de las características definitorias de los derechos sociales a partir de las cuales cabría establecer la conexión de los mismos con la descentralización y, así, evaluar las ventajas o desventajas de ésta.

1. Los derechos sociales se concibieron como derechos o créditos del hombre situado, del sujeto que se hallaba en una determinada posición económica y social; no predicaban, en principio, facultades, exenciones o prerrogativas que correspondan al ser humano en virtud de concepciones trascendentes y por ello generales para la humanidad, sino las facultades que corresponden a un determinado individuo en una situación social concreta (generalmente, de necesidad). Así como los derechos tradicionales eran derechos del individuo aisladamente considerado, los derechos sociales tienden a convertirse en derechos de la colectividad, o mejor dicho, de los colectivos; pues si el derecho social es el que corresponde al hombre situado, tal derecho en concreto corresponderá a todos los individuos que se encuentren en dicha situación (huérfanos, viudos, jubilados, parados...). Los derechos sociales, a diferencia de los políticos y de las libertades públicas, no requieren de especiales condiciones de capacidad; su titularidad va unida a situaciones jurídicas ajenas a la voluntad del individuo, en unos casos derivadas de su pertenencia a concretos colectivos sociales «desfavorecidos» y, en otros, incluso, de la consideración como necesaria que el Estado democrático y social da a ciertos requisitos del Estado constitucional que deben concurrir en todo individuo cual sería la *menesterosidad*[31] social de la educación obligato-

[31] E. FORSTHOFF (»Problemas Constitucionales del Estado Social», en W. ABENDROTH y otros *El Estado social*. Madrid. C.E.C. 1986, págs. 47 y ss.) describe con extraordinaria claridad la generalización del

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 485

ria o la , aún no tomada en serio, educación democrática[32]. El Estado Liberal negaba el sufragio justamente a aquellos que no habían sido capaces de generar riqueza. El Estado Social se democratiza al querer integrar en las decisiones políticas, incluso, a los necesitados.

2. Pese a lo dicho, no persiguen la uniformidad social (que comportaría la negación de la libertad) ni pretenden aplicar en forma idéntica medidas iguales para todos. Al contrario, comportan diferente trato, *discriminación positiva* y, en última instancia, análisis de cada caso por los operadores jurídicos, inicialmente la Administración y, en caso de conflicto, los jueces. En tales términos, no es ocioso repetir la importancia que tiene la proximidad del ciudadano a quienes están dotados de la capacidad de análisis y decisión. Tanto más si, como ocurre en ocasiones, las distintas partes territoriales del Estado están lejos de ser uniformes en sus condiciones de vida.

3. Suponen la facultad de reclamar prestaciones al Estado. Por ello, no están destinados a garantizar la libertad frente al Estado ni a protegerse contra él, sino que son derechos que necesariamente han de contar con las políticas públicas que los haga posibles en la realidad. «Si en el individualismo clásico el Estado era el enemigo contra el que había que defender las zonas protegidas de la autonomía privada, dirá Loewenstein, bajo la nueva filosofía el Estado se ha convertido en el amigo que está obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad»[33]. Los derechos individuales de signo tradicional tenían como actor y motor al individuo al que atribuían facultades y posibilidades cuya realización se confiaba a sí mismo. Los derechos sociales, en cambio, suponen una prestación activa por el Estado que se convierte en el principal motor de los derechos sociales y económicos. De ahí, la necesidad de servicios y de organismos que se ocupen de hacer efectivas las prestaciones que el individuo necesita en el ámbito social, económico y natural en que habita. En este sentido, si los poderes públicos quedan descentralizados como en el caso español, nada resta a las obligaciones del Estado; por el contrario, todos los poderes públicos y por consiguiente también los descentralizados, se convierten en motores de cambio social.

4. Sin que lleguen a mutar en su naturaleza, su ciclo vital no hace sino reforzar su validez, como puede advertirse en el caso español, desde su reconocimiento constitucional hasta su desarrollo práctico. Inicialmente, no pueden concebirse los derechos sociales (al menos en términos generales), según el clásico esquema, como exigencia del individuo a una parcela de libertad que el Estado ha de respetar, sino más bien como

---

sentimiento de necesidad a partir del concepto de espacio vital y de la distinción en él de dos ámbitos: el efectivo y el dominado.

[32] Cfr. R. SÁNCHEZ FERRIZ y L. JIMENA, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995. Desde la concreta perspectiva del Estado Constitucional y sus requisitos, R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Introducción al Estado...*, ya cit.

[33] K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pág. 400.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 486

pretensión de prestaciones positivas dirigida al legislador[34] que es quien ha de darles un contenido sin el cual no pueden ser invocados (art. 53.3 C.E. con la excepción del derecho a la educación). Tras su desarrollo legislativo (y sin que resulte indiferente el desarrollo económico apropiado[35]), los derechos sociales entran en una fase de generalización objetiva y subjetiva[36] y de consolidación[37] aproximándose cada vez más a los derechos fundamentales[38].

5. Su fundamentación se halla en la igualdad de todos los hombres[39] pero en sí mismos comportan desigualdad de trato. No todos tenemos siempre derecho a todas las prestaciones pero sí lo tenemos potencialmente en el caso de que pasemos a formar parte de uno de los colectivos a los que dichas prestaciones se dirigen. De la igualdad deriva el derecho a ser asistidos en la necesidad y a contar con los medios de la vida imprescindibles para contar con una «igual dignidad» que sea punto de partida en las decisiones individuales. Esta es precisamente la nota distintiva de las prestaciones a que da lugar el Estado social respecto de las actuaciones propias del Estado del XVIII. En éste prima la discrecionalidad del Estado en su concesión. El Estado social, en cambio, se compromete (y con tal objeto «se constituye» él mismo) a *suavizar* las desigualdades[40] a través de los derechos so-

---

[34] F. Modugno, I *«nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale* Torino, Giappichelli, 1995, pág. 69.

[35] Por ello se dice que son derechos con un alto precio cuya dependencia de la política económica hace que difícilmente se consideren derechos consolidados, lo que explica que su directa exigibilidad se suela desconstitucionalizar posponiéndola a la «configuración legal», en tanto que necesitan para su realización la intervención del legislador; pero además, necesitan de no pocos servicios, medios o instrumentos de los que directamente dispone la Administración. Precisamente desde esta consideración, afirmaba Forsthoff (op. cit., pág. 79), no es por el ámbito constitucional sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado a la teoría del Derecho Público.

[36] Freixes, op. cit., p. 37. «los derechos sociales dejan de ser derechos de un colectivo social (los trabajadores asalariados) para pasar a ser derechos de todos los ciudadanos perdiendo, así, sus connotaciones clasistas».

[37] Sobre la obligatoriedad que acaban desplegando las normas constitucionales reconocedoras de derechos sociales no sólo frente a todos los poderes públicos sino también frente a particulares, J. L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales, Madrid,* C.E.C., 1988, págs. 99 y ss.

[38] Ello puede observarse, tanto desde la progresiva labor jurisprudencial que nos permite hablar hoy en muchos casos de derechos sociales fundamentales (cfr. F. Modugno, *I «nuovi diritti»* ... ya cit.), como desde la observancia de la realidad en lo que a sus posibilidades de exigibilidad se refiere. Sobre este aspecto, el más discutido de todos los referidos a los derechos sociales y en el que se ha basado la dificultad de los mismos para considerarse realmente como derechos, se han detenido recientemente V. Abramovich y C. Courtis (*Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid, Trotta, 2002) que llegan a afirmar, incluso, que en la realidad ofrecen mayores posibilidades de defensa los derechos sociales que los fundamentales. Resulta gráfico el ejemplo destacado por L. Ferraioli en el Prólogo (pag. 11) a dicha obra: «La violación de un derecho de libertad o, peor aún, de la integridad personal o del derecho a la vida puede ser sancionada pero ciertamente no anulada. Por el contrario, la violación por incumplimiento de un derecho social bien puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este aspecto, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad».

[39] En este sentido, M. Luciani, «Sui diritti sociali», en *La tutela dei diritti fondamentli avanti alle Corti Costituzionali.* A cura di R. Romboli. Giappichelli, Torino, 1994, págs. 79-107. También, A. Baldassarre, op. cit., passim.

[40] L. Ferraioli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil.* Madrid, Trotta, 2002, en cuyas pags. 83-84 se lee: «la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los

475-516-Estado autonomico24 3/10/05 16:05 Página 487

ciales. Es la fuerza expansiva de ese fundamento igualitario la que explica la progresiva ampliación de los mismos respecto de sus destinatarios[41]. Pues es la idea de persona la que ha ido llenándose de contenido jurídico a medida que la «cultura de los derechos fundamentales» ha ido calando en el mundo desarrollado, como puede observarse en todas las Constituciones recientes[42]. El Estado social es la configuración jurídico política de una forma avanzada de convivencia que trata de garantizar esa concepción integral del individuo. No es, pues, solamente un Estado benefactor. Es mucho más, porque *ha modificado la naturaleza del Estado Liberal* (y consiguientemente no se somete necesariamente a la sola manifestación económica) y cuenta con sus propios fines[43] que van mas allá de la sola «manutención» material y mínima del individuo[44].

---

mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho de que los titulares son entre sí diferentes... Las *diferencias* –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales,* así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones y privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales *de libertad*; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las «diferencias»; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las «desigualdades».

[41] Como advierte J. L. CASCAJO CASTRO (op. cit. pág. 69) la extraordinaria ampliación de sus destinatarios añade una dificultad más a la compleja labor de aplicación de los mismos, principalmente en la fase jurisdiccional. Pues a los complejos criterios que de su trascendencia económica se derivan, ha de añadirse la aplicación de un criterio adicional: el de la gradación pues si todos necesitamos del Estado, los niveles de necesidad son muy distintos para unos u otros.

[42] E. CECCHERINI, La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni. Milano, Giuffrè, 2002, pag. 129-130.

[43] Con esta calificación se quiere recordar que existen fines que van más allá de los del Estado social. El hecho de que nuestras condiciones de vida actuales no nos permitan prescindir de las formas de vida del Estado social, sino que, por el contrario, nos obliguen a desearlo y hasta desarrollar su capacidad para asumir nuevas competencias, no es causa bastante para que olvidemos sus fines o para que los tengamos en menos estima. y esto con tanta mayor razón cuanto que hay hoy oportunidad de conseguir tales fines. Esto es lo que ocurre con cualquier medida que favorece el restablecimiento de la autonomía existencia del individuo. Una medida que, como por ejemplo la ordenación de la invalidez ocasionada durante el servicio en el ejército, trata de orientar al individuo hacia una nueva profesión y sólo en última instancia otorga una pensión de invalidez (FORSTHOFF, op. cit., pág. 56).

[44] Por ello, se dirá (V. K. DOERING «Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático», en W. ABENDROTH y otros *El Estado Social*, pág. 159): El deber del Estado en el mantenimiento de una existencia humana digna y en la liberación de los individuos sacándolos de situaciones de necesidad, se deduce con normalidad del propio concepto de la pertenencia del individuo a su estado, del principio no escrito, pero tampoco negado por nadie, de la relación de lealtad y protección del Estado con sus ciudadanos. La Ley Fundamental obliga con sus referencias a la libertad y a la dignidad del individuo a *buscar la noción de Estado social en la consecución de una meta que no se reduce a la mera igualdad, sino a la realización de la igualdad de oportunidades que prevalece sobre la primera. Solamente cuando el Estado Social capacita para adoptar decisiones individuales realiza él su fin.*

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 488

II.2. EL LIBRE DESARROLLO DE LAS PERSONAS COMO FIN ÚLTIMO

Si los derechos han constituido un importante revulsivo para los principales postulados del Estado, lo cierto es que la fuerza «revolucionaria»[45] de aquellos ha derivado a su vez de las diversas concepciones que de la persona se han superpuesto. Si el Estado de Derecho formal se basa en la persona entendida como ser libre de concretas opresiones, como ser que tiene derecho a resistir imposiciones externas a su voluntad o intromisiones en su privacidad, el Estado Social de Derecho o, como también se ha llamado «el Estado de Derecho material», tutela a la persona como ser libre para desarrollar activamente su propia personalidad como crea más oportuno y, en cualquier caso, en condiciones de igualdad con sus semejantes. *El Estado social se define por sus fines y por sus contenidos materiales, no por su estructura institucional que no difiere de la del Estado de Derecho. Se define por su relación con el ser humano, con el desarrollo de su personalidad y el fomento de su responsabilidad*[46]. Se diría que el Estado social es el mismo Estado de Derecho pero con fines sociales[47]. De ahí, su «realismo» y su «dinamismo». Lejos de la rigidez estructural y formal del Estado de Derecho, el Social tiene vocación de aplicar sus fines y de extender sus funciones sociales. Tal es la razón de que no pueda existir un Estado social y democrático de Derecho sin normatividad constitucional, de que ésta haya de explayarse a lo largo y ancho de todas las ramas jurídicas, de que en última instancia la realización de la igualdad dependa de una adecuada política fiscal[48] y que una apropiada descentralización de las políticas sociales resulte una excepcional *técnica de eficacia*.

Los derechos sociales son coesenciales al Estado social de su sola formulación y de su contenido material se han ido extrayendo nuevos derechos aun sin estar positivizados[49] y dicha forma estatal éste representa, así, la culminación de ese proceso en el que la libertad se ha hecho más real y positiva y la igualdad más *posible.* Pero, también, en dicho Estado los poderes públicos han de abandonar su posición de espectadores neutrales y acercarse a los problemas del ciudadano para adoptar

---

[45] Una nueva revolución francesa se avecina –escribía GURTVICH en el inicio de los años 40–. Deberá ser generosa y lo será. Deberá realizar la libertad, la igualdad y la fraternidad en la vi4a económica deberá socializar sin estatalizar» (op. cit., pág. 34).

[46] Siendo este aspecto de la responsabilidad el menos atendido por la doctrina, ya me he referido a él en varias ocasiones y especialmente con ocasión de comentar la nueva Constitución suiza a la que, en este aspecto, considero ejemplar. Cfr. R. SÁNCHEZ FERRIZ y M. V. GARCÍA SORIANO, *El régimen político suizo*. Madrid, CEPC, 2001.

[47] FORSTTOFF, *op. cit.*, pág. 102.

[48] *Ibidem*, pág. 104.

[49] F. MODUGNO, I *«nuovi diritti» nella Giurisprudenza ..*, ya cit, pág. 8 recuerda la extraordinaria labor del Tribunal Constitucional italiano al ir deduciendo de la referencia del art. 2 de la Constitución italiana a los derechos «inherentes» (semejante a la nuestra del art. 10.1), derechos «sociales fundamentales». E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti...*, ya cit, pags. 125-126, llama la atención sobre la nueva corriente constitucional que, al recoger con excesivo detalle, todos los derechos conocidos, dificultará la labor hasta ahora desarrollada por el legislador y los jueces.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 489

cuantas medidas sean útiles para remover los obstáculos con que generalmente se encuentran los grupos más desfavorecidos y promover las condiciones necesarias para que, también éstos, puedan contar con la libertad «emancipadora» (artículo 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la Constitución española). He afirmado que la fundamentación de estos derechos es la igualdad pero con una finalidad instrumental bien precisa, la de facilitar el ejercicio del valor libertad entendido en forma tan sustancial y real que *presupone condiciones de igualdad y garantías de una vida digna sin la cual la libertad no sería posible*. Como dice HABERLE de la Constitución alemana, el Estado constitucional que ésta diseña se caracteriza por una acrecentada responsabilidad a favor de los derechos fundamentales y por el hecho de que éstos a su vez, constituyen la base esencial de la legitimación del Estado. De ahí, la necesidad de un Estado fuerte capaz de desarrollar las funciones y los deberes que los derechos fundamentales le imponen; por contrapartida, tan decisiva como la exigencia del aparato de poder estatal, lo es la expresión del libre consenso del mayor número posible de ciudadanos[50]. Y, en este sentido, es cierto que el lógico consenso ciudadano se vería amenazado por las crisis económicas y financieras pero no es menos cierto, como recientemente afirmaba GARCÍA HERRERA, que el propio Estado Social ha generado sus propias defensas en la medida en que las ayudas del Estado tienen un efecto retroalimentador para la economía[51].

Para concluir, si la igualdad y la libertad han de entenderse, según hemos visto, tal como es propio de la última corriente constitucional que hace de la persona, en su sentido más integral, la base y meta de todo el sistema, sólo cabe ya que nos preguntemos si el respeto de los derechos sociales constituye un límite inmanente al propio poder de revisión constitucional. La respuesta es obvia a mi juicio: No cabe ignorar ni escamotear los fines del Estado Social porque se estaría negando la propia naturaleza de éste, tanto más si, como ocurre en el caso español, derechos sociales y autonomía han quedado fundidos en una practica de políticas autonómicas que aportan una legitimidad nueva al Estado Autonómico.

III. ESPAÑA: UN ESTADO SOCIAL POLÍTICAMENTE DESCENTRALIZADO

III.1. UNA CONSTANTE: UN PRECEPTO RELATIVO A DERECHOS EN TODOS LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

A simple vista se observa una constante en los Estatutos de Autonomía españoles: la inclusión en los mismos de, al menos, un precepto relativo a los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos afectados por su

[50] P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*.... ya cit., pág. 193.

[51] M. A. GARCÍA HERRERA, Prólogo (pags. 16-17) al libro dir. por J. TAJADURA *Los Principios...*, ya cit., pag. 19.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 490

propio ámbito. Todos han querido contener su «parte dogmática» aunque sea por el simple procedimiento de remitirse en esta materia a la Constitución, lo que por sí solo, como es evidente, era innecesario[52]. Sin embargo, los que se deciden por esta simple remisión son los menos; en rigor sólo, uno, el Navarro[53]; porque el resto[54] añaden otros contenidos que, aunque también referidos a preceptos constitucionales, ya se detienen en alguno de ellos en concreto, no limitándose, como en el caso citado, a «los derechos y deberes» fundamentales en general[55].

Sin embargo, difieren bastante los 17 textos estatutarios hasta el punto que nos permitió en otra ocasión[56] establecer hasta *siete tipos* distintos; lo que nos inclina a creer que sí se ha hecho un esfuerzo por parte de los «estatuyentes» para adaptar los mandatos constitucionales a su propia realidad socioeconómica[57]. Y es en este punto donde sí han cobrado extraordinario interés las políticas autonómicas, su realización, pero también y sobre todo, los estudios que preceden y siguen a las mismas[58]. Respecto de la oportunidad de las normas estatutarias de referencia ya hace años entendimos que su inclusión no era superflua o, mejor dicho, que lo sería o no en función de la aplicación práctica que de los mismos se hiciera en cada caso. Hoy el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en ocasiones suficientes como para poder extraer consecuencias, no sobre la constitucionalidad de las normas estatutarias, sino de su concreta aplicación, es decir, sobre las políticas públicas que requiere el fomento y garantía de los derechos y muy especialmente los sociales.

---

[52] No comparto la idea de quienes pretenden, para los Estatutos de Autonomía la inclusión de una particular y completa tabla de Derechos que, por lo demás, temo que chocaría con los más elementales principios jurídicos de aplicación al caso. Curiosamente, el Derecho Comparado nos ofrece ejemplos en sentido opuesto. La Constitución americana no incluyó derechos porque ya los habían proclamado los Estados. Igualmente, las Leyes constitucionales francesas de la III República tampoco intentaron refundir los derechos fundamentales. «Del mismo modo, la Constitución del Reich de Bismarck se abstuvo de repetir los derechos fundamentales ya proclamados en las Constituciones de cada uno de los Estados alemanes...» (GOESTREICH, «Pasado y presente de los Derechos Humanos», Tecnos, 1990, pág. 64.).

[53] Su artículo 6 dispone: `Los navarros tendrán los mismos derechos, libertades y deberes fundamentales que los demás españoles».

[54] Tales preceptos coinciden en contener una referencia general a los derechos y deberes que apenas suscitó interés en el momento en que se aprobaron los Estatutos por las Cortes ni tampoco han merecido excesiva atención por parte de la doctrina.

[55] Aunque si prestamos atención a la sistemática de los preceptos, más que a su ordenación en artículos, observaremos que del Estatuto de Madrid cabe afirmar lo mismo que del navarro pues, aunque su artículo 7 tenga 3 apartados, sólo el primero.

[56] se refiere al aspecto que aquí estudiamos refiriéndose el resto a la ciudadanía. Dispone el artículo 7.1 del Estatuto de la comunidad de Madrid que «Los ciudadanos de la comunidad de Madrid son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución».

[57] R. SÁNCHEZ FERRIZ, Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en *Estudio sobre el Estatuto Valenciano* (obra en 4 volúmenes coordinada por J. Ferrando Badía), Vol. IV (coord. por R. SÁNCHEZ FERRIZ). Valencia, Consell Valencia de Cultura, 1993.

[58] En el mismo sentido, M. BARCELÓ y J. VINTRÓ (coord.) D*ret Públic de Catalunya*. Barcelona, Cedecs, 2001, pag. 102.

475-516-Estado autonomico24 3/10/05 16:05 Página 491

1. La cláusula transformadora como compromiso estatutario generalizado

En particular, procede subrayar que todos los Estatutos asumen expresamente la *cláusula transformadora, del artículo 9.2 C.E.* Así, el Derecho Autonómico español se puso a la cabeza del proceso, sólo anunciado por el art. 9.2, del que iba a depender la verdadera transformación del Derecho nutriendo materialmente las formas democráticas de otros mandatos constitucionales y, por ende, haciendo realidad el Estado social y democrático de Derecho.

Evidentemente, no son las Autonomías las que crean el Estado Social, sino el pacto Constituyente el que, junto al Estado social y democrático, reconoce y garantiza una forma políticamente descentralizada de su realización efectiva; pero lo que es indudable es que las primeras formaciones políticas autonómicas sí supieron ver desde el primer momento cuál era la vía mas apropiada para su desarrollo al tiempo que para integrar su acción política autonómica en la realización del Estado diseñado por la Constitución. Lucas MURILLO relacionaba tal cláusula con la esencia de la autonomía que la Constitución española reconoce a las Comunidades Autónomas. Autonomía que, desde el punto de vista sustancial, implica poderes de dirección política y capacidad de ejercerlos dentro de las competencias estatutarias para la satisfacción de los respectivos intereses»[59].

2. Aproximación a los márgenes de las Autonomías en relación con los derechos constitucionales

Hemos de afirmar de entrada, que no existen derechos estatutarios ni derechos específicos de grupos geográficos de españoles. Existe, eso sí, o pueden existir, regulaciones diversas sobre los mismos derechos constitucionales. Y, en este sentido, lo que debe analizarse es el papel que las CCAA tienen, pueden y deben llegar a tener, en la realización de una Sociedad Democrática Avanzada, la parte que en ello les toca como elemento integrante, e integrado, del Estado español y la que, por derecho propio, les corresponde como reflejo de su autonomía y personalidad con la que pueden aportar la diversidad o «lo propio» en esa ardua tarea de protección y promoción de los derechos.

Desde esta perspectiva creo que es importante delimitar los planos en que nos movemos: *si se trata de derechos fundamentales propiamente dichos toda lectura debe hacerse, creo, desde el título I de la Constitución*[60]. Si, en cambio, más que del contenido de los derechos en sí mismo queremos re-

---

[59] La bibliografía aquí si es abundante. Baste citar los conocidos informes de la Fundación Pi i Sunyer y las multiples publicaciones con apoyo institucional entre las que, por proximidad, citaré la Revista de Estudis Autonomics –en su último numero 41-42, dedicada con carácter monográfico a *Dos decadas de rendimiento institucional de la Generalitat Valenciana (1983-2003) 25 años del compromiso autonómico*). Desde un enfoque mas doctrinal, por todos, el recientísimo libro dirigido por J. TAJADURA, *Los Principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

[60] «Los Derechos Fundamentales y la potestad normativa...», ya cit., págs. 82-83.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 492

ferirnos a la acción de los poderes públicos para regular su ejercicio, para posibilitar la resolución de los conflictos que en torno a aquellos se generen, para promover las condiciones de su efectividad, etc., entonces sí cabe una consideración plural de todo ello y ahí ocuparán una posición importante las CCAA y en particular sus Asambleas legislativas al definir su participación en la realización de los derechos. Desde esta perspectiva, muy importante a mi juicio, se diría, parafraseando a Ferraioli, que mientras el Estado se ocupa de la *vigencia* de los derechos del Tit. I CE, las CCAA tienen un amplísimo margen en lo realmente importante que es su *validez*[61]. Los derechos tienen en los Estados democráticos y sociales como el nuestro toda la fuerza normativa que su vocación de realidad les hace tener en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Es su fuerza expansiva propia[62] la que no permite disquisiciones sobre sus elementos esenciales que, evidentemente, quedan ya establecidos por la Constitución sin posible introducción de modificaciones que podrían desnaturalizar el derecho o su significado jurídico (piénsese en la determinación de sus titulares, en la naturaleza jurídica y en el contenido esencial de cada derecho o grupo de ellos).

En este sentido, la disponibilidad, tanto del legislador estatal como del autonómico es escasa en punto a los Derechos Fundamentales personalísimos o más inherentes a la dignidad de la persona (derechos fundamentales de la sección 1ª del Cap. II del Tít. I CE) puesto que no cabe sobre ellos más que su defensa o protección, y, en este punto, no parece la Constitución, con su sistema de distribución competencial, dejar margen a las CCAA para la regulación de tales elementos básicos y siquiera de la protección de los mismos (habida cuenta del principio de unidad jurisdiccional y de la, asimismo, unitaria, organización del Poder Judicial). Pero la situación es bien diversa en aquellos casos en que el derecho o la libertad admite (o su propia naturaleza exige) entre la titularidad del mismo y su defensa, caso de no haber sido respetado, la posibilidad de ejercicio activo por sus titulares (especialmente, en el caso de las libertades públicas de la sección 1ª del Cap. II del Tít. I y los derechos de la sección segunda del mismo capítulo y título CE). Es este ejercicio efectivo de los derechos y libertades, sus posibles modalidades, las formas en que procede atemperarlo con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, etc. etc., el que admite y suele necesitar de regulación. Como, también necesitan de regulación y con mayor evidencia, hasta el punto de hallarse condicionados a la misma, **los derechos sociales o de prestación**.

---

[61] Ahora bien, el Título I de nuestra Constitución no se limita a reconocer y garantizar derechos sino que los presenta integrados en una estructura de grupos, relaciones entre ellos y garantías. Tal estructura global, o sistema, que no fue fácil entender al principio, vincula a mi juicio tanto como los diversos elementos que la componen; dicha estructura constitucional de los derechos, libertades y deberes y la concreta posición que en la misma haya reconocido el constituyente a cada grupo de derechos inciden abiertamente en una correcta interpretación de las acciones que competen al Estado o a las CCAA. Cfr. mi libro «*Estudio sobre las libertades*», Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

[62] L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, ya cit. Sobre la idea de vigencia y validez, pags. 20 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 493

Aun si sólo tuvieran las CCAA competencias en estos últimos derechos, no dejaría de ser **muy significativa su labor** tanto en lo que se refiere a la promoción de los mismos como en las *funciones de integración social que de los mismos se deriva tanto respecto del orden autonómico como la que respecto del Estado se debe derivar*[63].

En esta franja en la que los poderes públicos pueden (y generalmente deben) actuar mas ampliamente, se sitúa toda posible intervención de las CCAA. Pero, su legitimidad o no, no dependerá de la directa aplicación de los artículos (ya aludidos) que en cada Estatuto se remiten a derechos y deberes constitucionales o recuerdan la cláusula transformadora del art. 9.2 CE, sino de aquél *marco normativo más amplio en el que confluyen el sistema de fuentes y la distribución competencial*. Ahora bien, este esquema normativo que *infra* precisaré, aún ha de tener en cuenta la preocupación que el constituyente español (a semejanza de cuantos en el Derecho propio y en el comparado han configurado un Estado de estructura plural) ha manifestado por el mantenimiento de la igualdad y/o homogeneidad a través de los artículos 139.1 y 149.1.1ª CE.

3. El propio constituyente como garante de la igualdad de todos los españoles

Dispone el artículo 139.1 que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». El segundo párrafo no hace sino aplicar este general mandato de igualdad a la libertad de circulación y establecimiento de las personas así como la libre circulación de bienes prohibiendo que cualquier autoridad pueda obstaculizarlas. El artículo 149.1 enumera las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. Pues bien, la primera de ellas es «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».

Los dos preceptos son de obligada consideración en el tema del papel de las CCAA en la realización de los derechos, aunque su significación es bien distinta y, sobre habernos ocupado ya de ellos en otra sede[64], serán tratados por otros colegas en esta misma sesión. Baste ahora recordar que compartimos la posición de I. DE OTTO que nos ofreció la lectura más ajustada a la interpretación que de preceptos homólogos se ha venido haciendo en el Derecho comparado. «Para comprender su sentido basta leer la

---

[63] Por todos, *vid.* L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre los Derechos Fundamentales,* Ed. Debate, Madrid, 1990.

[64] Aunque volveremos sobre ello, no cabe desdeñar este parámetro autonómico de la integración en el Estado que ha sabido ser mucho mejor valorado en otras experiencias comparadas. Así, en el caso del Canadá sobre cuya constitución y en particular sobre la tabla de derechos de la misma y su sentido integrador se explaya (E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti...,* ya cit. págs. 110 y ss. y, también en 146 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 494

frase del precepto en orden inverso a aquél en el cual está formulada: «*En cualquier parte del territorio nacional todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones*», prescripción ésta similar a la que contiene el artículo 33.1 de la Ley Fundamental de Bonn cuando dice que «todos los alemanes tienen en todo *Land* los mismos derechos y deberes civiles». Admitiendo que la pluralidad de ordenamientos conduce a una diversificación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos según el ordenamiento a que estén sujetos, lo que el precepto ordena es que cada uno de esos ordenamientos trate por igual a todos los españoles –obviamente en la medida en que incida sobre ellos-, o para ser más exactos, que el ordenamiento no produzca más diferencias entre los españoles que las que resulten de los criterios de aplicación de las normas autonómicas tal como vienen fijados en los Estatutos de Autonomía que confieren la correspondiente potestad normadora, *sin que sean admisibles diferencias ligadas sólo formalmente a la ciudadanía de cada Comunidad Autónoma*»[65].

También DE OTTO nos dejó la interpretación después acogida en el Tribunal Constitucional y expuesta con claridad por M. BARCELÓ, sobre la significación del art. 149.1.1ª CE en el sistema constitucional. Sí, como algún autor ha entendido, el precepto del artículo 149.1.1 CE contiene un título competencial en favor del Estado, no parece tener mucho sentido que el resto de preceptos del mismo artículo establezcan en su favor reserva de competencias en materia de derechos concretos. Ni por lo demás, cabe una interpretación extensiva de lo que sean las condiciones básicas cuya regulación se reserva al Estado. Porque, de ser así, se vaciarían de contenido muchas de las competencias de las CCAA bien porque éstas afecten a derechos, bien por la inevitable conexión que con éstos tienen la inmensa mayoría de las políticas adoptadas por los poderes públicos en los Estados contemporáneos (y, por tanto, también por los poderes autonómicos). Ello es inherente, además, a la complejidad institucional y funcional de las democracias contemporáneas en las que la interferencia de las políticas públicas con los derechos reconocidos es consustancial al carácter de Estado democrático y social[66]. Es a la dimensión jurídica del mismo, a su condición de Estado de Derecho, a la que compete reconducir las políticas estatales al carácter instrumental que nunca deben perder respecto de los derechos fundamentales y las libertades.

III.2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO ÁMBITO DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL PROPIO DE LAS AUTONOMÍAS PESE A LA LITERALIDAD DEL ART. 149.1.1ª

La dicción literal de este precepto dificulta la interpretación restrictiva expuesta, pues parece referirse a todos los derechos del Título I, e incluso, a

[65] R. SÁNCHYEZ FERRIZ, Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, ya cit.

[66] I. DE OTTO, op. cit., págs. 153-154.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 495

los reconocidos fuera de él[67]. De ser así, ofrecería unas posibilidades francamente pobres a la actuación de las CCAA incluso en aquellos derechos (los sociales) en los que éstas pueden desplegar más abiertamente su acción tal como a continuación vamos a ver.

Ha sido el propio T. C. quien, pese a la dicción literal del precepto, ha restringido la interpretación del mismo y, consiguientemente, su operatividad en el sentido de entender que el artículo 149.1.1ª no puede referirse al Capítulo III del Título I de la Constitución. Es cierto que el TC en sentencia 32/1983 vinculó el art. 149.1.1ª al derecho a la salud derivado del artículo 43 extrayendo consecuencias de interés práctico para la atribución de competencias al Estado que le permitieran mantener condiciones de unidad y homogeneidad en materia de sanidad. Sin embargo, esa posición fue abandonada por el propio Tribunal como puede verse en las sentencias 152/1988 y 15/1989[68] en las que rehuye la aplicación del 149.1.1ª.

M. BARCELÓ[69] sigue igualmente de cerca a DE OTTO al considerar que el art. 149.1.1ª no puede interpretarse como un título competencial más en favor del Estado[70] sino como *regla hermenéutica* que permitiría interpretar el alcance de las competencias que realmente tiene por obra de otros preceptos del art. 149.1. Desde esta perspectiva, el art. 149.1.1ª despliega una función esencialmente finalista «cual es la de garantizar la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales. Esta función finalista, más que atraer un título competencial, pretende conseguir dos objetivos: por una parte, establecer los fines que deben alcanzar las otras competencias del Estado, y por otra parte, limitar el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas»[71]. El artículo 149.1.1ª no sólo delimita el alcance de las competencias que el Estado tiene en materia de derechos y deberes constitucionales sino también el propio alcance del art. 81.1 CE, y lo limita doblemente: «por una parte circunscribe a las normas de reparto competencial lo que «desarrollo» de un derecho signifique; por

---

[67] C. DE CABO, Crisis del Estado Social, ya cit.

[68] De ahí que siempre he puesto de relieve la necesidad de entender bien el sistema de los derechos constitucionales que no pueden entenderse como un indiscriminado conjunto ni tampoco en forma aislada sino como subsitema, aunque complejo, dentro del sistema general de la Constitución que, así, sería interpretada integralmente. Cfr. *Estudio*... ya cit. Recientemente, «Por una sistematización de los derechos», ponencia presentada al Congreso celebrado en nov de 2003 por la Universidad del País Vasco con ocasión del XXV aniversario de la Constitución, de próxima publicación por el CEPC.

[69] Después se retomarán estas referencias jurisprudenciales.

[70] *Op. cit.* págs. 104 y ss.

[71] En sentido contrario, lo considera una atribución competencial, aunque matizando su utilización, L. LÓPEZ GUERRA, en colect. *Estudios sobre la reforma del Estatuto*. Institut d'Estudis Autonomics, Generalitat de Catalunya, 2004, pag. 31.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 496

otra, interpreta el alcance de la competencia concreta en el sentido de que ésta será ejercida para establecer, en la regulación de su propia materia, las condiciones básicas que garanticen la igualdad de ejercicio de un derecho o la igualdad en el cumplimiento de una obligación». Tal es, por lo demás, la doctrina en la que se pueden adscribir, junto a la sentencia 137/86 y el voto particular[72] de J. AROZAMENA y F. RUBIO a la 5/81, las sentencias 87/85, 152/88, 15/89, 62/91. RUBIO LLORENTE determinaba su significado y alcance al decir «El art. 149.1., como horizonte último del sistema autonómico, al enumerar a lo largo de sus 32 párrafos las competencias *exclusivas* del Estado delimita sólo negativamente el ámbito competencial posible de las CCAA cuya definición positiva delimita, a su vez, también de modo negativo el conjunto de competencias *residuales* del Estado». Ello explica la expresión «sin perjuicio» que los primeros Estatutos utilizaron a menudo pero, sobre todo, explica el «nulo uso que hasta el presente se ha hecho de la competencia de que el Estado dispone para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.)»[73].

1. Marco normativo de desarrollo de las competencias autonómicas en materia de derechos

En nuestro caso la situación resulta mucho más delicada si cabe porque a la complejidad del sistema de fuentes y de nuestros criterios de reparto de competencias se une la experiencia autonómica siempre abierta a exigencias y cambios. Intentando en forma esquemática, las grandes coordenadas que nuestra Constitución diseña para situar el reconocimiento de los derechos en un Estado abiertamente autonómico, tales serían las siguientes:

1ª. En el Título I de la Constitución, que recoge la inmensa mayoría de los derechos constitucionales, no se hallan referencias al problema que aquí nos ocupa. Se diría que el Título ignora la estructura plural del Estado o que le es indiferente porque, en cualquier caso, de lo que se trata es de

[72] M. BARCELÓ, op. cit., pág. 110.

[73] En él, se pone de relieve la coincidencia con la decisión mayoritaria en la determinación de los preceptos constitucionales de aplicación (arts. 81 y l49.1.1a y 30a), pero no así con la forma («la simple acumulación de las fórmulas empleadas» en tales artículos) de su aplicación que es la razón por la que se incurre en un error lógico... «que conduce inevitablemente a una ampliación de ese ámbito mucho más allá de lo querido por la Constitución y, consiguientemente, en cuanto que la ley orgánica es una competencia exclusiva del Estado, a una reducción constitucionalmente insostenible del campo dentro del que pueden adquirir las CCAA competencias propias...» y ello podría evitarse (parece deducirse de la argumentación del voto particular) con una aplicación diversa de las mismas normas: «A nuestro juicio, las indicadas normas constitucionales no pueden ser simplemente yuxtapuestas; su interpretación exige relacionarlas entre sí y de esta relación resulta evidente que, frente a las CCAA, el ámbito reservado a ley orgánica en materia educativa no se extiende necesariamente a todo el desarrollo del derecho a la educación... sino a la regulación de las *condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales* (art. 149.1.1a)...»

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 497

reconocer los derechos al individuo y de comprometer a todos los poderes públicos en su protección cualquiera que sea el carácter de tales poderes públicos

2ª. La confluencia, pues, de los principios de unidad-igualdad por una parte y de pluralidad-diversidad por otra, se opera fuera del Título I y, fundamentalmente, en el sistema de fuentes y en el de distribución competencial y, más precisamente, en sus recíprocas intersecciones). En tal sentido, no plantea hoy problema alguno la atribución al Estado de la regulación de desarrollo de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas por ley orgánica en virtud de lo dispuesto por el artículo 81.1 ni la acepción amplia de la reserva de ley operada por el artículo 53.1 en favor de los derechos y libertades por cuanto ésta ha de entenderse referida tanto al Parlamento nacional como a los autonómicos.

3ª. Las cuestiones más arduas se han planteado, sin embargo, en el marco del Título VIII de la Constitución porque es a partir de sus dictados donde los dos preceptos apenas mencionados (arts. 81.1 y 53.1) resultaban francamente insuficientes para determinar su propio alcance de suerte que el TC ha ido contestando a tantas cuestiones como quedaban planteadas. ¿Qué entender por desarrollo de las Libertades Públicas y los Derechos Fundamentales a que se refiere el artículo 81.1? Si fuera un desarrollo amplio o total el que corresponde al Estado por la preceptiva vía de ley orgánica, ¿qué posibilidades quedaban a la Comunidad Autónoma?. Evidentemente, estas y otras muchas cuestiones han ido resolviéndose por el Tribunal Constitucional con método «casuístico»[74] y para Comunidades Autónomas concretas por el carácter tendencialmente voluntarista y aún de proceso abierto, que tiene el Estado Autonómico español.

4ª. Junto al artículo 81.1 y al 53.1 ha de prestarse una especial atención a cuantos preceptos constitucionales regulan la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (148, 149, 150 y el desarrollo que los mismos haya tenido hasta ahora); amén de los Estatutos de Autonomía respectivos habida cuenta que la Constitución no atribuye competencias sino, solamente, enumera las materias y modula la

---

[74] F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», en *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje al Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Civitas, Madrid, 1991, págs. 18-19. Así, ya en el F.J. 4 de la sent. 69/88, al analizar el derecho a la información de consumidores y usuarios derivado del art. 51.2 CE el TC opta por aplicar el art. 149.1.16ª con preferencia al 149.1.1ª acogiéndose al principio de especialidad. Más significativa es, sin embargo, la 80/88 por cuanto, aún sin dejar resuelta la cuestión general de si, preceptivamente y en todo caso ha de tenerse presente el art. 149.1.1ª, para el caso concreto (también aquí aplicación del art. 51.2 CE) entiende que no hay por qué partir de dicha norma general para conocer el ámbito de las competencias autonómicas, en las materias contenidas en el Capítulo III del Título I. Idénticas observaciones pueden hacerse respecto de la sent. 15/89. Hay en ella un V. P. del Magistrado RODRÍGUEZ PIÑERO en el que se aconseja la vinculación del art. 51 con el 149.1.1ª ambos de la CE. Sin embargo, la sentencia prescinde de dicha conexión normativa de la que se podría derivar un título competencial general en favor del Estado e indaga cuál es el título competencial específico del Estado en cuya virtud se estima solo parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consell Catalán, el Gobierno Vasco y la Junta de Galicia contra algunos preceptos de la Ley (26/84) General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 498

intensidad en que sobre cada una cabe la asunción de competencias de manera individualizada por cada Estatuto dando así lugar a una multiplicidad de situaciones sólo homogeneizadas por el deber del Estado de dictar la legislación básica en aquellos casos en que expresamente señala la Constitución.

5ª. Ahora bien, el problema en la materia de los derechos exige, aún, tener presentes los preceptos contenidos en los arts. 139 y 149.1.1° en los que la exigencia de una interpretación sistemática y coherente, ya *supra* expuesto, se hace mas necesaria en el proceso de reforma que ahora vivimos. El esquema normativo en el que se mueven estas consideraciones, en efecto, concluye con los Estatutos de Autonomía pues en cada caso habrá de observarse sobre qué materias relativas a derechos se ha asumido competencias. Por ello, he llamado la atención sobre la coincidencia de todos los Estatutos en contener un precepto relativo a derechos en el que podría repetirse la impresión ya manifestada sobre el Título I de la Constitución: su aislamiento del resto del sistema. O, dicho de otro modo, las posibilidades reales de regular los derechos, incluso los sociales dependen, no tanto de su reconocimiento estatutario en una supuesta declaración, sino de la regulación estatutaria en materia de competencias y de las múltiples incidencias que las posiciones subjetivas reconocidas directa o indirectamente mediante políticas sociales pudieran tener en algún derecho fundamental de terceros o en la regulación de las fuentes. Recientemente López Guerra nos ofrecía el siguiente ejemplo: tras haber expuesto sin lugar a dudas la capacidad del Estatuto para contemplar derechos lingüísticos en tanto constituyen en alguna Comunidad una materia específica y diferencial de la misma[75], advierte que «una regulación estatutaria básica de la cooficialidad lingüística podría afectar aspectos relativos a la Administración, de forma que ello supusiera un límite a las bases estatales previstas en el art. 149.1 18, o bien a aspectos relativos a los medios de comunicación, incidiendo así sobre la competencia básica estatal del art. 149.127 CE»[76].

Y, puesto que de efectividad o validez hablamos, con el fin de establecer los márgenes o marco en el que se pueden desarrollar las políticas autonómicas en materia social, tampoco puede desconocerse la primacía del Derecho Comunitario que, si bien está sometido al principio de subsidiariedad, podrá imponer también márgenes a la actuación autonómica bien por que alguna Comunidad no haya emprendido la política social esperada a la luz del Derecho Comunitario o, incluso, por que la Unión considere que no se ha hecho debidamente. Pero, en todo caso, este margen representado por la integración europea afectará siempre más en los niveles superiores de la decisión, en concreto en la

[75] Es desde esta perspectiva desde la que P. Cruz Villalón (*op. cit.*, pág. 20) aconseja que se empiece a considerar la posibilidad de reformar la Constitución formal para adaptarla a la ya vigente Constitución territorial del Estado.

[76] L. López Guerra, en colect. *Estudios sobre la reforma,* ya cit., págs. 30 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 499

capacidad de dirección política y de opciones legislativas, que en los que directamente suponen aplicación de las políticas a los ciudadanos, en la que, una vez más, es la Administración autonómica la que asume su concreción y la aceptación o rechazo ciudadano.

2. Diversa aplicación del marco normativo en función de los grupos de derechos constitucionales

En términos generales hay que concluir que el artículo 139.1, ha de entenderse como un mandato de respeto a la igualdad de trato dirigido a las CCAA: éstas pueden establecer regímenes diversificados respecto de los del Estado u otras CCAA, lo que no pueden es tratar discriminadamente a los grupos de españoles ni por razón de residencia ni por ninguna otra condición salvo que concurrieran circunstancias diferenciadoras que así lo justificaran. Más compleja, en cambio, es la posición del art. 149.1.1ª porque ya no mira sólo, como el anterior, a uno de los elementos de la estructura plural del Estado (las CCAA) sino a todos. Pues en él confluye la competencia estatal y la autonómica que halla en él su límite como, también, el pluriforme[77] sistema de fuentes a que el Estado podría acudir para dar cumplimiento a su función de establecimiento de las condiciones básicas para facilitar el ejercicio de los derechos en situación de igualdad. La conclusión más coherente arrancaría de este elemento finalista o significado último del precepto con el que habrían de atemperarse los respectivos títulos competenciales del Estado o las CCAA en materia de derechos:

1. Si se tratara de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas uno y otras (el Estado y las CCAA) podrían ejercer las competencias que expresamente les reconozcan la Constitución y los Estatutos teniendo en cuenta dos condiciones: una material, la regulación de las condiciones básicas de igualdad en su ejercicio corresponde al Estado y, si no dispone de título competencial expreso en un determinado derecho, ello no autoriza a la Comunidad Autónoma a entrar en ellas; otra, formal: tal regulación de condiciones básicas por el Estado ha de hacerse por Ley Orgánica (art. 81.1 CE). Ello, no obstante, sigo manteniendo la escasa incidencia que habría de tener esta regla en los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, estrictamente considerados, cuya regulación constitucional es intangible[78]. Cuestión distinta es

[77] *Ibidem.*, págs. 42-43.

[78] Resulta paradigmática la sentencia 149/91 sobre la Ley de Costas... en que el TC Justificó la posibilidad de que el Estado, vía Reglamento, pudiera imponer tales condiciones básicas a las Comunidades. Ello no obstante, también ha exigido el TC. Un concepto material de bases que no puede ser extrapolado por el Estado. Así, en sent. 239/02, en tema no muy alejado al medioambiental (caso Parques Naturales, decía: En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 500

la regulación de las condiciones o medios que hagan posible su libre ejercicio (por ejemplo, la organización del sistema educativo y la predisposición de las consiguientes estructuras inherentes al mismo).

2. Mayor es el juego que esta «norma bisagra» puede dar en el nivel intermedio de los derechos constitucionales: los reconocidos en la sección 2ª del Capítulo II del Título I. Las garantías del artículo 53.1 se dirigen, lógicamente por igual al Estado y a las CCAA. Así, pues, a partir del límite que la reserva de Ley (estatal o autonómica) y el respeto del contenido esencial de cada derecho comportan, el Estado y las CCAA entran en su regulación en función de las competencias que expresamente tienen asignadas sobre cada derecho constitucional. En los puntos en que coincidan, por obra de tales competencias respectivas se aplicará el artículo 149.1.1ª que cobra así su auténtica significación de norma hermenéutica y si cabe decirlo, *mediadora o dosificadora* del reparto competencial entre el Estado y las CCAA cuando en materia de derechos ambos cuenten con competencias.

3. El m*ayor ámbito de libertad de las CC.AA. a la hora de desarrollar se da en el tercer nivel de los Derechos constitucionales, los conocidos como* ***derechos de prestación o sociales***. Las mayores posibilidades de cambio y progreso social, y hasta de creatividad, que los mismos comportan y el hecho de que los Estatutos hayan asumido competencias expresas muy especialmente en materias referidas a éstos, nos permite centrar la cuestión propuesta. Más aún, la doctrina coincide en formular serias dudas sobre la posibilidad de que el art.149.1.1ª pudiera hallar conexión y, consiguientemente aplicación, a los contenidos del Capítulo III del Título I[79]. Ciertamente, los principios rectores de la política social y económica no se formulan como derechos[80] en el sentido tradicional del término (aunque éste sí se utiliza en alguna ocasión); pero ello no empece para que del desarrollo de dichos principios rectores se deriven derechos.

---

todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)–, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16) (STC 197/1996...).
En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989).

[79] V. Mi trabajo, ya cit., «Algunas reflexiones sobre la efectividad...», en el que he sostenido, una vez más, la conveniencia de entender la reserva de ley del art. 53.1, y más aún la del art. 81.1 con carácter restrictivo en el sentido de que se entienda como verdadera garantía para el caso en que sea necesario regular el derecho o su ejercicio pero no como disponibilidad del legislador que, a mi juicio y sobre todo en lo que se refiere a los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, habría de pronunciarse sólo en lo estrictamente necesario.

[80] J. M. Baño León, *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. INAP. Madrid, 1988. pág. 231. También, J. Pemán Gavín, «*Igualdad de los ciudadanos y Autonomías Territoriales*». Civitas, 1992, págs. 235 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 501

3. Competencias, Regulación, Políticas

A. Hasta ahora se han venido utilizando aquí los dos primeros términos. La competencia es un referente obligado en un Estado con distribución territorial de poderes como es el caso del español y, también, en el de una formación supranacional que reparte y comparte poderes con los Estados miembros, cual sería el caso de la Unión Europea. En ambos casos, se trata de entidades plurales en cuanto a centros de poder, y por consiguiente de potestad legislativa, se refiere. El hecho de que las competencias tengan un reconocimiento expreso facilita el control jurisdiccional de la actividad pública sin perjuicio de las dificultades de interpretación a que puede dar lugar tanto alguna formulación ambigua como la intersección que en la realidad hallan las materias[81] sobre que recaen las competencias.

El segundo término nos sitúa en los más básicos elementos del Estado de Derecho. La regulación es la forma de legislar o establecer disposiciones de carácter general, a diferencia con lo que ocurre con las decisiones particulares o para casos concretos que suelen quedar en manos de la jurisdicción y de la Administración. La regulación es siempre obra de organismos complejos, legitimados democráticamente, para adoptar decisiones que afectan a todos los representados con una dimensión de generalidad y con capacidad política (por parte del órgano que regula) para optar entre las diversas soluciones posibles. Así, es este amplísimo ámbito de destinatarios y sus formas de adopción de decisiones lo que toda forma descentralizada del poder reclama para sí como reflejo de su capacidad de autogobierno o de decisión política que no tendrían aquellas formas descentralizadas del poder que se limitan a decisiones administrativas particularizadas o, a lo sumo, a dictar reglamentos de simple aplicación de la regulación superior. Hay en esa potestad de regular una libertad de decisión o discrecionalidad política que impide entrar a la jurisdicción constitucional en su control que, sin embargo, sí lleva a cabo en lo que se refiere al absoluto respeto de los contenidos constitucionales tanto materiales como formales.

En los dos casos anteriores los límites de actuación se hallan, pues, perfectamente marcados sin perjuicio de las dificultades o discrepancias interpretativas que en ocasiones se plantean. Si se trata de competencias, porque cada centro de poder tendrá las que la Constitución le asigna o, como mucho, las que asume por su propio Estatuto de autonomía, pero siempre dentro del marco de posibilidades establecido en la relación de materias que la Constitución contiene a tal efecto. Tal vez, por ello, estamos ante dos conceptos que hallan su mejor reflejo en el Estado de Derecho, puesto que se trata de conceptos cuya ejecución en la practica está reglada. Solo regula quien lo puede hacer y lo hará sometiéndose al

[81] Sobre la diversidad de contenidos del Cap. III, cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid, Tecnos, 1999, págs. 230 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 502

procedimiento preestablecido pudiendo además ser controlado con posterioridad tanto el procedimiento de adopción de la norma como su contenido e, incluso, pudiendo el ciudadano protegerse de los eventuales perjuicios que de la misma derive para alguno de sus derechos fundamentales. De la misma manera, la competencia viene acotada por la norma que la crea o la reconoce puesto que establece a quién exactamente corresponde ejercerla, sobre qué concretas materias, y en qué forma o en qué modo se ha de regular, de suerte que el mismo tipo de control a que se somete toda norma en el Estado de Derecho, se someten también aquellas que son, en un Estado Autonómico como el español, ejercicio o fruto de una determinada competencia. Es decir, las reglas jurídicas a que nos estamos refiriendo no prejuzgan la democraticidad aunque sí pueden ser eficaces instrumentos cuando la misma constituye uno de los pilares del Estado[82].

B. En principio hemos de empezar subrayando *la mayor amplitud del concepto «política»* respecto del de regulación o de competencia: ya se trate de políticas autonómicas propias o políticas en el marco de las directrices estatales o, incluso, comunitarias, todas ellas coinciden en la laxitud de sus formulaciones que, en ocasiones, pugna con la supuesta seguridad jurídica del Estado de Derecho, como recientemente subrayaba BAR CENDÓN[83]. Justamente en este ámbito es donde he de situar mi reflexión en esta ocasión.

---

[82] Un claro ejemplo, entre tantos que cabría citar, lo constituye la sent. TC 152/88, también útil para comprobar una vez más la no utilización del art. 149. 1 1ª. También en ella estábamos ante un caso de aplicación del Cap. III del Titulo I de la Constitución y, en concreto, el art. 47 relativo al derecho a una vivienda digna y adecuada. En este caso la decisión del TC, aunque favorece las disposiciones estatales que el Gobierno vasco impugnaba tampoco se funda, en la aplicación del art. 149.1.1ª y, ni siquiera en la competencia del Estado para regular un derecho (el del art. 47), sino en la competencia estatal del art. 149.1.13ª (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) que, si no comporta merma alguna para la competencia que sobre vivienda tiene asumida el Estatuto vasco (así lo reconoce expresamente el Tribunal) entre otros, sí exigen, en cambio una política de coordinación y colaboración en materia tan directamente relacionada con la economía y la generación de empleo. Por ello, dirán en F.J. 2, «dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector». Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, «dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo». Pues no basta la aplicación pura y simple del reparto competencial (por lo demás imposible sin técnicas y principios de conexión): «Una conjunción de actividades de las autoridades estatales y autonómicas como la que, en virtud del reparto de competencias establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía, debe llevarse a cabo para la satisfacción del derecho que proclama el art. 47 de la Constitución, no sólo debe atenerse al respeto estricto de las competencias ajenas, incluída, en su caso, la de coordinación de la actividad económica, sino también a los principios de colaboración y solidaridad y, en definitiva, a una exigible actitud de lealtad constitucional» (F.j.6).

[83] *La democraticidad no procede de la descentralización sino de la finalidad de ésta*. En la medida en que nos hallamos reflexionando aquí sobre el Estado autonómico español, nos referimos a un Estado democrático de Derecho; pero ello no significa que todo Estado en el que haya reparto de competencias y regulación perfectamente pautada sea también, y siempre, democrático. Uno y otro concepto se mantienen en el nivel institucional y organizativo que bien puede contribuir, como técnica de control del poder, a garantizar los derechos ciudadanos pero *sólo en el caso de que*

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 503

Las Políticas sociales comportan y/o promueven cambios estructurales o, al menos, no se someten a las estructuras sociales tradicionales para atender a la resolución de conflictos y para llevar a cabo una labor de integración social con el sistema, lo que resulta evidente en este tiempo en lo que se refiere a las políticas de inmigración. Si, como parece, es mayor el campo de actuación de los poderes públicos cuando hablamos de políticas que cuando hablamos de normativa de aplicación o de reglamentos de ejecución, ¿acaso las políticas pueden alejarse del *ius cogens* de los Derechos Fundamentales cuando siquiera el legislador esta libre del mismo? Evidentemente, no. Solo que la ineludible limitación que los derechos fundamentales comportan para las políticas actúa en formas diversas y mucho mas «dispersas» que en el caso de los límites al legislador (así, el contenido esencial previsto en el art. 53.1 o el juego de la doble reserva, ordinaria y orgánica), por el carácter multifuncional, multiinstitucional e interdisciplinar de las políticas sociales que, como *supra* afirmábamos, acaban por imponer, también a los derechos fundamentales, un contenido social. Pero no sólo han de tenerse en cuenta los derechos fundamentales; también, los principios que estructuran el sistema de fuentes y la distribución competencial, pero su particularidad reside en conjugar todas estas técnicas jurídicas e institucionales a la vez para, con carácter «temático» o «monográfico» lograr determinados resultados en materia de derechos sociales y, por consiguiente, en la resolución de problemas y necesidades de carácter colectivo.

IV. REGULACIÓN PROPIAMENTE DICHA Y «POLÍTICAS» AUTONÓMICAS

A) LAS POLÍTICAS SOCIALES DE ÁMBITO AUTONÓMICO

1. Las políticas sociales como definidoras de un complejo proceso de aplicación de los derechos sociales

Si en el marco que se acaba de sintetizar cabe la regulación incluso por ley de la Comunidad Autónoma es evidente que, en tanto que asunción

---

esas y otras técnicas se hallen subordinadas a los valores y derechos se logrará el resultado democrático deseado. No en vano, después de mas de dos siglos de constitucionalismo, hoy se halla consolidada la idea de que las formas de Estado se hallan vinculadas a la naturaleza y a la realización de los derechos. Es por ello que, como he defendido en otras ocasiones, cada generación de derechos no se justifica con la sola referencia a técnicas jurídicas, siquiera a la diversidad de garantías jurisdiccionales, ordinarias o constitucionales, sino a las diversas formas del Estado en que éste va evolucionando desde los primeros tiempos del constitucionalismo. Ciertamente, los postulados sociales de las Constituciones democráticas habían de quedar por fuerza en declaración de buenas intenciones, a lo sumo temporalmente activadas por un Gobierno tendencialmente social (o interesado tal vez en frenar una dinámica social que pudiera desbordar los estrechos cauces del Estado) porque chocaban abiertamente con los planteamientos axiales del Estado y del Derecho.
Por ello, insiste A. BALDASSARRE («Diritti sociali», en Enciclopedia Giuridica, vol. XI, Roma, 1989 págs. 3.), solamente aceptando la transformación del Estado, o cuanto menos la reinterpretación de los principios del Estado de derecho y de las categorías entonces vigentes sobre los derechos constitucionales podrían ir insertándose en el orden constitucional los derechos sociales.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 504

de opciones políticas, económicas y sociales, cada Parlamento desarrolla en su propio ámbito las políticas sociales que le permiten dar cumplimiento a los principios rectores de la política social y económica del Cap. III del Tit. I de la Constitución a través de los títulos competenciales que cada Estatuto ha asumido[84]. Hablamos así de *políticas* y en particular de *políticas autonómicas,* en la medida en que la sola referencia a la ley es totalmente insuficiente para designar la amplia y compleja acción de poner en práctica la realización de los derechos[85] y muy especialmente de los sociales que requieren, junto a acciones generales de evaluación de necesidades y de resultados, la concreta evaluación de cada caso para el que se solicita prestación. Pero no sólo se trata de un amplio campo de planificación y actuación, también recientemente se está utilizando este término como sinónimo de titularidad o conjunto de potestades originarias, de algún modo excluyentes (justamente por la amplitud del término *políticas*) de la intervención en las mismas de poderes ajenos a sus titulares. Así parece ser utilizado en el conocido como Plan Ibatrrexe o propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi (Ajuria-Enea, 25 de octubre de 2003). Bastará la mención de alguno de sus epígrafes y contenidos para corroborar lo expuesto. En el art. 42, bajo el epígrafe de «Las Políticas públicas en el reparto competencial», se lee:

«Para la asignación y reparto del Poder Público en la Comunidad de Euskadi se atenderá prioritariamente el criterio de atribución de políticas públicas, aplicándose el reparto por materias de forma subsidiaria y a los efectos de su incorporación en una política pública determinada».

Constituye una política pública, a los efectos del presente Estatuto, el conjunto de materias competenciales y actividades administrativas sobre las que las «instituciones ejercen las potestades legislativas y de ejecución precisas para su plena conformación y desarrollo, en orden a prestar un servicio integral a los ciudadanos y ciudadanas vascas».

No debe ignorarse el modo cómo, en los artículos siguientes (43 y 44) la invocación de la potestad legislativa y de la ejecutiva se hacen siempre referidas a «políticas» en las que tales potestades se insertan. A continuación, el Capítulo Tercero tiene por epígrafe «De las Políticas Públicas exclusivas del Estado» y el Capítulo IV «De las Políticas Públicas exclusivas

---

[84] A. Bar Cendon, El Libro Blanco «La Gobernanza Europea» y la reforma de la Unión, en GAPP, num. 22, 2001, págs. 3-18. Junto al repetido déficit democrático de las instituciones (sist. De ejecutivo reforzado) cree el autor que habría de destacarse el sistema que se esta implantando de que las disposiciones se apliquen según libros o directrices tecnocráticas como es el caso de los contenidos de este libro (podría añadir, por mi parte, que ello esta ocurriendo también con la Carta de derechos).

[85] El Estatuto valenciano es un ejemplo de la especial dedicación de estos a los derechos sociales no son pocas las referencias que se hacen a materias en que aquellos se ejercen de manera más directa; y ello, principalmente, en el Título III relativo a las competencias; así, la seguridad social y la santidad (art. 34.1.5), cultura, vivienda, asistencia social, juventud, etc. (art. 31.4, 9, 24 y 25) supuestos, todos cuyo ejercicio no sería posible sin toda la serie de prestaciones efectivas que, ya sean de carácter social o individual, ha de realizar la Comunidad.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:05 Página 505

de la Comunidad de Euskadi». En sus contenidos la idea expuesta se repite con frecuencia: «...las políticas públicas de institucionalización y autogobierno...», «...políticas públicas educativas y culturales...», «...políticas públicas sociales y sanitarias...», «...políticas públicas sectoriales económicas y financieras...», «...políticas públicas de recursos naturales, ordenación territorial, vivienda y medio ambiente...», «...políticas públicas de infraestructuras y transportes...», «...políticas públicas exclusivas de régimen específico...» (seguridad pública... políticas socio-laborales y de empleo y políticas de protección social).

Así, tenemos un ejemplo de lo que la exigencia de titularidad de políticas públicas comporta al deducir de ellas diferentes potestades que, según los cánones tradicionales, constituirían por sí solas, cada una de ellas, una competencia en una concreta materia. Pero no sólo se hace visible la plurivavencia de potestades y competencias sino también, desde el punto de vista de su actuación, la complejidad de actuaciones coordinadas de las instituciones en virtud de los múltiples campos que comprenden las políticas sociales (cultura, educación, ocio, prestaciones económicas individualizadas, vivienda, inserción social de grupos con serias dificultades, etc.) y la interdisciplinariedad de los estudios que *a priori* y *a posteriori* requiere su gestión y, por consiguiente, de quienes han de contribuir en la elaboración de los programas cuya eficacia dependerá, por lo tanto también, de las técnicas de coordinación y cooperación que entre éstos y entre las instituciones, sean capaces de adoptar.

2. Intervención de diversas instituciones en la realización de las políticas sociales

Junto al Parlamento autonómico, entran en juego todas las instituciones administrativas que, en última instancia, actúan como brazo ejecutor de un Estado social cuya medida primaria de legitimidad viene dada por «su capacidad para resolver los problemas y conflictos sociales desde la perspectiva de la justicia social inspirada por la dignidad de la persona, es decir, su capacidad para cumplir su fin de instancia de ordenación social, de servicio efectivo a la sociedad»[86]. Ello, evidentemente, impone a la Administración fines y pautas concretos de actuación para realizar el propio interés de su Comunidad y el general del Estado. «Desde la perspectiva del Estado social, cuyo factor específico de legitimación viene generado por el efectivo y eficaz cumplimiento de su responsabilidad social, parece indiscutible

[86] Ya en los primeros años del régimen lo ponía de relieve L. MARTÍN RETORTILLO, «Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas», en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. Instituto de Estudios Fiscales, 1985, vol. III. pág. 1.832: «Muchos de la amplia lista hoy vigente de derechos y libertades van a requerir para su efectividad una compleja y minuciosa actuación –preparatopria, de nivelación, o tuitativa– de los poderes públicos y, en concreto con frecuencia, de las Administraciones públicas. Actuación en la que, por ejemplo puede ser de entidad la participación que corresponda a las Comunidades Autónomas. De modo que se exijan respuestas, incluso normativas, que estén muy lejos de lograrse con sólo los preceptos de una ley orgánica.»

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 506

el derecho de los españoles, de todos los ciudadanos, a la racionalidad y coherencia de la Administración pública in totum (es decir, del conjunto de los entes concurrentes en su actuación *ad extra*), así como a la relativa equivalencia, es decir, esencial igualdad (en función de la calidad de vida) de sus prestaciones en todas las partes del territorio nacional[87].

La complejidad de sus funciones aumenta el margen de autonomía de la propia Administración en el cumplimiento de las mismas, por lo que la eficacia de éstas exigirá el propio autocontrol de la Administración y en concreto de cada una de las Administraciones públicas autonómicas. Es indudable que, si bien los márgenes de actuación están contemplados en el ordenamiento jurídico, los limites se difuminan en la realización de las políticas que, según hemos dicho ya, configuran un campo de actuación mas amplio y complejo que el de la regulación. De ahí, la necesidad de autocontrol entendido como *estricta observancia de las normas* (y principios que han de presidir la actuación administrativa según el art. 106.1 CE) *y como consciencia de la responsabilidad*[88] que a cada Administración corresponde en un complejo engranaje que, pese a todo, y por imperativo constitucional (art. 103.1 CE), ha de lograr la eficacia sin por ello ignorar las técnicas garantistas, incluso, de carácter procesal.

Dos son las reglas de aplicación general que de la jurisprudencia del TS y del TC cabe deducir en relación con el principio de eficacia y su conexión con los derechos: La garantía de los derechos fundamentales opera como límite de tal principio en cuanto la Administración no puede traspasar con su actuación al marco jurídico que aquellos conforman; pero, a su vez, la garantía de los derechos también actúa como impulso para la actuación administrativa y, de modo especial, en materia de defensa de los derechos sociales.

B) LA DIFICULTAD DE APLICAR CONTROLES TASADOS O RÍGIDOS Y LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES INTERVINIENTES

No es de extrañar por ello que junto al incremento de funciones y del ámbito de discrecionalidad de la Administración para cumplirlas, surjan teorías y estudios tendentes a controlar y evaluar las medidas y sus resultados con parámetros nuevos ante la insuficiencia de los tradicionales medios jurídicos (aunque también en el ámbito jurídico cobran nuevo sentido y fuerza los principios de actuación del art. 106.1 algunos de los cuales adquieren en el ámbito autonómico la dimensión de principios generales de aplicación a las relaciones supracomunitarias y con el Estado, después recordaré). Se trata ahora de no olvidar que buena parte de las transformaciones operadas por las instituciones de la Administración tanto en sus es-

[87] L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración Pública*, Ed. Civitas, 1983, pág. 94.

[88] L. Parejo Alfonso, Estado social... ya cit., pág. 131. La idea la desarrolla ampliamente J. M. Baño León, en su ya citada obra.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 507

tructuras como en el modo de actuar, proceden justamente de la paulatina consolidación de los derechos sociales que, como supra quedó dicho, han transformado radicalmente muchas de las estructuras del Estado pese a la insuficiencia de las construcciones teóricas que fueron pensadas para un Estado tan distinto como fue el Liberal.

La Ciencia de la Administración y el estudio de las Políticas públicas[89] no en vano nacen en Norteamérica en torno a las transformaciones operadas por la Administración a medida que se va estableciendo el Estado Social. Las categorías tradicionales del Derecho Administrativo también resultaran insuficientes en Europa donde, con gran retraso respecto de América acaban introduciéndose tales disciplinas. Pues, a diferencia de las concepciones jurídicas tradicionales, lo que importa desde esta perspectiva no son tanto las estructuras ni los procedimientos cuanto la actividad administrativa, los problemas que ha de resolver, la forma de hacerlo, la rentabilidad para el ciudadano, etc. La Unión Europea institucionaliza el sistema a partir de 1988 estableciendo la obligación de evaluar los programas cofinanciados con fondos estructurales. Tanto el Acta Única de 1986 como el Tratado de Maastrich recogen la necesidad de asegurar la eficacia de las intervenciones estructurales, estableciéndose a partir de ahí evaluaciones previas, durante y después de cada uno de ellos.

Sólo que, ello en nuestro sistema continental de *civil law* ha impuesto cambios, no solo de perspectiva en la actuación de la Administración sino, lo que es mucho mas delicado, de adecuación de estas nuevas formas de actuación al Estado de Derecho. Ya Carlos de Cabo[90] subrayaba las dificultades de esta categoría, e incluso la del Estado democrático ante las transformaciones institucionales derivadas del modo como se ha acabado consolidando en el primer mundo el Estado Social. Hoy, la complejidad es mucho mayor, no sólo por la profundización progresiva en las competencias y capacidades de las CCAA, sino también por el permanente aumento de «actores» de las políticas sociales (como puede comprobarse en el auge con que las ciudades[91] están reclamando su lugar en el desempeño de las nuevas funciones públicas) y por el grado de integración alcanzado por la Unión Europea. Todo lo cual complica extraordinariamente, al menos, los procesos de adopción de decisiones y los controles *a posteriori* de las medidas adoptadas.

De este modo, se torna más compleja también la simple idea de ejecución cuando la referimos a las políticas, no siendo suficiente la tradicional

---

[89] *Supra* ya me he referido al interés de la dimensión de la responsabilidad en el ejercicio y exigencia de los derechos por parte de sus titulares como idea configuradora o elemento no despreciable en la configuración del Estado Social. En él, no es menos decisiva la misma idea cuando se aplica a las instituciones. Tambien desde este prisma sigo considerando ejemplar la Constitución suiza de 1999. R. SÁNCHEZ FERRIZ Y M. V. GARCÍA SORIANO, *El régimen político suizo*, ya cit.

[90] C. ECHEVARRÍA MIGUEL, La evaluación de programas en la Unión Europea, en GAPP, num. 22, 2001, pag. 98

[91] C. DE CABO, *Crisis del Estado social*. Barcelona, PPU.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 508

comprensión de la misma en la que los órganos y sus competencias suelen estar bien definidos. La ejecución de políticas puede consistir en fases diversas de un proceso en el que intervienen distintos órganos a su vez auxiliados por aportaciones técnicas interdisciplinares que permiten evaluar los fines y necesidades de antemano, los resultados obtenidos con posterioridad, y el parcial y gradual cumplimiento de las previsiones en las fases del desarrollo práctico en que ya el ciudadano está siendo beneficiario de las políticas. Aumenta la necesidad de estudios técnicos, de gabinetes especializados y de letrados que tendrían que llevar a cabo esa labor de revisión o de autocontrol a que he aludido tejiendo una red burocrática en la que las responsabilidades parecen diluirse.

V. MÁRGENES Y LIMITES QUE NO PUEDEN TRASPASAR LAS POLÍTICAS SOCIALES DE LAS CCAA

Todo lo dicho, obsérvese, es un mundo totalmente nuevo para el jurista y, por consiguiente, para el juez tradicionalmente habituado y avezado en el control de la Administración en defensa de los derechos del administrado. Ni que decir tiene que la complejidad de las políticas sociales e incluso la tramitación administrativa trascienden a la administración de la Justicia en cuyos defectos de dilación en sus resoluciones, sin duda, también llegan a influir.

Ahora bien, si las políticas sociales son consustanciales a nuestro Estado social autonómico que es también democrático y de Derecho, toda la complejidad institucional y funcional de su puesta en práctica no es óbice para que también ellas cuenten con controles suficientes para respetar los referentes constitucionales que bajo ningún concepto pueden ser soslayados. En primer lugar, toda posible conexión con los derechos fundamentales comporta, de una parte, que el absoluto respeto a su contenido y elementos es un *insoslayable limite a la regulación autonómica de cualquier tipo y rango* aun cuando la finalidad sea social, pero, de otra, su relación con algún derecho fundamental, en la medida en que la política desarrollada o a desarrollar suponga un refuerzo o aplicación necesaria de dicho derecho también puede suponer el *sometimiento a la normativa de desarrollo de tal derecho* dictada por el Estado en virtud del mandato del art. 81.1. En segundo lugar, el principio general de buena fé o lealtad constitucional exige que toda actuación, en cualquiera de sus fases y cualesquiera sean sus operadores (sociólogos, arquitectos, asistentes sociales, economistas, etc.) respete la normativa constitucional y los valores y principios del ordenamiento y, por consiguiente, también el sistema de fuentes.

A) AMPLIOS MÁRGENES DE ACTUACIÓN DERIVADOS DE LA AMPLITUD DE CONTENIDOS DEL CAPÍTULO III

He defendido la progresiva afirmación, por desarrollo legal y jurisprudencial, de los derechos que de dicho capítulo se van derivando y he duda-

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 509

do del acierto de seguir refiriéndonos a los derechos sociales en la forma tan timorata que es habitual. En este sentido, poco más hay que decir del unánime entusiasmo con que inicialmente se asumió por los Estatutos la cláusula transformadora (art. 9.2 CE). Observando la realidad de los pasados 25 años, afirma GARCIA HERRERA[92] que en nuestro país, gracias a la descentralización territorial, las Comunidades Autónomas han asumido la gestión pública de los derechos sociales.

Por ello, en el momento en que se plantean reformas de los Estatutos, ya se han podido comprobar todas las potencialidades de la citada cláusula que, por tanto, debe seguir en los nuevos Estatutos como meta a perseguir por todas las políticas, tan diversas, a que dan lugar los mandatos del Cap. III del Tit. I de la Constitución. Aquella y estos permiten dibujar un amplísimo espacio de actuación autonómica. A la vez, las nuevas disposiciones operadas por la reforma, con las que seguirán comprometiéndose las CCAA con los derechos sociales, constituirán los limites positivos y negativos a tener en cuenta por los ciudadanos a la hora de evaluar cada legislatura.

Ciertamente, se diría que los Estatutos, al recoger la cláusula del art. 9.2 CE (que en todo caso obligaba, pero en modo general e indeterminado), han impuesto a sus instituciones, y consecuentemente a las fuerzas políticas que, por efecto de la elección, vayan regentando sus poderes, un programa de gobierno con objetivos prioritarios cuya realización (en lo posible) no cabe posponer ni negociar. O, visto desde otra perspectiva, imponían ya *desde la asunción de la cláusula de progreso límites a la libertad de elaboración del programa electoral derivados de los contenidos y de la filosofía y los fines del Cap. III del Título I CE*. Y con ello, los Estatutos han ofrecido, y deben seguir ofreciendo también a su ciudadanía un *baremo preestablecido con el que juzgar y graduar los niveles de acierto o de error de sus representantes* políticos en la realización de las políticas que por el propio estatuyente se les han encomendado. No en vano, las principales acciones de las CCAA se han ido desarrollando precisamente en el ámbito de estas consideraciones. Asimismo, las más encendidas polémicas generadas a nivel de opinión pública entre el Estado y las CCAA y de éstas entre sí han girado en torno a medidas sociales como pensiones, sanidad, reconocimiento de prestaciones a grupos sociales como travestidos...

Sin duda, la transversalidad de las políticas sociales obliga a mantener una permanente atención al marco constitucional *supra* reseñado de suerte que, bien ejecutadas, y habida cuenta que podrían intervenir distintos órganos en fases sucesivas, cabe afirmar que las políticas sociales requieren y permiten sucesivas evaluaciones respecto de su conformidad con los parámetros constitucionales.

---

[92] Entre tantos, C. LEFÈVRE, «Actores económicos y políticos en las reformas institucionales de las metrópolis europeas», en GAPP (*Gestión y Análisis de Políticas Públicas*) INAP, 2001, núm. 20, págs. 3 y ss.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 510

Por último, en la medida en que las condiciones económicas de las que dependen las políticas sociales escapan en buena parte a la acción de las Comunidades Autónomas y los parámetros de disposición presupuestaria total no son totalmente libres al quedar formulados, y controlados por las instancias superiores (ya sea el Estado o la Unión Europea), se diría que el margen de creatividad y de buena gestión de las CCAA ha de ser importante; la propia evaluación comparativa de resultados entre éstas constituirá un buen parámetro, uno más, pero no el más insignificante, de una buena practica política y administrativa. Así, junto a las categorías jurídicas de control prototípicas del Estado de Derecho habrán de tenerse en cuenta este tipo de parámetros «comparados» cuando de lo que hablamos es de Políticas públicas, en este caso, de Políticas Autonómicas. De tal suerte que la competencia (ahora referida a competitividad en términos de eficacia de las diversas políticas autonómicas) constituirá «*ad intra» un sistema de autocontrol* nada despreciable.

B) LÍMITES MATERIALES Y LÍMITES ESTRUCTURALES

No nos referimos ahora a los límites de carácter formal impuestos por el sistema de fuentes, y en particular, por el cuadro normativo *supra* sintetizado como marco en el que formalmente han de desarrollarse las competencias autonómicas.

Centrados en el más amplio concepto de las políticas sociales que se han venido desarrollando y que, sin duda, se desarrollarán con mas amplitud e intensidad tras la reforma de los Estatutos, podemos hablar de límites materiales en una doble acepción, aunque siempre referida a los contenidos y mandatos constitucionales. En primer lugar, y aunque parezca redundante, los poderes autonómicos solo pueden desarrollar su acción en aquellas «materias» asumidas por los Estatutos (lo que en tiempos de reforma sugiere la necesidad de revisar todas las posibilidades en este sentido) o por las vías puntuales en que la Constitución lo ha previsto.

En segundo lugar, de mucho mayor interés resulta la acepción de límites materiales utilizada en un sentido contrapuesto a los formales y expresamente previstos, incluso los referidos a las materias a que acabo de aludir. Ya en el epígrafe anterior me he referido a la obligatoriedad de todos los mandatos constitucionales cuya interpretación integrada y coherente constituye el marco delimitador material; trato, sin embargo, de mencionar ahora todas *las limitaciones* que podríamos llamar *inmanentes* (que no necesitan ser repetidos en cada ocasión), que se derivan de todo el texto constitucional, y especialmente de los principios superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y, por consiguiente, también, de la forma territorial del Estado a la que da forma la Constitución y no las CCAA que son solo uno de sus elementos.

Se diría que se acaba de subrayar una obviedad puesto que las Comunidades Autónomas se hallan imbricadas en el Estado, por supuesto. Pero

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 511

también a través de la profundización en las consideraciones aquí expuestas, podrían reforzar su posición y sobre todo se podrían clarificar algunos problemas de interpretación que hoy subsisten en el entendimiento del Estado de las Autonomías. En efecto, afirma Tajadura, que «a la hora de determinar... nuestro modelo de organización territorial, resulta fundamental tomar como punto de partida la cláusula del Estado social recogida en el artículo primero de la Constitución habida cuenta de que la distribución territorial del poder como problema estructural atañe a la organización del Estado y, como todo problema de organización, ha de concebirse como un medio o instrumento al servicio de un fin». Y añade, en el mismo sentido que ya hemos apuntado en un epígrafe precedente, «la relación existente entre la dimensión social del Estado (art. 1 CE) y su estructura territorial autonómica (art. 2 CE) no puede establecerse en términos de paridad sino de subordinación de ésta última a la anterior. La organización territorial del Estado no puede concebirse más que como un mecanismo al servicio de los fines del Estado y que, por lo que se refiere al español (art. 1 y 9.2 CE) en cuanto Estado social encuentra en el principio de solidaridad la síntesis ejemplar de su fundamento y finalidad»[93].

En particular de la forma de Estado Autonómico, y sin perjuicio de principios (como el de solidaridad) y otras referencias expresas contenidas en la Constitución, se derivan en forma *inmanente los límites «materiales» que toda Comunidad Autónoma ha de respetar*. Y si ello comporta, como límites negativos, *prohibiciones de hacer*, quiero subrayar ahora que *también la forma territorial del Estado impone deberes de hacer*, o límites a la libertad de acción de las Comunidades Autónomas, éstos de carácter positivo, debiendo destacar muy especialmente la función de integración en el Estado que a todas compete.

En este mismo sentido podemos hablar de límites estructurales, o derivados de la estructura política de integración en que se constituyen las CCAA como partes del Estado y éste, a su vez, como parte de la Unión. Hemos de referirnos, así, a los principios de actuación que forzosamente han de tenerse en cuenta a la hora de programar y ejecutar las políticas sociales.

Unos irán dirigidos a salvaguardar de modo positivo la coherencia global de las actuaciones políticas a lo largo y ancho del Estado (la coordinación del propio Estado sobre la aplicación de las políticas comunitarias y la coordinación de las diversas Comunidades Autónomas en todo aquello que afecte a varias de ellas). Otros, a lograr la máxima eficacia en los resultados con el menor coste posible (la cooperación, tanto entre el Estado y las CCAA como de éstas entre sí). Si estos podrían considerarse, según he dicho ya, principios o pautas de necesaria observancia en la práctica o actuación de las CCAA, incluso en el ejercicio de aquellas competencias que les son propias, tanto más debe subrayarse el princi-

[93] M. A. García Herrera, Op ya cit., pág. 22.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 512

pio «material» o de mayor calado desde el punto de vista constitucional, cual es el de lealtad constitucional que no viene a ser otra cosa que el trasunto público del principio de buena fe de tradición privatista y que, a diferencia de los anteriores, no exige tanto la puesta en marcha de cauces y medios de conexión con los otros elementos del Estado, cuanto una clara convicción de la bondad del sistema, un espontáneo «fair play» por encima incluso de los intereses partidistas.

A todos los principios citados se ha referido el Tribunal Constitucional que en diversas ocasiones, y según los conflictos que le han sido planteados, ha ido determinando el sentido y contenido de tales principios, por lo demás, de todos conocidos. Así, bastará con recordar algún ejemplo:

1. El TC determinó ya el significado de la coordinación, precisando que la misma «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema» (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2).

2. La misma Sentencia incidía en la competencia estatal de coordinación general[94], señalando al respecto «las siguientes precisiones: a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la fijación de bases... b) la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas... competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar...; c) la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas... sino que esa coordinación general le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC 32/1983, FJ 2).

3. En sentencia 239/2002 (sobre gestión de Parques Naturales), se lee (fj. 9): Procede, por último, determinar el alcance constitucional que hay que otorgar al principio de cooperación. Dicho principio, «que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14), pues entronca con «la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía (STC 214/1989, FJ 20 e)). Ahora bien, en la propia sentencia (FJ 17) se extraen las consecuencias del principio y la necesidad de que el Estado no lo invoque salvo que sea absolutamente necesario, al menos en lo que se

[94] J. TAJADURA, op. cit, pág. 35.

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 513

refiere a la gestión: ... «La dimensión supracomunitaria de éste no le atribuye al Estado competencia adicional alguna, salvo propiciar los mecanismos de coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas implicadas para que se instrumente la oportuna designación».

4. Y en la 175/2003, de 30 de septiembre de 2003 (sobre programas de fomento de la Investigación tecnológica Industrial) se une la necesidad de colaboración con la exigencia de lealtad o buena fe en tema de gran interés para el enfoque aquí mantenido, de suerte que en ella se exponen las consecuencias que de tales principios se derivan para la distribución de subvenciones[95] por los poderes públicos:

F.j. 2: ...»`en el sistema de distribución territorial del poder público inspirado en principios de colaboración y buena fe, a que tantas veces ha hecho referencia este Tribunal, es obvio que el requerimiento previo a que se refiere el art. 63 LOTC responde a la finalidad primordial de *apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, sin perjuicio del derecho de éstas a plantear en último extremo el conflicto no resuelto extrajudicialmente ante esta instancia jurisdiccional', de modo que `dado que de acuerdo con el art. 63.3 LOTC se han de hacer constar con claridad en el requerimiento los preceptos de la disposición viciados de incompetencia, hay que entender que sobre los preceptos no mencionados en el mismo no se ha planteado un conflicto de competencia' (STC 194/1989, de 8 de junio, FJ 2)» (STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 2).

VI. PARA CONCLUIR

Me he referido a algunos principios que he llamado estructurales y que han de dejarse sentir en la actuación de todos los elementos territoriales del Estado sin dificultar, además, la integración de éste con la Unión Europea y a algunos de naturaleza material, queriendo subrayar su carácter inmanente a la propia forma territorial del Estado, por lo que no podrían ser forzados (o incluso ignorados) sin comprometer el entero edificio constitucional, refiriéndome en concreto a la lealtad o buena fe.

Tal como la Constitución establece el principio de seguridad jurídica como la síntesis que a la vez comprende todos los enumerados en el art. 9.3 CE, cabría afirmar que la lealtad constitucional es el presupuesto del que se parte al constituir el Estado autonómico de suerte que resultaría in-

[95] Que ha de entenderse en el sentido restringido necesario para no invadir en forma generalizada las competencias autonómicas: El Tribunal admite en este marco el ejercicio de facultades estatales de gestión, pero lo hace con carácter excepcional, cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando el carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia no permita el fraccionamiento de la actividad pública y cuando, aún en este caso, no pueda recurrirse a mecanismos de cooperación y coordinación y se requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar un solo titular. Sólo en estos casos se admiten las competencias estatales de gestión, mientras que en situación de normalidad otras competencias corresponden a las Comunidades Autónomas (STC 102/1995, FJ 8).

475-516-Estado autonomico24 3/10/05 16:06 Página 514

cluso redundante por innecesario decir que hacia ella tiende todo el sistema. Es al contrario, el sistema la presupone y, por ello, establece reglas y principios (cooperación, coordinación) que faciliten la integración de los diversos elementos diferenciados. La ya varias veces aludida función integradora en la unidad del Estado sería una manifestación ontológica del mismo precisamente por la decisión soberana de constituirse en el pleno reconocimiento y respeto a todas las diversidades que en él confluyen.

Ahora bien, si hay un principio que en sí mismo responde a la naturaleza de un Estado Social descentralizado y es capaz de determinar sus fines trascendiendo en la práctica a todas las decisiones y actuaciones de las CCAA tal es el de solidaridad. Si toda nuestra declaración de derechos no es sino desarrollo de los dos principios igualdad y libertad, la solidaridad halla cumplida manifestación a lo largo del Capítulo III del Titulo I de nuestra Constitución pero, también, en la organización territorial del Estado. No en vano, el artículo 2 de la Constitución, al constitucionalizar los principios de unidad y autonomía reconoce a ésta como un derecho colectivo (o comunitario, según la última corriente que a trascendido a las mas recientes constituciones) pero lo reconoce al mismo tiempo que, aunque en forma bastante ambigua, garantiza la solidaridad:

«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*».

La solidaridad ciudadana, fundada según dijimos en la igualdad de los seres humanos, es el principal cauce de realización de los derechos sociales por parte de los poderes públicos (que en ella hallan la suficiente legitimación para la política de redistribución de rentas). Del mismo modo, la solidaridad entre los diversos pueblos y territorios de España es, por mandato constitucional, la fuente de legitimación de las políticas estatales de redistribución de recursos entre las CCAA. De tal suerte, las dos grandes cuestiones de esta reflexión, derechos y descentralización política en el Estado español, hallan nexo y raíz común en la idea de solidaridad.

He afirmado que el principio de lealtad constitucional constituye la síntesis de los límites materiales o inmanentes a la forma del Estado español. La misma fuerza de cohesión y la misma trascendencia política habría de tener la solidaridad por la sola constitucionalización del Estado español como Social pero es que, además, tal como se acaba de ver, dicho principio ha quedado positivado en el mismo momento en que se posivitó el de autonomía y vinculado a la misma en forma inescindible. Es probablemente esta común y contemporánea positivación la que probablemente explique cierta desviación doctrinal puesta de relieve por Carlos DE CABO[96]. En efecto, cabe ob-

[96] F.j. 4... Las líneas maestras de esta doctrina han sido recogidas, entre otras muchas Sentencias de este Tribunal, en la STC 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 6, la cual contiene permanente remisión a

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 515

servar que la doctrina sí analiza la idea de solidaridad en el ámbito de la organizaciónn territorial del Estado vinculándola a las competencias o al principio de lealtad constitucional pero, en cambio, no se ha dado el salto necesario para considerar a la solidaridad como lo que realmente es: principio que ha de actuar tanto en la estructura del Estado autonómico como en la dinámica progresiva que en el mismo se ha de establecer.

Es cierto que la Constitución, junto a la principalísima mención de la solidaridad en el ya trascrito art. 2, la menciona en tres ocasiones en el ámbito del Título VIII: en el art. 138.1 («El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español...»), en el 156.1 («Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles...») y 158.2 («Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso»).

Pero no lo es menos, ni puede dejar de subrayarse, que dicho principio constituye un elemento material e inmanente de la significación de los derechos sociales (en el caso del medio ambiente expresamente mencionado en el art. 45.2 de la Constitución al decir que «Los poderes públi-

---

la STC 13/1992, de 6 de febrero, que recopiló tal doctrina. Esas líneas maestras son:
«a) En primer lugar, hemos venido insistiendo en que no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado, o, lo que es lo mismo, que el Estado ... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial (STC 13/1992, FFJJ 4 y 6).
b) También conviene recorda ... que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de la constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público ... que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficiente para cubrir las necesidades financieras de las Comunidades Autónomas (STC 13/1992, FJ 7).
c) Por tanto, las diversas instancias territoriales ejercerán sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, de modo que si estas instancias son exclusivamente estatales, por ser también de competencia exclusiva del Estado la materia o sector de la actividad pública, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatuario de competencias, pues, de no ser así, el Estado estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno (STC 13/1992, FJ 7).
d) Por tanto, en caso de que la materia directamente implicada sea de la exclusiva competencia estatal, el Estado podrá regular y gestionar completamente las subvenciones correspondientes. Por el contrario, cuando las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención, el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992 sintetiza los cuatro supuestos que pueden darse, según el alcance e intensidad de las competencias autonómicas, sin que sea necesario aún hacer referencia al supuesto que resultaría de aplicación a estos conflictos» (STC 242/1999, FJ 6).

475-516-Estado autonómico24 3/10/05 16:06 Página 516

cos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva) y, por supuesto, del propio Estado Social».

En definitiva, DE CABO formula el reproche (que comparto totalmente) de que ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan ido, en la aplicación del principio de solidaridad, más allá de la distribución territorial del Estado para aplicarlo desde la perspectiva del Estado Social. No en vano, he tratado de mostrar en esta reflexión, que ya concluye, la vinculación entre los derechos (responsabilidades) la democracia sustancial o real y la descentralización. Los tres elementos confluyen y se tornan realidad en el Estado Social que sólo así es un Estado social material y no simplemente un Estado benefactor.

Es el proyecto global diseñado por la Constitución, el que ha de lograrse con la participación y la responsabilidad de todos los elementos humanos y territoriales del Estado. Es la conjunción de todo ello lo que ha de confluir para la realización del Estado Social y democrático de derecho (art. 1 CE). Con este planteamiento es bien fácil distinguir qué políticas conducen a la integración y cuales a la segregación y al conflicto. A los poderes públicos compete poner los medios para el cabal cumplimiento del proyecto común.

Y, sin duda, no ha sido éste un aspecto que, con ser tan decisivo, haya contado con la voluntad política de todas las partes del Estado. En otras ocasiones ya me he manifestado sobre la necesidad de difundir la cultura de los derechos (y de la responsabilidad) y sobre el gran cauce que a tales efectos constituye la enseñanza. La observación de la realidad no nos ofrece una imagen muy positiva de lo que la enseñanza, en algunas Comunidades Autónomas, está transmitiendo a los jóvenes respecto de su pertenencia a España y a un régimen democrático. Naturalmente, serán responsables quienes imparten o mandan impartir tales enseñanzas «disgregadoras» o bien poco integradoras. Ahora bien, a mi juicio, no están exentos de responsabilidad los poderes públicos «centrales» o estatales que, al querer ignorar las políticas educativas, contribuyen a la agravación de las fuerzas centrífugas no previstas en absoluto en el diseño constitucional.

Así, de tener que sintetizar los límites a que nos hemos estado refiriendo en una sola idea tal sería la del desconocimiento de la fuerza integradora que toda política autonómica debe conllevar. Sí por sí misma la desintegración conlleva graves riesgos de carácter político y social, jurídicamente no sólo la desintegración, sino también la falta de voluntad política en profundizar en la integración, supone un claro atentado al principio constitucional de solidaridad.

---

[97] Ponencia, ya cit, a publicar en este mismo colectivo.

517-526-Estado autonomico25 3/10/05 16:07 Página 517

CIUDADANÍA EUROPEA, DERECHOS SOCIALES Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: TRES PROPUESTAS DE REFORMA*

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

INTRODUCCIÓN

El título de esta ponencia es, creo, suficientemente descriptivo de su contenido. En primer lugar, apuntar algunas reflexiones acerca de la función que cabría atribuir a los Estatutos de Autonomía en relación con el *status* de ciudadanía de la Unión Europea presente en el derecho comunitario desde las reformas de Maastricht y consolidado en el texto del Tratado Constitucional de la Unión; en segundo lugar, analizar la idoneidad de las normas estatutarias para garantizar una serie de derechos sociales, tanto los recogidos ya en la Constitución Española (CE) como otros de nueva factura. Y, en tercer lugar, describir, en función de lo anterior, el que podría ser un nuevo papel de los Estatutos en nuestro sistema de fuentes y, más en general, en el sistema político.

Aunque en alguna medida se trata de cuestiones independientes, estos tres aspectos tienen también alguna relación entre sí, lo que justifica su inclusión, dentro de la estructura del Congreso, en este panel sobre «solidaridad». Hay que precisar, sin embargo, que se trata ahora no de la solidaridad interregional o entre Comunidades Autónomas (esta es la idea de solidaridad que surge en primer lugar cuando este vocablo se pone en relación con el Estado autonómico), sino, por una parte, de poner en marcha en el interior de cada Comunidad los mecanismos de solidaridad propios del Estado social, una especie de solidaridad autonómica «ad intra», y, por otra, de la recepción estatutaria de mecanismos de cohesión entre los ciudadanos españoles que residan en la Comunidad y los provenientes de otros Estados de la Unión. Va de suyo, por lo tanto, que no es objeto principal de esta ponencia el análisis de los Estatutos como normas de atribución de competencias, y que la cuestión competencial será abordada, en consecuencia, sólo de manera colateral.

---

* Texto de la Ponencia presentada al Congreso «El Estado Autonómico. Integración, Solidaridad, Diversidad», en conmemoración del 25 Aniversario del Estatuto de Autonomía del País Vasco, Universidad del País Vasco, Bilbao, 24, 25 y 26 de noviembre de 2004.

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 518

Ni que decir tiene que, lejos de pretender tratar exhaustivamente estas cuestiones, de cada una de ellas se abordarán solo algunos aspectos concretos, centrándonos en tres propuestas que, en el momento actual de reformas estatutarias y constitucionales, y dada la vocación de influir en las mismas que debe animar en estas circunstancias el debate académico, conviene enunciar desde el primer momento: en cuanto a la ciudadanía europea, se propone que las Comunidades que lo consideren conveniente puedan garantizar mediante la reforma de sus Estatutos el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en su territorio al sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas; en cuanto a los derechos sociales, la propuesta es usar los Estatutos para dotar a algunas prestaciones sociales de algo muy parecido al «contenido esencial» que les niega la Constitución; y, en fin, en cuanto al papel de los Estatutos, se sugiere que estos flexibilicen sus propios procedimientos de reforma, de modo que se palie la rigidez estatutaria por la que, por mimetismo con la Constitución, se optó en los diversos momentos estatuyentes.

A desarrollar más extensamente estas tres propuestas se dedican los epígrafes siguientes.

ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y CIUDADANÍA EUROPEA

Como se sabe, desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE), en 1992, se introdujo en el derecho comunitario la noción de «ciudadanía europea». En su virtud, los ciudadanos de los Estados de la Unión son también ciudadanos europeos, lo que les confiere, en tanto que tales, una serie de derechos. Entre estos derechos se encuentra el derecho al sufragio activo y pasivo, en el Estado en el que residan, y en las mismas condiciones que sus nacionales, tanto en las elecciones al Parlamento Europeo, como en las elecciones municipales. Como es también sabido, fue la consagración de ese derecho de ciudadanía lo que obligó a reformar la Constitución Española antes de la ratificación del TUE, ya que ésta consideraba sólo la posibilidad de que los «extranjeros» residentes participaran en los asuntos públicos mediante el sufragio activo, pero no pasivo, en las elecciones municipales. Para hacer posible que los ciudadanos de otros Estados de la Unión pudieran ser también candidatos, y no sólo electores, en las elecciones locales hubo pues que reformar el art. 13 CE.

Junto con los demás derechos ligados a la ciudadanía (los de circulación y residencia, a la protección diplomática y consular, de petición al PE, de queja ante el Ombudsman y de dirigirse en una lengua de la Constitución a las instituciones comunitarias), los derechos a ejercer el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado de la Unión en el que se reside se han trasladado ahora a la Constitución Europea por partida doble: se encuentran tanto en su Parte Primera (art. I-10 CEU) como, dentro ya de la Parte Segunda, en la Carta de Derechos Fundamentales (art. II-99 y II-100 CEU).

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 519

Por otra parte, nuestro país es, desde hace tiempo, receptor de un importante volumen de emigración intracomunitaria, compuesta, en gran medida, por ciudadanos de edad avanzada del norte de la Unión que se trasladan a residir en España al alcanzar la edad de jubilación. Esta *gerontoinmigración* comunitaria ha alcanzada proporciones notables en algunas Comunidades Autónomas y sus protagonistas, según demuestran algunos estudios empíricos a los que nos referimos más adelante, se sentirían más integrados en sus comunidades de adopción si, además de en las elecciones locales, pudieran también votar y ser candidatos en las elecciones autonómicas.

La extensión del derecho de sufragio en las elecciones regionales a los ciudadanos comunitarios no es, en la actualidad, una exigencia del derecho de la Unión, no al menos en la medida en la que sea posible distinguir en un Estado miembro entre elecciones «locales» y «regionales», algo que no se encuentra totalmente despejado ni siquiera en Estados, como el nuestro, en donde estos dos niveles se encuentran claramente diferenciados: paradójicamente, las únicas elecciones «autonómicas» en las que los residentes comunitarios, al igual que otros extranjeros, tienen garantizado el derecho al sufragio, son las que se celebran en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Ahora bien, a pesar de no constituir una exigencia derivada de la ciudadanía europea, la extensión a los ciudadanos de la UE del sufragio en las elecciones regionales, un proceso que se encuentra ya iniciado en algunos Estados miembros, contribuiría sin duda a la construcción de la denominada «ciudadanía europea activa» y, dado el perfil de aquellos a los que beneficiaría la medida, produciría, además, un interesante «feed-back» en los sistemas políticos autonómicos.

Como en otros aspectos de las reformas estatutarias, hay dos posibles escenarios en los que una propuesta de esta naturaleza podría desenvolverse. El primero de ellos apunta a un contexto de «no reforma constitucional», es decir, una situación en la que no se previera ningún tipo de reforma de la CE sobre este punto. En estas circunstancias, forzoso es reconocer que, teniendo en cuenta la doctrina de la DTC 1/1992 sobre el Tratado de Maastricht, no sería fácil extender el derecho a participar en los asuntos públicos autonómicos a los ciudadanos de la UE sin mediar una nueva reforma del art. 13 CE: con el mismo razonamiento empleado en 1992 para argumentar que la dicción literal de entonces de esta disposición impedía la concesión del sufragio pasivo local a los ciudadanos de la UE podría afirmarse, en principio, que la redacción actual, que se refiere expresamente sólo a las elecciones municipales, impediría su extensión a las autonómicas.

El escenario de «no reforma constitucional», con todo, no haría completamente inviable nuestra propuesta, aunque sí exigiría emplear fórmulas más imaginativas: por ejemplo, canalizar la participación en los órganos autonómicos a través de la representación alcanzada en los municipios, usar fórmulas asociativas o de otro tipo para asegurar alguna presencia de estos ciudadanos ante las Cámaras u otros órganos autonómicos, etc.

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 520

Aun hechas estas matizaciones, es evidente que la propuesta sería mucho más viable en un escenario de reforma constitucional. Esta podría ser, como se sabe, la situación real, pues una de las vías de reforma anunciada por el actual gobierno es precisamente la relativa a la integración europea. Pues bien, abierta esta posibilidad, la propuesta podría articularse a estos dos niveles, constitucional y autonómico.

A nivel constitucional, bastaría con que, al hilo de la «cláusula Europa» o disposición similar que eventualmente se incluyera en la Constitución, se introdujera también una leve reforma en el actual art. 13 CE, añadiendo solamente al final del mismo «..y salvo lo que, para la elección de sus respectivas asambleas, se establezca en los Estatutos de la Comunidades Autónomas». Esta reforma sería más respetuosa con la voluntad autonómica que otras alternativas (por ejemplo, redactar el artículo de modo que atribuyera la titularidad del derecho de participación política no sólo a los españoles, sino también a «los ciudadanos de la Unión»), pues dejaría a cada Comunidad decidir, en función de la realidad social de cada una de ellas, si introduce o no en su Estatuto el sufragio para los ciudadanos de la Unión y bajo qué modalidades (sólo como sufragio activo o también pasivo, etc.).

A nivel estatutario, no debería plantear problemas la búsqueda de un título competencial apto para llevar a cabo esta reforma, pues todas la CCAA son competentes para la «organización de sus instituciones de autogobierno» (art. 148.1.1º CE), y en virtud de este título han aprobado las correspondientes leyes electorales autonómicas.

Sentados de este modo los fundamentos políticos y jurídicos de la reforma, sería el legislador electoral autonómico de aquéllas CCAA que hubieran decidido introducirla en sus Estatutos el que tendría que perfilar los detalles de la regulación. Convendría para ello, en todo caso, tener en cuenta las enseñanzas que nos proporciona la experiencia habida hasta ahora en las elecciones en las que sí pueden votar los ciudadanos de la UE residentes en nuestro país. Deberían, así, evitarse algunas de las causas que hacen que el índice de sufragio de estos ciudadanos en las elecciones locales o al PE no sea precisamente alto. Lo principal de estas causas es precisamente el proceso de *guetización* o «endoculturación» en el que se encuentran muchos de estos colectivos, pero hay otras de contenido eminentemente práctico, que deberían intentar evitarse en la regulación autonómica, relacionadas sobre todo con problemas de tipo lingüístico y con la simplificación de los trámites necesarios para poder votar. Más complejidad presenta el diseño de los requisitos de residencia efectiva que se deben considerar necesarios para el ejercicio del derecho, ya que una proporción muy destacada de los que se beneficiarían de este reforma (los gerontoinmigrantes comunitarios aludidos anteriormente) no llegan, por razones de diversos tipo, a fijar su residencia legal en España, e incluso retornan periódicamente durante algunas temporadas al año a su país de origen.

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 521

DERECHOS SOCIALES

La segunda de nuestras propuestas se refiere a la regulación de los derechos sociales que consagra la Constitución que, con ocasión de las reformas estatutarias, podría complementarse con nuevas disposiciones en los Estatutos de Autonomía.

La doctrina ha puesto de relieve dos tendencias simultáneas en la evolución del Estado Social en nuestros días: de un lado, la aparición de la denominada «ciudadanía dual», en la que los derechos sociales que nacieron con vocación de universalidad se reservan progresivamente sólo para supuestos de precariedad o marginalidad, y la cada vez mayor mercantilización de prestaciones sociales que en el modelo clásico de Estado Social se consideraban derechos. Esta situación se ve acompañada por una paulatina pérdida de fortaleza dogmática de los derechos sociales, de la mano, sobre todo, de su plena disponibilidad, salvo excepciones, por parte del legislador. Un ejemplo de esto último lo constituye, como se sabe, las garantías que de estos derechos diseña la CE, que considera la mayor parte de estas prestaciones «principios rectores de la política social y económica», carentes por lo tanto del contenido esencial que, presentes en otros derechos, permite limitar la libertad de configuración del legislador al regular cada una de ellos.

Otra cara de este mismo proceso es, ahora en nuestro país, la paulatina asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la mayoría de las políticas sociales que hasta ahora llevaba a cabo el Estado; ello coincide, en el momento presente, con la apertura en el actual proceso de reformas estatutarias de propuestas de «parte dogmática» para los Estatutos, de cartas de derechos estatutarios que vienen a complementar la genérica y generalizada referencia, común hasta ahora en los Estatutos, especificando que los derechos de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma son los que para todos los Españoles establece la Constitución.

Pues bien, creemos que sería oportuno aprovechar el actual momento de reformas estatutarias para consagrar en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades que así lo decidieran algo parecido al contenido esencial («contenido básico» se dice en algunos de los anteproyectos de reforma que se encuentran ya en circulación) de los derechos sociales de los ciudadanos en materias sobre las que la CA es competente y sobre las que la Constitución se limita a contemplar, como mandatos al legislador y no como derechos subjetivos, tan sólo principios rectores.

La propuesta en este punto está animada, como la anterior, por un espíritu gradualista: no se trata de introducir «nuevos» derechos o de cambiar el modelo de Estado Social establecido constitucionalmente, sino, de modo mucho menos ambicioso, de incluir en el Estatuto los derechos sociales que ya hayan sido establecidos por las leyes de la CA en materia de competencia autonómica. Aunque estos derechos se encuentren ya

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 522

en la Ley, elevar al Estatuto su contenido básico los haría indisponibles, a menos en la misma medida en la que lo está el Estatuto, para el legislador autonómico, y los convertiría, como parte del bloque de constitucionalidad, en parámetro de la constitucionalidad del resto de las normas del ordenamiento.

El ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas se ha ido poblando de instrumentos normativos de diverso rango en los que se recogen derechos de los ciudadanos en materias propias de competencia autonómica: voluntades anticipadas, parejas de hecho, personas con discapacidad, personas mayores, derechos de los usuarios del sistema educativo o de la salud pública son algunas de las materias que han sido objeto de esta regulación. Es el núcleo básico de cada uno de estos derechos, y de otros que se ejercen en materias en las que la Comunidad Autónoma también ejerce competencias propias, el que podría establecerse en disposiciones de rango estatutario.

Varias serían las consecuencias positivas de una reforma que introdujera este tipo de normas en los Estatutos de Autonomía: en primer lugar, orientaría el debate sobre la reforma estatutaria hacia las aspiraciones de los ciudadanos, es decir, hacia las relaciones del sistema político con su entorno social, restando el protagonismo casi exclusivo que ahora tienen las propuestas (también necesarias, sin duda) encaminadas a reordenar el sistema competencial y a actualizar las instituciones, órganos y procedimientos autonómicos. En segundo lugar, al consagrar el rango estatutario de derechos sociales cuyo contenido implica una prestación por parte de la administración de la Comunidad Autónoma, situaría éstos al margen de la pugna partidista cotidiana. Y, en tercer lugar, fortalecería la consistencia jurídica de derechos cuya principal debilidad consiste, precisamente, en su dificultad para exigirlos en contra o en ausencia de la voluntad del legislador autonómico.

Algunos ejemplos significativos de derechos sociales cuyo contenido básico podría elevarse a los Estatutos podrían ser, sin ánimo de confeccionar ahora un listado exhaustivo, los siguientes: en el campo del derecho a la educación, la gratuidad de la educación infantil o de los libros de texto; en el campo del derecho a la salud, el derecho a la segunda opinión médica, la universalidad de las prestaciones o la inclusión de prestaciones sanitarias concretas como la odontología o la psicología; o en el campo de las pensiones, la renta mínima garantizada, el derecho a la asistencia domiciliaria para la población envejecida o las personas dependientes, etc.

Como en la propuesta anterior, la presente deja abierta varias cuestiones que sólo con el debate político y académico podrán precisarse en el futuro. Entre ellas, la idoneidad del Estatuto para regular el contenido básico, en forma de derechos, de estas prestaciones, pues salvo algunas excepciones (por ejemplo, del catálogo anterior, las medidas relacionadas

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 523

con el derecho a la educación), no pesa sobre ellas una reserva de Ley Orgánica, y al serlo la norma estatutaria, podría incurrirse en una congelación de rango inconstitucional. Pero no hay que perder de vista que los Estatutos son la «norma institucional básica» de la Comunidad Autónoma, y que esta cara de los mismos les dota, posiblemente también en el sentido que aquí se apunta, de algunas peculiaridades en tanto que Leyes Orgánicas.

En fin, no debería entenderse que, con la reforma que aquí se propone, se contribuiría a introducir en el Estado Autonómico desigualdades en el ejercicio de los derechos sociales, odiosas en la medida en que éstos se deben disfrutar por igual por los ciudadanos españoles con independencia de la Comunidad donde residan. Por el contrario, la inclusión en los Estatutos del contenido básico de los derechos contemplados por el legislador autonómico no haría sino elevar a rango estatutario una dialéctica propia de los Estados Federales, de la que ya hemos tenido algunas muestras en nuestro país, en la que el ámbito autonómico sirve de «primer ensayo» para una determinada política social que más tarde, y una vez que ha sido asumida por varias comunidades, es luego generalizada por la acción del Estado. En definitiva, lejos de consagrar desigualdades, las reformas que se introdujeran contribuirían, a medio plazo, a la generalización de las prestaciones establecidas por cada Comunidad.

EL PAPEL DE LOS ESTATUTOS

Las dos reflexiones anteriores se completan, en tercer lugar, con otra sobre el papel que cabría reservar a los Estatutos de Autonomía en el futuro del Estado Autonómico. La idea que preside esta última propuesta es que, en consonancia con lo ya dicho, sería deseable que los Estatutos de Autonomía incrementaran su carácter de normas dinámicas, de modo que se facilitara la recepción en su articulado de los avances sociales que se fueran produciendo en el seno de las respectivas Comunidades Autónomas.

Como se sabe, la situación actual a este respecto es dual, nacida del propio proceso constituyente y de la consagración constitucional de vías distintas de acceso a la autonomía. Una dualidad que no ha dejado de producir efectos paradójicos, pues mientras que en los Estatutos de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía acelerada (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) la rigidez estatutaria ha traído consigo que no se haya producido ninguna reforma, en todos los demás, dotados de mayor flexibilidad, se han producido ya cuatro, en 1991, 1994, y dos en 1999. La paradoja consiste, como se ha señalado, en que las Comunidades con Estatutos de vía lenta han podido dotar de carácter estatutario a las nuevas competencias que han ido asumiendo, mientras que las Comunidades de vía acelerada sólo han podido incrementar su nivel competencial mediante mecanismos de cesión extraestatuta-

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 524

rios, que, en principio, sitúan las nuevas competencias en una posición de mayor disponibilidad por parte del Estado. Pero la mayor rigidez de los Estatutos de la vía acelerada no sólo tiene consecuencias en el plano competencial. Si, como se ha tratado de poner de relieve, los Estatutos pueden ser la norma idónea para ir consagrando determinados avances en derechos sociales, esta rigidez, y el efecto que la misma produce (que algunos Estatutos no hayan sido reformados ni una sola vez en veinticinco años de vigencia) se muestra también claramente disfuncional.

En nuestra opinión, los Estatutos deberían poder ser reformados con un menor coste político, y ello podría exigir atenuar los requisitos procedimentales para la reforma. Una buena medida podría ser, en este sentido, y manteniendo en todo caso mecanismos de mayoría parlamentaria que exigieran para cambiar el Estatuto el consenso de las principales fuerzas políticas, atenuar el requisito del referéndum.

Es preciso tener en cuenta que la razón de ser orginaria de los referendos de ratificación de las reformas estatutarias era impedir que ésta viniera impuesta por el Estado sin el consentimiento de la ésta respectiva Comunidad Autónoma. Ahora bien, este objetivo puede entenderse garantizado mediante otros mecanismos que impiden que las Cortes Generales impongan su voluntad a la Cámara Autonómica, mecanismos que podrían, en caso de que se considerara necesario, ser también reforzados. Frente a lo que pudiera pensarse, el referéndum de ratificación de la reforma estatutaria no dota de más capacidad a la Comunidad Autónoma para oponerse a la voluntad del Estado. Por una parte, el propio Parlamento autonómico podría oponerse a una imposición por parte de las Cortes Generales, y, a la inversa, puesto que el referéndum sólo puede celebrarse para ratificar un texto previamente aprobado por las Cortes (y sólo puede ser convocado por el Presidente del Gobierno de la Nación), no puede ser tampoco la vía idónea para que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma impongan su parecer frente al Estado.

Por otra parte, asegurado el consenso parlamentario mediante la exigencias de mayorías cualificadas, el referéndum no tiene por qué aportar un mayor consenso social a la reforma, ni es, en ningún caso, un instrumento cuyo uso pueda garantizar la creación del consenso necesario para la reforma estatutaria, pues para su ratificación popular se exige tan sólo que el número de votos favorables no sea inferior a los negativos. En su formulación actual, el requisito de referéndum, sin añadir nada relevante, lastra el proceso de reforma estatutaria. Algo muy distinto ocurre con otros mecanismos de democracia semidirecta que sí podrían contribuir a dotar de un mayor dinamismo a las normas estatutarias y que, también por mimetismo con la CE, se han ignorado en la regulación de los procesos de reforma; es el caso de la iniciativa popular que, bien directamente, bien canalizada a través de los municipios, debería recuperarse como cauce apropiado para iniciar la reforma.

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 525

También esta medida podría tomarse tanto en un escenario de no reforma como en otro de reforma constitucional. Como es sabido, el art. 152 CE exige el referéndum para aprobar las reformas de los Estatutos de las Comunidades que hayan accedido a la autonomía por la vía acelerada, yendo en su dicción literal más lejos que las exigencias que la Constitución establece para su propia reforma, pues no se distingue aquí entre un procedimiento agravado y otro simple. Esta exigencia no ha impedido que en los Estatutos de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE se haya distinguido entre una reforma simple y otra agravada, pero ha obligado a que se contemple el referéndum preceptivo de ratificación en ambos casos, y ello a pesar de que el procedimiento simple, pensado para reformas que no alteran las relaciones con el Estado, parecería no hacer necesario un referéndum pensado para «blindar» la voluntad de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma frente a una eventual imposición estatal. Una nueva redacción de esta disposición constitucional podría atenuar el requisito, dejando a disposición de la CA establecer o no, en primer lugar, la exigencia de referéndum y, en segundo lugar, su carácter, según los casos, facultativo u obligatorio.

Pero también en el caso de que el art. 152 CE no sufriera ninguna alteración podrían tomarse medidas en el sentido que aquí se propone. Por ejemplo, extiendo la técnica ya empleada para algunos casos en los textos estatutarios (en materia fiscal o territorial), que establecen que determinados cambios en su articulado no se consideran reforma del Estatuto, o, en otro sentido, modificando las disposiciones legales en materia electoral, de modo que, aunque sigan siendo preceptivos los referendos, éstos se puedan celebrar conjuntamente con la convocatoria de las elecciones autonómicas, de manera similar a como se pensaba hacer al permitir simultanear las elecciones al PE y el referéndum consultivo sobre el Tratado Constitucional Europeo.

517-526-Estado autonómico25 3/10/05 16:07 Página 526

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 527

GOBIERNO DE LA ECONOMÍA Y ESTADO AUTONÓMICO

Gonzalo Maestro Buelga
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

I. EL MARCO GENERAL: CONSTITUCIÓN COMPUESTA, CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y AUTONOMÍA POLÍTICA

Cualquier aproximación a la relación entre autonomía política, en los Estados compuestos, y gobierno de la economía tiene que adoptar una perspectiva compleja que transciende a los problemas propios de las relaciones internas en los Estados descentralizados políticamente. La aceleración del proceso de integración europea que se ha producido, desde la entrada en vigor de la reforma de los Tratados en Maastricht, ha provocado una reflexión en torno a la relación entre ordenamientos (Estatal y europeo) y al propio concepto de constitución que trastoca el sistema de fuentes de manera radical y condiciona todo el discurso sobre el gobierno económico y de los espacios políticos del mismo. El debate teórico sobre la constitución compuesta o multinivel[1], o mejor, sobre el ordenamiento integrado[2] revela que el espacio de la autonomía se ha modificado sustancialmente, en una lógica compleja, donde los niveles de intervención ordinamental han sufrido una variación que afecta globalmente al sistema.

El problema que plantea la concepción de la constitución compuesta es el de la unidad del ordenamiento integrado. La fuente de la unidad se construye normativamente a través de la jerarquía normativa, la afirmación la supremacía del Ordenamiento comunitario como forma de relación entre los ordenamientos comunitario y estatales parecía resolver esta cuestión, sin embargo, la persistencia, al menos en el ámbito constitucional, del debate sobre los límites a la integración europea, así como la misma construcción del constitucionalismo multinivel, mantiene abierta la cuestión. Los límites a la integración pretenden establecer un espacio de actuación estatal que se sustrae a la disciplina comunitaria y sobre el que la ultima instancia decisoria es la propia jurisdicción constitucional

[1] Cassese, S. «l'Unione europea come organizzazione pubblica composita» en *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 2000, pp. 987 y ss. Pernice, I. y Mayer, F C. «De la constitution composée de l'Europe» en *Rev Trim. Der. Eur.* 2000, nº 36, pp 34 y ss. Pernice, I. «Multilevel constitutionalism in the European Union » en *Eur. Law Rev.* 2002, oct, pp 511 y ss. «Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros» en *Rev. Española de Derecho Europeo*, 2003, nº 8, pp 601 y ss.

[2] Scoditti, E. «Articulare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato» en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, nº 1, pp 189 y ss.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 528

estatal[3].La naturaleza de este irreductible espacio de soberanía se vincula a las decisiones fundamentales del ordenamiento constitucional de los Estados miembros. En la medida en que estas pueden no ser ajenas al ámbito económico pueden afectar al reparto de espacios de intervención en esta materia. Así mismo la noción de constitución multinivel plantea la cuestión de la unidad en el ordenamiento complejo cuando se predica una relación, entre los distintos niveles ordinamentales, no jerárquica, al menos formalmente. Alguna doctrina[4] ha pretendido situar la unidad del Ordenamiento europeo integrado en la aceptación por los dos niveles ordinamentales de la comunicación reciproca, esta se configura como el criterio de unidad, superando una concepción autorefencial de los ordenamientos estatales. Situar la unidad en la aceptación de la interrelación, entendiendo la norma del ordenamiento integrado como «norma nudo»[5], es decir de interconexión, es no resolver el problema, pues la unidad se logra mediante criterios materiales que unifican y disciplinan el conjunto del ordenamiento. Los mecanismos formales conducen a una debilitación del principio, no hay un criterio procedimental capaz de suplir a los contenidos materiales que garantizan la unidad del ordenamiento, a no ser que se predique la ruptura de la unidad del ordenamiento como consecuencia de los procesos de superación de la estatalidad[6]. Más pragmáticamente, las teorizaciones sobre la constitución compuesta, a pesar de sus afirmaciones formales, construyen la unidad del ordenamiento sobre la base de la afirmación jerárquica del nivel europeo. Constitución multinivel no quiere decir que los distintos niveles, el estatal y el europeo, conviven equiordenados, así como tampoco, que estos tengan capacidad condicionante, sobre todo el estatal. Implica, al contrario una ordenación de niveles que sanciona una subordinación que manifiesta la capacidad disciplinante del ordenamiento europeo al conjunto de la nueva constitución compuesta. Los teóricos del constitucionalismo compuesto reconocen esta ordenación, que se articula mediante el principio de supremacía, porque no es pensable un ordenamiento sin el principio de unidad y este no puede descansar en procedimientos de consenso o en la interiorización de lógicas relacionales como forma de interactuación. El nivel europeo se sitúa como la instancia que resuelve los conflictos y que, de esta forma, asegura la unidad del ordenamiento integrado. La unidad no admite principios contrapuestos y los espacios de intervención de los otros niveles normativos se configuran siempre como de autonomía relativa. En este caso autonomía y unidad no son principios contrapuestos[7]. En la constitución multinivel el nivel europeo se configura como determinante y desde el se define el modelo,

---

[3] Contralimites, doctrina italiana

[4] Scoditti, E. «Articulare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato» op. cit.

[5] Scoditti, E. «Articulare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato» op. cit

[6] González García, JV. «Globalización económica, administración pública y derecho administrativo: propuestas para una relación» en *RAP*, 2004, nº 164, pp 164 y ss.

[7] Rolla, G. «Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più liveli» en *Le Regioni*, 2003, nº 5, pp 703 y ss.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 529

el espacio de actuación que permite el modelo es el ámbito de acción de los otros niveles del ordenamiento, a su vez este no puede ser contrariado por los otros niveles que ni siquiera son concurrentes, en este caso.

La Constitución económica europea, en cuanto definidora del modelo económico fija el espacio de actuación de los Estados y de los entes subestatales y actúa como como criterio determinante de su actuación. La Constitución económica es, definida desde la instancia europea, especialmente constringente limitando el espacio de diferenciación como consecuencia de las exigencias de disciplinar un marco en el que el tamaño obliga a extremar los elementos de unidad. A la vez el propio modelo limita las disponibilidades de gobierno en los distintos niveles. Aunque los caracteres de la Constitución económica europea se asientan desde la primera fase de los Tratados, ciertamente no opera de la misma manera durante los primeros treinta años de vida de la CEE. Durante esta primera fase se podía predicar la autonomía de las dos constituciones económicas, la de los Estados miembros, vinculadas al constitucionalismo social, y la de la Comunidad. Incluso alguna doctrina ha afirmado que la Constitución económica de la Comunidad presuponía las del constitucionalismo social de los Estados[8]. Esta autonomía constitucional solo es predicable hasta la aceleración del proceso de integración señalada por el Acta Única y, en especial, por el Tratado de Maastricht, si la primera marca el momento del comienzo de la liberalización de los mercados, el segundo define y articula con más amplitud el modelo rigidificando sus contornos. Maastricht acaba definitivamente con la autonomía constitucional estatal e impone una revisión de la relación interordinamental que acaba sancionando, inicialmente, la contradicción entre el constitucionalismo económico del Estado social y el europeo y, posteriormente, resolviendo esta sobre la base de la imposición del nuevo paradigma. Hemos comentado que, aunque hasta el Acta Única la convivencia entre modelos constitucionales permitía afirmar la supervivencia de las constituciones económicas estatales, el Ordenamiento comunitario definía esta desde parámetros contrapuestos al constitucionalismo social. La doctrina ha señalado la vinculación de la Constitución económica comunitaria y la escuela de Friburgo[9], no sólo por la contribución relevante en la elaboración de los Tratados de personalidades vinculadas a esta escuela, sino por los postulados incorporados a estos. La constitucionalización del mercado como instancia reguladora de las relaciones económicas, la centralidad de este, la tutela jurídica del mismo como ámbito de acción del ordenamiento comunitario, articulada en torno a las cuatro libertades económicas, el papel residual y subordinado a la acción

---

[8] De la Quadra Sacedo, T. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, CEC, Madrid, 1995, pp. 9 y ss.

[9] Sobre la «economía social de mercado» y la escuela de Friburgo vease Miccu, R. «Economia e costituzione, una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca» en *Quaderni del Pluralismo*, 1996, nº 1, pp. 243 y ss.; Di Nella, L. «La scuola di Friburgo, o dell´ordoliberalismo» en *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, VVAA, Cedam, Milan, 1999, pp. 171 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 530

del mercado de la política social, reflejábán la adopción del modelo de la «economía social de mercado» en el modo concevida por los ordoliberales[10], las criticas a un pretendido giro intervencionista de la Comunidad y la inclusión de alusiones a la incipiente dimensión social[11] no empañan esta caracterización de la Constitución económica comunitaria. Ciertamente, ha habido quien todavía ha sostenido la neutralidad del Ordenamiento comunitario en este sentido. La introducción de una nueva definición de los objetivos contenida en el art. 3 del Tratado de Amsterdam permitiría una ampliación de espacios y formas de actuación que desmentirían la centralidad del mercado. Para Sauter, Amsterdam podría significar «el cierre del estadio histórico previo»[12], pero a pesar de algunas interpretaciones voluntaristas, estas aportaciones no resultan significativas para afectar al modelo descrito[13]. Ha confirmar esta afirmación contribuye el debate de la Convención sobre los objetivos, donde acaba sancionándose una fórmula no muy distinta de la anterior, ello a pesar de los intentos de dar una virtualidad integradora a la expresión «economía social de mercado». La corrección de la fórmula y el contexto inhabilitan cualquier intento de transcender al modelo. Desde alguna literatura politológica se ha ubicado a la Comunidad en el marco teórico del «Estado regulador»[14], esta propuesta se articula sobre la base de la construcción ordoliberal, contraponiendo Estado regulador a Estado interventor[15]. Así la intervención económica condicionadora del mercado resulta excluida de este modelo.

Ciertamente, la Constitución económica comunitaria, salvo en el ámbito de la política agrícola, es refractaria a la lógica interventora, puesto que comprometería su principal cometido, la construcción del mercado único. Intervención significa limitar la acción de la competencia como instrumento determinante del funcionamiento del sistema, por ello el Ordenamiento comunitario sanciona como principio su relación con el mercado desde la regulación protectora del mismo, configurando a la competencia como principio central del su constitucionalismo económico. Desde Maastricht, a pesar de la introducción más visible de la dimensión social en los Tratados, se ha exacerbado la centralidad de la competencia, en detrimento de los mecanismos interventores vinculados al Estado social, añadiendo un nuevo principio, vinculado a la introducción de la moneda única, la disciplina presupuestaria, que se configura como

---

[10] Streit, M.E. y Mussler, W. «The economic constitution of the European Community: from Rome to Maastricht» en *European Law Journal,* 1995, nº 1, pp 5 y ss.

[11] Streit, M.E. y Mussler, W. «The economic constitution of the European Community: from Rome to Maastricht» op. cit.

[12] Sauter, W. «The economic constitution of the European Union» en *Columbia Journal of European Law*, 1998, nº 4, pp 27 y ss.

[13] Maestro Buelga, G. «Constitución económica e integración europea» en *RDP*, 2002, nº 54, pp. 33 y ss.

[14] Majone, G. «The rise of the regulatory state in Europe» en *West European Politics,* 1994, nº 3, pp. 77 y ss.; Tambien «The European Community as a regulatory state» en *Collected courses of Academy law*, 1994, vol V-1, pp 321 y ss.

[15] La Spina y Majone, G. *Lo Stato regolatore*, Il mulino, Bolonia, 2000, pp 33-4.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 531

instrumento, junto con la política monetaria, fundamental de la estabilidad macroeconómica. La política monetaria y su instrumentación a través del BEC al igual que la disciplina presupuestaria no hacen sino confirmar los rasgos de la Comunidad como Estado regulador, que no es sino la traducción actual de los postulados de la escuela de Friburgo.

La instancia europea no solo define el modelo sino que establece los mecanismos de disciplina del mismo evitando que los Estados introduzcan elementos de disonancia en el mismo, pero, a la vez establece una forma peculiar de interrelación entre niveles actuación en el ámbito económico. Como corresponde a la lógica reguladora, los mecanismos de intervención son escasos y, la mayoría de las veces vinculados a la garantía de la competencia. El presupuesto comunitario, por sus dimensiones, no se plantea como instrumento de intervención en el sistema, la política monetaria se vincula muy débilmente con el ciclo económico, asumiendo esencialmente funciones de estabilización económica. Sin embargo, incorpora formas de disciplina de la acción estatal, tan constringentes que convierten a esta instancia en un nivel de escasa eficacia interventora, incluso en la actuación anticíclica, espacio de acción admitido en la teorización ordoliberal.

La Constitución económica europea consagra un gobierno débil de la economía, si puede usarse esta expresión, pero, a la vez reduce el espacio interventor del nivel estatal, no tanto por el traspaso de competencias y su expansión, sino por obra del propio modelo. La estabilidad económica definida e instrumentada desde la Comunidad, reduce el espacio estatal y limita el efecto del presupuesto como mecanismo de intervención económica, La garantía de la competencia adquiere la dimensión de la imposición de un principio no interventor[16] que esteriliza la acción del sector público estatal e impide su uso conforme a los postulados del welfare state keynesiano. En definitiva, el nivel estatal solo tiene una posibilidad de intervención indirecta y, por ello, mucho más atenuada que en constitucionalismo económico social. La idea de gobierno débil de la economía en la Constitución económica europea, se refuerza en el ámbito estatal. Este es el marco en el que debe insertarse el espacio subnacional de relación política-economía.

Ciertamente, autonomía política en el ámbito económico no se confronta con el modelo de constitucionalismo económico, pero la propia flexibilidad del modelo de economía mixta y la graduación de la intensidad interventora permitían un espacio de diferenciación suficientemente significativo, aunque sin comprometer los elementos unitarios del sistema. Este espacio de diferencia se limita también ahora, los niveles inferiores del nuevo ordenamiento intergrado resultan afectados, en mayor medida aún, en sus espacios de diferenciación económica, acentuándose su dimensión de ejecución y limitando el nivel subestatal al de la compe-

[16] CASSESE, S. *La nuova costituzione economica*. Laterza, Bari, 1995, p 32.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 532

tencia con ámbitos económico-institucionales distintos, que opera, tanto horizontal, como verticalmente. Este espacio de intervención económica subestatal como núcleo fundamental de su actuación, con instrumentos poco parangonables con la idea de gobierno económico, es la que trataremos de desarrollar.

II. LOS INSTRUMENTOS DEL GOBIERNO ECONÓMICO

En la tradición del constitucionalismo social gobierno de la economía expresa la idea de guía, determinando objetivos, del sistema económico, es decir la prevalencia de la política, desde la que se establece el programa para el mercado, sobre la economía que pierde su autonomía. Ilustra la concepción del mercado como una construcción política[17], que se funcionaliza a la satisfacción de determinados fines. Por ello los instrumentos de intervención, que lo son de gobierno, pues contribuyen a la dirección económica, actúan como condicionantes del mercado.

Posiblemente el instrumento que mejor refleje esta idea es el de la planificación, encarna la dirección global[18] y se configura como el momento de composición del conflicto que introduce el vínculo social en el sistema económico[19]. Es evidente que en modelo de Estado social la planificación no implicaba el uso de instrumentos coercitivos, ni la imposición de comportamientos obligatorios al operador económico privado, pero también que, junto a los mecanismos de persuasión, de naturaleza subvencional, se contaba con otros que reforzaban la eficacia de las decisiones. La planificación adquiere en los Estados compuestos una complejidad acentuada, pues resulta un mecanismo de composición de intereses pluridimensional, integra no sólo los sujetos del conflicto capital-trabajo, sino a los poderes territoriales, que se integran, de esta forma, en la dirección global. Planificación, en la perspectiva federalizante, implica integración territorial, a la vez, el interés territorial conforma necesariamente el diseño general a través de la corrección del desequilibrio territorial que se articula como uno de los objetivos de la planificación. Pero esa interacción entre participación subestatal e integración del interés territorial, acentúa la exigencia de instrumentos condicionantes del sistema económico.

La planificación como mecanismo de gobierno del sistema que incorpora la lógica condicionante del mercado ha desaparecido, frente a esta intervención general la definición de la política económica se traslada, en primera instancia, al ámbito europeo instrumentado mediante las GOPE (Grandes Orientaciones de Política Económica). Estas orientaciones se enmarcan en los principios que definen su Constitución económica (econo-

---

[17] Irti, N. *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, pp. 3-64.

[18] Predieri, A. *Pianificazione e costituzione*, Ed. Comunitá, Milan, 1963, p. 38.

[19] Maestro Buelga, G. «El momento consensual de la planificación: notas sobre el Consejo Económico y social» en *REP*, 1993, nº 82, pp. 67 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 533

mía de mercado abierta y de libre competencia, tutela del mercado único, objetivos de la Unión, etc.) que actúan de modo constringente privándolas del alcance que tenia la planificación. El nivel estatal se conforma así como espacio de ejecución limitado también por la cooperación intergubernamental. Los espacios competenciales que los entes subestatales tenían en virtud de las constituciones internas acaban desnaturalizados y las manifestaciones de esta dirección de la economía, en su ámbito territorial, gravemente afectados. Ciertamente la idea de planificación se ha desplazado a la gestión del mercado articulándose a través del presupuesto, que materializa y traduce en los niveles inferiores las GOPE. Si el presupuesto era un mecanismo instrumental en la lógica planificadora del intervencionismo público económico del Estado social, ahora se ve más relativizado aun por las normas de disciplina impuestas en los Tratados[20] que se imponen también a los entes subestatales. La intervención general como gestión del mercado único se distancia del significado de este instrumento en el marco del gobierno económico.

El sector público junto con las medidas de incentivación, de diversa naturaleza, constituían los instrumentos de actuación para lograr los objetivos decididos en la planificación. Mientras que en el primero el poder público despliega su actividad de forma vinculante, el segundo utiliza técnicas persuasivas que, desde el punto de vista comunitario pueden afectar a las normas sobre la competencia.

Respecto el sector público, ya es un lugar común admitir la esterilización de este instrumento como mecanismo de intervención. Varias son las cuestiones que afectan a este. La primera se confronta directamente con la idea misma de iniciativa pública afectada por los procesos de liberalización de los mercados, iniciada desde mediados de los años ochenta. La segunda se refiere a la desnaturalización de la empresa pública. Por último, incidiendo de forma especial en el vínculo social del sistema, debe mencionarse la desaparición, de facto, de la noción de servicio público del ordenamiento integrado europeo.

Aunque en la literatura comunitaria se ha tendido a limitar la transcendencia de la esterilización de este instrumento reflejada en el debate sobre la neutralidad de la Constitución económica comunitaria[21], la realidad es que los tratados rompen con la lógica de la iniciativa pública en el constitucionalismo social. La neutralidad comunitaria sobre el régimen de la propiedad y la compatibilidad entre iniciativa pública y privada no pueden esconder el papel al que el Ordenamiento comunitario confina a la iniciativa pública, que no es otro que el reducirlo al de mero operador económico, este debe comportarse en el mercado como un operador privado. La acción de las normas de la competencia, impuestas

[20] MAESTRO BUELGA, G. «El vínculo presupuestario comunitario y los Derechos sociales» en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2002, nº 64, pp. 193 y ss.

[21] SAUTER, W. «The economic constitution of the European Union» op. cit.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 534

también al sector público, reducen los potenciales efectos de condicionamiento del mercado, que eran la razón de su existencia. Por otra parte, el papel del sector público como control estratégico de los sectores fundamentales para el funcionamiento del sistema económico, que reflejaba la función pública de garantía de la creación de riqueza desaparece con la ampliación del espacio del mercado que produjo la liberalización de los monopolios públicos. Las privatizaciones expresaban el fin del control del sistema productivo nacional.

La literatura en torno a la sustitución del servicio público por la del servicio económico de interés general y la del servicio universal es ya inabarcable y refleja la mercantilización de un concepto encargado de expresar el vínculo social del sistema económico.

Las medidas de incentivación también se han transformado por la acción de las normas sobre la competencia, pasando a configurarse como instrumentos de acción indirecta y perdiendo importancia las formas directamente subvencionales, lo que, como se verá, afectará de forma importante a la intervención económica subestatal.

Aunque no se trata de hacer un repaso a los instrumentos de intervención vinculados al gobierno de la economía en el constitucionalismo social, la referencia a estos tiene sentido para ilustrar la limitación del espacio interventor, tanto del estado como de los entes subestatales, más acentuada en este nivel. Por ello debemos completar con alguna referencia al presupuesto y el gasto público. El instrumento monetario, clásico entre los mecanismos del gobierno del ciclo, es ya competencia exclusiva comunitaria y aunque no pertenecía al ámbito competencial subestatal en derecho comparado, no deja de tener importancia señalar la tecnificación de este instrumento, en manos del BCE, que le sustrae a la lógica de la intervención política y que confirma las tendencias del Ordenamiento comunitario.

El presupuesto es posiblemente el ámbito donde mejor se manifiesta la paradoja de la constitución económica europea, que, por otra parte, es funcional a la preservación de un modelo con una fuerte centralidad del mercado. Es la instancia europea la que define el modelo de constitución económica y para disciplinar la conformidad al mismo de los estados desactiva los mecanismos de intervención que se gestaron en el constitucionalismo social, sin embargo desde el nivel europeo no se configuran mecanismos de gobierno económico, pues la intervención es residual y anecdótica. El presupuesto europeo, por lo reducido de su dimensión, no puede ni siquiera cumplir eficazmente su función de corrección de los efectos de la asimetría económica, que antes venía a paliar parcialmente una política monetaria nacional[22]. Pero a la vez la rígida disciplina presupuestaria y de gasto, que impone a los Estados, reduce el

[22] MONORCHIO, A. «La politica economica dell'Unione monetaria europea: ruolo delle politiche di bilancio nazionali e del bilancio communitario».

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 535

margen de la política económica de estos. La disciplina presupuestaria resulta un mecanismo de control eficaz, de disciplina del modelo económico que impone, por la reducción del espacio interventor estatal[23], una lógica de autonomía de la economía en el constitucionalismo interno. Ciertamente, el presupuesto se había configurado como el instrumento de guía débil en el constitucionalismo interno y este tenía una importancia mayor si cabe el el ámbito subestatal . En este ámbito puede decirse que ha limitado las posibilidades de intervención, en la medida en que constriñe la capacidad de gasto en un modelo global en el que, como se verá, resulta esencial para definir políticas económicas diferenciadas en la lucha por la competencia.

La esterilización del arsenal instrumentario del gobierno económico del estado social incide especialmente en las posibilidades que se abrían en el espacio subestatal y que era propiciado por un modelo de Constitución económica que incluía en su definición importantes dosis de flexibilidad.

III. EL ESPACIO LOCAL DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA

Fijado el contexto general y la erosión de los instrumentos de intervención económica en la nueva constitución económica europea queda por aproximarnos al ámbito local de intervención, intentando precisar su espacio.

La relación del espacio global, de la que puede considerarse una manifestación la Unión europea, y el local es compleja aunque presenta elementos de complementariedad que refuerzan la centralidad del mercado frente a la intervención pública. El elemento que preside esta nueva relación es el papel asignado al Estado, este asume, por una parte, la función de poner en condiciones de competir al capital nacional[24] y, por otra, se convierte en agente captador de capitales en consonancia con el establecimiento de espacio económico abierto. Esta doble función convierte el Estado en sujeto de la competencia económica[25], es posiblemente esta posición la que expresa con mayor claridad el papel subalterno del poder público, en el sentido de que renuncia al condicionamiento del mercado para asumir su lógica en la intervención económica.

Esta nueva posición del Estado se extiende al poder público en general de tal forma que altera la lógica cooperativa que imponía una determinación del interés general en los Estados compuestos, introduciendo factores de perturbación en la relación interinstitucional que quedan sujetadas esencialmente por el principio de la unidad de mercado, reforzada por la Constitución económica europea. Los entes subestatales, paralela-

---

[23] DELLA CANANEA, G. «Il patto di stabilità e le finance pubbliche nazionali» en *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2001, pp. 559 y ss.

[24] MEIKSIS WOOD, E. «Global capital, national States» en *Historical materialism and globalization,* Routledge, Londres, 2002, pp. 17 y ss.

[25] PIZZORNO, A. «Natura della disuguaglianza, potere politico e potere privato nella società in via di globalizzazione» en *Stato e mercato*, 2001, nº 62, pp. 201 y ss.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 536

mente al nuevo papel asumido por el Estado, interiorizan esta lógica deviniendo ellos mismos sujetos de competencia económica.

Esta posición, que desde el liberalismo económico se ha teorizado como federalismo competitivo, se contrapone al modelo de intervencionismo económico del Estado social, no sólo porque dificulta la construcción de un interés general construido unitariamente, sino porque la noción misma de federalismo se configura como barrera al intervencionismo público. Aunque el federalismo competitivo comienza su desarrollo teórico ya en los años cincuenta del siglo pasado[26] sus raices recuerdan el uso que del federalismo se hizo en las confrontaciones con el *new deal* como reacción a la crisis del 29. Naturalmente, federalismo cooperativo en cuanto fórmula que se desarrolla en el contexto de la consolidación de Estado social, postulando la colaboración de los diferentes niveles de gobierno como exigencia del gobierno político de la economía, resulta radicalmente atacado por estas propuestas. El Estado federal es visto como garantía del mercado y de su autonomía y la competencia entre los distintos niveles de gobierno como mecanismo de eficacia en la distribución de los recursos y en el funcionamiento de sistema económico. El federalismo competitivo es ante todo una propuesta de recuperación de la centralidad del mercado que se traslada al ámbito de las relaciones interinstitucionales aplicando a estas sus principios, es decir, introduciendo la dinámica de la competencia entre los distintos espacios decisionales[27]. Combina una reducción generalizada del sector público con una propuesta de sistema institucional basada sobre la lógica competitiva[28]. La competencia, en este modelo, no afecta solo al nivel horizontal, entre los órganos subestatales, sino tambien al vertical[29]. introduciendo un factor de inestabilidad en las relaciones entre el Estado y los niveles inferiores que limitan, bajo la pretensión de la eficacia competitiva, el poder de dirección de este y de esta forma el gobierno económico. Así, el federalismo competitivo resulta complementario a la reivindicación de la centralidad del mercado del discurso globalizador[30], trasladándolo al ámbito institucional.

La dinámica competitiva tiene, sin embargo, los limites antes fijados, impuestos tanto por el Estado como por la Unión europea, estos derivan del principio de la unidad de mercado, ahora ampliado geográficamente. Estos límites condicionaran la lógica competencial inserta en la relación institucional.

---

[26] PIERINI, A. «Il federalismo competitivo:un aproccio neoliberista all'analisi dei processi di federalizzazione» en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999-IV, pp. 1410 y ss.

[27] BUCHANAN, JM. «Federalism and individual sovereignity» en CATO, J. ,1995-6, 15 (2-3), pp. 259 y ss.

[28] PIERINI, A. «Il federalismo competitivo:un aproccio neoliberista all'analisi dei processi di federalizzazione» op cit.

[29] SALMÓN, P. «Descentralization as an incentive scheme» en *Oxford. Rev. Econ. Pol.*, 1978, nº 2, pp 24 y ss. BRETÓN, A. «Costi e benefici del federalismo» en *Amm.*, 1998, nº 1, pp. 9 y ss.

[30] CANTARO, A, DEGNI, M. *Il principio federativo*, Molfeta, La Meridiana, 1995, pp. 20.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 537

El capital en el nuevo contexto económico adquiere como característica fundamental la movilidad y determina el juego de la política económica en los distintos espacios de decisión política. La captación de capitales como función del poder público deviene marco de competencia entre poderes locales y perturba las relaciones verticales de poder y, sin embargo, constituye uno de los ejes fundamentales de la nueva intervención económica[31]. Los incentivos financieros, tanto fiscales, como subvencionales en general, conforman el instrumental más evidente de captación de capitales, técnica que en este caso resulta limitada en su alcance por la unidad de mercado impuesta de forma notablemente rígida por el Ordenamiento comunitario. Las limitaciones para el uso de estos instrumentos colocan en una situación más vulnerable a los sistemas de protección social, estos han pasado a considerarse como costo de la producción[32] estableciendo la contradicción entre protección social y sistema económico y por tanto ámbito de la competencia por la captación de capitales, que se podrá ver especialmente afectado en el nuevo escenario abierto por la ampliación de la Unión europea.

El otro campo donde desplegar la actividad interventora dentro de la lógica competitiva es el de la creación de condiciones estructurales atractivas para la inserción del capital, en este caso, las técnicas de intervención son similares a las utilizadas para la protección del capital local, en la medida en que puede utilizarse este término. Las condiciones de infraestructuras, entramado tecnológico y difusión social del mismo, capacitación de la mano de obra y creación de una red de instituciones públicas de apoyo a la actividad económica, que establecen una relación de cooperación subordinación al interés privado, son un espacio privilegiado de actuación sobre la competencia. Como hemos dicho, estas intervenciones pueden valorizar competitivamente al capital local, convirtiéndoles en sujetos dinámicos capaces de actuar globalmente. El modelo de «multinacionales de bolsillo» que ha servido de referencia para caracterizar a un tipo de empresa local altamente competitiva creada en el marco de la experiencia de los distritos industriales regionales[33] ha servido como referencia para este tipo de actuaciones. Aunque esta intervención no solo se vincula al apoyo al capital local, sino que opera como técnica de competencia para la captación de capitales creando un entorno favorable a la inserción geográfica de los mismos.

El espacio de intervención local viene definido como espacio por la competencia para la captación de capitales y su conservación, donde el sujeto público resulta un actor privilegiado y su instrumental se despliega esencialmente en el campo de la creación de las condiciones de in-

---

[31] WEINGAST, B. «El papel económico de las instituciones políticas:el federalismo de mercado y el desarrollo económico» en *Zona Abierta*, 2003, nº 104-5, pp. 17 y ss.

[32] JESSOP, B. «Reflexiones sobre la lógica de la globalización» en *Zona Abierta*, 2000, nº 92-3, pp. 95 y ss.

[33] BONOMI, A. «La geocomunità: la dimensione intermedia tra locale e globale» en *Democraziá e Diritto*, 2004, nº 1, pp. 81 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 538

serción con una fuerte presencia pública en funciones de apoyo a la actividad económica[34]. Definir el espacio local como el de la competencia significa excluir la intervención condicionadora del mercado y, por tanto, la definición de políticas económicas donde la política ocupe un lugar subordinado a la lógica competitiva. Por otra parte limita el espacio de diferencia uniformado por la competencia que pone el acento esencialmente en la intensidad de actividad competitiva.

IV. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y UNIDAD ECONÓMICA: EL MARCO CONSTITUCIONAL

Definir el momento unitario en la intervención económica en un estado compuesto obliga a referirnos a dos conceptos próximos pero diferenciados: unidad económica y unidad de mercado. El segundo es de naturaleza estructural, se trata de fijar las condiciones que permitan configurarse a un determinado territorio como espacio económico unitario, como mercado. El segundo tiene un alcance general, pero no estructural, se refiere a la dirección económica, al establecimientos de criterios generales coincidentes en un espacio económico que permitan su dirección global, afecta de forma más directa al gobierno económico, que para su existencia precisa de intervenciones centralizadas. Ciertamente, en un Estado compuesto estos conceptos deben diferenciarse y no tienen necesariamente que coincidir, como ha señalado algún autor[35], pero debe tenerse en cuenta que es precisamente la intervención económica, vinculada al gobierno de esta, la que ha operado la trasformación de los sistemas federales a lo largo del siglo pasado, reforzando los poderes centrales como nueva exigencia de la intervención económica. Desde los cambios en el federalismo americano, impulsados en el periodo del *new deal*, hasta el federalismo cooperativo se insertan en la inevitable expansividad y centralización de la intervención económica, limitando el espacio de diferenciación, pues, materialmente, este erosiona la capacidad de dirección e inserta una dinámica de desigualdad potencial que se contrapone con las nuevas funciones estatales.

IV.1. UNIDAD DE MERCADO

Esta afecta a dos elementos que configuran al mercado como espacio de intercambio económico, por una parte al *status* de los agentes económicos y, por otra, a la supresión de restricciones a la circulación de mercancías, capitales, servicios y trabajadores. El *status* está vinculado con el sistema de derechos en la medida en que las libertades económicas lo definen y establecen las posiblidades de actuación de estos en el

[34] Pianta, M. «Globalizzazione dell'economia e dimensione locale» en *Democrazia e Diritto*, 1994, nº 2-3, pp. 219 y ss.

[35] Alberti Rovira, E. *Autonomía política y unidad económica*. Civitas, Madrid, 1995, pp. 219-10.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 539

sistema. Nada puede objetarse a la definición unitaria de este *status* que resulta condición para la definición de un mercado. La segunda alude al ámbito geográfico del mercado y es también condición de su definición concreta. Tanto uno como otro se definen ahora contextualmente, en el marco europeo. La naturaleza de la intervención, en este caso es esencialmente normativa y general[36] aunque no se agota en ella. En clara conexión con ambos y especialmente con el segundo elemento se sitúan las normas de garantía de la competencia que se materializan en un espacio administrativo donde se realiza su ejecución. La especial transcendencia que ha cobrado este aspecto en el marco de la proliferación de las autoridades independientes, encargadas de la tutela de la competencia y de protección y garantía de derechos de los sujetos actuantes en el mercado, a planteado como problema la centralización de la ejecución de las normas sobre la competencia. La diferenciación de espacios territoriales dentro del mercado, posibilidad admitida por nuestra jurisprudencia constitucional (STC 208/1999), tiene una complicada conciliación con el principio de unidad de mercado, ello por lo problemático de la posibilidad de determinar espacios aislados sin influencia en el contexto general del mercado cuya unidad se predica[37]. La posibilidad de una distinta aplicación de normas sobre la competencia en virtud de la definición de espacios territoriales sin influencia en el mercado general parece una contradicción con el mismo concepto de mercado, que exige una fuerte interconexión interna. La noción de comercio interior, competencia asumida en muchos Estatutos de autonomía, sirve de base para la articulación de un espacio autónomo de gestión del mercado, entendiendo factible la definición de un «mercado autonómico» con unas dosis de aislamiento tales que le permitan sustraerse a la ejecución general de las normas sobre la competencia. Aunque sobre esta cuestión volveremos más tarde este planteamiento supone una distorsión del concepto de unidad de mercado que obligará a revisiones en la definición de los espacios de autonomía.

Vista la relación interordinamental construida durante el proceso de integración europea carece de sentido fundar el principio de unidad de mercado en el artículo 2 de nuestra constitución y en una interpretación sistemática de los preceptos que conforman nuestra constitución económica. La definición del nuevo espacio económico que supone el mercado único europeo permite, como es obvio, una ejecución diferenciada orgánicamente de las normas de la competencia, pero exige, por el contrario, una fuerte unidad de criterios en su aplicación. De esta forma, los espacios de autonomía se resumen en un aspecto meramente formal, pero, en modo alguno, pueden tener una significación que implique

---

[36] ALBERTI ROVIRA, E. *Autonomía política y unidad económica*. Op. cit. pp. 221.

[37] COSCULLUELA MONTANER, L. «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho comunitario europeo y los principios generales del Derecho público económico» en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastian Martín Retortillo*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 109 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 540

diferenciación. Mercado autonómico es pues, por definición, un concepto inútil y potencialmente peligroso, puesto que no podría significar otra cosa que definir un ámbito de actuación administrativa pero fuertemente vinculada a criterios estandarizados que garanticen la igualdad en las condiciones de competencia.

Si la unidad de mercado presenta pocas dificultades conceptuales y resulta pacífica su admisión, así como de una intervención centralizada para su garantía, otra cosa distinta se plantea con la unidad económica, en los términos en los que la hemos definido.

IV.2. LA UNIDAD ECONÓMICA

Como hemos dicho, este segundo término no se refiere a las condiciones estructurales para la afirmación del mercado en un espacio territorial, estamos ahora en el ámbito de la política. La unidad económica estaría exigiendo unos mismos criterios de dirección para el conjunto del sistema, ciertamente estamos ante un principio de alcance general, con problemas de articulación con los títulos competenciales previstos constitucionalmente. La vinculación de la «unidad económica» a la política económica implica que los contenidos, habitualmente otorgados a esta, perméan el sistema competencial permitiendo un resultado que unifique los objetivos y fines establecidos desde el poder público para el sistema económico. Estos implican, en las mayoría de los casos, el control de la instrumentación de los medios para la consecución de los objetivos establecidos[38]. El problema que se plantea es, por tanto, cual es espacio autonómico de disponibilidad sobre la política económica, porque, en esencia, la respuesta que se de condiciona el debate sobre las competencias autonómicas en este ámbito. El problema que ha planteado parte de la doctrina en relación a reconstrucción jurisprudencial del título competencial del art. 149.1.13 es de la absorción y casi vaciamiento de las competencias económicas de las Comunidades Autónomas por un título que, además de la trasformación respecto a la dicción literal de la Constitución, presenta un alcance prácticamente omnicomprensivo[39]. Con base en afirmaciones de la propia jurisprudencia constitucional se pretende que el Estado no pueda realizar un desarrollo pormenorizado ni de detalle, sino que debe dejar un espacio para el ejercicio de las com-

---

[38] MALARET, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas» en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterria*. Tomo V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 4045 y ss.

[39] GARCÍA TORRES, J. «La «ordenación general de la economía», título sustantivo de la competencia estatal» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, nº 17, pp. 241 y ss.; ALBERTI ROVIRA, E. *Autonomía política y unidad económica,* o. Cit. pp. 227-45. Tambien, del mismo autor «La constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución Española)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, nº 71, pp. 123 y ss.; TENA PIAZUELO, V. *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, cap. V, pp. 239 y ss.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 541

petencias autonómicas[40]. Lo que permite determinar el alcance de las competencias económicas autonómicas es precisamente establecer el significado de la «unidad económica» pues es esta la base sobre la que se construye la acción de los títulos competenciales estatales. Sobre esta base seria más fácil compatibilizar los dos ámbitos de actuación.

El pretendido exceso del Tribunal constitucional al reconvertir el artículo 149.1.13 en la «ordenación general de la economía» no puede descontextualizarse de la necesidad de determinar el alcance de la «unidad económica». Ciertamente se dicho que esta reconstrucción carece de base constitucional suficiente, utilizando un argumento literal,[41] y relativizando las formulaciones contenidas en los Estatutos de Autonomía, con todo, lo más llamativo de estas críticas es su incapacidad para dar un significado a las alusiones constitucionales a la unidad de la política económica, presentes estas en los arts. 148 y 149 que, en definitiva, representan el núcleo que condiciona el conjunto de la interpretación del reparto competencial. Por ello la crítica se queda en una insatisfactoria lamentación de la potencialidad invasiva de la reconstrucción jurisprudencial del art. 149.1.13 de la Constitución.

La discusión sobre la «naturaleza» de la «ordenación general de la economía», si constituye un título competencial o, por el contrario, no es más que la sintesis del instrumental interventor establecido constitucionalmente a favor del Estado[42] y por ello no justificaría, en si mismo, la atracción de competencias carece de trascendencia para resolver el problema. Entender que el único título competencial es el formulado literalmente en el art. 149.1.13 no tiene más efecto que invertir los planteamientos pero no resuelve la cuestión, es decir ¿cuál es el espacio autonómico dentro del principio de «unidad económica»? Debilitar el alcance unificador del 149.1.13 en base a su dicción literal es también una descontextualización que se contradice con la necesaria sistematicidad interpretativa.

En nuestra opinión, tampoco resulta útil la diferenciación entre la «ordenación general» o, si se quiere, de las «bases y coordinacion de la planificación» y el art. 131.1, estableciendo ámbitos de planificación diferenciados[43]. Pretender que el espacio de actuación del art. 131 viene determinado por la actividad económica nacional, estableciendo un procedimiento específico, mientras que el 149.1.13 facultaría para una intervención coordinadora de las actividades de planificación autonómicas, que implicaría una iniciativa y un espacio propio que solo consentiría coordinación de estas iniciativas, no resulta sostenible. La interrrelación entre estos dos pre-

[40] MALARET, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas». O. Cit.

[41] TENA PIAZUELO, V. La unidad de mercado en el Estado autonómico, o. cit. cap V, pp. 239 y ss.

[42] MALARET, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas». O. Cit.

[43] GARCÍA TORRES, J. «La «ordenación general de la economía», título sustantivo de la competencia estatal» O. Cit.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 542

ceptos, desde otra perspectiva[44], es un intento forzado de compatibilización de espacios, cuyo problema principal es la renuncia política a un sistema de intervención como el diseñado en el art. 131, que se inserta en la tradición del constitucionalismo económico de Estado social.

No parece fácil sustraerse al planteamiento teórico que establece la jurisprudencia constitucional, con claridad desde 1986. La «unidad económica» habilita para intervenciones, «planificación de detalle» que rebasan el planteamiento general, así mismo, en determinadas situaciones, esta permite no solo la planificación de detalle, sino medidas singulares, tendentes a garantizar la realización de los objetivos. La sentencia del TC reiteradamente citada 29/1986 y las numerosas que desarrollan este planteamiento (ver entre otras 95/1986 y 186/1988) construyen una formulación que vinculando el art. 149.1.13 con el principio de «unidad económica» y conducen a una absorción tanto de la capacidad de intervención de detalle como de la actividad de ejecución de esta determinación de objetivos. La afirmación del propio Tribunal del carácter no ilimitado de esta competencia, condicionada a las exigencias para la eficacia de la aplicación de los objetivos generales, no empañan esta capacidad interventora. Establecida así la definición de la política económica, que reclama una intervención central, queda por ver determinar el espacio autonómico en este marco. Ciertamente el sistema constitucional de reparto de competencias contempla títulos generales de intervención a favor de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.13) especificados en los contenidos estatutarios referidos a la planificación económica autonómica y vinculada a la satisfacción de intereses territoriales, aunque estas competencias están condicionadas, en su formulación estatutaria, a la política económica estatal. ¿Fomento de desarrollo económico de la Comunidad Autónoma o política económica de esta significan legitimidad para establecer un espacio de diferenciación? ¿El principio de autonomía en su materialización económica debe traducirse en la preservación de un espacio de diferenciación? Parece difícilmente admisible que autonomía pueda significar legitimidad para desviarse de la previsión general. El reconocimiento del TC, ya en la misma sentencia 29/1986, de que la actuación del Estado no puede llegar a «un vaciamiento de las competencias asumidas por la Comunidad en materia de planificación» (fj 4º) encuentra su materialización en el ámbito de la ejecución de la política económica del Estado, en este es donde pueden encontrarse espacios de cierta discrecionalidad de decisión autonómica[45]. La discrecionalidad reclamada como expresión de la intervención autonómica no significa desviación y no puede ejercerse en contraste con la política económica estatal, sino que su ejercicio se

[44] MALARET, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas». O. Cit.

[45] MALARET, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas». O. Cit.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 543

materializa en los espacios que deja esta, en las posibilidades diversas de actuar unos objetivos. La amplitud no puede venir predeterminada a priori, sino que dependerá de las exigencias, en orden a la profundidad de la intervención, que se deriven de la intervención estatal. Espacio autonómico como espacio de ejecución es la clave de comprensión del sistema de reparto competencial en materia económica. Otro problema es como articular este espacio.

El art. 149.1.13 se configura, así, no tanto como límite a las competencias autonómicas[46], lo que sugiere un papel secundario corrector, sino que dota de una capacidad de intervención general centralizada que permea el conjunto de competencias económicas autonómicas, solo dentro de esta intervención pueden estas ejercitarlas. De facto establece este precepto, materialización competencial de la «unidad económica», un espacio de ejecución residual. La «ordenación general de la economía» revaloriza al art. 149.1.13, en su formulación por la jurisprudencia constitucional, como titulo competencial. Solo en ausencia de intervención estatal es pensable una intervención autonómica propia, es decir, dotada de discrecionalidad y libertad, cuestión esta difícilmente imaginable, pues la política económica general, aún no entrando en sectores específicos objeto de disputa competencial, tiene un alcance tal de convertir la intervención autonómica en ejecución, aunque esta recupere, en estos casos, espacio de discrecionalidad.

La relación Estado entes subestatales en materia de competencias económicas, más aún en la determinación de la política económica, no es paralela a la existente entre la instancia europea y la estatal. La Unión, incluso en el tratado constitucional todavía no ratificado, carece de competencias significativas en orden a articular un gobierno económico. Los arts. I-15, III–177,178 y 179.2 definen la forma de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, pero con una generalidad que no permite trasladar el esquema política económica–ejecución antes definido. Los elementos de disciplina, que no gobierno económico, de la Unión europea vienen de la mano del modelo de Constitución económica que impone y de los mecanismos de control vinculados a la política monetaria y presupuestaria. Las grandes orientaciones de política económica, expresan el gobierno débil en materia económica, confiriendo al ámbito estatal un espacio de libertad limitada donde opera la relación anterior.

Posiblemente el planteamiento de la colaboración en la definición de la política económica entre la instancia estatal y subestatal es el que presenta más posibilidades teóricas de compatibilizar las dos esferas de intervención[47], aunque plantea problemas de índole política.

---

[46] Alberti Rovira, E. Autonomía política y unidad económica, O. cit., p. 242.

[47] Malaret, E. «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas». O. cit.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 544

Precisamente, la fórmula de la colaboración ha sido explorada en la más reciente jurisprudencia constitucional comparada. La reforma del título V de la Constitución italiana ha planteado similares problemas, con la dificultad añadida derivada del reparto de competencias que recoge el nuevo art. 117. Este precepto articula un sistema basado en una tabla de competencias exclusivas estatales, notablemente limitada, donde no se contemplan títulos generales vinculados a la política económica y al gobierno de la economía, una lista de competencias concurrentes con incidencia limitada en este campo y una cláusula residual, fuente de las competencias regionales, que abre un amplio margen de intervención económica.

Los problemas de semejante diseño pronto se hicieron evidentes. La necesidad de construir una fórmula que asegurase, a pesar del tenor literal del art. 117, al Estado una capacidad de dirección económica vinculante para las regiones derivado del principio de unidad y de la unidad económica, ha llevado a la jurisprudencia constitucional a un activismo que ha operado un rediseño del sistema regional, a veces con soluciones discutibles[48].

Los elementos en los que descansa la propuesta jurisprudencial, aún incipiente, son tres: por una parte, el papel central del principio de unidad, planteado en términos generales[49], que tiene su traducción económica sancionada normativamente (art. 120), por otra, la flexibilidad del sistema de reparto de competencias contenido en el mencionado art. 117 y, por último, como vía de preservación de intervención económica regional, la imposición de la colaboración entre la instancia estatal y regional en la elaboración de las decisiones que afectan al interés regional, so pena de ilegitimidad constitucional de la intervención.

Las sentencias de la Corte Contituzionale 303/2003, 6/2004, 233/2004 entre otras han sentado las bases de la legitimación constitucional de la intervención central y de la relación con las regiones.

La apelación al principio de unidad, aún con las limitaciones de la intervención indispensables para asegurar su eficacia, es una constante que permite al Estado asumir competencias, no solo legislativas, sino de ejecución. La unidad económica asume aquí, no el papel de un título competencial, sino el de un principio absorbente, paralelo al de otros ordenamientos, que garantiza la primacía de la intervención central unitaria. Aunque la invocación del principio de unidad económica sería suficiente para conseguir una flexibilización del sistema de reparto competencial del art. 117, esta jurisprudencia ha usado el principio de subsidiariedad, pensado para el ejercicio de las competencias administrativas (art. 118.1), para sancionar la flexibilización del sistema. Si la subsidiariedad, vinculada al principio de unidad económica, permite una recuperación

---

[48] BARTOLE, S. «Collabarazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale» en *Le Regioni*, 2004, nº 2, pp. 578 y ss.

[49] DE SIERVO, U. «Il sistema delle fonti: il rapporto della potestà normativa tra Stato e regioni» en *Federalismi.it*, 2004, nº 20.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 545

de espacio de intervención estatal, este mismo precepto permite absorver competencias legislativas mediante esa conjunción. El resultado es la flexibilización del sistema de reparto de competencias ampliando es espacio de intervención estatal[50].

Pero el elemento más relevante, sobre el que queremos llamar la atención, es la imposición de la colaboración en la intervención económica, donde se produzca una conexión de intereses. El resultado es que la política económica, en estos casos, debe componerse, sugiriendo formas procedimentales de consenso.

La intervención estatal pierde la legitimidad constitucional a falta de la integración consensual en el diseño y aplicación de las medidas. La incisividad y capacidad de penetración en el sistema competencial del principio de unidad económica se complementa con la necesaria integración de los entes regionales en esta, siempre en el marco del deber de lealtad constitucional. No hay pues, posibilidad de divergencia en la intervención económica, sino recuperación de la unidad imponiendo la colaboración.

Ciertamente el contexto político en torno a la reforma regional italiana no favorece las relaciones de colaboración, sin embargo, o por ello mismo se imponen jurisprudencialmente para hacer operativo el sistema. Esta es también nuestra situación, que vuele difícil introducir eficazmente la colaboración en un contexto de relación conflictual. Los mecanismos de intervención general, constitucionalmente previstos, que prevén procedimientos de composición de intereses, incluido el territorial, no son utilizables. El art. 131 se sitúa en una lógica económica vinculada a la tradición del Estado social y, como tal, difícilmente utilizable en el nuevo contexto de la Constitución económica europea. En nuestro caso la colaboración territorial encuentra dificultades de cultura política para su inserción en el sistema autonómico.

V. LOS LÍMITES A LA ACCIÓN EN EL ESPACIO DE LA COMPETENCIA: LA CAPTACIÓN DE CAPITALES

Habíamos cifrado el ámbito de intervención económica subestatal en el espacio de la competencia, es decir en la mejora de las condiciones de competencia del capital local y en la captación de capitales, aunque en muchos casos las medidas tienen esa doble dimensión. Sin embargo esta intervención encuentra límites que restringen tambien este espacio. El problema principal se ha planteado en la tensión entre competencia por la captación de capitales y dotación de ventajas al capital local y las exigencias de la unidad de mercado. La competencia se presenta como ámbito especialmente sensible de garantía del mercado en la

[50] RESCIGNO, GU. «Note per la costruzione di un nuovo sistena delle fonti» en *Diritto Pubblico*, 2002, nº 3, pp. 767 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 546

medida en que sus reglas tienden a preservarlo como espacio de intercambio unitario. Cualquier alteración artificial de las condiciones de competencia se confronta con el principio de unidad de mercado, afectando a la legitimidad de estas intervenciones.

Aunque las contradicciones entre la intervención económica local y la unidad de mercado se han producido, inicialmente, en contraste con el Derecho comunitario la cuestión tiene un alcance general y así se ha manifestado últimamente. La literatura sobre las ayudas de Estado en el marco comunitario es inabarcable, afecta en general a toda intervención de naturaleza subvencional, entendida esta en sentido amplio, pero nosotros vamos a detenernos especialmente en la intervención fiscal que ha presentado especiales problemas jurídicos en el contexto autonómico.

Esta cuestión ha alcanzado especial relevancia en estos momentos como consecuencia de la sentencia del Tribunal supremo de 9 de diciembre de 2004, que afecta a medidas fiscales que favorecían a las empresas con domicilio en los Territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud de normas forales dictadas al amparo de la capacidad normativa que les otorga el sistema de concierto económico. Lo relevante, en este caso es que el problema ya no se presenta en el marco comunitario, sino en el seno del ordenamiento interno, aunque esta cuestión, en términos no muy diferentes ya estaba planteada por la STC 96/2002, a la que haremos referencia.

La tensión entre ayudas fiscales autonómicas y unidad de mercado se ha planteado desde una doble perspectiva, siempre en conexión con las normas tributarias forales, la comunitaria y la constitucional[51], las dos abordan, en esencia, la misma cuestión aunque, en un primer momento el ordenamiento comunitario, vinculando la cuestión a los intercambios comerciales entre los Estados miembros (art. 87 del texto consolidado de los Tratados) permitió que esta permaneciese extramuros del ordenamiento interno. Sin embargo pronunciamientos realizados en recientes intervenciones jurisdiccionales comunitarias permiten ya un acercamiento general al problema incluso desde el Derecho comunitario[52]. Por otra parte, la argumentación de nuestro Tribunal supremo resulta esclarecedora (STS 9/12/2004), cuando declara inaceptable una concepción del Derecho comunitario que suponga que los ciudadanos españoles no puedan alegar como fundamento de su pretensión este Derecho frente a normas tributarias que lo vulneren. La eficacia directa y primacía del Derecho comunitario obligaría a nuestros tribunales a aplicar este en el ámbito interno. La unidad de mercado acaba adquiriendo una configu-

---

[51] Gómez-Ferrer Morant, R. «Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional» en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. D. Sebastian Martin-Retortillo*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 87 y ss.

[52] Ver las conclusiones del Abogado General Saccio presentadas el 1 de julio de 1999 al TJ en el marco de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 547

ración que impide la distinción entre ámbito interno y externo configurándose como principio general que actua en todos los ámbitos.

Desde la perspectiva comunitaria las cuestiones que suscitan las intervenciones fiscales forales son varias, en primer lugar el concepto de ayudas estatales y su tensión con las normas sobre la competencia y las exigencias del mercado único, en segundo, la referida a las ayudas regionales, también en una doble dimensión: la responsabilidad del Estado por las intervenciones subestatales y la determinación del ámbito de excepcionalidad que permite declarar compatibles las ayudas regionales (art. 87.3 de los Tratados, en su redacción actual), que puede conectarse con el título competencial del art. 148.1.13. Además de subrayar, como hemos señalado, el marco general de la unidad de marcado en el ordenamiento comunitario, como referencia que limita el espacio de intervención autonómica.

Sobre el concepto de ayudas estatales, contrarias al derecho comunitario y la interpretación jurisprudencial del art. 87.1 de los tratados la literatura es amplísima y su conocimiento excusa un análisis detenido. Cualquier medida que afecte a los intercambios comunitarios comerciales y falsee o amenace con falsear las condiciones de competencia puede ser considerada incompatible con el Derecho comunitario, sea esta de la índole que sea, incluidas las medidas fiscales. Aunque también han sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial las medidas fiscales que tenían por objeto beneficios en los impuestos directos, los tratados se refieren expresamente a los indirectos, ámbito este en el que era más frecuente la introducción de medidas que comprometían la unidad de mercado[53] . La utilización cada vez más frecuente de estas medidas que afectan a la fiscalidad directa a motivado intervenciones comunitarias específicas[54] . El acuerdo del ECOFIN, aprobando el código de conducta en materia de tributación directa de las empresas el 1-12–1997, pretende abordar esta cuestión. Intenta impedir medidas que supongan competencia fiscal dañina para el funcionamiento del mercado común, vinculándolas a las ayudas de Estado incompatibles con el ordenamiento comunitario (art. 87). El concepto de ayuda fiscal que recoge este acuerdo no es novedoso se limita interiorizar la construcción jurisprudencial ya acuñada, para ello la distinción fundamental se realiza entre ayudas fiscales, las prohibidas, y medidas generales que se aplicarían a todos los operadores económicos en un estado miembro, sin discriminación alguna, estas no tendrían la naturaleza de ayudas y escaparían a la acción

[53] SCALESE, G. «Non discriminazione ed esercizio delle competence legislative nazionali in materia fiscale» en *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea*. Giappichelli, Turin, 2003, pp. 129 y ss.

[54] BRANCACCIO, L. «Il controllo degli aiuti di stato in forma fiscale» en *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea*, o. cit, pp. 494 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 548

del art. 87. Fuera de la distinción realizada comienza el campo de la sospecha, que permite la intervención de la Comisión.

Por lo que se refiere al carácter subnacional de la medida, la jurisprudencia es también contundente y no exime a estos entes de la vinculación al Ordenamiento comunitario, ni es obstáculo para su calificación como ayuda de Estado. La singularidad del sistema de concierto, en este caso, como ha mantenido nuestro Tribunal supremo, no exime a los entes forales de la sumisión al ordenamiento comunitario. La pretensión que algún Estado miembro ha tenido de sustraerse a la responsabilidad por la actuación de sus entes subestatales, apelando al principio de confianza legítima, ha sido rechazada por el TJ[55] (Sentencia de 2 de febrero de 1989, Com. contra RFA). Ningún impedimento existe, pues, para la caracterización como ayudas de Estado a las medidas de los entes territoriales, en este caso de las CCAA con régimen de concierto. El planteamiento que permite cierta coincidencia formal, en orden a legitimar medidas fiscales por las CCAA, en la vinculación del art. 148.1.13 de nuestra constitución y la posibilidad de excepcionar las normas sobre ayudas de Estado contenida en el art. 87.3 a) de los Tratados. El primero establece un título competencial vinculado al fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, el segundo, coloca como posible excepción, es decir ayudas que pueden ser compatibles, las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo. La coincidencia solo es hipotética y relativa, en cuanto la intervención de fomento del desarrollo económico pueda darse en unas condiciones como las descritas en el art. 87.3 a) de los Tratados. La posibilidad de considerar compatibles estas ayudas, que se sitúan como norma de excepción, depende de la valoración de la Comisión, en una orientación claramente restrictiva. Por lo que respecta a las ayudas fiscales de las Comunidades en régimen financiero de concierto, estas se han dado en Comunidades que, desde el punto de vista comparativo, presentan una situación más favorable que la media impidiendo el juego del precepto aludido. Las ayudas en cuestión son, por tanto, meros instrumentos de ayuda a la competencia del capital del territorio y dirigida ala captación de capitales.

Habría que añadir además que la jurisprudencia comunitaria acuña un concepto de ayuda, desde el punto de vista territorial, regional, de tintes objetivos[56], entendiendo que estas afectan a los intercambios comerciales y pueden falsear la competencia con solo acreditar la existencia de intercambios comunitarios. La actuación de un operador en el mercado comunitario es suficiente para declarar la posible afectación de los inter-

[55] Carreño Gualde, V. «Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» en *Revista de derecho Comunitario Europeo*, 2000, nº 8, pp. 619 y ss.

[56] Urrea Corres, M. «El ejercicio de la competencia del País Vasco en materia fiscal y su compatibilidad con el Derecho comunitario europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002 (Asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 Ramondin/ Comisión de las Comunidades Europeas)» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, nº 12, pp. 525 y ss.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 549

cambios y de la competencia. Así, las ayudas territorialmente limitadas, objetivamente se contraponen a las exigencias de la unidad de mercado, tal y como indicaban las conclusiones del Abogado general Saggio. La base de la contradicción de las ayudas fiscales de las normas forales es una concepción de la unidad de mercado y de los elementos que la hacen posible: libertad de circulación de capitales y de establecimiento y normas sobre la competencia, en este caso, que repudia cualquier diferenciación, presentándose, este, como un principio fuerte y absorbente.

Desde la perspectiva constitucional, la cuestión no se plantea de forma muy distinta, al fin y al cabo el problema de la unidad de mercado sigue siendo la referencia central. La STC 96/2002, sin abordar directamente la constitucionalidad de las normas forales, como no poda ser de otra forma, vista la naturaleza normativa de estas, plantea el debate de la unidad de mercado vinculada con estas y conecta todos los argumentos, en diversa medida, con este principio. La unidad de mercado se vulnera cuando una actuación autonómica supone un obstáculo para el tráfico industrial, las medidas fiscales, medidas de fomento y promoción económica, de política económica, en cuanto que establecen condiciones de competencia diferentes se contraponen a las exigencias del mercado único (fj nº 11). Este impone reglas uniformes y la territorialización disocia el mercado, produciendo efectos de fragmentación (fj nº 12). Lo que hace esta sentencia no es más generalizar la lógica anterior, comunitaria, al espacio nacional, al aplicar el prisma constitucional al juicio, pero las consecuencias son evidentes. La unidad de mercado es un límite al que no pueden sustraerse las competencias autonómicas, ni siquiera el régimen de concierto permite excepcionarlo. La soberanía fiscal pretendida no puede actuar sobre la competencia y la unidad de mercado. La intervención económica en el espacio de la competencia institucional vertical y horizontal encuentra límites instrumentales derivados de la propia lógica del mercado. La competencia debe realizarse bajo el marco normativo uniforme, la diferenciación no puede afectar a las normas bajo las que actúan los sujetos económicos. Ello impone una reducción del arsenal interventor del poder local en la competencia institucional[57].

La apelación que, en algunos casos, se ha hecho al federalismo competitivo y a la diferenciación normativa, incluida la fiscal, y la pretensión de un respaldo jurídico a estas tesis no puede ser compartida. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de noviembre de 1999 sobre la ley de compensación financiera, con la advertencia de nulidad de la misma a partir de enero de 2005, plantea cuestiones referidas al reparto interno de recursos vinculados al sistema fiscal y a los instrumentos de corrección de la capacidad financiera de los Lander[58], pero no afec-

---

[57] Gómez-Ferrer Morant, R. «Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional», o.cit.

[58] Bernd Spahn, P. «La compensación financiera en Alemania a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal» en *Informe Pi I Sunyer sobre el desarrollo autonómico y la incorporación de*

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 550

ta al planteamiento aquí realizado. Los límites de la unidad de mercado y, por ello, de los instrumentos de competencia institucional para la captación de capitales, afectan al federalismo competitivo en cuanto el marco en el que se desenvuelve es un espacio económico unitario en las normas de establecen el *status* de los sujetos económicos y las condiciones de su actuación. La competencia interinstitucional no puede afectar a las condiciones de competencia de los operadores económicos.

VI. REGULACIÓN Y EJECUCIÓN EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Aunque la defensa de la competencia se configura como uno de los mecanismos que aseguran la unidad de mercado y por ello resulta afectada por la *vis* atractiva de este principio, se han planteado problemas en torno a la distribución de competencias sobre esta materia. La separación entre competencias reguladoras, normativas, y ejecutivas, por una parte, y la afectación global del mercado de la actuación local son los focos de conflicto que plantean problemas complejos.

La inicial propuesta que contenía la STC 208/1999 no ha sido suficiente para resolver las cuestiones planteadas, dando lugar a otras posteriores (109, 124/2003, entre otras). El título competencial en torno al cual se plantea el conflicto es el de «comercio interior», recogido en casi todos los Estatutos de autonomía, aunque con los límites que hacen referencia a la competencia legislativa estatal de defensa de la competencia. La STC 208/1999 fija la jurisprudencia en la materia con una apertura aparente mayor que la traducción que *a posteriori* se ha realizado sin demasiadas discrepancias.

Con independencia del título competencial invocado por las CCAA, las cuestiones citadas se resolvieron mediante los criterios básicos siguientes:

a) La defensa de la competencia, aún no siendo un título competencial contenido en nuestro sistema constitucional formal de reparto de competencias, por su conexión con la unidad de mercado resulta, en su dimensión legislativa, indudablemente reservada al Estado

b) La función ejecutiva que afecte a «la configuración real del mercado único de ámbito nacional» (fj nº 6), en cuanto puedan alterar las condiciones de competencia entre los operadores, resultan atraídas por la unidad de mercado y se residencian en el Estado.

c) La competencia ejecutiva, en materia de libre competencia, que cabe atribuir a las CCAA, vinculada al título «comercio interior» son aquellas «que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario» (fj nº 6).

---

los principios de la Unión Europea», Fundació Pi i Sunyer D'Estudis Autonomics i Locals. Barcelona, 2003. pp 185 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 551

d) Las actuaciones que se realicen el territorio de una Comunidad Autónoma, cuando puedan afectar e influir en la competencia en el mercado nacional o en un espacio que exceda al de la Comunidad, son competencia estatal.

El problema se plantea en la definición del espacio subestatal de intervención ejecutiva, puesto que la determinación de la afectación supracomunitaria del mercado resulta *a priori* difícil de establecer, precisamente esta dificultad, casi insuperable, es la fuente de crítica doctrinal a esta posición jurisprudencial[59], sobre todo vista la posición del TJCE con su construcción cuasi objetiva de la afectación de los intercambios entre los Estados miembros.

Como consecuencia de la sentencia citada, la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y la Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, ha venido a resolver, al menos desde el plano teórico, las cuestiones planteadas en la STC 208/1999, reduciendo el espacio de intervención autonómica al ámbito simbólico. La definición de la afectación del mercado supraautonómico que realiza el art. 1 de esta ley es potencialmente ilimitado. A tenor de este precepto, pueden incidir en la competencia supraautonómica las conductas: por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, e, incluso, cuando puedan afectar al equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español. Obviamente se incluyen en el ámbito de actuación estatal, la garantía de la libre circulación de bienes, la libertad de establecimiento, las de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos, tendentes a evitar la fragmentación del mercado (art. 1.2, a y b). Después de una referencia como esta de las conductas que puedan afectar a la competencia en el ámbito supracomunitario, es difícil pensar en el espacio de intervención autonómico. La ley establece mecanismos de coordinación y procedimientos y órganos de resolución de conflictos que pueden resultar de difícil aplicación, puesto que en caso de desacuerdo se prevé la aplicación del procedimiento sobre conflictos de competencias previsto en la ley orgánica del Tribunal constitucional, con lo que, de facto, se puede paralizar la actuación de los órganos de defensa de la competencia. Salvo esta cuestión, evidentemente peligrosa, la absorción estatal de la defensa de la competencia por el Estado resulta evidente. Las facultades de intervención en procedimientos de los órganos autonómicos, tendente a asegurar la unidad de criterios en la actuación en esta materia, refuerzan esta atracción competencial. La ju-

[59] Cosculluela Montaner, L. «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho comunitario europeo y los principios generales del Derecho público económico» o. cit.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 552

risprudencia reciente hace alusión a esta ley, viniendo implícitamente a confirmar esta primacía estatal en la intervención sobre la competencia.

Tampoco las escasas propuestas de desarrollo, en el ámbito autonómico, de la Ley 1/2002, se distancian de los contenidos de esta norma (ver el proyecto de decreto de creación del Tribunal Vasco de defensa de la competencia), sólo queda pendiente de la prueba de la confrontación con la realidad.

La limitación de las competencias ejecutivas de las CCAA en esta materia evidencia el desplazamiento de la intervención económica subestatal a una posición residual donde no caven espacios de diferenciación, incluso la intervención sectorial de detalle, dentro de la lógica de ejecución, aparece constreñida desde la doble dimensión de la unidad económica, predeterminada por los mecanismos de control por la instancia europea, y la unidad de mercado, que incorpora una capacidad de penetración en el sistema competencial capaz de condicionar sustancialmente la intervención económica autonómica. La materialización de las medidas de intervención económica más recientes evidenciaran esta limitación del espacio de acción territorial. Las cuantiosas magnitudes de los recursos que se destinan por las CCAA no pueden suponer un espejismo que distorsione el espacio real de intervención, en este caso, lo cuantitativo no puede enturbiar la dimensión cualitativa.

VII. EL ESPACIO DE LA COMPETENCIA: ALGUNAS OBSERVACIONES

Hasta ahora hemos visto como los límites derivados tanto de los principios de la unidad de mercado como de la económica, condicionaban el espacio de intervención autonómica, delimitando el título competencial del art. 148.1.13, como marco general de la política económica autonómica, confinándola a un espacio de ejecución limitada. La evolución y las propuestas recientes de la normativa autonómica confirman esta interpretación. Posiblemente sea la política industrial, fuera ya de la intervención fiscal mencionada, el campo privilegiado de acción de la intervención económica y de desarrollo de la competencia de «fomento del desarrollo económico» de la Comunidad autónoma, donde con más claridad se ve el marco que define la competencia institucional para la captación de capitales y la mejora de la competencia del capital local, sin que este signifique olvidar otros sectores.

Significación especial, desde esta perspectiva, tiene la Ley vasca 8/2004 de 12 de noviembre de industria, en la medida en que, aún refiriéndose a la Ley estatal 21/1992 de industria, marco básico, alude a la pretensión de conformar un marco «sustantivo y propio regulador de la materia» (exposición de motivos de la Ley vasca de industria). Este texto, además de un contenido regulador referido a la seguridad y calidad de las instalaciones industriales, contiene una amplia regulación de la promoción y desarrollo industrial en la CAPV. Por ello, en su art. 1°, establece como fi-

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 553

nes la protección de la actividad industrial y la promoción y el fomento de esta, a la vez que establece el marco material de actuación, en la unidad de mercado definida por el Ordenamiento comunitario.

La definición del espacio de actuación sobre la competencia en el ámbito local, que hemos definido anteriormente, se manifiesta ahora con claridad. La protección, o mejor, la mejora de la competencia local se ajena al marco de ayudas subvencionales directas que afecten a la unidad de mercado «La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá el desarrollo y la mejora del tejido industrial vasco, mediante el fomento de la eficiencia y flexibilidad de los procesos de producción y distribución, de los sistemas de organización y calidad de la gestión» (art. 18.2 de la Ley). Por otra parte, la promoción industrial se articula mediante un sistema de programas de promoción industrial con actuaciones específicas en:

- La modernización y competitividad industrial.
- La mejora del nivel tecnológico y la proyección internacional de las empresas.
- El incremento y promoción de los técnicos de valor añadido relacionados con la actividad industrial y los nuevos modelos de negocio.
- Mejora de la financiación, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas.
- El fomento de la cooperación interempresarial.

Los campos de actuación se centran en el ámbito de la sociedad de la información y el conocimiento, la tecnología e innovación y la internacionalización.

Los programas que en mayor medida pueden afectar a la competencia: promoción y generación de actividad productiva, creación de nuevas empresas etc., se instrumentan mediante mecanismos indirectos procurando evitar las técnicas subvencionadoras directas, que contrastarían con la definición comunitaria de ayudas estatales.

La formula de actuación sobre la competencia que toma el modelo, experimentado en Europa, de los nuevos distritos industriales caracterizado por una mejora de las infraestructuras públicas, especialmente tecnológicas, la creación de un entramado institucional de ayuda a la acción empresarial y cooperación pública con la actividad empresarial, la cooperación empresarial, tendente a crear un tejido de relaciones que favorezcan el atractivo territorial, es la adoptada en esta normativa. Por ello se hace especial referencia al respeto a las normas sobre la competencia comunitarias en el uso de las ayudas directas. Esta forma de articular la actuación pública en el espacio de la competencia se inscribe en la actividad de ejecución, que por su naturaleza difícilmente puede entrar en conflicto con la política económica tanto estatal como europea, pues es

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 554

este el modelo de competencia pública compatible con mercado e impulsado desde la instancia europea.

VIII. CONCLUSIONES

Aunque en el debate constitucional sobre las competencias económicas de las autonomías no es frecuente aludir al contexto teórico que enmarca este problema, lo cierto es que resulta influido por este, claramente al menos por el peso de las posiciones políticas. La afirmación reiterada de la tendencia del constitucionalismo actual a la intensificación de la descentralización[60] se entremezcla con otras conexas al debate sobre la globalización, donde emergen conceptos como nuevo medievalismo[61], microregionalismo[62], incluso a la interrelación entre identidad y decisión económica[63].

Ciertamente hay algo de artificial en esta vinculación que expresa un hiperideologismo identitario, desmentido por la práctica como hemos intentado evidenciar, que conduce a una confusión. La alusión a paradigmas teóricos, ya muy reiterados, sobre la debilitación del poder del Estado tienen en el marco del proceso de globalización y la reivindicación de espacios económicos de diferenciación económica en este contexto, son funcionales a las propuestas del federalismo competitivo. Estas pretenden, desde la perspectiva del debate sobre la organización territorial del poder del Estado, una legitimación institucional del mercado y de la retirada del Estado de los espacios de intervención ligados al constitucionalismo social. Si tenemos en cuenta que este federalismo de mercado también impone límites a la diferenciación en la intervención económica subestatal, la legitimación teórica que estas propuestas brindan a la reivindicación de autonomía en la política económica resulta no solo débil, sino inexistente. Los reivindicadores de una economía identitaria son conscientes de estos límites y el marco de la competencia por la captación de capitales y por la mejora de la competitividad del capital local lo sitúan en el paradigma que evocan la experiencia de los nuevos distritos industriales[64], que no suponen modelos diferentes que se sustraigan a la fuerza disciplinante del mercado derivara de la constitución económica europea. Además, las críticas al nuevo medievalismo, limitando su alcance real, a la vez que seña-

---

[60] ROLLA, G. «Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli» en Le Regioni, 2003, nº 5, pp 703 y ss.

[61] Ver las contribuciones al debate en el libro *European Union and new regionalism*, Ashgate, Aldershot, 2001.

[62] LONGO, M. «European integration: between micro-regionalism and globalism» en *Juornal of Common Market Studies*, 2003, nº 41, pp. 475 y ss.

[63] LACHAPELL, G. «Identidad, integración y emergencia de economías identitarias: el caso de Quebec comparado con Escocia, País de Gales y Cataluña» en *Globalización, gobernanza e identidades*, Fundació Carles Pi i Sunyer D'estudis Autonomics i Locals, Barcelona, 2004, pp. 203 y ss.

[64] LACHAPELL, G. «Identidad, integración y emergencia de economías identitarias: el caso de Quebec comparado con Escocia, País de Gales y Cataluña», o. cit.

527-556-Estado autonomico26 3/10/05 16:30 Página 555

lando los elementos homogenizadores del regionalismo de la Unión europea y de los Estados[65] difícilmente discutibles. Ciertamente el nuevo regionalismo, simbolizado en los espacios trasnacionales, cuyo paradigma es la experiencia de la integración europea, resulta un antídoto para las pretensiones de la economía identitaria.

El nuevo regionalismo, por otra parte, no propone algo sustancialmente distinto, a pesar de los ribetes de modernidad teórica, que las del federalismo cooperativo, lo que cambia es el contexto nuevo, derivado de la centralidad del mercado que limita los espacios de intervención política en la economía, situándolos, como hemos dicho, en el espacio de la competencia, que no puede ser desvirtuado por la competencia interinstitucional. Las propuestas de gobierno multinivel en el ámbito europeo lo que establecen no son espacios de soberanía local en el contexto de una debilidad estatal, sino espacios más amplios de colaboración bajo la disciplina de un proyecto definido en la instancia europea.

Si la autonomía del Estado se reduce, eliminando márgenes de contradicción con una dirección general disciplinada en el ámbito europeo, el espacio subestatal no puede definirse por la diferenciacion, resulta doblemente constreñido. El espacio autonómico, en nuestro caso, es el de la ejecución, de una política económica que no puede ser propia, ciertamente existe un margen de autonomía en la ejecución, pero no de diferenciación, al menos si esta se entiende como divergencia. Lo que aportan las teorizaciones sobre el gobierno multinivel es la necesidad de ampliar el ámbito de colaboración en la determinación tanto de las políticas económicas como de su ejecución.

[65] GAMBLE, A. «Regional blocs, world order and the new medievalism» en *European Union and new regionalism*, Ashgate, Aldershot, 2001, pp. 21 y ss.

527-556-Estado autonómico26 3/10/05 16:30 Página 556

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 557

EN TORNO AL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO
Cuestiones constitucionales y expectativas de reforma

Andoni Pérez Ayala
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

Uno de los rasgos más característicos de nuestro modelo político es la configuración constitucional del Estado como *social y autonómico* simultáneamente; o, para ser más precisos, como un *Estado social autonómico*, locución que expresa mejor la unidad integrada resultante de la conjunción de los elementos componentes tanto del Estado social como del Estado autonómico. Si bien el Estado social y el Estado autonómico constituyen, cada uno de ellos, realidades distintas que responden a objetivos y finalidades no coincidentes, con origen, evolución y ritmos de desarrollo claramente diferenciados, sin embargo la concurrencia simultánea de ambos en lo que denominamos *Estado social autonómico* configura a éste como una unidad integrada en la que sólo a efectos didácticos y expositivos es admisible, y también aconsejable, tratar por separado sus elementos integrantes procedentes bien del Estado social o del autonómico[1].

Por otra parte, tanto el Estado social como el autonómico son, en la actualidad, objeto de importantes propuestas de reforma. Aunque éstas obedecen a motivaciones muy distintas, así como también son muy distintas las formas de plasmación de los proyectos reformadores en uno y otro caso, el hecho mismo de que ambos aspectos del Estado –el social y el autonómico– coincidan en ser objeto preferente de los proyectos de reforma (más que los referidos al Estado de derecho, al Estado democrático o a la forma parlamentaria de gobierno) es un factor añadido que contribuye a estrechar la relación entre los elementos sociales y autonómicos en la configuración constitucional del Estado e invita a hacer un tratamiento conjunto y combinado de ambos. Sobre todo, teniendo en cuenta la actual coyuntura político-constitucional, marcada por las expectativas de reformas constitucionales (y estatutarias) que sin duda van a incidir en la configuración del Estado social autonómico.

---

[1] Sobre este tema, *vid.* A.J. PORRAS NADALES: «Estado social y Estado autonómico», en Estudios de Derecho Público, Civitas, Madrid, 1997, págs. 1229-1255; J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA: «El Estado social como Estado autonómico», Teoría y realidad Constitucional, nº 3, 1999, págs. 61-78; y G. RUIZ-RICO RUIZ: «El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, 2002, págs. 11-48.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 558

I. ESTADO SOCIAL Y ESTADO AUTONÓMICO

La configuración constitucional de nuestro Estado como *social*, en el marco de la fórmula tantas veces reiterada del Estado social y democrático de derecho[2], nos homologaba, aunque con tres décadas de retraso, con los países de nuestro entorno, cuyos textos constitucionales de la segunda posguerra mundial ya caracterizaban al Estado de esa forma. Se trata de una caracterización del Estado típica del constitucionalismo social de la segunda posguerra, cuya recepción en nuestro país se demorará tres décadas debido a la pervivencia de la dictadura franquista hasta mediados de los años setenta, pero que finalmente quedará incorporada a nuestro acervo constitucional y contribuirá a la edificación y desarrollo del Estado social en nuestro país. Interesa llamar la atención sobre el hecho de que la recepción constitucional del Estado social se va a producir entre nosotros justo en el momento en que empiezan a aparecer las primeras manifestaciones de la crisis del Estado social.[3]

Es precisamente este retraso en la recepción constitucional del Estado social entre nosotros, cuando ya se ha desarrollado su ciclo expansivo en otros países de Europa durante las décadas de los cincuenta y sesenta hasta la primera mitad de los setenta, un dato que es preciso tener muy en cuenta a la hora de abordar el estudio de cualquier aspecto relativo al mismo; ello permite explicar algunas de las peculiares características de nuestro Estado social, incluidas las que hacen referencia a su organización territorial autonómica. En cualquier caso, y a pesar de este desfase temporal en relación con los países de nuestro entorno, puede afirmarse que el Estado social acabará por implantarse también en nuestro país, siguiendo una trayectoria convergente con el resto de los países europeos. Es más, incluso podría decirse que el diseño constitucional de nuestro Estado social está mejor perfilado que en otros textos constitucionales, lo que sin duda es debido al rodaje y desarrollo que ya había experimentado el Estado social en Europa cuando aquí aprobamos nuestra Constitución (1978).

En el momento presente (2005), es un lugar común hablar de la necesidad de reformar el Estado social para hacer frente a la crisis que viene sufriendo desde hace más de dos décadas. Se trata de un discurso reiterativo, con fuerte arraigo en influyentes círculos económicos y políticos, planteado en clave desocializadora y en términos restrictivos por lo que se refiere al ámbito de las prestaciones sociales. Aunque no suelen ser frecuentes, no faltan en alguna ocasión las propuestas que abogan abiertamente por la liquidación o el desmantelamiento del Estado social [4] como residuo de una épo-

---

[2] Cfr. M. García Pelayo: «El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española», en Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Editorial, Madrid, 1984; A. Garrorena: El Estado español como Estado social y democrático de derecho, Tecnos, Madrid, 1984; y F. Balaguer: «El Estado social y democrático de derecho. Significado y alcance de la cláusula del Estado social», en AA.VV. (J.L. Monereo, C. Molina y Mª N. Moreno, dir.): Comentarios a la Constitución socio-económica de España, Comares edit., Granada, 2002, págs. 89-113.

[3] Cfr. C. De Cabo: La crisis del Estado social, PPU, Barcelona, 1986; y así mismo, del mismo autor «La crisis del Estado social», en G. Cámara y J. Cano (coord.): Estudios sobre el Estado social, Tecnos, Madrid, 1993.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 559

ca ya superada; sin llegar a esos extremos, suelen ser más habituales las propuestas que, so pretexto de contención del déficit, se pronuncian por una fuerte restricción del gasto público, y en particular del gasto público *social* (lo que inevitablemente comporta la reducción de las prestaciones sociales), sin necesidad de introducir modificación alguna en el texto constitucional (en particular, en las disposiciones de éste de carácter social).

En cualquier caso, la mutación de signo desocializador que se está produciendo en el Estado social da lugar a una importante restricción de la protección social [5], que no debemos olvidar constituye el elemento esencial del Estado social; y más concretamente del sistema de la Seguridad Social, al que puede considerarse el núcleo duro de la protección (social) que dispensa el Estado social. No es de extrañar que el objetivo central y prioritario de quienes abogan por una revisión en profundidad de signo desocializador del Estado social sea precisamente la reforma en sentido restrictivo del sistema de Seguridad Social, con las características que se ha configurado ésta como elemento nuclear del Estado social a partir de la segunda posguerra mundial[6].

Junto al Estado social, la configuración constitucional del Estado como *autonómico* constituye otro de los rasgos característicos de nuestro modelo de Estado. Se trata de un fenómeno –el de la descentralización política del Estado– que a pesar de las características peculiares que presentaba en España cuando se elabora nuestra Constitución tras el largo período de centralismo unitarista impuesto por la dictadura franquista, ha de ser encuadrado en el marco más amplio de la tendencia general hacia formas de organización política descentralizada que va a desarrollarse también en otros países europeos durante la segunda mitad del pasado siglo. Además de Alemania e Italia, que recuperan la senda constitucional en la segunda posguerra mundial ensayando el modelo federal y autonómico respectivamente, Bélgica desarrollará a lo largo de casi tres décadas (desde los años sesenta a los noventa) un proceso de profunda reorganización autonómico-federal del Estado; e incluso Francia y Gran Bretaña, paradigmas clásicos del modelo unitario centralizado, van a experimentar procesos de reorganización territorial del poder político a través de la *décentralisation* francesa o de la *devolution* británica [7].

---

[4] Son ilustrativas al respecto las declaraciones públicas de una persona tan cualificada en los círculos económicos como el Vicepresidente y Consejero delegado del BSCH, Alfredo Sáenz, quien en una intervención ante el Club Financiero (Bilbao, Junio 2004), se pronuncia abiertamente por «desmontar el Estado de Bienestar», precisando a continuación que «no hay demasiado tiempo para hacerlo» (Cinco Días, 3 de Junio de 2004; y así mismo, toda la prensa diaria de ese día y los siguientes). Es interesante la polémica desencadenada por esas declaraciones, reflejada en la prensa económica y de información general durante los días siguientes en el mes de Junio de 2004.

[5] Sobre la protección social en nuestro país, *vid.* V. NAVARRO y A. QUIROGA: «La protección social en España», El Estado de Bienestar en España, Tecnos-UPF, Madrid, 2004, págs. 33 y ss.

[6] En particular, el Informe Beveridge (1942), que constituye el punto de partida de la protección social contemporánea. Existe versión en castellano de este importante documento, editado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

[7] Una panorámica sobre el fenómeno de la descentralización política del Estado en Europa puede verse en AA.VV. (M.A. APARICIO, dir.): La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de autonomía política. Cedecs Editorial, Barcelona, 1999.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 560

Pero en nuestro caso, en particular, la reorganización autonómica del Estado no responde sólo, ni principalmente, a la tendencia general a la descentralización del Estado, común a otros países de nuestro entorno, sino que obedece, ante todo, a factores propios, de orden interno. Así lo muestran las sucesivas tentativas, que bien puede decirse que constituyen una constante histórica, de reorganización territorial del Estado[8] alternativas al modelo unitario centralizado, bien sobre bases federales (proyecto constitucional de la I República, 1873) o autonómicas (Constitución de la II República, 1931), hasta llegar al actual Estado autonómico según el modelo diseñado por la vigente Constitución de 1978 (y los Estatutos de autonomía).

Sin entrar en estas líneas a examinar las peculiares características de nuestro modelo autonómico, lo que excede el objeto específico del tema que nos ocupa, sí es preciso, sin embargo, llamar la atención sobre dos hechos que inciden directamente y de forma determinante sobre la cuestión que estamos tratando como son: en primer lugar, que la cuestión autonómica ha sido, a lo largo del último cuarto de siglo de vigencia del régimen constitucional y estatutario, y sigue siéndolo en el momento presente, la más conflictiva de todas las cuestiones constitucionales, siguiendo abierta en la actualidad ante las expectativas de cambios constitucionales y estatutarios en el próximo futuro. Esta conflictividad ha sido especialmente intensa en algunos lugares, como es el caso, especialmente, del País Vasco, donde debido a su degeneración por medio del terrorismo, ha venido condicionando por completo no sólo la solución sino también el tratamiento de cualquier otro tema, incluido el de la configuración del Estado social (y en este marco, también la problemática específica que plantea la protección social).

En segundo lugar, si bien en estrecha relación con lo que se acaba de decir, la irresuelta y conflictiva cuestión autonómica es el factor determinante del proceso de reformas constitucionales que está abierto en el momento presente (a partir del año 2004); es precisamente este origen autonómico de la reforma constitucional en curso lo que hace que ésta gire en torno a la reorganización territorial del Estado; y, en consecuencia, va a tener necesariamente importantes repercusiones en la configuración del Estado social autonómico, en particular por lo que se refiere a la articulación territorial de éste.

Conviene tener presente, así mismo, las formas y los términos en que está planteada la remodelación del actual sistema autonómico, a juzgar por las propuestas de reformas que se conocen hasta el momento presente (hay que precisar que circunscritas, por el momento, al ámbito estatutario[9]; por lo

---

[8] *Vid.* nuestro trabajo «Federalismo y Autonomía. La organización territorial del Estado en el constitucionalismo republicano», *Revista de Derecho Político,* nº 48-49, monográfico sobre el Estado autonómico, págs. 177-218.

[9] El texto de las propuestas de nuevos Estatutos de autonomía puede consultarse en: HYPERLINK «http://www.nuevoestatutodeeuskadi.net/docs» www.nuevoestatutodeeuskadi.net/docs, por lo que se refiere al País Vasco (también conocido como «plan Ibarretxe», aprobado por el Parlamento Vasco,

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 561

que se refiere al plano constitucional, no hay ninguna concreción al respecto, salvo la previsión de una genérica reforma del Senado). En este sentido, cabe reseñar que las reformas del régimen autonómico estatutario se plantean sobre la base de una sensible ampliación del ámbito competencial autonómico, en el que hay que incluir también el ámbito específico de la protección social. Ampliación competencial que es un rasgo común de todas las propuestas reformadoras, si bien bajo formas distintas, pero que en algunas ocasiones traspasa el mero incremento cuantitativo de competencias comportando una alteración sustancial del propio modelo autonómico.

II. EL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO

Si bien a efectos expositivos y didácticos es admisible, y hasta aconsejable como señalábamos en párrafos precedentes (ver supra), referirnos inicialmente por separado al Estado social y al Estado autonómico, lo cierto es que en la realidad los elementos componentes de ambos, tanto los que hacen referencia al Estado social como al autonómico, son indisociables, convergiendo en la unidad integrada que conjuntamente conforma el Estado social autonómico.

Dejando sentado el carácter integrado y complejo de la unidad que conforma el Estado social autonómico, es preciso, a continuación, determinar cómo se concibe éste; o dicho de forma más exacta, cómo se combinan y relacionan los elementos referentes al contenido social y a la forma de organización territorial de la unidad integrada y compleja que constituye el *Estado social autonómico*[10]. Y ello por dos razones: en primer lugar, para lograr una mejor y más precisa caracterización de éste en su conjunto y no como mera suma de las componentes sociales y autonómicas. Pero también, ya desde un punto de vista más práctico, porque los efectos de las reformas constitucionales en curso pueden incidir de forma muy distinta sobre el Estado social autonómico en función de cómo se conciba éste y de las relaciones entre sí de sus elementos integrantes.

En este sentido, cabe avanzar que la concepción del Estado social autonómico que se va a sostener hace referencia a una unidad integrada en la que el contenido social (inherente al Estado social) y de forma especial la protección social que éste comporta, se articula de acuerdo con criterios autonómicos de distribución territorial del poder político[11]. O, dicho de otra forma, un Estado social (a su vez incardinado en el marco del Estado social y democrático de derecho) organizado territorialmente de forma autonómica.

---

por 39 votos (sobre 75) el 30 de diciembre de 2004); HYPERLINK, «http://www.cortsvalencianes.es» www.cortsvalencianes.es , proposición de ley orgánica de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana; HYPERLINK «http://www.parlament-cat.net» www.parlament-cat.net, propuesta de reforma de l'Estatut d'autonomía de Catalunya; HYPERLINK «http://www.parlamentodeandalucia.es» www.parlamentodeandalucia.es, propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía.

[10] *Vid.* Mª C. PÉREZ VILLALOBOS: Estado social y Comunidades Autónomas, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 68 y ss.

[11] *Vid.* G. RUIZ-RICO: «El Estado social autonómico...», op. cit., pag. 21 y ss.; y A. PORRAS: «Estado social y Estado autonómico», op. cit., págs. 1237 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 562

Aunque a primera vista pudiera parecer que consideraciones como las realizadas, en el sentido de concebir al *Estado social autonómico* como un Estado social articulado territorialmente de acuerdo con criterios autonómicos[12], resultan superfluas y no pasan de ser una perogrullada, sin embargo, la realidad de los hechos nos advierte de que tales consideraciones deberían ser tenidas en cuenta; sobre todo, en la coyuntura político-constitucional actual, marcada por las expectativas de reforma tanto del Estado social como de la organización autonómica del Estado. Y ello porque a juzgar por la forma como se están planteando las reformas, en particular las autonómicas estatutarias ya que son éstas las que mayor grado de concreción ofrecen, el eje directriz de las mismas no es otro que la ampliación del ámbito competencial autonómico propio, a poder ser mediante la asunción de competencias exclusivas; y a continuación, a partir de esta reordenación de la distribución competencial Estado-CCAA a favor de éstas últimas, encajar en el nuevo marco resultante de esta reordenación competencial, los elementos sociales.

De acuerdo con este esquema de reorganización autonómica del Estado, que es el predominante en el proceso de reformas autonómicas en curso, nos hallaríamos ante un Estado social residual que, en el mejor de los casos, cumpliría la función de actuar como un ente coordinador de los ámbitos competenciales en materia social, entre ellos la protección social, de las distintas CCAA. Es evidente que un Estado vaciado de competencias sociales difícilmente puede recibir la consideración de Estado social, independientemente de su modelo de organización territorial[13]. En cualquier caso, se trata de una concepción que entra en abierta contradicción con la que se viene sosteniendo en estas líneas sobre el Estado social autonómico; es decir, una entidad estatal en la que su carácter y contenido social se articulan territorialmente de acuerdo con criterios autonómicos.

No es indiferente que se mantenga una u otra concepción en torno al Estado social autonómico y a la relación entre sus elementos integrantes, sobre todo en una coyuntura en la que se plantean importantes reformas tanto de la organización autonómica del Estado como del Estado social; de ello depende, en gran medida, el modelo de Estado resultante, una vez realizadas las reformas proyectadas. En efecto, una cosa es plantear como eje central la defensa de los fines y los objetivos propios del Estado social, comunes a toda la ciudadanía independientemente de su ubicación territorial (entre ellos de forma señalada la protección social); y abordar la reorganización territorial del Estado a partir de esta premisa e, incluso, como un medio para mejor conseguir esos objetivos, con un mayor grado de consenso social en el marco autonómico[14]. Y otra muy dis-

---

[12] *Vid.* J.J. SOLOZÁBAL: «El Estado social como Estado autonómico», op. cit., pag. 62 y ss

[13] Sobre la relación entre el carácter social del Estado y la forma de organización territorial en la experiencia comparada (con referencia específica a USA, RF Alemania y España), *vid.* Eva SAENZ ROYO: Estado social y descentralización política, Thomson-Civitas, Madrid, 2002.

[14] En este sentido, *vid.* J.P. LANDA: «La política social y el `federalismo social'», en particular, el apartado sobre `los efectos beneficiosos de la descentralización en el desarrollo del modelo constitucional de protección social', *Revista de Derecho Social*, nº 24 (2003), pags. 69 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 563

tinta inducir al fraccionamiento del Estado social por la vía del exclusivismo competencial[15] autonómico y la compartimentación, o incluso la ruptura, del espacio social común que delimita el Estado.

Una vez fijada la posición en torno a la interrelación existente entre los aspectos propiamente sociales y los específicamente autonómicos en esa unidad integrada que constituye el Estado social autonómico, interesa también llamar la atención sobre el hecho de que el Estado social no está necesariamente vinculado a ninguna forma concreta de organización territorial. La experiencia política y constitucional comparada muestra que los elementos integrantes del Estado social (y, en particular, la protección social), son compatibles tanto con formas de organización territorial unitarias y centralizadas como, asimismo, autonómicas o federales[16]. No es difícil encontrar casos que corroboren en la práctica esta afirmación: así, Francia y Alemania, por poner dos ejemplos próximos en los que el Estado social ha tenido un importante desarrollo y que constituyen, a la vez, ejemplos típicos de un modelo unitario centralizado y federal respectivamente, mantienen un grado similar de protección social a pesar de sus diferentes modelos de organización territorial. Más ilustrativo a este respecto es el caso de Bélgica, que ha experimentado un profundo proceso de transformación de su organización territorial (entre la década de los sesenta y de los noventa del pasado siglo), pasando de ser un Estado unitario centralizado según el modelo tradicional francés a un Estado marcadamente federal, manteniendo, sin embargo, características similares por lo que se refiere a la configuración del Estado social y al grado de protección social de sus ciudadanos.

Conviene tener presente estas consideraciones ya que no faltan las voces de quienes, sobre todo ante las propuestas de reformas autonómicas en curso, tratan de vincular necesariamente la forma de organización territorial del Estado con su carácter social, en uno u otro sentido. Así, no es infrecuente en el actual debate sobre las reformas estatutarias, presentar la reivindicación de una mayor ampliación del ámbito competencial autonómico propio, en este caso en materia social, como una necesidad ineludible para poder suministrar a la población un mayor *bienestar social*. Por su parte, desde posiciones ideológicas de signo opuesto, tampoco faltan quienes apelan a la solidaridad, concebida al efecto en clave de unidad nacional (ver *infra*, apartado dedicado a esta cuestión), para oponerse a cualquier forma de redistribución competencial a favor de las CCAA en general, y en particular en el ámbito específico de la protección social[17].

---

[15] Es muy ilustrativa al respecto la utilización en el actual debate sobre el Estatuto catalán de la noción no ya de competencia exclusiva sino de la de competencia excluyente.

[16] *Vid.* Eva SAENZ ROYO: Estado social y descentralización política, op. cit.

[17] Es el caso de la reacción del Gobierno central, en 2003, ante la STC 239/2002, de 11 de diciembre, impulsando una reforma legislativa de la LGSS (en particular, del art. 2), con el fin de impedir que las CCAA puedan complementar, en su propio ámbito territorial, las pensiones no contributivas. Esta medida se justificaba, según el anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros (7 febrero 2003) para «garantizar la unidad, la solidaridad e igualdad de las pensiones del sistema de Seguridad Social en todo el territorio nacional».

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 564

La experiencia política y constitucional sobre esta cuestión muestran, como ya se ha señalado, lo infundado de estas posiciones; que, no obstante, es preciso tener en cuenta ya que constituyen buena parte del discurso argumental que se está utilizando en la actualidad ante las expectativas de reformas estatutarias y constitucionales en curso.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO. EL GRUPO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA MATERIA

Siguiendo la estela del constitucionalismo social de la segunda posguerra mundial, aunque con tres décadas de retraso debido a la pervivencia en nuestro país de la dictadura franquista hasta la segunda mitad de la década de los setenta, nuestra Constitución de 1978 caracteriza expresamente al Estado como social, en el marco de la conocida fórmula del «Estado social y democrático de derecho» (art. 1). De esta forma, además de conectar con las tendencias más representativas del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, se recuperaba nuestra propia tradición constitucional, que casi medio siglo antes había tenido, con la Constitución republicana de 1931, una de las expresiones más relevantes del constitucionalismo social de entreguerras.

Simultáneamente, nuestra Constitución caracteriza, asimismo, al Estado como *autonómico*, reconociendo expresamente a las nacionalidades y regiones el derecho a la autonomía y autogobierno en los términos que se precisa en las disposiciones constitucionales del Tit. VIII, así como en los respectivos Estatutos de Autonomía. También en este caso nuestra Constitución, además de conectar con las tendencias descentralizadoras que, bajo diversas formas y con distinto alcance, se habían venido desarrollando en algunos países europeos durante la segunda mitad del siglo XX[18], se recuperaba nuestra propia tradición constitucional, que también había tenido con la Constitución de 1931 (así como antes, con el efímero y fugaz proyecto constitucional republicano federal de 1873) el marco jurídico-político para la realización de la primera experiencia autonómica, interrumpida abruptamente cuando apenas había transcurrido un lustro por el estallido de nuestra guerra civil.

En contraste con la nonata experiencia federal de 1873 y con el breve período autonómico de 1931-36, el Estado social autonómico que diseña la actual Constitución de 1978 ha prolongado su vigencia hasta el momento presente durante más de un cuarto de siglo, período sin duda significativo dada la endémica y crónica inestabilidad de nuestra agitada vida político-constitucional. No resulta ajena a esta inusual continuidad constitucional el amplio consenso constituyente en torno al modelo social autonómico, que permitió aprobar sin mayores problemas las principales disposicio-

[18] *Vid.* M.A. APARICIO (dir.): La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de autonomía política, op. cit.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 565

nes constitucionales relativas al Estado social autonómico[19]. Pero en el momento actual, una vez transcurridos los primeros veinticinco años de régimen constitucional y estatutario, las insistentes propuestas de reforma del modelo autonómico que vienen planteándose recientemente parecen indicar que nos aproximamos al inicio de un nuevo ciclo constitucional y estatutario que, sin duda, va a tener repercusiones no sólo en los aspectos estrictamente autonómicos de la organización territorial del Estado sino también en la configuración del Estado social autonómico en su conjunto.

Ante esta perspectiva de cambios, que en los términos que vienen planteándose afectan significativamente al ámbito constitucional (y estatutario), no está de más hacer una recapitulación de los rasgos que configuran constitucionalmente, así como también de las cuestiones que suscita su formulación, nuestro Estado social autonómico.

La caracterización del Estado como social y autonómico en las dos primeras disposiciones constitucionales, va a tener seguidamente su concreción y desarrollo a lo largo del conjunto del propio texto constitucional en los términos que éste precisa, especialmente en aquellas disposiciones concernientes a materias específicamente sociales o a la organización territorial del Estado. Ya en los párrafos preambulares se pueden hallar referencias al carácter social y autonómico del Estado, tales como la alusión a «un orden económico y social justo» (párrafo 2º del Preámbulo) o a «los pueblos de España... sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» (párrafo 4º preámbulo). Se trata, como no puede ser de otra forma en los párrafos preambulares, de referencias sumamente genéricas pero que reflejan la voluntad del constituyente de tener en cuenta, desde el primer momento, la dimensión social y autonómica en la configuración constitucional del Estado.

Siguiendo el orden expositivo del propio texto constitucional e introduciéndonos en su Título preliminar, tiene especial interés desde la perspectiva del Estado social la previsión constitucional (art. 9.2) que asigna a los poderes públicos un papel activo en el ámbito social y económico, no limitándose al estrictamente político, en consonancia con los principios inspiradores del constitucionalismo social[20]. Aunque más adelante volveremos a ocuparnos de este tema, es preciso avanzar desde ahora que la referencia en esta disposición constitucional a los *poderes públicos* incluye, en un Estado autonómico, tanto a los centrales como a los autonómicos. En cualquier caso, se trata de una previsión constitucional que, independientemente de la organización territorial del Estado, sirve para fundamentar, con carácter general, la acción positiva de los poderes públicos en orden a la consecución de fines sociales, entre los que ocupa un lugar preferente la protección social del conjunto de la población.

---

[19] El debate en las Cortes constituyentes (1978) sobre la materia puede verse en Constitución española. Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, Madrid, 1980.

[20] Para un comentario más amplio sobre esta disposición constitucional y su lugar en el marco del Estado social, *vid.* J.L. MONEREO y C. MOLINA: «La cláusula transformadora», Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2002, pag. 131 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 566

Si bien el reconocimiento constitucional del *derecho a la educación* (ya en el Tit. I, relativo a los «Derechos y Deberes Fundamentales») es previo a la implantación del Estado social, resulta obligada su referencia dado el lugar relevante que ocupa como elemento estructural básico del Estado social; es ilustrativo al respecto los términos en que se regula constitucionalmente esta materia, no limitándose al mero reconocimiento del derecho (art. 27.1) sino, asimismo, asignando expresamente a los poderes públicos la misión de garantizar «el derecho de todos a la educación», previendo a tal fin «una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes» (art. 27.5); todo ello de acuerdo con los criterios propios del Estado social. Por otra parte, se trata de una materia que tiene especial incidencia autonómica debido al amplio ámbito competencial asumido por las CCAA en esta materia en sus respectivos Estatutos. Por último, dentro del Capítulo relativo a los derechos fundamentales, es preciso hacer una referencia a los derechos de sindicación (art. 28) y, en relación con éste, a la negociación colectiva (art. 37), ambos elementos inherentes al Estado social, si bien en nuestro caso con una importante proyección autonómica.

Una atención especial merecen los derechos derivados de «los principios rectores de la política social y económica» (Cap. III del Tit. I)[21] ya que en ellos se encuentran las materias más directamente relacionadas con el tema que nos ocupa. Así, y por lo que se refiere al ámbito específico de la protección social, cabe reseñar las disposiciones relativas a la protección de la familia, en general (art. 39), con una referencia específica a los hijos, independientemente de su filiación, y a las madres, independientemente de su estado civil (art. 39.2); a la protección de la salud, a través de las prestaciones y servicios necesarios, cuya organización y tutela corresponde a los poderes públicos (art. 43); así como las previsiones constitucionales referidas a grupos determinados, como es el caso de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, objeto de medidas específicas de atención (art. 49) y de la tercera edad, a la que es preciso garantizar la suficiencia económica (art. 50). Hay que añadir a las disposiciones mencionadas, el mandato constitucional expreso a los poderes públicos para que mantengan «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes» (art. 41), que debido a su carácter nuclear en el ámbito de la protección social será tratado de forma específica con más amplitud en su momento (ver *infra*).

Una observación es preciso realizar sobre el distinto tratamiento constitucional que tienen estos derechos, relativos a la protección social, en relación con los derechos ubicados en el Cap. II del Tit. I, ya que, a diferencia de la protección reforzada que la propia Constitución dispensa a éstos y de acuerdo con las previsiones que el art. 53.3 establece para los princi-

[21] *Vid.* el «Comentario introductorio al Capítulo III del Título I» de A. López Pina, en AA.VV. (O. Alzaga, dir.) Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo IV, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996, pag. 19 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 567

pios rectores de la política social y económica del Cap. III (donde se encuentran ubicados los derechos vinculados a la protección social), éstos «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3)[22]. Conviene tener presente, no obstante, que el distinto tratamiento constitucional que tienen los derechos derivados de los principios rectores de la política social y económica, y la distinta protección constitucional de que son objeto de acuerdo con las reseñadas previsiones constitucionales al respecto, no implica que se esfumen y desaparezcan como derechos constitucionales.

Esta apreciación es especialmente pertinente en el caso de los derechos que nos ocupa, vinculados a la protección social, sobre los que existe una amplia legislación de desarrollo, tanto en el ordenamiento jurídico interno como en la profusa legislación internacional al respecto, acompañada de la correspondiente jurisprudencia, incluida la constitucional[23]. Ello hace que las referidas disposiciones del Cap. III relativas a los derechos derivados de los principios rectores de la política social y económica, y más concretamente a la protección social, no pueden ser reducidos a mera retórica filantrópica, como frecuentemente se sostiene en influyentes círculos económicos y políticos (e incluso, a veces, aunque de forma encubierta, también académicos), sino que han de tener la consideración de normas constitucionales cuya existencia no puede ser ignorada ni su cumplimiento soslayado.

No es posible en estas líneas entrar en el examen individualizado de cada una de las disposiciones constitucionales englobadas bajo la rúbrica genérica de «los principios rectores de la política social y económica», ni más en particular sobre las referidas específicamente a la protección social, ya que ello debe ser objeto de estudios monográficos en cada caso[24]. Pero sí hay que reseñar, a los efectos del trabajo que nos ocupa, la conexión que tienen con el Estado autonómico. En este sentido, es preciso llamar la atención sobre las reiteradas alusiones que las mencionadas disposiciones constitucionales hacen a los *poderes públicos;* en particular, las del Cap. III del Tit. I relativas a los derechos vinculados a la protección social; pero también en el ya mencionado art. 27, sobre el derecho a la educación y, con carácter general, el art. 9.2; y asimismo, en el Tit. VII, relativo a «Economía y Hacienda». Pues bien, conviene tener presente, desde ahora, que por *poderes públicos* es preciso entender no sólo los poderes (centrales) del Estado sino también los poderes autonó-

---

[22] *Vid.* J.L. CASCAJO: La tutela constitucional de los derechos sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

[23] Una recopilación ordenada y seleccionada de textos normativos nos proporcionan J. VIDA SORIA, F.J. PRADOS y J.L. MONEREO, en Compendio de legislación de Seguridad Social, Comares, Granada, 2000. Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, es obligada la referencia (aunque limitada temporalmente hasta 1995) a J.I. GARCÍA NINET: La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1981-1995), CISS, Valencia, 1996.

[24] Remitimos al ya citado trabajo colectivo, bajo la dirección de J.L. MONEREO, C. MOLINA y Mª. N. MORENO, Comentarios a la Constitución socio-económica de España, op. cit., en el que se examinan ampliamente cada una de las disposiciones que integran el Capítulo III del Título I, págs. 1213-1905.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 568

micos, que también integran el Estado; puntualización que hay que hacer para evitar equívocos, que al igual que en otros ámbitos se dan asimismo en el ámbito que nos ocupa, referente a la protección social.

En un Estado autonómico, como el nuestro, los poderes públicos (estatales y autonómicos) despliegan su actividad, también en el terreno de lo social, en el marco del reparto competencial que fija la propia Constitución (arts. 148 y 149) y los respectivos Estatutos de Autonomía; si bien, correspondiendo al Estado, y en consecuencia a los poderes públicos de éste, en su conjunto, la competencia exclusiva en «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» (art. 149.1.1°)[25]. Este mandato constitucional expreso a los poderes públicos estatales para que garanticen la igualdad, en general, enlaza, a su vez, con el principio de igualdad (de derechos y obligaciones) que la Constitución establece, en el marco de la organización territorial del Estado, independientemente del territorio en que se habite (art. 139.1)[26]. Y así mismo, tiene conexión con el principio de solidaridad, elemento clave tanto del Estado social como del Estado autonómico y cuya realización efectiva y garantía son atribuidos expresamente por la propia Constitución al Estado (art. 138.1); tema este último que requiere un apartado específico, del que nos ocupamos a continuación.

IV. LA PLASMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El principio de solidaridad constituye, juntamente con el de igualdad, el fundamento básico del Estado social (y, en particular, de la protección social que éste dispensa)[27]; pero de un Estado social que, al estar organizado territorialmente de forma autonómica, da lugar a que el principio de solidaridad sea también, simultáneamente, una componente estructural del Estado autonómico, tal y como, por otra parte, queda reflejado expresamente en el propio texto constitucional.

Hay que llamar la atención, no obstante, sobre la forma defectuosa en que la Constitución recoge el principio de solidaridad en relación con el Estado social autonómico en su conjunto; en este sentido, la simple lectura del texto constitucional permite observar cómo las referencias al principio de solidaridad se hacen en todos los casos en conexión con el Estado autonómico y las relaciones entre las CCAA que le integran. Tal es el caso de la alusión a la solidaridad entre las nacionalidades y regiones en el art. 2° de la Constitución, donde aparece vinculada a la idea de unidad nacional y de autonomía de las nacionalidades y regiones. Así mismo, y ubica-

[25] *Vid.* J. J. SOLOZÁBAL: «El Estado social como Estado autonómico», op. cit., págs. 69 y ss.

[26] *Vid.* J. PEMÁN: Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, Civitas-Prensas Universitarias Zaragoza, Madrid, págs. 235 y ss.

[27] La conexión entre el principio de solidaridad y la protección social es reseñada por todos los tratadistas del tema; *vid.*, entre otros, J.M. ALMANSA: Derecho de la Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 1991; en particular, el apartado sobre 'el principio fundamental de solidaridad', págs. 120 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 569

do en el marco de los «Principios generales de la organización territorial del Estado» (Cap. I del Tít. VIII), se prevé que para hacer efectivo el principio de solidaridad al que alude el referido art. 2, el Estado ha de tener como objetivo la consecución del equilibrio económico «entre las diversas partes del territorio español» (art. 138), situando también el principio de solidaridad en el marco de las relaciones interterritoriales de las CCAA. Por último, y «con el fin de corregir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad» (art. 158) se instituye un órgano específico, el Fondo de Compensación Interterritorial, a través del cual se canalizarán los gastos de inversión a favor de las CCAA[28].

Fuera de las disposiciones constitucionales precitadas, en las que la alusión al principio de solidaridad se hace siempre en el marco del Estado autonómico, no existe ninguna alusión al principio de solidaridad en el marco del Estado social, ni tampoco del Estado, en general. Llama la atención esta ausencia de referencias constitucionales a la conexión entre el principio de solidaridad y el Estado social ya que si existe una modalidad de Estado en el que esa conexión es más evidente que en ninguna otra, es, sin duda, en el Estado social. Así se desprende, además, de la simple lectura de las disposiciones constitucionales relativas al Estado social, especialmente de las agrupadas bajo la rúbrica de «los principios rectores de la política social y económica» (Cap. III del Tit. I), cuyos enunciados no hacen sino plasmar en cada ámbito –familiar, sanitario, medioambiental, minusválidos, tercera edad...– el principio de solidaridad. Cabe reseñar de forma especial en este grupo de disposiciones constitucionales la relativa a la Seguridad Social (art. 41), ya que ésta es la que mejor expresa la idea de solidaridad[29], al asignar a los poderes públicos el cometido de proporcionar la asistencia y prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad.

Este tratamiento constitucional del principio de solidaridad, vinculado únicamente a la estructura autonómica del Estado, y obviando toda referencia, al menos de forma expresa, en relación con el Estado social, contrasta con el que recibe en otros textos constitucionales de nuestro entorno, que además nos han servido como referente en la elaboración del nuestro[30].

---

[28] Sobre el principio de solidaridad en relación con el Estado autonómico, *vid.* J. A. ALONSO DE ANTONIO: «El principio de solidaridad en el Estado autonómico. Sus manifestaciones jurídicas», Revista de Derecho Político, nº 21; así mismo, J. PEMÁN: Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, op. cit.; en particular, el Capítulo dedicado al principio de solidaridad, págs. 251 y ss.

[29] Nuestro primer texto legislativo sobre Seguridad Social (Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, Apartado I «Justificación y directrices de la ley», par. 3º), vincula muy acertadamente la idea de solidaridad con la de Seguridad Social, al concebir ésta como «una tarea nacional que supone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos, a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos».

[30] Sobre el principio de solidaridad en el constitucionalismo comparado. *vid.* R. FALCÓN y TELLA: La compensación financiera interterritorial, Congreso de los Diputados, 1986; en particular, el capítulo sobre «la formulación doctrinal y jurisprudencial del principio de solidaridad, con especial referencia al derecho comparado», págs. 96 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 570

Tal es el caso de la Constitución italiana, que también diseña un modelo de organización territorial del Estado autonómico pero que inserta la solidaridad como un elemento referido al conjunto del Estado y no sólo a su dimensión autonómico-territorial. Por otra parte, configura a la solidaridad, ubicada en el texto constitucional en un lugar privilegiado, junto al reconocimiento y garantía de «los derechos inviolables del hombre», como un «deber inderogable» con carácter general que se extiende simultáneamente al ámbito de lo político, lo económico y lo social (art. 2 C. It.).

La configuración constitucional de la solidaridad en los términos señalados, como deber constitucional con carácter general, evita el riesgo de caer en una concepción sesgada, como frecuentemente ocurre entre nosotros, inducida en buena medida por el tratamiento fragmentario y parcial que esta cuestión tiene en nuestro texto constitucional. En este sentido, no son infrecuentes en nuestro debate político actual, los planteamientos de la cuestión de la solidaridad en términos de relaciones entre CCAA exclusivamente; y, más concretamente, de relaciones entre Gobiernos y Haciendas autonómicas (incluida la polémica recurrente sobre las balanzas fiscales)[31]. A pesar de su apariencia «solidaria», se trata de una concepción parcial y sesgada, y en la mayoría de los casos muy poco solidaria realmente, que no tiene en cuenta que las relaciones de solidaridad no pueden limitarse a las relaciones intercomunitarias (entre CCAA) sino que, ante todo y sobre todo, tienen una dimensión interpersonal en el marco de una comunidad de ciudadanos (además de también intergrupal –minusválidos, tercera edad, exclusión social– tanto dentro como fuera de cada Comunidad Autónoma).

No debe deducirse de la argumentación crítica precedente nuestra oposición a que el principio de solidaridad se encuadre en el marco del estado autonómico y las relaciones entre las CCAA que lo integran, lo que no sólo no merece objeción alguna por nuestra parte sino que debe ser estimada como una opción constitucional muy acertada[32]. La crítica a realizar radica en que el tratamiento constitucional de la solidaridad se limite única y exclusivamente al marco del Estado autonómico y de las relaciones intercomunitarias e interterritoriales, sin hacer referencia al marco del Estado social (o del Estado, en general) y a las relaciones interpersonales (o intergrupales) en la comunidad de ciudadanos, más allá de su localización en una u otra Comunidad Autónoma. La aceptación de este esquema unidimensional de la solidaridad, en tanto en cuanto se la reduce *únicamente* y de forma exclusiva a su dimensión interautonómica, puede conducir, además, a situaciones de insolidaridad real, tanto en el interior de una Comunidad Autónoma (puede darse el caso de una situación de falta de solidaridad interna en una CA, compatible con el cumplimiento formal de los requisitos de solidaridad intercomunitaria en-

[31] Polémica que ha adquirido recientemente una relevancia inusitada en el marco del debate sobre las reformas estatutarias en curso; en particular, por lo que se refiere a las balanzas fiscales, en el caso catalán.

[32] Opción que se encuentra respaldada, además, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en este sentido, STC 25/1981 FJ 3º; STC 64/1990, FJ 7º; STC 135/1992, FJ 7º.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 571

tre CCAA) como también en el seno de la comunidad de ciudadanos delimitada por el Estado (igualmente puede darse una situación de ausencia de solidaridad en las relaciones interpersonales o intergrupales a escala estatal, compatible también con un cumplimiento formal de los requisitos de solidaridad entre CCAA).

Si el Estado social autonómico constituye, como se ha dicho anteriormente (ver supra), una unidad integrada en la que no cabe separar ni compartimentar sus elementos componentes autonómicos y sociales (solo a efectos expositivos y didácticos pueden ser tratados diferenciadamente), los principios en que se fundamenta tampoco pueden ser compartimentados ni fragmentados. Tal es el caso del principio de solidaridad, que proyecta su influjo sobre el Estado social autonómico en su conjunto y no sólo sobre su dimensión autonómica como induce a pensar la defectuosa plasmación que tiene en nuestro texto constitucional.

Bien es verdad que aunque no haya una constitucionalización explícita del principio de solidaridad en relación con el Estado social (como sí la hay en relación con el Estado autonómico), tal principio está, sin embargo, implícito en las disposiciones constitucionales relativas al Estado social; señaladamente en las que integran los principios rectores de la política social y económica, cuyos enunciados, como ya se ha dicho en párrafos precedentes, no son sino la plasmación del principio de solidaridad en los distintos ámbitos de las relaciones interpersonales –familia, minusválidos, tercera edad...– y de la actividad de los poderes públicos –educación, sanidad, medioambiente...–. En cualquier caso, no estaría de más que esta pluralidad de referencias implícitas y sectoriales fuese acompañada de una afirmación explícita del *deber constitucional de solidaridad,* con carácter general, de forma similar a como otros ordenamientos constitucionales (particularmente el italiano[33] abordan esta cuestión.

Conviene tener en cuenta las consideraciones expuestas dada la coyuntura política actual, marcada por las expectativas abiertas por el proceso de reformas estatutarias y constitucionales en que nos encontramos. Aunque por la forma y los términos en que está planteado el debate sobre el tema, es evidente que las preocupaciones reformadoras no giran, en el momento presente, en torno a una más correcta reformulación del principio de solidaridad, no cabe duda de que se trata de una cuestión que debe merecer nuestra atención; tanto por el defectuoso tratamiento que tiene en nuestra Constitución como por la importancia que tiene el tema, en sí mismo, para la correcta configuración constitucional del *Estado social autonómico* en su conjunto.

---

[33] *Vid.* comentario al art. 2.6 de la Constitución italiana de A. BARBERA: «I doveri costituzionali dei cittadini» en Comentario della Costituzione (a cura di G. Branca), Vol I, Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, págs. 97 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 572

V. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN Y SU REFLEJO CONSTITUCIONAL

La cooperación constituye uno de los elementos estructurales básicos para el buen funcionamiento de todo Estado articulado sobre la base de la distribución territorial del poder político, como es el caso de nuestro Estado autonómico[34]. La existencia simultánea de instancias territoriales de ámbito estatal y autonómico cuya actividad incide sobre un mismo colectivo de personas, receptoras de las prestaciones que proporciona el Estado social, obliga a articular formas de colaboración, de coordinación y de cooperación para la mejor y más eficaz consecución de los fines comunes. Por mucho y muy bien que se delimiten los ámbitos competenciales propios del Estado y de las CCAA, siempre será necesario articular relaciones entre ambos, que obviamente serán más armónicas si están guiadas por los criterios de cooperación.

No es casual que la idea de cooperación se encuentre asociada a la forma federal de organización territorial del Estado, hasta el punto de darle su nombre a una de sus modalidades más conocidas (y la que mayor interés ofrece para nosotros en el tema que nos ocupa) bajo la expresiva denominación de federalismo cooperativo. Por otra parte, hay que tener presente que no es ajena a la conformación del sistema del federalismo cooperativo la configuración del Estado como social; es precisamente este hecho el que va a propiciar el tránsito del modelo dual de federalismo, propio del Estado liberal, a la nueva modalidad de *federalismo cooperativo,* en el marco del Estado social[35].

Sin pretender agotar en estas líneas el tratamiento de la cooperación como elemento estructural del Estado compuesto en cualquiera de sus modalidades –federal o autonómica– lo que por sí mismo debería ser objeto de un estudio monográfico sobre el tema[36], sí es preciso llamar la atención sobre dos cuestiones que guardan estrecha relación con el tema que estamos tratando. En primer lugar, por lo que se refiere a la conexión existente entre la protección social como objeto central del estado social, y la cooperación entre las instancias estatales y autonómicas como medio más idóneo y eficaz para su consecución. En este sentido, puede afirmarse que si hay un terreno en el que la cooperación (así como otras figuras afines tales como la colaboración o la coordinación) entre las instancias estatales y las autonómicas se hace especialmente necesaria, debido a la naturaleza de las prestaciones sociales, es precisamente el de la protección social.

Una segunda consideración a realizar es que, a pesar del papel relevante que tiene que jugar la cooperación como elemento estructural clave

---

[34] *Vid.* J. TAJADURA: El principio de cooperación en el Estado autonómico, Comares, Granada, 2000; así mismo, AA.VV: *Revista de Estudios Autonómicos*, nº 1 (2002), monográfico sobre La cooperación en el Estado autonómico.

[35] *Vid.* E. ALBERTI, en AA.VV (E. AJA coord.): El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Tecnos, Madrid, 1985; en particular, el Apartado II del Capítulo I, dedicado a «La evolución del federalismo hacia fórmulas cooperativas», págs. 41 y ss.

[36] *Vid.* P. SANTOLAYA: Descentralización y cooperación, Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), Madrid, 1984.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 573

del Estado social autonómico, y más especialmente en el ámbito de la protección social, sin embargo apenas tiene reflejo en nuestro texto constitucional. A este respecto, es preciso constatar que nuestra Constitución sólo hace referencia a la *cooperación* en tres ocasiones: la primera, referida a las relaciones internacionales (penúltimo párrafo del Preámbulo); la segunda, referida a las relaciones del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas (art. 16.3), y sólo tangencialmente y de forma parcial hay una referencia a la cooperación en el marco del Estado autonómico, al prever la posibilidad de «acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas» (art. 145.2)[37], sin hacer mención alguna a la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Esta ausencia de referencias constitucionales a la cooperación como elemento estructural del Estado social autonómico contrasta con el tratamiento que tiene esta materia en otros textos constitucionales de nuestro entorno que, además, en algún caso han servido como referente a nuestro constituyente[38]. El ejemplo más significativo en este sentido es, sin duda, la Ley Fundamental de Bonn, que prevé expresamente la cooperación entre la Federación y los Länder mediante Convenios (art. 91 b, Tit. VIII a: «Tareas comunes», introducido tras las reformas constitucionales de 1967-69, con el fin de perfilar mejor el diseño del federalismo cooperativo alemán.

De todas formas, y aunque en nuestro texto constitucional no haya ninguna referencia expresa a las relaciones cooperativas ni a su formalización a través de convenios de cooperación entre el Estado y las CCAA, no sería correcto deducir de ello que tal figura está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico; por el contrario, este silencio constitucional ha de ser interpretado, como observa E. ALBERTI, en el sentido de que el constituyente consideró innecesaria, por obvia, su explicitación constitucional. No obstante, hay referencias a este tipo de relaciones, así como a los *convenios* en particular, en los Estatutos de Autonomía y en algunas leyes estatales relativas a cuestiones autonómicas (por ej. la LOFCA) y, sobre todo, en la normativa reglamentaria, especialmente en los Reales Decretos de traspaso de servicios[39].

Pero independientemente de la fragmentaria regulación normativa (y del silencio constitucional) sobre esta materia, la propia dinámica autonómica ha ido creando unas relaciones de colaboración y de cooperación entre las instancias estatales y las de las CCAA, sin que por ello se vea alterado el ámbito competencial propio de cada uno de ellos. Como observa LÓPEZ GUERRA, ello responde, más que a un imperativo constitucional, o incluso legislativo, a una necesidad que deriva de la

---

[37] *Vid.* M. ALBA NAVARRO: «Los Acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas y las Cortes Generales», en J.M. VERA SANTOS (coord.): El Senado como Cámara de representación territorial y la función de los Parlamentos autonómicos, Dykinson, Madrid, 1998.

[38] *Vid.* M. J. GARCÍA MORALES: «La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado autonómico», en Revista de Estudios Autonómicos (REA), nº 1, págs. 103 y ss.

[39] E. ALBERTI: El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, op. cit., págs. 424 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 574

propia «fuerza de las cosas». Por otra parte, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de esta necesidad , proporcionando cobertura, a través de su jurisprudencia, a la actividad dirigida a crear instancias de colaboración entre órganos autonómicos y estatales, sin necesidad de que exista una previsión constitucional expresa para ello[40].

En cualquier caso, y al margen de la cobertura que pueda proporcionar la jurisprudencia constitucional en base a la propia praxis autonómica, no estaría de más que la cooperación tenga reflejo expreso en el texto constitucional, dada su condición de elemento estructural del Estado autonómico, y muy particularmente del Estado social autonómico. Esta consideración, que tiene validez con carácter general para todo Estado compuesto, es especialmente pertinente en una coyuntura político-constitucional como la actual, marcada por las expectativas de una reforma constitucional en la que la cuestión autonómica juega un papel central. Es éste, sin duda, un momento oportuno parta introducir en el texto constitucional una referencia a la *cooperación* entre las instancias autonómicas y estatales, lo que contribuiría a impulsar las relaciones cooperativas entre ambas y, en definitiva, a una mejor configuración constitucional del Estado social autonómico.

Conviene tener presente, por otra parte, que las relaciones de cooperación es una cuestión de cultura política, más que de normas jurídicas, incluidas las constitucionales por necesarias que éstas sean; o de creación, a veces artificial, de organismos de cooperación. Es precisamente esta falta de cultura política cooperativa, e incluso el arraigo entre nosotros de buenas dosis de una *contracultura anticooperativa* [41] que concibe el ámbito competencia propio frente a (en vez de en colaboración con) otros ámbitos competenciales –del Estado o de las CCAA– uno de los principales obstáculos que es preciso vencer para poder desarrollar adecuadamente las relaciones de cooperación entre las instancias estatales y las autonómicas.

Una última consideración es preciso realizar sobre el papel que juega la cooperación en el marco del Estado social autonómico.. Si bien éste es un elemento básico, como ya se ha reiterado anteriormente, para el buen funcionamiento de todo Estado compuesto, tanto en su modalidad federal como autonómica, tiene especial relevancia en aquellos ámbitos en los que se proyecta de forma más nítida la acción protectora del Estado social[42]. La propia naturaleza de la protección social y de las prestaciones sociales que comporta hace que éstas sean menos susceptibles de fragmentación y de compartimentación que cualquier otro ámbito competencial; y, en consecuencia, que los criterios de exclusividad competen-

---

[40] L. López Guerra: Derecho Constitucional, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pag. 382. Sobre la jurisprudencia constitucional en la materia, *vid.* J-C Alli: «El principio de cooperación en la doctrina del Tribunal Constitucional», *REA*, nº 1, op. cit., págs. 163 y ss.

[41] Contracultura anticooperativa que se está poniendo de manifiesto una vez más, desde posiciones distintas, e incluso contrapuestas, en la actual polémica sobre las reformas estatutarias, en la que nadie parece interesado en introducir criterios cooperativos.

[42] Así, por ej., la asistencia y las prestaciones sanitarias; *vid.* en este sentido J.M. Sala Arquer y F. Villar Rojas: «La cooperación en la sanidad pública», *REA*, nº 1, op. cit., pag. 173 y ss.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 575

cial, que pueden ser más admisibles en otros terrenos, deben ceder en esta materia ante los de colaboración y cooperación. Cooperación que, partiendo de la delimitación competencial que se establece en la Constitución y en los Estatutos (o la que establezca, en su caso, tras su reforma), ha de ser mutua, tanto por parte del Estado como de las CCAA, evitando las pretensiones unilaterales y teniendo como única finalidad la mejor y más completa cobertura de las necesidades sociales, que es precisamente lo que constituye el objeto central del Estado social autonómico.

De acuerdo con estas consideraciones, y mientras se hacen efectivas las reformas estatutarias y constitucionales en curso, se podría empezar a hacer desde ahora mismo una lectura del texto constitucional en clave cooperativa; en particular, del art. 147.1.17, que delimita el ámbito competencial en materia de Seguridad Social, y de las disposiciones que en los Estatutos de Autonomía traten sobre esta misma materia. No puede decirse que hasta ahora haya prevalecido ésta lectura de la Constitución ni de los Estatutos con criterios cooperativos; lo que, por otra parte, no es sino el reflejo del déficit de cultura de la cooperación que padecemos. Y ello, tanto por parte de las instancias estatales, que no han propiciado fórmulas de cooperación con las CCAA en materia de Seguridad Social, haciendo una interpretación forzadamente extensiva de la noción de «legislación básica», ampliándola de forma muy dudosa a la normativa reglamentaria (posición respaldada mayoritariamente por el TC, aunque también hay que decir que en su seno se han manifestado posiciones no coincidentes); como, así mismo, por parte de las CCAA, particularmente las que mayor protagonismo tienen en el conflicto autonómico, que tampoco se han caracterizado por sostener posiciones de signo cooperativo con el Estado, sino más bien de mantener una pugna permanente para apropiarse del máximo ámbito competencial (a poder ser mediante competencias exclusivas) y de sustituir al Estado en su propio territorio.

VI. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ESTADO-CCAA

Dentro del grupo de disposiciones constitucionales relativas al Estado social autonómico, y más concretamente a la protección social, es preciso dedicar una atención especial a la Seguridad Social, a la que el propio texto constitucional hace una referencia explícita (art. 41), y a la distribución competencial en esta materia entre el Estado y las CCAA (art. 149.1.17). Si bien el Estado social sobrepasa el ámbito estricto de la protección social, no cabe duda que ésta es un elemento esencial del mismo y, dentro de ella, la Seguridad Social su institución más emblemática. Por su parte, la forma autonómica de organización territorial del Estado obliga a hacer unas consideraciones sobre su incidencia en el conjunto del sistema protector de la Seguridad Social.

La constitucionalización de la Seguridad Social (art. 41) constituye el núcleo central del grupo de disposiciones constitucionales relativas a la pro-

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 576

tección social[43]. Dada la dispersión, ya reseñada, de los preceptos que aluden a distintos aspectos de la protección social –familiar (art. 39), sanitaria (art. 43), minusválidos (art. 49), tercera edad (art. 50)– , es preciso establecer, antes de seguir adelante, la relación entre éstos y aquél, lo que ha sido objeto de polémica doctrinal. En este sentido, y siguiendo a Alarcón, puede decirse que el art. 41, referido a la Seguridad Social, y las demás disposiciones aludidas (arts. 39, 43, 49, 50), relativas a distintos aspectos sectoriales de la protección social, se encuentran relacionadas entre sí a la manera de «círculos secantes» (según la expresión gráfica del propio autor precitado)[44] de tal forma que en todas las materias señaladas objeto de protección social –familia, sanidad, minusvalías, tercera edad– hay un área, definida por la intersección (con el círculo que define el espacio de la Seguridad Social) de los círculos secantes correspondientes a cada una de esas materias, que delimita el ámbito propio de la actuación de la Seguridad Social; y, junto a él, existe otro espacio que queda fuera del ámbito protector de la Seguridad Social y que recae dentro de la esfera de las políticas sociales en cada uno de los terrenos referidos. familiar, sanitario, minusvalías, tercera edad.

Delimitado así el ámbito protector propio de la Seguridad Social en relación con otros ámbitos de la protección social en sectores específicos, podemos pasar, a continuación, a examinar los elementos integrantes del sistema protector de la Seguridad Social, de acuerdo con las previsiones a las que hace referencia expresamente el art. 41. En este sentido, la referida disposición constitucional prevé que el régimen de la Seguridad Social debe tener carácter *público* y que debe regirse por los principios de *universalidad subjetiva* («...para todos los ciudadanos»), de *generalidad objetiva* («...ante situaciones de necesidad») y de *suficiencia prestacional* («...que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes»)[45], haciendo una referencia específica al desempleo («...especialmente en caso de desempleo»). Finalmente, la disposición constitucional que nos ocupa contiene una alusión a la protección social complementaria («...la asistencia y prestaciones complementarias serán libres»), fuera del régimen público de la Seguridad Social con las características señalada.

Sobre el carácter *público* de la Seguridad Social no es preciso extenderse en muchas explicaciones ya que viene afirmado de forma reiterativa en el propio texto constitucional, tanto por lo que se refiere a los *poderes públicos* encargados de suministrar la asistencia y las prestaciones sociales como por el régimen público que, en contraste con otras formas asegurativas privadas, caracteriza a la Seguridad Social. Así mismo, la legislación internacional al res-

---

[43] Para un amplio comentario sobre esta disposición constitucional, *vid.* J. L. Monereo: «El derecho a la Seguridad Social» , Comentario a la Constitución socio-económica de España, op. cit., págs. 1425-1524 ; así mismo, véase el comentario de J. Vida Soria al art. 41 en Comentarios a la Constitución española.

[44] M. R. Alarcón: La Seguridad Social en España, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 47.

[45] Una exposición clara y sintética, de la que nos hemos servido en este trabajo, sobre los referidos principios inspiradores del sistema de la Seguridad Social, la proporciona M. R. Alarcón: La Seguridad Social en España, op. cit., págs. 59 y ss.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 577

pecto (especialmente, la *Recomendación nº 69* de la OIT), muy amplia en esta materia e integrada en nuestro ordenamiento jurídico, también alude expresamente al carácter público de la Seguridad Social. De acuerdo con estas previsiones, tanto constitucionales como internacionales, y con la abundante legislación de desarrollo en esta materia, la acción protectora de la Seguridad Social se articula a través de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, todas ellas de carácter público, encargadas de la gestión de las distintas áreas: INSS, INSALUD/INGESA, IMSERSO, INEM, Tesorería General de la Seguridad Social... El hecho de que existan también entidades privadas, como es el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, con la consideración de «entidades colaboradoras» de la Seguridad Social, especializadas en la gestión de la protección ante riesgos de carácter profesional –accidentes de trabajo y enfermedades profesionales– y bajo la tutela del Ministerio de Trabajo, no elimina el carácter público de la gestión del régimen de la Seguridad Social, según el propio Tribunal Constitucional[46].

Aunque el carácter público del régimen de la Seguridad Social no ofrece duda alguna, de acuerdo con la Constitución y la normativa internacional al respecto, no está de más recordarlo e, incluso, insistir en ello ya que no faltan, en el momento actual, tentativas encaminadas a cuestionar esta característica esencial del régimen de la Seguridad Social. Más que de negar frontalmente el carácter público del régimen de la S.S. se trataría de abrir un proceso que suponga, de facto, una sustancial despublificación, con la consiguiente privatización, del mismo; lo que de llevarse a cabo efectivamente conduciría a situarse al margen de la configuración constitucional de esta institución.

La acción protectora del régimen público de la Seguridad Social se extiende, de acuerdo con las previsiones constitucionales (art. 41) a «todos los ciudadanos» (principio de universalidad subjetiva). En virtud de él, cualquier ciudadano, por el solo hecho de serlo e independientemente de su status laboral, tiene derecho a la correspondiente asistencia o prestación social si se encuentra en situación de necesidad. El principio de universalidad subjetiva es característico de los actuales sistemas protectores de Seguridad Social, a diferencia de los precedentes Seguros Sociales, cuyas prestaciones estaban condicionadas por la previa afiliación y cotización (lo que excluía su universalidad «para todos los ciudadanos»); y, así mismo, permite hacer una correcta caracterización de la Seguridad Social, que no puede confundirse con una «macrocompañía de Seguros» de capital estatal, como se ha dicho con frase expresiva sino que ha de ser considerada, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como la expresión de una función pública estatal propia del Estado social[47].

---

[46] De acuerdo con la STC 37/1994 de 10 de Febrero, FJ 4°, el carácter público de la Seguridad Social debe ser apreciado «en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto....el carácter público del sistema de la Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de formulas de gestión o de responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél». También, en sentido análogo STC 129/1994, de 5 de mayo.

[47] STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3° y STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17°.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 578

Corresponde a la legislación de desarrollo constitucional (en particular, a la Ley General de Seguridad Social) articular la realización efectiva del referido principio de universalidad subjetiva. A tal efecto, la ley prevé dos modalidades de prestaciones: las contributivas, que proporcionan rentas de sustitución a los trabajadores que previamente hayan cotizado; y las no contributivas, que benefician a cualquier ciudadano, independientemente de su situación laboral, presente o pasada, y de que haya cotizado previamente o no a la Seguridad Social[48].

La disposición constitucional que comentamos (art. 41), prevé también que la acción protectora de ésta se active «ante situaciones de necesidad» (principio de generalidad objetiva). Ello implica que por el sólo hecho de encontrarse en una *situación de necesidad*[49], cualquiera que sea la causa (en esto consiste el principio de generalidad objetiva), se tiene derecho a la asistencia o prestación social correspondiente por parte de la Seguridad Social. Junto con el anterior principio de universalidad subjetiva, ya reseñado, y, asimismo, el de suficiencia prestacional, del que nos ocuparemos a continuación, contribuyen conjuntamente a configurar el sistema protector de la Seguridad Social con las características que tiene en la actualidad, superando el viejo modelo de los Seguros Sociales, que sólo cubrían los riesgos derivados de cada una de las contingencias previstas expresamente en el Seguro (de accidente, de enfermedad, de vejez...).

Al igual que ocurría en el caso anterior con la universalidad subjetiva, la realización efectiva del principio de generalidad objetiva se articula a través de la legislación de desarrollo, en particular la Ley General de la Seguridad Social; y también, al igual que en el caso de la universalidad subjetiva, la generalidad objetiva es un principio cuya efectividad plena no se ha conseguido (es decir, hay personas que aun encontrándose en situación de necesidad, no perciben prestaciones de la Seguridad Social); todo ello, a pesar del indudable paso adelante que supuso, en su momento, la regulación legislativa de las prestaciones no contributivas (Ley de prestaciones no contributivas, 1990).

La Constitución hace también referencia, en la misma disposición constitucional que estamos comentando (art. 41), al principio de *suficiencia prestacional,* al prever que la asistencia y prestaciones que los poderes públicos han de garantizar a todos los ciudadanos en situación de *necesidad*, han de ser *suficientes*. Aunque la noción de suficiencia prestacional no plantea ningún problema teórico en cuanto a su compren-

---

[48] Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas en el Sistema de la Seguridad Social. De acuerdo con ella, el art. 2° de la Ley de Seguridad Social se redactará de la siguiente forma: «El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por realizar una actividad profesional o por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley».

[49] Sobre la noción de situación de necesidad y la jurisprudencia sobre el tema, *vid.* Y SÁNCHEZ-URÁN: Seguridad Social y Constitución, Civitas, Madrid, 1995; en particular, el Apartado sobre «La protección de las situaciones de necesidad», págs. 74 y ss.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 579

sión[50], remitiendo a la idea de cobertura de las necesidades básicas de las personas, el problema se plantea a la hora de determinar cuantitativamente la prestación. A este respecto, es evidente que no es posible predeterminar, de antemano y de una vez por todas, la cuantía de la prestación *suficiente*, que además es cambiante, según el lugar y el tiempo. Por ello, deberán ser los órganos democráticos emanados de la voluntad popular, bien los directamente representativos o las instancias ejecutivas que deriven de éstos, los encargados de determinar, a la vista de los recursos existentes, lo que ALARCÓN denomina, con términos expresivos (que hacemos nuestros), la *tasa de solidaridad*[51] que la sociedad está dispuesta a pagar en cada momento.

Independientemente de la controversia que pueda suscitar, en la práctica, la cuantificación de la suficiencia prestacional, sí hay que llamar la atención sobre el hecho de que la Constitución se refiere a la noción de *suficiencia prestacional,* que no es coincidente ni equivalente a la de *prestaciones de mínimos.* Conviene tener muy clara esta distinción ya que no es infrecuente, no sólo en círculos económicos interesados sino también, en algún caso, en cualificados sectores doctrinales, atribuir el significado de prestaciones de *mínimos* al término prestaciones *suficientes*, lo que ni constitucionalmente, ni tampoco gramaticalmente, resulta admisible.

Por último, el art. 41 hace una referencia a la protección social complementaria: «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Aunque esta previsión está incluida en la misma disposición constitucional en la que se contempla el régimen público de la Seguridad Social, con las características que hemos comentado en los párrafos precedentes, conviene dejar claro, para evitar equívocos, que esta modalidad de protección social complementaria no forma parte del sistema protector de la Seguridad Social ni tiene, como éste, carácter público[52]. Interesa llamar la atención sobre la noción de *complementariedad*, a la que el propio enunciado del art. 41 alude expresamente y que ha de ser interpretada en su literalidad; es decir, estas prestaciones pueden *complementar* las del régimen público de la Seguridad Social pero nunca sustituirlas; es ésta una puntualización que en el momento actual resulta especialmente pertinente ante las tentativas, que a pesar de su inconstitucionalidad se están haciendo, de sustitución, aunque sea parcial, de la Seguridad Social pública por diversas modalidades de aseguramiento privado. En cualquier caso, hay que decir que se trata de una forma de protección social complementaria, y privada, que en el momento actual se encuentra en plena expansión.

El mandato constitucional a los poderes públicos para que mantengan un régimen público de Seguridad Social regido por los principios ya señalados

---

[50] *Vid.* Y. SÁNCHEZ-URÁN: Seguridad Social y Constitución, op. cit.; en particular, el Apartado dedicado a «la suficiencia de la protección: noción», págs. 107 y ss.

[51] M. R. ALARCÓN: La Seguridad Social en España, op. cit., pág. 85.

[52] Para un tratamiento más amplio sobre este tema, de importancia creciente, *vid.* R. AGUILERA, G. BARRIOS y Y. SÁNCHEZ-URÁN: Protección social complementaria, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003,

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 580

de universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional, ha de ser encuadrado en el marco del Estado autonómico, basado en la distribución territorial del poder y articulado a través de poderes públicos autonómicos, además de los centrales del Estado[53]. De acuerdo con este marco, es preciso determinar cuáles son los poderes públicos –centrales o autonómicos; o los dos y, en este caso, en qué medida– que tienen atribuida la competencia en materia de Seguridad Social; así como también en materia de protección social, en general, que aunque sobrepasa el ámbito estricto de la Seguridad Social, está estrechamente conectada con éste.

A ello viene a dar respuesta la propia Constitución al ocuparse de la organización territorial del Estado (Tit. VIII), y en particular de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA, asignando a aquél como competencia exclusiva «la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA (art. 149.1.17ª); precepto constitucional que ha de ser completado con el referente a la asistencia social como ámbito competencial propio de las CCAA (art. 148.1.20ª), aunque en este caso se trate de una materia –la asistencia social– no coincidente con el ámbito protector de la Seguridad Social; de todas formas, no está de más hacer esta alusión a la asistencia social, dada la estrecha relación existente entre ambas, en el marco de la noción, más amplia, de protección social[54].

La delimitación competencial Estado-CCAA establecida por las referidas disposiciones constitucionales no ha zanjado definitivamente la cuestión, debido a la controversia suscitada sobre la interpretación de los términos contenidos en el enunciado del art. 149.1.17ª [55]; en particular, sobre el alcance y significado que hay que atribuir a la noción de «legislación básica» y de «régimen económico» de la Seguridad Social. En este sentido, hay que decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional, aunque con fuertes controversias, han venido manteniendo una interpretación expansiva de ambas nociones, que ha redundado en una sensible ampliación del ámbito competencial estatal.

Así, por lo que se refiere a la «legislación básica, ésta no se limita sólo a las normas legislativas emanadas del Parlamento, de acuerdo con la concepción clásica de ley, sino que se extiende a toda la normativa, incluida la reglamentaria, que tenga carácter básico, entendiendo por tal

---

[53] Según la autorizada opinión de E. Borrajo, la delimitación competencial Estado-CC.AA., constituye «una de las grandes cuestiones de la Seguridad Social en la Constitución» ; *vid.* «La Seguridad Social en la Constitución española», en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría, T. II, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pág. 1502.

[54] Sobre las relaciones entre la noción de protección social y la Seguridad Social, *vid.* M. R. Alarcón: «Hacia el derecho de la protección social», en AA.VV. (J. López, coord..): Seguridad social y protección social: Temas de actualidad, Ed. M. Pons, Madrid, 1996, págs. 11 y ss.

[55] Pueden servir de ejemplo la polémica STC 124/1989 (BOE, de 9 de Agosto), con los votos particulares del propio ponente, Leguina Villa, además de los miembros del TC Rubio Llorente y López Guerra; y la más reciente STC 239/2002 (BOE 10 enero 2003), ante la que el Gobierno Aznar (2003) reaccionó impulsando una reforma legislativa de la LGSS (art. 2); sobre esta última sentencia, *vid.* M. Rodríguez-Piñeiro: «Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías», Relaciones laborales/La ley, 2003, T. I, págs. 105 y ss.

557-582-Estado autonómico27 4/10/05 11:06 Página 581

«los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado» (STC 32/1981). De acuerdo con esta concepción expansiva que se desprende de la jurisprudencia constitucional, y teniendo en cuenta la relación de complementariedad existente entre la ley y el reglamento, no han faltado cualificados representantes (E. BORRAJO) que han sostenido que la normativa reglamentaria se integra, juntamente con la propiamente legislativa, en un *bloque normativo básico* (en palabras del propio E. BORRAJO) «que goza, en su totalidad, de la condición de legislación básica respecto de la potestad normativa de la Comunidad Autónoma»[56].

Una posición similar, también de carácter marcadamente expansivo a favor del ensanchamiento del ámbito competencial estatal, mantiene el TC por lo que se refiere a la noción de «régimen económico» de la Seguridad Social. En este caso, el reforzamiento de las competencias estatales es más fuerte aun ya que la jurisprudencia constitucional reserva a los órganos estatales no sólo la regulación normativa –legislativa y reglamentaria– sino también la ejecución, siempre que ello sea necesario para «preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41)», puntualizando seguidamente para que no haya lugar a dudas sobre la correcta interpretación del art. 149.1.17 que, en éste la mención separada al régimen económico como función exclusiva del Estado trata de garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas»[57]. Se trata, como puede observarse, de un posicionamiento por parte del máximo intérprete de la Constitución que opera claramente a favor de la ampliación y reforzamiento del ámbito competencial estatal en materia de Seguridad Social.

Es en este marco en el que hay que encuadrar la delimitación del ámbito competencial autonómico que, como puede suponerse, se encuentra fuertemente limitado y restringido por la configuración expansiva del estatal, en los términos reseñados. Corresponde a los Estatutos de cada Comunidad Autónoma la determinación de su propio ámbito competencial en cada caso, variando éste según los distintos Estatutos de Autonomía[58]. En cualquier caso, y por lo que se refiere a los que asumen un mayor nivel competencial en esta materia, cabe reseñar que éstas se ciñen a: 1) competencias legislativas: de desarrollo de la legislación básica

---

[56] E. BORRAJO: «La Seguridad Social en la Constitución española», op. cit., pág. 1504; así mismo, los sucesivos pronunciamientos del TC (STC 1/1982, 5/1982, 58/1982, 148/1982 y 32/1983) se inscriben también, según el referido autor, en esta misma orientación.

[57] STC 124/1989; un breve comentario sobre este polémico pronunciamiento del TC puede verse en M. C. PALOMEQUE: «Distribución de competencias Estado-CCAA en materia de Seguridad Social», Derecho de la Seguridad Social (AA.VV., L.E. DE LA VILLA, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 73 y 76; asimismo E. BORRAJO: «La Seguridad Social en la Constitución española», op. cit., pág. 1506.

[58] Sobre este tema, *vid.* M. C. PALOMEQUE: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social», Relaciones laborales/La ley, 1996, Tomo I, págs. 408 y ss.

557-582-Estado autonomico27 4/10/05 11:06 Página 582

del Estado, si bien teniendo en cuenta la interpretación expansiva que el TC hace de la noción de legislación básica, incluyendo en ella también la normativa reglamentaria; 2) competencias ejecutivas: tanto en relación con la legislación básica del Estado como con la de desarrollo legislativo autonómica; y 3) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, también teniendo en cuenta la interpretación expansiva que el Tribunal Constitucional hace del «régimen económico» como materia de competencia estatal.

Por último, las CCAA tienen reconocida constitucionalmente (art. 148.1.20ª), la posibilidad de asumir competencias en materia de asistencia social, posibilidad que han hecho efectiva mediante la asunción estatutaria de la misma, en régimen de exclusividad competencial. De esta forma, las CC.AA. se han dotado de un amplio ámbito competencial en esta importante área social, que se extiende a la totalidad de la actividad legislativa y ejecutiva en la materia. Hay que puntualizar, no obstante, que la exclusividad competencial de las CC.AA. debe ser matizada, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que aún reconociendo el carácter exclusivo de la competencia en materia de asistencia social, admite al mismo tiempo la posibilidad de intervención del Estado «en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global» precisando así mismo que «las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social...por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma» (STC 146/1986, de 25 noviembre).

Se trata, en cualquier caso, de una materia –la asistencia social– que si bien queda fuera del ámbito de la Seguridad Social guarda una estrecha relación con ésta[59], siendo además la tendencia actual hacia una progresiva difuminación de las fronteras entre ambas. Por otra parte, la asistencia social cobra en la actualidad una importancia creciente dada la proliferación de nuevas situaciones de marginación y de exclusión social a las que no proporciona cobertura prestacional el sistema de Seguridad Social y que, por tanto, sólo hallan un cauce de canalización a través de la asistencia social.

[59] *Vid.* J. VIDA SORIA: «Axiomas y aporías en torno a los conceptos de Seguridad y Asistencia Social», en AA.VV., Derecho vivo del Trabajo y Constitución, Mº de Trabajo y Asuntos Sociales / La Ley, Madrid, 2004, págs. 407 y ss.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 583

EL AUTOGOBIERNO LOCAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO. PREMISAS PARA UNA REFORMA NECESARIA

José María Porras Ramírez
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

I. LA INADECUACIÓN E INSUFICIENCIA DEL ACTUAL MARCO LEGISLATIVO

Como es bien sabido, la Constitución española ha querido configurar, en su art. 137, a los gobiernos locales, como a uno de los pilares sobre los que se asienta la organización político-territorial del Estado, destinándolos a ocupar su escalón basal y subsidiario. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento legal que se les ha venido dispensado, hasta el presente, ni refleja fielmente tal posición, ni responde a sus demandas y necesidades. Cabe así observar que, aun cuando la Constitución ofrece parámetros interpretativos suficientes para prefigurar un modelo de autonomía local, definiendo su cualidad política propia, directamente vinculada, tanto al principio democrático (arts. 1.1. 1.2, 140 y 141 CE), como al autonómico (art. 137, 140, 141 y 142 CE), la legislación vigente sigue mostrándose reacia a abrirse a desarrollos más acordes con la forma compuesta de Estado, que determina la Norma Fundamental[1].

De ese modo, la habitualmente denominada, «*Administración local*», de acuerdo con la terminología que emplea el encabezamiento del Capítulo II del Título VIII de la Constitución, se ha visto relegada al desempeño de un papel subalterno respecto de las restantes instancias territoriales que se distribuyen el poder político en España, a saber, el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta circunstancia se atribuye al entendimiento, mantenido, de modo acrítico, durante el tiempo, de que el círculo de intereses que se ha de entender consustancial a la misma, debe determinarse, más bien, de forma negativa, esto es, en contraposición al que le corresponde a aquéllas. De ahí que se haya acabado reduciendo a los gobiernos locales a la condición de meros ejercitantes de competencias residuales, por lo común reconducibles a la ejecución administrativa.

---

[1] A modo de síntesis, cfr., entre otros, A. FANLÓ LORAS; «Fundamentos constitucionales de la autonomía local», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 267 y ss. También, *vid*., L. PAREJO ALFONSO, «El régimen jurídico de la Administración local, hoy», en C.R. ALBA y F.J. VANACLOCHA (coords.), «El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno», Madrid, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, 1997, págs. 345-403.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 584

Tal concepción, claramente minusvaloradora de sus amplias capacidades potenciales, olvida que la Constitución ha querido crear, con todas las consecuencias que de este hecho se derivan, un auténtico esquema o bosquejo de «*gobierno local*», manifestando así el carácter político, y no solamente administrativo, de una autonomía, de base territorial, inmediatamente conexa o derivada de la soberanía popular, que debe tener, por tanto, un contenido específico, determinado y garantizado positivamente[2].

Es como si todas las energías desplegadas se hubieran destinado, hasta ahora, a afrontar esa gran novedad que constituyen, sin duda, las Comunidades Autónomas, desatendiendo relativamente, y, a la postre, marginando, a los órganos representativos del autogobierno local. A estos se les ha hecho objeto de un tardío conjunto de leyes, de carácter ciertamente democratizador de su régimen organizativo y funcional, al tiempo que, en buena medida, racionalizador de sus atribuciones competenciales, el cual, no obstante, en su consideración genérica, muestra un marcado carácter continuista respecto del patrón corporativo heredado. Este, ajeno a la voluntad de perfilar una tan genuina como diferenciada forma de gobierno local, acorde con su particular idiosincrasia, adolece de defectos persistentes, que se han tornado así estructurales, al apenas haberse corregido, sino tan sólo parcialmente, en los últimos años[3].

Sigue así manteniéndose, en líneas generales, una consideración aún excesivamente uniforme del régimen jurídico que asiste a las instituciones encargadas de representar tal nivel territorial de autogobierno. El mismo es fruto de unas densas «bases» estatales, que ignoran su diversidad consustancial, al restringir, notablemente, el alcance de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas y las consiguientes posibilidades de desenvolvimiento de la potestad de autoorganización que se reconoce a las propias instancias interesadas. A ello se une el problema de no haberse acometido una reordenación profunda del mapa municipal, dada la situación persistente de multi e inframunicipalismo, la cual apenas se ve compensada por la escasa potenciación llevada a cabo de los entes locales intermedios.

También destaca, a este respecto, la renuencia a definir una forma de gobierno local, que sea original y, por tanto, no se muestre, como la actual, mimética de la estatal y la autonómica, a efectos de hacerla concordar con las singularidades que presenta la autonomía local. Y, finalmente, cabe denunciar, también, la insuficiente asignación de competencias y de medios financieros con que se dota a los gobiernos locales, para afrontar las muy diversas y crecientes demandas ciudadanas[4].

---

[2] J. García Morillo, «La configuración constitucional de la autonomía local», Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 11 y ss.

[3] F. Caamaño Domínguez, «Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida», en Anuario del Gobierno Local 2003, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public, 2004, págs. 47-69; en especial, pág. 49.

[4] F. Caamaño Domínguez, «Autonomía local y Constitución…», op. cit., pág. 49.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 585

Todo ello completa un marco claramente insatisfactorio, expresivo de la adopción de una inadecuada perspectiva reguladora, que ignora, tanto la verdadera naturaleza y la diversidad inherente a una realidad político-territorial, sustancialmente heterogénea, de la que dan testimonio los diferentes tipos existentes de gobiernos locales, como las deficiencias organizativas y funcionales que éstos presentan, y los nuevos retos a los que se ven abocados. Se postula así, abiertamente, un cambio de modelo legislativo, que consiga la normalización del tratamiento que merecen las instancias de autogobierno local, en el contexto del Estado Autonómico diseñado por la Constitución[5].

Ese desajuste proviene, esencialmente, de la insistencia del legislador, ya sea estatal, ya autonómico, en no querer asumir la condición que los mismos presentan, de auténticas instituciones de gobierno, esto es, de representantes directos e inmediatos de la voluntad popular, que, en tanto que tales, se encuentran plenamente legitimados para determinar, bajo su directa responsabilidad, y de modo originario y libre en cuanto al fin, políticas propias, sobre un conjunto de ámbitos de actuación, de extensión sustancialmente mayor a la que actualmente se les reconoce[6].

Sin embargo, se les sigue considerando, de manera insistente, titulares cualificados de administraciones públicas, de base territorial y naturaleza corporativa, lo que explica que se les encargue de la gestión discrecional, esto es, desarrollada en el marco de la ley, de la prestación reglada de determinados servicios básicos a los ciudadanos, para lo que se les dota de las potestades instrumentales necesarias, cuyo control de legalidad se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 32/1981)[7].

Esa concepción supone, en la práctica, la restricción, por parte del legislador, del ámbito de decisión política, requerido por los gobiernos locales, para la «gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 *in fine* CE), lo que repercute, necesariamente, en la determinación de sus competencias. Se parte así de la premisa errónea, consistente en entender que el régimen jurídico que asiste a los gobiernos locales en nada debe verse afectado, manteniéndose incólume en lo que a sus contenidos esenciales se refiere, por el proceso de descentralización política del Estado, abierto por la Constitución. Es como si éste sólo afectara a dos de las tres instancias que ésta quiere que se beneficien del mismo. De ahí que la habitual interpretación que se efectúa de la distribución de competencias llevada a cabo por el llamado «bloque de la constitucionalidad», propicie que tal reparto redunde en una marginación insistente de los

[5] R. JIMÉNEZ ASENSIO, «La forma de gobierno local: ¿cambio o continuidad?», en Anuario del Gobierno Local 1999-2000, Madrid, Marcial Pons, 2001, págs. 137 y ss.

[6] J. BARATA I MIR, «Los actos de gobierno en el ámbito municipal», Madrid, Tecnos, 1999, págs. 63 y ss.

[7] J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «El debate sobre la autonomía municipal», en Revista de Administración Pública, núm. 147, 1998, págs. 59-95; en especial, págs. 61, 80 y 91 y ss.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 586

gobiernos locales, al efectuarse en provecho, prácticamente exclusivo, del Estado y de las Comunidades Autónomas[8].

Éstas, muy particularmente, se han consolidado, en lo que a la asunción de sus competencias se refiere, a costa, no sólo del Estado, sino, también, de los gobiernos locales, en particular, sobre todo, inicialmente, de las diputaciones provinciales. Y dicha relegación se ha visto, con frecuencia, convalidada por el Tribunal Constitucional[9]. Así ha sucedido cuando el mismo ha definido la tutela constitucional que asegura la autonomía de los gobiernos locales, acudiendo a la técnica «conservadora» de la *garantía institucional* (SSTC 84/1982 y 170/1989). Esta, gestada en tiempos en los que no se aceptaba, aún, la supremacía normativa de la Constitución, pero en los que se era conciente, al tiempo, de la conveniencia de establecer ciertos frenos a la omnipotencia del legislador, sólo pretende instar a éste a que no desfigure la imagen socialmente reconocible y, por tanto, ya consolidada, de la institución de derecho público de referencia[10]. De ahí que quepa constatar, hoy, su insuficiencia, al no adecuarse ni al actual marco constitucional, en general, ni a la necesidad de diseñar una más eficaz y completa garantía del autogobierno local, en particular[11].

Por tanto, la insistente utilización jurisprudencial de la misma, al margen de los restantes principios y medios complementarios de protección, que se deducen, también, con tanta o mayor intensidad, de la Norma Fundamental, ha evidenciado sus notables carencias. No en vano, su significado mínimo y negativo, atiende, exclusivamente, a su aptitud para fijar límites, que no contenidos u orientaciones, al legislador[12].

Lo indicado revela el carácter aún abierto de la inserción de los gobiernos locales en el modelo vigente de Estado Autonómico, o, lo que es igual, la insuficiente atención que han merecido las apelaciones constitu-

---

[8] L. Parejo Alfonso, «El régimen jurídico de la Administración local, hoy», op. cit., págs. 361 y ss.

[9] Cfr., a título de significativo ejemplo, la STC 331/1993, de 12 de noviembre.

[10] Acerca de la misma, vid., entre otros, R. Martín Mateo, «La garantía institucional de la autonomía local», en Revista de Estudios de la Vida Local, núm. 208, 1980, págs. 609 y ss. A. EMBID IRUJO, «Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 30, 1981, págs. 437-470; L. Parejo Alfonso, «Garantía institucional y autonomías locales», Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1981, págs. 115 y ss. M. Sánchez Morón, «La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional», Madrid, Civitas, 1990, págs. 159 y ss.

[11] Para una crítica acerca de las insuficiencias a las que aboca el empleo de esta categoría jurídico-cultural, con referencia a los gobiernos locales, cfr., entre otros, J. C, Esteve Pardo, «Garantía institucional y/o función de las bases del régimen local», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 31, 1991, págs. 125-147. E. Aja Fernández «Configuración constitucional de la autonomía municipal», en VVAA, «Informe sobre el Gobierno Local», Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, págs. 43-66. J. García Morillo, «La configuración constitucional de la autonomía local», op. cit., págs. 11-49. J. García Roca, «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 282, 2000, págs. 23-70; y F. Caamaño Domínguez, «Autonomía local y Constitución…», op. cit., págs. 50-55.

[12] Un excelente comentario acerca de la significación de tales principios, puede consultarse, entre otros, en F. Sosa Wagner, «La autonomía local», en VVAA, «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría», Volumen IV, Madrid, Civitas, 1991, págs. 3185-3225; en especial, pág. 2315.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 587

cionales al legislador, en este sentido. Se ha ido así generando, de manera paulatina, una toma de conciencia acerca de la necesidad de proceder a una reordenación de esas relaciones, en beneficio de las instancias locales, impulsando un proceso descentralizador de amplio alcance, que replantee la posición misma de éstas, con respecto al Estado y, sobre todo, a las Comunidades Autónomas[13].

Ciertamente, la autonomía local se inserta en un ordenamiento derivado, conexo, necesariamente, con el estatal y el autonómico correspondiente. Eso explica la constante alusión, por parte del Tribunal Constitucional, desde que dictara la desafortunada STC 84/1982, al «carácter bifronte» de su régimen jurídico, calificación ésta que condujo, desde muy pronto, al entendimiento de que el Estado y las Comunidades Autónomas, en tanto que instancias superiores de la organización político-territorial de aquél, comparten la responsabilidad de su configuración última, con expreso deber de respeto, en todo caso, del marco constitucional establecido. Dicho límite supone, de un lado, la interdicción de todo intento, por parte de los mismos, de absorber el autogobierno local, orientándolo a la consecución de fines que le sean extraños, atentando contra su autonomía y desvirtuando, al cabo, su estatus institucional. Pero, también, implica, de otro, la posibilidad, prácticamente irrestricta, de acuerdo con la interpretación que se ha venido haciendo de tales capacidades reguladoras, de definir su alcance o dimensión misma[14].

Así, y pese a que el art. 148.1.2º CE determina, con claridad, que pasarán a ser competencias de las Comunidades Autónomas, pudiendo, por tanto, asumirlas éstas, en sus Estatutos, en virtud del principio dispositivo, «…las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales…»; éste, acogiéndose al art. 149.1.18º CE, que le faculta para regular «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas…», ha venido, en la práctica, esgrimiendo dicho título competencial, para desplazar, condicionar y limitar, considerablemente, a través de su intensa acción normativa, tanto el margen de autodeterminación que le ha de corresponder al legislador autonómico, como la virtualidad misma del principio de autoorganización local. Ello le ha permitido erigirse en guardián, al tiempo que en verdadero arquitecto, de la extensión que ha de alcanzar el modelo constitucional de autogobierno local.

La consecuencia que de ello se desprende, tal y como se ha indicado, no ha sido otra que atribuirle, de modo reiterado, un carácter preferentemente administrativo a la autonomía local, lo que viene a contrastar

[13] Así, ya tempranamente, M. ARAGÓN REYES, «El tratamiento constitucional de la autonomía local», en VVAA, «Organización territorial del Estado (Administración Local)», Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1985, págs. 463-495; y, también, E. GARCÍA LÓPEZ, «El ajuste de la autonomía local en el Estado de las autonomías. Un problema pendiente en el proceso de reconstrucción de las instituciones del Estado», en Revista de Estudios de la Vida Local, núm. 219, 1983, págs. 425 y ss.

[14] E. ALBERTI ROVIRA, «La inserción de los Entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre Administraciones», en VVAA, «Informe sobre el Gobierno Local», Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, págs. 125-172.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 588

con la naturaleza netamente política que se le reconoce, desde un primer momento, a las Comunidades Autónomas. Tal distinción se basa en argumentos que no resisten un análisis objetivo de los mismos.

Así, en primer lugar, no es posible mantener que la diferencia entre ambas instancias territoriales de gobierno, se funde en una legitimación de origen diverso, habida cuenta de la condición igualmente democrática que presentan las instituciones representativas del autogobierno local. Del mismo modo, tampoco puede afirmarse la distinta y superior «cualidad» de la autonomía de las nacionalidades y regiones, haciéndola derivar de su capacidad de elaborar leyes, como si la normativa local, aun careciendo de tal rango formal, no pudiera equiparase materialmente a aquéllas, o existiera impedimento alguno para que los gobiernos locales pudieran asumir, en su caso, tal potestad. Y, finalmente, menos, aún, procede alegar, a efectos de establecer diferencias de naturaleza, la mayor amplitud que presentan los ámbitos competenciales asignados a las Comunidades Autónomas, como si los gobiernos locales no pudieran ver incrementados sustancialmente los que hoy poseen, por voluntad del legislador.

En consecuencia, la distinta condición o naturaleza de la autonomía de las nacionalidades y regiones, tan sólo encuentra un único sustento relevante, que se explica aludiendo al derecho que les asiste a las Comunidades Autónomas, a constituirse como tales, por medio de sus estatutos de autonomía. Y es que estas normas, al dotarse de una especial rigidez procedimental, que expresa una cualificada garantía constitucional, de índole formal, vinculan, en todo momento, al legislador. Se trata de una garantía que asegura la irrevocabilidad unilateral de los poderes conferidos, a través de dicha vía, en el marco de la Constitución, a sus instituciones de autogobierno, lo que asegura su existencia frente al legislador[15].

Por el contrario, hoy por hoy, la autonomía local, aunque garantizada constitucionalmente, en lo que a su dimensión, sobre todo, competencial se refiere, se subordina a la ley, que es quien precisa sus contenidos. Tal circunstancia implica la remisión de su ordenación jurídica al legislador, que procederá, a tal efecto, en el marco de la Constitución. Pero la interpretación restrictiva que aquél ha venido haciendo de las exiguas e indeterminadas disposiciones constitucionales sobre la materia, le han hecho contar, en la práctica, con un amplio margen de disposición[16]. Tales normas, contenidas en el muy parco Capítulo II del Título VIII, de acuerdo con su tenor literal, parecen limitarse a reconocer la, ya existente, tipología organizativa básica de gobiernos locales.

De ahí que la Constitución se reduzca a hacer una somera referencia a los municipios, provincias e islas, afirmando su personalidad jurídica plena

[15] F. Balaguer Callejón, «Fuentes del Derecho», Volumen II, «Organización general del Estado y ordenamientos autonómicos», Madrid, Tecnos, 1992, págs. 132-133.

[16] J. Mir i Bagó, «El sistema español de competencias locales», Madrid, Marcial Pons, 1991, págs. 232 y ss.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 589

o propia, respectivamente. Tras ello, dispone sus órganos de autogobierno, haciendo así referencia a los ayuntamientos, diputaciones y cabildos, que habrán de ser elegidos conforme a criterios representativos, de carácter democrático (arts. 140 y 141 CE). Y, finalmente, prescribe la obligación de asegurar su suficiencia financiera (art. 142 CE). Pero nada se dice, explícitamente, al menos, acerca de sus competencias. Sólo se señala que a los gobiernos locales se les garantizará «la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 CE), sin que se precise cuáles puedan ser éstos.

Tal silencio es más aparente que real, al haber acudido la Constitución al empleo de la bien conocida técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, recurso éste, dicho sea de paso, harto frecuente en la misma, que comporta el establecimiento o la deducción de criterios, que contribuyen a su oportuna especificación[17]. Pero el legislador, lejos de entender esto, ha interpretado tal precepto como una generosa cláusula de habilitación en su favor, para arrogarse el cometido de concretar esos «intereses», sin atenerse a más pautas que las que ha estimado oportuno seguir. Eso explica que, obviando una interpretación sistemática de la Constitución, se haya sentido con el derecho de atribuirse un amplísimo poder o margen de conformación, a efectos de colmar esa supuesta laguna constitucional. A este fin, únicamente, ha admitido, como límites indisponibles, las determinaciones expresas que, de acuerdo con su tenor literal, le prescriben no introducir alteración alguna que pueda suponer un menoscabo de la autonomía local, concebida en su dimensión estrictamente organizativa y vinculada al principio democrático. Pero, más allá de esto, no ha creído encontrar ninguna indicación adicional, en lo que se refiere al deber de reconocerle, a tales gobiernos locales, un listado de competencias específicas. Esa concepción revela, a todas luces, su incapacidad, o falta de voluntad, para asumir, plenamente, la naturaleza política que le asiste a tales instancias territoriales de gobierno, con las consecuencias que de ello cabe derivar.

En virtud de esa apreciación, sostenida a lo largo del tiempo, el legislador ha fijado el reducido alcance de las competencias locales, concretando su esfera de actuación propia, en el marco de la organización político-territorial del Estado. Él ha sido, pues, quien, para bien y para mal, adoptando todas las restricciones y cautelas posibles, ha hecho realidad la facultad de los gobiernos locales, explícitamente reconocida por la Constitución, de disposición de un ámbito de decisión «para la gestión de sus respectivos intereses». Otra cosa es que éste resulte manifiestamente insuficiente, desde todo punto de vista, como consecuencia de la inadecuada perspectiva adoptada, que ha llevado, de modo insistente, a reputarlos meros titulares de administraciones públicas, de carácter corporativo. Por eso, en buena medida, se ha privado a los mismos de la

[17] J.L. Carro Fernández Valmayor, «El debate sobre la autonomía municipal», op. cit., págs. 93-95.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 590

posibilidad de contar con una capacidad propia de dirección política, a proyectar sobre ámbitos más extensos de actuación[18].

Además, a esto hay que añadir que el legislador al que nos estamos refiriendo no es otro que el estatal, el cual, a través de unas *bases*, dictadas, al amparo del art. 149.1.18º CE, ha definido, yendo así más allá de lo razonable, el espacio a reservar para el desarrollo competencial de la autonomía local. Ello le ha permitido, en la práctica, monopolizar dicha tarea, en detrimento, de quienes, de acuerdo con la Constitución, rectamente interpretada, y la propia lógica político-territorial, sería más consecuente que lo hicieran, es decir, tanto las Comunidades Autónomas, según dispone el art. 148.1.2º CE, reducidas al ejercicio de una función de desarrollo, de alcance efectivo muy devaluado, como los propios gobiernos locales, relegados, por lo común, al dictado de normas de muy recortada eficacia[19].

Y tan intensa ha sido su actuación normativa, al sobrepasar ésta, claramente, la tarea de fijar «los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado» (STC 25/1983), que el principal fruto de la misma, la *Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local* (Ley 7/1985, de 2 de abril) (LRBRL), como han señalado, entre otras, las SSTC 27/1987, 214/1989, 109/1998, 11/1999 y 159/2001, se ha llegado a considerar y emplear, nada menos, que como parámetro de constitucionalidad de la ulterior actuación legislativa, tanto estatal como autonómica. Tal consideración se debe a que el propio Tribunal Constitucional ha llegado a entender que la Ley de Bases en cuestión, viene a cumplir una específica y cualificada función en el ordenamiento jurídico, que no es otra que la de establecer el marco o estatuto jurídico básico del autogobierno local, colmando así el supuesto vacío o silencio constitucional, a este respecto existente.

Tal es así, que se ha llegado a entender que dicha Ley de Bases, más que como consecuencia lateral de su contenido propio[20], en virtud de la condición material, «sui generis», que posee, realiza el cometido añadido de habilitar y delimitar el reparto de poder existente, entre las diversas instancias locales afectadas, fijando, al tiempo, procedimientos sobre la creación del derecho. Tan notables cualidades que de ella se predican, derivan, se dice, del hecho de tratarse de una norma que, con independencia de su rango, atañe a la construcción misma del Estado y al diseño de uno de los ordenamientos jurídicos que en él se integran[21].

---

[18] F. Caamaño Domínguez, «Autonomía local y Constitución…», op. cit., pág. 53.

[19] T. Font i Llovet, «La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio», en Anuario del Gobierno Local 1998, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 15-54.

[20] Así lo entiende, con carácter general, F. Rubio Llorente, Voz «Bloque de la constitucionalidad», en Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995, Vol. I, págs. 817-819; en especial, pág. 818.

[21] L. Morell Ocaña, «El régimen local español», Madrid, Civitas, 1988, págs. 39-40. Comentan esa jurisprudencia, M.Mª Razquin Lizárraga, «Tribunal Constitucional y Entes locales: la jurisprudencia constitucional sobre el régimen local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, págs.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 591

Semejante «función constitucional», a la que alude la Exposición de Motivos que la antecede, presta una «vis específica» a la posición que ocupa en el sistema normativo, considerado en su conjunto, no obstante su condición formal de mera ley ordinaria. De ahí que se la estime, implícitamente, integrada en el «bloque de la constitucionalidad», en tanto que norma interpuesta, a través de la cual se efectúa un control indirecto de la validez de las normas con rango de ley, que posteriormente se emanen, en materia de régimen local, a pesar de poseer, como éstas, igual rango jerárquico[22].

Las consecuencias negativas que de aquí se derivan pueden resumirse en la notable uniformización resultante del régimen jurídico local, al reducirse considerablemente el margen de autodeterminación que le corresponde al legislador autonómico, circunstancia ésta que impide la diversificación reguladora que el mismo presumiblemente introduciría, en el caso de contar, realmente, con esa posibilidad, de acuerdo con las circunstancias propias que tuviera que apreciar. Por todo ello, el legislador básico estatal se erige así en el paradójico garante de la autonomía local, frente a las agresiones o injerencias que pueda protagonizar, fundamentalmente, el legislador autonómico. Este es así contemplado como el único capaz de menoscabar, en potencia, el ámbito material de disposición, constitucionalmente reservado a los gobiernos locales. Por eso, frente al mismo, se alza aquél como canon de constitucionalidad de sus actuaciones.

Esa subordinación al legislador, en este caso estatal, revela una comprensión disminuida de la autonomía local, como si ésta aún requiriera de la tutela del Estado para hacerse efectiva, tal que en tiempos ya pasados, al presuponerse que la misma no puede desenvolverse y desarrollarse, si no es con la previa habilitación positiva, expresa y tasada, que la ley hace de sus atribuciones competenciales. Se olvida así, intencionadamente, que los gobiernos locales actúan, dada su naturaleza política, directamente ordenados a la Constitución, de la que traen causa inmediata, además de en el marco de la ley, de la que, sin embargo, no derivan su existencia. De ahí que posean un *derecho constitucional* irrefrenable, bien es cierto que de configuración legal, a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, tal y como, por otra parte, el art. 2.1 LRBRL se encarga de reconocerles, y subraya el art. 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL)[23], o, más recientemente, se deduce del art. I.11.3 del Tratado Constitucional Europeo.

Es por eso por lo que el art. 137 de la Constitución debe interpretarse como fuente de una *competencia general* («Allzuständigkeit») en su favor, articuladora del principio de subsidiariedad, del que se hace eco el

---

259 y ss. También, J.M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, «La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VVAA, «La autonomía local. Análisis jurisprudencial», Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 17-45; en especial, págs. 38-39.

[22] Así, F. SOSA WAGNER, «Manual de Derecho Local», Pamplona, Aranzadi, 1999, págs. 43 y ss.

[23] F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Autonomía local y Constitución…», op. cit., págs. 54-55.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 592

art. 25.1 LRBRL, al permitirles promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de las comunidades ciudadanas a las que sirven, aun en ausencia de leyes habilitantes al respecto. Éstas operarán, en su caso, como marco o límite, dentro del cual se desarrolla, con gran margen de autonomía y, por consiguiente, capacidad propia de disposición, la actuación política de dichos gobiernos[24].

Dicha «*universalidad de su círculo de acción*», expresiva de la existencia de una *presunción de competencia* beneficiándoles, implica, a su vez, un «*derecho de apropiación*» o de «*descubrimiento de nuevas tareas*» (»Aufgabenerfindungsrecht»), por parte de los mismos, lo que, rectamente entendido, ha de suponer que el legislador deberá abstenerse de ocupar efectivamente tal área, a fin de desplazar sus contenidos a otra u otras instancias territoriales de gobierno, a menos que demuestre que existe un interés público preferente así aconsejándolo. En todo caso, deberá asumir la carga de la prueba. Es por eso por lo que, en cualquier circunstancia, habrá de respetar un campo autónomo de actuación local, que entraña el consiguiente reconocimiento de competencias propias, si concurre el interés de un ente local, que busque satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que tiene encomendado gobernar (art. 4.3 CEAL)[25].

Y es que la singular posición constitucional asignada a los gobiernos locales en la organización territorial del Estado, implica el necesario señalamiento de un contenido de dotación competencial en favor de los mismos, que se ha de sustraer a la libre capacidad de disposición del legislador, ya sea éste estatal, ya autonómico, a fin de que puedan aquéllos cumplir con la función que tienen constitucionalmente atribuida, de autónoma «gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 CE)[26]. Se trata de un haz de competencias, reservado, implícitamente, «ex Constitutione», cuya identificación puede realizarse siguiendo un criterio finalista, ya que no ontológico, descartado implícitamente, tanto por la Norma Fundamental, como por la propia doctrina de su máximo intérprete[27].

Aun así, es claro que la Constitución no constriñe a los gobiernos locales, en virtud de su autonomía reconocida, a la gestión de unos intereses exclusivos o propios, sino que insta a los mismos a que hagan lo mismo res-

---

[24] J. L. Carro Fernández-Valmayor, «La cláusula general de competencia municipal», en Anuario del Gobierno Local 1999-2000, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 37-60; en especial, págs. 51 y ss.

[25] L. Ortega Álvarez, «Autonomía local y subsidiariedad europea», en Anuario del Gobierno Local 1996, op. cit., págs. 601-627; J. Barnés Vázquez, «Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución», en Anuario del Gobierno Local 1997, op. cit., págs. 53-97. J.M. Bandrés Sánchez-Cruzat, «El principio de subsidiariedad y la Administración local», Madrid, Marcial Pons, 1999. También, L. Parejo Alfonso, «Notas sobre el principio de subsidiariedad y el gobierno local», Barcelona, Fundaciò Carles Pi i Sunyer d´Estudis Autonòmics i Locals, 1999, págs. 7-41.

[26] J. Mir i Bagó, «El sistema español de competencias locales», op. cit., págs. 300 y ss.

[27] M. Sánchez Morón, «La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional», op. cit., págs. 185-188.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 593

pecto de otros, que, en principio, pueden no ser de su exclusivo o estricto dominio. Se alude así a la existencia de un ámbito material suplementario, a proveer cuando las circunstancias exijan la justificada aplicación del principio de subsidiariedad, a fin de mejor satisfacer las demandas vecinales, teniendo para ello presente la naturaleza de la actividad pública de referencia y la capacidad de gestión del ente local interesado[28]. De ahí el potencial carácter expansivo que adquiere el concepto jurídico indeterminado «asuntos locales», interpretado en conexión con la mencionada «competencia general municipal»[29].

El problema está en que, en la práctica, al no haberse articulado, en el orden interno, vía específica alguna que asegure la participación de los gobiernos locales en el mecanismo de control preventivo de aplicación del principio de subsidiariedad[30], dicha determinación se ha venido dejando al criterio del legislador, que se ha creído prácticamente omnímodo a la hora de reconocer, inicialmente, o convalidar, a posteriori, tales competencias. A ello se une, en la situación presente, la peculiaridad que reviste la articulación de la relación bases desarrollo, en lo que a la disciplina normativa del régimen local se refiere, al hallarse ésta, hoy en día, en particular, en lo que a esta materia se refiere, manifiestamente desequilibrada a favor de la intervención del Estado.

Así las cosas, de forma paulatina, se ha ido generando una toma de conciencia acerca de las deficiencias señaladas, habida cuenta de la insuficiente protección que brinda la técnica de la garantía institucional, adoptada por el Tribunal Constitucional, ya en sus primeros pronunciamientos. Ello ha propiciado que el mismo, en su jurisprudencia más reciente, aún sin haber llegado a dar un giro que le aparte de sus argumentaciones tradicionales, haya, cuando menos, deducido una serie de principios que contribuyen a perfeccionar su aseguramiento y tutela más eficaces. De ahí que aluda, cada vez más frecuentemente, a imitación de su homólogo federal alemán[31], a la conveniencia de proyectar sobre la actuación del legislador sectorial, controles de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, prevalencia de la voluntad local, eficacia en la gestión y naturaleza o condición de la actividad pública de referencia (SSTC 227/1988 y 11/1999), a fin de determinar la comisión, por parte del mismo, de excesos que puedan afectar

[28] Cfr., el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea, de 2004, incorporado como Anexo del Tratado constitucional europeo.

[29] J.L. Carro Fernández Valmayor, «La cláusula general de competencia municipal», op. cit., págs. 55 y ss.

[30] Acerca de la necesidad de proceder en este sentido, cfr., M. Medina Guerrero, «Presentación», en Anuario del Gobierno Local, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Public, 2004, págs. 9-10.

[31] Cfr., por todas, al sintetizar su doctrina, la muy importante Sentencia RASTEDE (BVerfGE, 79, 1989), comentada, entre otros, por F. Schoch, «En relación a la situación de la autonomía local, tras la Sentencia RASTEDE, del Tribunal Constitucional Federal», en Documentación Administrativa, núm. 234, 1993, págs. 281-321.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 594

a la identidad o cualidad propias del ámbito de actuación autónoma reconocido a los gobiernos locales.

Lo que ocurre es que tales criterios revelan su operatividad, sobre todo, a la hora de oponerse a eventuales desapoderamientos de competencias ya asignadas a los mismos, al traducirse en una exigencia de actuación leal, proporcional, no arbitraria y justificada, del legislador, a este respecto. Sin embargo, los mismos presentan una utilidad menor cuando lo que se desea es vincularlo, al reclamar aquéllos la delegación de competencias, ejercitadas por las instancias de gobierno estatal y, sobre todo, autonómicas[32].

En todo caso, estos principios contribuyen a expresar la vocación «natural» y preferente de los gobiernos locales, de ser destinatarios de buena parte de las competencias que el legislador sectorial pueda asignarles. Eso justifica la permanente invocación al mismo para que altere la habitual interpretación que se viene haciendo de la distribución de competencias, por parte del bloque de la constitucionalidad, a fin de que ésta propicie un reparto que evite la marginación sistemática de las instancias locales[33].

En este sentido, probablemente, la mejor manera de garantizar esta redistribución, al tiempo que la posición misma de los gobiernos locales, consiste en lograr su efectiva interiorización en el orden autonómico, de acuerdo con el modelo seguido por los federalismos europeos, atribuyendo, a este fin, a los estatutos de autonomía, la función de delimitación competencial de sus atribuciones[34]. Asignarle tan cualificada tarea a las «normas institucionales básicas» de las Comunidades Autónomas, de un lado, hará de las mismas, integradas efectivamente en el «bloque de la constitucionalidad», incuestionables parámetros de validez de cuantas leyes, estatales o autonómicas, pudieran afectar a la autonomía local, en cualquiera de sus dimensiones relevantes; y, de otro, evitará, incurrir en la rígida consideración uniforme de que adolece el régimen local español, cuya diversidad y heterogeneidad se hacen cada vez más evidentes, eludiendo los excesos homogeneizadores que propician, habitualmente, las leyes de bases estatales[35].

---

[32] Los arts. 4 b) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 55 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, han dispuesto el principio de proporcionalidad como criterio articulador de las relaciones interadministrativas, lo que conlleva la ponderación de intereses y la adecuación de los instrumentos que limiten o puedan suponer un menoscabo de los espacios competenciales de cada nivel de poder territorial. A este respecto, *vid.*, L. Ortgega Álvarez, «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local», en Anuario del Gobierno Local 1997, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 99-115; en especial, pág. 114.

[33] L. Parejo Alfonso, «El régimen jurídico de la Administración local, hoy», op. cit., págs. 361 y ss. También, L. Ortega Álvarez, «Las competencias como paradigma de la autonomía local», en Justicia Administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, núm. extraordinario, 2000, págs. 34 y ss.

[34] T. Font i Llovet, «La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio», op. cit., págs. 15 y ss. También, E. Aja Fernández, «El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales», Madrid, Alianza, 1999, págs. 225-226.

[35] Acerca de esta problemática, F. Caamaño Domínguez, «El abandono de «lo básico»: Estado autonómico y mitos fundacionales», en Anuario de Derecho constitucional y parlamentario, núms. 12-13, 2000-2001, págs. 87-110; y, también, J.A. Montilla Martos, «Los elementos formales en el proceso de

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 595

Aun no siendo ésta la panacea, dado el riesgo evidente de incurrir en una nueva versión de centralismo, el autonómico, lo que justifica la adopción de las cautelas necesarias para preservar el autogobierno local, se daría, sin duda, un gran paso adelante, al permitirse la elaboración de regulaciones menos abstractas y, por ende, más apegadas a la realidad, o, lo que es igual, al pluralismo político-territorial que la Constitución quiere que informe la estructura descentralizada del Estado. Con ello, se avanzaría un importante trecho, en aras de configurar, a esos efectos, un «sistema de geometría variable», que, simultáneamente, se hiciera eco, en consideración al principio de subsidiariedad, de la conveniencia de reasignar las competencias y las responsabilidades, a favor, en este caso, de dichos gobiernos locales[36].

Que los mismos sean la expresión más cualificada de una avanzada «democracia de proximidad», hace que su potenciación redunde, necesariamente, en la construcción de un sistema político de mayor calidad, favorecedor de la participación, la transparencia y el mejor control de la acción de los poderes públicos.

II. EL ALCANCE LIMITADO DE LAS SUCESIVAS EDICIONES DEL PACTO LOCAL

La constatación de ese estado de cosas, sumariamente descrito, convergió, en los años noventa, en la idea del «*Pacto local*», a fin de articular el acuerdo político entre las diversas instancias territoriales interesadas. El propósito no era otro que colmar las carencias de todo orden, competenciales, financieras, organizativas y funcionales, esencialmente, que afectan, de forma directa, al régimen legal de la autonomía local en España. Su impulso se debió a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), que tomó conciencia de la necesidad de instar una respuesta a tales demandas, presentando un documento en el que se contenían sus reivindicaciones fundamentales.

Durante la VI Legislatura tal requisitoria fructificó, siquiera parcialmente, al alumbrarse un heterogéneo conjunto de medidas de reforma legislativa, orientadas a dar contenido a una primera fase del Pacto local, en lo que éste afectaba al Estado[37].

---

producción normativa de lo básico», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 68, 2003, págs. 89-120.

[36] T. FONT I LLOVET, «La evolución del Gobierno local en España: de los «nuevos principios» a la geometría variable», en Anuario del Gobierno Local 1999-2000, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 27 y ss.

[37] Dos sintéticos comentarios críticos acerca las iniciativas legislativas que dieron lugar a la primera edición del pacto local, pueden consultarse en T. FONT I LLOVET, «La evolución del gobierno local en España…», op. cit., págs. 13 y ss.; y J.Mª PORRAS RAMÍREZ, «La posición constitucional de los entes locales: la oportunidad del Pacto local», en VVAA, «Modificaciones y panorama actual del régimen local español», Granada, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2000, págs. 39-75; en especial, págs. 54 y ss.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 596

a) En primer lugar, y tomando como fundamento el art. 11 de la Carta Europea de la Autonomía Local, se modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de atribuirle a los gobiernos locales un medio reaccional extraordinario que les permitiera el acceso directo a la jurisdicción constitucional, a fin de que pudieran recurrir directamente las leyes, estatales o autonómicas, que, a su juicio, vulneraran su autonomía, garantizada por la Norma Fundamental[38].

Desechando así otras opciones propuestas, se creó una nueva modalidad de conflicto constitucional, dotado de rasgos propios, que lo hacen sumamente atípico y singular, en relación a los ya existentes. Mediante el mismo se impugna, propiamente, la manera concreta de configurar la competencia de que se trate, por quien tiene habilitación para ello, ya sea el Estado o una Comunidad Autónoma, a fin de que se determine si tal ley genera menoscabo alguno, en el ámbito de autonomía local garantizado, al tiempo que se cuestiona su validez. No se reivindica, por tanto, una determinada competencia, atribuida previamente a los gobiernos locales, que ha sido invadida o usurpada por el legislador, sino que lo que se pretende, realmente, es instar, de forma unidireccional, al sólo poder ser tales entes, sujetos activos, y nunca pasivos de la controversia, la salvaguardia y eventual restitución de la imagen preexistente y socialmente reconocible de la autonomía local, en caso de que se la crea lesionada.

Tras esa verificación esencial, se inicia, si así lo considera oportuno el Pleno del Alto Tribunal, que conoció de la acción, un nuevo procedimiento, disociado artificialmente del anterior, para controlar la validez de la ley impugnada. Se promoverá a través del planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad, cuya resolución, finalmente, determinará, en su caso, la adecuación a la Constitución de la ley causante de la afectación en su momento apreciada.

El resultado ha sido una rebuscada fórmula, confusa y un tanto arbitraria, en la que se lleva a cabo una curiosa mezcolanza de procedimientos constitucionales ya existentes, a fin de vencer, de manera oblicua, la imposibilidad legal de extender a los gobiernos locales la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad. Pero son, sobre todo, los evidentes defectos de que adolece su regulación, dada su artificiosidad, los que

---

[38] Acerca del proceso constitucional en cuestión, cfr., entre otros, J. Jiménez Campo, «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 53, 1998, págs. 33-56; P. Pérez Tremps, «La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional», Madrid, Marcial Pons, 1998; M. Pulido Quecedo, «La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía local», Pamplona, Aranzadi, 1999; F. Caamaño Domínguez, A.J. Gómez Montoro, M. Medina Guerrero, y J.L. Requejo Pagés, «Jurisdicción y procesos constitucionales», Madrid, McGraw-Hill, 2000, págs. 114 y ss.; J. García Roca, «El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local», en Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, núm. extr., 2000, págs. 5-32; J.Mª Porras Ramírez, «El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional», Madrid, Civitas, 2001; R. Naranjo de la Cruz, «El proceso constitucional para la protección de la autonomía local en España y Alemania, Madrid, INAP, 2003; y M.D. Cabello Fernández, «El conflicto en defensa de la autonomía local», Madrid, Civitas, 2003.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 597

ofrecen motivos para una más que justificada crítica. En particular, destacan los referidos a la legitimación, en particular, y a la tramitación del conflicto, en general, sobre todo en lo que afecta a la cuestionable articulación, abiertamente disuasoria, de los criterios selectivos empleados[39]; por no mencionar la innecesaria disociación de procedimientos establecida, con la consiguiente duplicidad de sentencias a que da lugar.

Todo ello debe hacer recapacitar acerca de si, con la creación de este nuevo proceso, el llamado *conflicto en defensa de la autonomía local*, que parece haber sido concebido para no ser empleado sino en muy contadas y excepcionales ocasiones, dadas sus trabas, y, en todo caso, frente a leyes, preferiblemente, autonómicas, más que estatales, se han satisfecho las demandas de protección extraordinaria directa de la autonomía local, ante el Tribunal Constitucional; o si, en vistas de su harto gravosa instrumentación, habrá que seguir recurriendo, como hasta ahora, si bien instando la introducción de los correctivos o adaptaciones necesarias, a fin de mejorar su eficacia, a la, quizá, más adecuada vía que sigue ofreciendo la cuestión de inconstitucionalidad.

b) En segundo lugar, el Pacto Local de 1999, abordó la corrección de algunas de las más notorias disfuncionalidades que presentaba el autogobierno democrático local, en lo que a su organización y funcionamiento se refiere[40]. Esas reformas, por una parte, acentuaron las tendencias presidencialistas de una forma de gobierno, de planta formalmente parlamentaria, modificando, a tal efecto, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Se adoptaron así, determinaciones organizativas de nuevo cuño, entre las que destaca una parcial redistribución de las competencias entre el Pleno y el Presidente, ya sea del Municipio o de la Diputación, según se trate, con lo que se vino a reforzar significativamente la posición de éste, como órgano, más que ejecutivo, de dirección política del gobierno local, so pretexto de agilizar el funcionamiento de la institución a la que representa. Se incrementaron, de ese modo, sus competencias y se introdujeron una serie de correcciones en el régimen de adopción de acuerdos, intensificándose, a cambio, las facultades de control de los Plenos.

A su vez, se reformó la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, con el propósito de suprimir distorsiones recurrentes, al tiempo que para reforzar la estabilidad de la acción de gobierno local. Se precisaron así los requisitos necesarios para la presentación, tramitación y votación de la *moción de censura* contra los alcaldes, con la peculiaridad consistente

---

[39] Cfr., el ATC 418/2003, de 16 de diciembre, por el que se acuerda inadmitir a trámite el conflicto planteado, inicialmente, por 1185 municipios contra la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de estabilidad presupuestaria. La inadmisión se debió al incumplimiento sobrevenido de los rigurosos requisitos de legitimación legalmente previstos, circunstancia ésta que impidió reunir el número de municipios requerido, conforme a la exigencia legal de que alcanzaran un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la ley, representado, como mínimo, a un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente (art. 75, ter.1, LOTC).

[40] J.Mª PORRAS RAMÍREZ, «La posición constitucional de los entes locales. La oportunidad del Pacto local», op. cit., págs. 60 y ss.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 598

en añadir, a lo ya dispuesto, un haz de garantías, que buscan posibilitar su realización efectiva, habida cuenta de los obstáculos que, habitualmente, se venían interponiendo, en este sentido. A su vez, se reguló, por primera vez, en el ámbito municipal, la *cuestión de confianza*, concibiéndola como un mecanismo subsidiario, orientado al reforzamiento de la posición funcional del Alcalde, en particular, y de consolidación y estabilización del gobierno local, en general. Para ello, se la vinculó a la aprobación o modificación de asuntos trascendentales en el desarrollo de la acción de gobierno local, a fin de evitar maniobras obstruccionistas por parte del Pleno, que abocaran a la parálisis política[41]. Quedó pendiente, sin embargo, la tan demandada modificación del sistema electoral.

También, en el marco del Pacto local, se buscó intensificar la cohesión de los grupos políticos representados en los gobiernos locales, a efectos de afrontar, y, a ser posible, corregir, la patología del transfuguismo político. Se convino, de este modo, la firma, por los representantes de los distintos partidos, de un «Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones locales»[42]. Se trata de una declaración de intenciones que, tras señalar las causas que hacen de éste fenómeno un hecho recurrente, particularmente en el ámbito local, falseando la representación política en el Estado de partidos, promueve, por vía convencional, esto es, sin el grado de coercibilidad que le proporcionaría su inclusión en una ley, hoy, por lo demás, difícilmente viable, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, distintos medios para eliminar o limitar sus efectos negativos.

c) Finalmente, un tercer pilar del Pacto local, en su edición de 1999, supuso la ampliación, mediante la modificación de la legislación sectorial existente, del ámbito competencial de los gobiernos locales, en materias concernientes a la regulación del derecho de reunión y manifestación, la protección de la seguridad ciudadana, el derecho a la educación, el tráfico y la política de aguas[43].

El balance de lo realizado, en aquél momento, no dejó de ser un tanto decepcionante, dado el limitado alcance de las medidas adoptadas, a excepción de la nueva y satisfactoria regulación hecha de la moción de censura y de la cuestión de confianza. No en vano ésta supuso, además de la eficaz corrección de distorsiones habituales, un avance en la definición del modelo de forma de gobierno local. Sin embargo, no cabe decir lo mismo respecto de las demás, ya sea, en unos casos, por su escasa eficacia práctica, como demostró la defectuosa regulación de la más

---

[41] Ampliamente, vid., A.J. Trujillo Pérez, «La nueva regulación de la moción de censura y la cuestión de confianza en el régimen local español», en VVAA, «Modificaciones y panorama actual del régimen local español», op. cit., págs. 151 y ss.

[42] L.M. Díez-Picazo, «Transfuguismo y deontología política», en Anuario del Gobierno Local 1998, págs. 79 y ss.

[43] A.M. Moreno Molina, «Las competencias de las entidades locales», en VVAA, «Modificaciones y panorama actual…», op. cit., págs. 79 y ss.; en especial, págs. 95 y ss.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 599

ambiciosa de esas iniciativas, la que dispuso la creación de un proceso constitucional específico, en defensa de la autonomía local, frente a la acción potencialmente lesiva de la misma por parte del legislador; ya, en otros, por la constatación de su escasa envergadura, en lo que la reforma afectaba a la modificación del régimen orgánico-funcional de los gobiernos locales. Aun así, fue el hecho de que no se acometiera el tratamiento de problemas estructurales, bien conocidos, provocando así un nuevo aplazamiento de cambios tan urgentes, como los referidos a la financiación, o al incremento de las competencias locales, lo que explica, fundamentalmente, lo insatisfactorio del juicio.

Esas ausencias explican que no se considerara cerrado el Pacto local, en lo que el mismo sigue afectándole al Estado. Pero más censurable resulta, aún, la constatación de que éste aún permanezca prácticamente inédito, en su versión autonómica. La casi total ausencia de iniciativas, en este sentido, habida cuenta de que las muy escasas y aisladas, hasta ahora emprendidas, explican que quede, todavía, lejos, la tan anunciada y prometida «segunda descentralización» de competencias autonómicas, en favor de los gobiernos locales[44]. El traspaso de su ejercicio, a reserva de su titularidad, mediante el empleo de vías tales como la transferencia, la encomienda de gestión o la delegación, siguen siendo, hoy, por hoy, lamentablemente, poco más que un proyecto carente de plazo acordado de realización.

d) Así las cosas, dada la inacción autonómica, en 2003, el Estado volvió a protagonizar una edición más del Pacto local. Su actuación se debió a la iniciativa de las Cortes Generales, que instaron al Gobierno, mediante una proposición no de ley, a emprender nuevas reformas en el ámbito territorial de referencia. Se gestó así la *Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*, que viene a reformar, nueva, y esta vez, sí, intensamente, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Su intención declarada fue afrontar algunos de los problemas estructurales pendientes, todos ellos bien conocidos, mientras se acometía la elaboración de una nueva ley integral.

A tal fin, según se expresa en su Exposición de Motivos, la Ley busca profundizar en la modificación del «modelo orgánico-funcional de gobierno local, lastrado por una percepción corporativista de la política local», al tiempo que superar «el rígido uniformismo», que ha llevado a «contemplar a todos o a la mayor parte de los municipios, con independencia de su demografía y complejidad, como organizaciones merecedoras de un tratamiento jurídico» semejante.

---

[44] Acerca del magro desarrollo, hasta ahora, alcanzado por la fase autonómica del Pacto local, cfr., con referencia a los esfuerzos desplegados, principalmente, en Castilla y León, Murcia y Madrid, T. FONT I LLOVET, «Reforma básica y desarrollo del gobierno local: entre Estado y Comunidades Autónomas», en Anuario del Gobierno Local 2002, Madrid, Marcial Pons, págs. 13-35; en especial, págs 14 y ss.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 600

O dicho de otro modo, sus objetivos, junto a otros que cabe considerar secundarios, pese a su indudable relieve (reforzamiento del papel de las formas asociativas de municipios y potenciación de los órganos de gobierno de las provincias, intensificación de los instrumentos de participación ciudadana, especificación de las diversas formas de prestación de los servicios públicos locales, intensificación de las relaciones interadministrativas y reordenación de la potestad sancionadora municipal), se resumen en uno: dotar a los municipios de ágiles y eficaces gobiernos, configurando un régimen jurídico específico para los de mayor población.

En consecuencia, la principal novedad introducida la constituye el nuevo Título X, que se incorpora a la Ley de Bases de Régimen Local. En el mismo se dispone un régimen orgánico singular para esta nueva clase de municipios, transformando así, o desvirtuando, en realidad, la previsión inicial, referida, exclusivamente, a las «grandes ciudades». Para ello, en aras de determinar, de entre todos los existentes, cuáles podrán beneficiarse del mismo, se establece una relación tan heterogénea, abierta y, a veces, arbitraria, de criterios, que se acaba suscitando un elevado grado de confusión acerca de su ámbito subjetivo de aplicación[45].

Tales parámetros aparecen referidos al número de habitantes (tener más de 250.000), la situación de capitalidad provincial (si se exceden los 75.000) o autonómica (en todo caso), la condición de sede de institución autonómica, o la concurrencia, en municipios que superen los 75.000 habitantes, de circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

Además, sin que medie justificación que avale esta diferenciación, se extiende el tratamiento singular a los cabildos insulares canarios de islas cuya población sea superior a los 175.000 habitantes, pudiendo, no obstante, el Parlamento canario aplicárselo, también, a los restantes, a iniciativa de sus órganos plenarios, siempre que la población del territorio que gobiernan éstos, sea superior a 75.000. Sin embargo, paradójicamente, este régimen jurídico especial, no resulta extensible, sin que causa alguna explique semejante trato de disfavor, a las diputaciones provinciales que se hallen en una situación objetiva semejante.

Tales criterios, al dejarse a la consideración, en unos casos, ya de la propia Ley de Bases, ya, en otros, en concreto, los dos últimos señalados, del legislador autonómico, permiten, en la práctica, la extensión del régimen organizativo especial en cuestión a un gran número de gobiernos locales, generalizando así una medida originariamente pensada para unos pocos, los propios de las «grandes ciudades». Esa circunstancia, más que favorecer la anhelada diversificación, redunda, paradójicamente, en la implantación de un considerable uniformismo, al permitir que se brinde un

[45] Así, inicialmente, A. GALÁN GALÁN, «Ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial de los municipios de gran población», en Revista General de Derecho Administrativo, www.iustel.com.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 601

tratamiento análogo a gobiernos locales muy distintos, en cuanto a población y a las consiguientes necesidades organizativas y funcionales[46].

Además, cabe objetar que es tal la intensidad reguladora desarrollada por el Estado, al amparo de lo básico, dictando esta Ley, que el margen de autodeterminación que se deja al legislador autonómico es muy escaso, con lo que, lejos de corregirse un defecto persistente, habitualmente denunciado, éste se ve, de nuevo, reproducido, si no intensificado, en esta ocasión. A su vez, tal circunstancia, supone, una vez más, una considerable restricción de la potestad de autoorganización local, dado que los municipios que se hacen destinatarios cualificados de la reforma legislativa, al ver tan detallado su nuevo régimen jurídico, experimentan, a estos efectos, una notable reducción de su autonomía, en lo que a su ámbito de libre disposición se refiere. Y ello les ocurre, además, en contraste con los de régimen común[47].

De lo dicho es buena muestra la minuciosa especificación de las competencias que se asignan a los órganos necesarios, que han de formar parte de aquélla clase de municipios, como son, a saber, el Pleno, las Comisiones, el Alcalde, los Tenientes de Alcalde y la Junta de Gobierno Local. Igual sucede con la obligación que se dispone de proceder a una división territorial en distritos, en lo que respecta a la determinación de los órganos superiores y directivos, en el establecimiento de la asesoría jurídica, la fijación de los mecanismos de participación ciudadana, la creación, tanto del Consejo Social, como de la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, la detallada organización de la gestión económico-financiera municipal, o el fortalecimiento de los derechos vecinales.

Además, la Ley no supone, en modo alguno, la ampliación de la esfera material de actuación municipal, al no entrañar, para los de régimen especial, un incremento de sus competencias, ni suponer una mejora de su financiación. La misma sólo comporta, una profundización en la reforma de 1999, al optar, parece que definitivamente, descartando así modelos alternativos, por la aplicación corregida de la forma de gobierno parlamentaria, siguiendo el modelo matricial, estatal y autonómico, de referencia. La potenciación de las figuras del Alcalde, cuya preeminencia institucional se destaca notablemente, aún a costa de la pérdida de atribuciones, en relación con las que ostenta su homónimo en los municipios de régimen común, y de la Junta de Gobierno, asimilada a un órgano plenario gubernamental, conlleva que se les otorgue competencias propias, entre las que destaca la que se le atribuye a aquél, para designar como miembros de ésta, a personas no elegidas como concejales.

---

[46] A. GALÁN GALÁN, «El régimen especial de los municipios de gran población», en Anuario del Gobierno Local 2003, op. cit., págs. 143 y ss.

[47] Justificadamente crítico, en este sentido, T. FONT I LLOVET, «La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los estatutos», en Anuario del Gobierno Local 2003, págs. 13 y ss.; en especial, pág. 20.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 602

Todo ello entraña la traslación al ámbito local de la estructura característica de un moderno órgano de dirección política, siguiendo el modelo inspirador de la Ley del Gobierno. Ese dibujo organizativo se ve completado por la clara disposición que adopta el Pleno municipal, como órgano de deliberación y fiscalización del gobierno. Y esto ocurre, pese a que el mismo continúa reteniendo ciertas competencias directivas, que, en todo caso, hay que considerar residuales, y al hecho de seguir estando presidido, de forma contradictoria, por aquél cuya acción política ha de controlar, esto es, el alcalde[48].

III. LA OPORTUNIDAD DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

Habida cuenta de la insatisfacción generada por las sucesivas reformas legislativas emprendidas, cuya reiterada falta de acierto cabe achacar al distorsionado enfoque que adoptan, parece llegada la hora de que, con ocasión de las propuestas de reforma estatutaria que, actualmente, se anuncian o se encuentran en curso de tramitación, se acometa, por fin, la definitiva inserción de los gobiernos locales en el orden autonómico. En realidad, no otra cosa es lo que se deduce de la recta interpretación de la Constitución, cuyo art. 148.1.2º parece inducir a ello. Debe, por tanto, desterrarse el empleo, desmesurado e impropio, del art. 149.1.18º CE, que sólo ha servido, hasta el presente, para que el Estado suplante el papel que han de desempeñar las Comunidades Autónomas, en este sentido.

Que aquél se haya venido arrogando, prácticamente en solitario, dada la intensidad de su intervención *básica*, la capacidad de configuración del régimen jurídico que disciplina el autogobierno local, ha supuesto, además, dado el carácter del título competencial esgrimido, devaluar, a la postre, la consideración constitucional de la autonomía local, reduciéndola a la condición vicaria de mera administración pública.

Su instrumento, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ha venido así a representar, transcurridos ya veinticinco años de las primeras elecciones locales, una nueva versión, en este caso, de naturaleza indudablemente democrática, de la inveterada tendencia estatal a ejercer su tutela sobre las, aún llamadas, *Corporaciones locales.* Tal Ley articula, a la vez que expresa, la transición entre la concepción pretérita, de cuño centralista, del régimen local, y la que la Constitución establece, en el marco de una estructura territorial del Estado ampliamente descentralizada. De ahí que se reclame su superación, en vistas de los profundos cambios que la implantación y posterior consolidación del modelo autonómico han introducido. Mantener su implícita condición de norma puente, entre épocas bien distintas, en lo que al entendimiento del régi-

[48] Muy notablemente, R. Jiménez Asensio, «Política y Administración en la reforma del gobierno local. (Un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los «municipios de gran población»)». En *Anuario del Gobierno Local* 2003, op. cit., págs. 71 y ss.

583-604-Estado autonómico28 4/10/05 11:06 Página 603

men local se refiere[49], carece, por tanto, ya, de toda justificación, al revelarse la misma, hoy, más como freno y elemento distorsionador, que como medio favorecedor de la extensión y mejora de las condiciones en las que se ha de desarrollar el autogobierno local, en el contexto de un Estado territorialmente compuesto.

De ahí que seguir entendiendo que esta ley es, en la práctica, la única capaz de definir y garantizar constitucionalmente la autonomía local, no redunde sino en una disminución injustificada y permanente del alcance de ésta. Dicha identificación, insistentemente sostenida, hasta hoy, por el Tribunal Constitucional, conduce al absurdo que supone creer, por una parte, que sólo el legislador autonómico puede generar una afectación o menoscabo del autogobierno local, como si al estatal esto no le fuera posible; y, por otra, a estimar que su condición de parámetro de la constitucionalidad de las demás leyes, puede servir, en su caso, para enjuiciar, incluso, la validez de sus propias reformas, en el caso de que se impugnen las mismas.

Y es que, en realidad, sólo los *estatutos de autonomía* pueden desarrollar esta cualificada función, determinando el marco o estatuto jurídico básico del autogobierno local, de acuerdo con las singularidades que éste presenta, en las diferentes nacionalidades y regiones. Pero tal pretensión sólo podrá realizarse, adecuadamente, instando, al tiempo, al Tribunal Constitucional, a que abandone la constante doctrina que le lleva a respaldar que sea el Estado, en detrimento de las Comunidades Autónomas, quien defina y proteja, de forma simultánea, el contenido específico de la autonomía local, constitucionalmente garantizada.

Que tal cometido se haya considerado, además, «básico», en el doble sentido de, por una parte, reservado a aquél, y, por otro, de uniforme para todo el territorio nacional, es algo que carece del adecuado sustento constitucional, habiendo dado lugar, a efectos prácticos, a la exclusión de las Comunidades Autónomas del desarrollo de una función constitucional, de primera magnitud, al agotar el Estado las posibilidades de regulación específica y diferenciada que, de otro modo, les correspondería a éstas protagonizar[50].

Que los estatutos de autonomía, integrados efectivamente en el bloque de la constitucionalidad, pueden desempeñar ese cometido con más justo título, y, además, con mayor utilidad, parece ser un hecho en trance de ser generalmente admitido. Por un lado, su posición misma en el sistema de fuentes, derivada de su peculiar naturaleza dual y de la cualificada garantía constitucional que les asiste, explicativa de su rigidez, se manifiesta, tanto en su fuerza pasiva, la cual les permite resistirse al legis-

[49] L. PAREJO ALFONSO, «Aproximación a un balance de urgencia sobre la Ley Básica de Régimen Local», en VVAA, «Informe sobre el Gobierno Local», op. cit., págs. 325 y ss.

[50] Con todo, es en la articulación de la organización territorial interna de las Comunidades Autónomas, donde se observa una diversificación mayor de las instancias locales, de carácter, sobre todo, intermedio. Así, el proceso de comarcalización abierto en algunas de ellas supone la ruptura más apreciable, hasta ahora desarrollada, del uniformismo organizativo.

583-604-Estado autonomico28 4/10/05 11:06 Página 604

lador estatal, como en su capacidad para condicionar activamente los desarrollos normativos que, de acuerdo con las competencias asumidas, pueda efectuar el legislador autonómico[51]. Por otro lado, las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, se revelan, además, como el vehículo idóneo para conseguir proyectar adecuadamente la significación misma del *principio de subsidiariedad,* en lo que al reparto competencial entre las distintas instancias o niveles de territoriales de gobierno se refiere[52].

No en vano, la *Recomendación 121, 2002, del Consejo de Europa*, sobre la democracia regional y local en España, solicita la inclusión de dicho principio-guía en todos los estatutos, a fin de favorecer la atribución a las colectividades locales de un cierto número de competencias, todavía hoy, centralizadas en el ámbito de aquéllas. Y es que el recurso al mismo permitirá evaluar el impacto del proceso de descentralización, iniciado en los últimos años, sacándolo del ámbito de la mera retórica política[53]. Ese «salto de calidad», como lo llama el Consejo de Europa, exige, por tanto, una abierta regionalización del régimen jurídico y financiero que asiste a los gobiernos locales, o lo que es igual, una nítida interiorización del espacio local en el ámbito que, sin duda, le es propio: el autonómico.

Y no sólo la *Carta Europea de la Autonomía Local* refuerza esta pretensión, sino que, también, aún con mayor fuerza vinculante, el recientemente aprobado Tratado por el que se instituye una *Constitución para Europa*, insiste en este extremo. Su art. 11.3, inserto en su Parte I, interpretado, de consuno, con el Protocolo anexo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se refiere, a los criterios que han de informar la distribución de las competencias, entre los diversos niveles territoriales de gobierno: local, regional, estatal y comunitario. De lo que se infiere que tales competencias deberán, por tanto, ejercerse, con la consiguiente prestación de servicios a la comunidad que conllevan, por quien más eficaz e inmediatamente pueda hacerlo, no siendo llamado el nivel superior, sino cuando los inferiores se muestran incapaces de llevar su realización a cabo. Es por eso por lo que la ordenación política debe construirse de abajo arriba, redundando, pues, en una intensificación de los procesos de descentralización del poder y, en consecuencia, de redistribución de competencias y responsabilidades. Ya sólo falta el impulso político para que sea así.

---

[51] F. Balaguer Callejón, «Fuentes del Derecho», Volumen II, op. cit., págs. 144 y ss.

[52] Así, entre otros, J. García Roca, «El concepto actual de autonomía local…», op. cit., págs. 65 y ss.

[53] En este sentido, cfr., J.J. Fernández Allés, «Los pactos locales, entre el Derecho y la retórica política. Especial referencia al caso de Andalucía», en *Revista de Estudios de Administración Local,* núm. 290, 2002, págs. 61 y ss.

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 605

LA FINANCIACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 606

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 607

LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

Francisco Balaguer Callejón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

I. LA INDEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DERIVADA DE LA INDEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL MODELO DE ESTADO

La indefinición constitucional del modelo territorial de Estado, que se ha manifestado en tantos ámbitos en nuestro sistema constitucional, se refleja también en lo que a la financiación de las Comunidades Autónomas se refiere. La Constitución contempla en su artículo 156.1 un principio de autonomía financiera que resulta necesario para el ejercicio de las competencias autonómicas[1]. Pero ese principio de autonomía financiera se estructura del mismo modo que el principio de autonomía del artículo 2 CE en la construcción del Estado Autonómico, esto es, no da lugar a una ordenación acabada en la propia Constitución del modelo de financiación (como tampoco el de autonomía del artículo 2 CE da lugar a una ordenación acabada en la propia Constitución del modelo territorial).

Por el contrario, la Constitución reconoce al Estado la potestad «originaria» de establecer tributos, en su artículo 133.1[2] mientras que, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 133[3], las CCAA pueden también establecer y exigir tributos «de acuerdo con la Constitución y las leyes».

La remisión a los preceptos constitucionales y legales nos conduce al bloque de constitucionalidad, encabezado por el artículo 157.1 CE, que establece genéricamente cuales serán los recursos de las Comunidades Autónomas[4]. Esas previsiones genéricas son objeto de remisión al desarrollo legislativo futu-

---

[1] «Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles».

[2] «La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley».

[3] «Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes».

[4] Que estarán constituidos por: «a) Impuesto cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.
c) Transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 608

ro. Será la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) dictada en aplicación de lo previsto en el artículo 157.3 CE[5] la que establecerá los principios reguladores del sistema de financiación.

La LOFCA ha sido desarrollada a través de los sistemas de financiación acordados en el marco del Consejo de Política Fiscal y Financiera, esto es, mediante la negociación política entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este es el primero de los problemas que plantea la financiación de las Comunidades Autónomas, ya que la aplicación del principio dispositivo y la necesidad de acuerdo político (que da lugar a una reforma singular de los Estatutos de Autonomía, no considerada como tal[6]) ha conducido a que coexistan durante algunos períodos diversos sistemas de financiación. En el período 1997-2001 había tres sistemas de financiación diferentes: el de Navarra y País Vasco, el de las Comunidades que aceptaron el modelo para el quinquenio 1997-2001 y el de las Comunidades que no lo aceptaron y siguieron sometidas al modelo establecido para el quinquenio 1992-1996.

En segundo lugar, se plantea el problema de que la competencia constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas de establecer sus propios tributos debe ejercitarse sobre un sistema tributario preexistente en el que el Estado mantiene ya una presión impositiva propia sobre el conjunto de los ciudadanos. Esta peculiaridad supone que el ejercicio de las competencias tributarias propias conduce necesariamente a aumentar la presión fiscal, algo que no sólo resulta problemático desde el punto de vista electoral para las autoridades autonómicas, sino que puede perjudicar el desarrollo económico de las Comunidades Autónomas que hicieran uso, de manera importante, de su potestad tributaria propia. Consideraciones que hay que hacer extensibles a los recargos sobre los tributos estatales.

La consecuencia de esta peculiar manera de articular la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas es que las fuentes de financiación fiscal de éstas deriven, en su mayor parte, de la participación en los ingresos del Estado y en la cesión de los tributos estatales. Hasta tal punto es así que incluso figuras tributarias intrínsecamente unidas a competencias sustantivas autónomicas (como las relativas a juegos y apuestas) son de competencia estatal, con lo que el Estado puede dificultar el ejercicio de esas competencias autonómicas (como ha ocurrido efectivamente en el caso de la competencia sobre juegos y apuestas[7]).

---

d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.
e) El producto de las operaciones de crédito».

[5] «Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado».

[6] Así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía: «El contenido de este artículo se podrá modificar mediante acuerdo del Gobierno con la Comunidad Autónoma, que será tramitado por el Gobierno como proyecto de ley. A estos efectos, la modificación del presente artículo no se considerará modificación del Estatuto».

[7] Así ocurrió con el artículo 24 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en relación con el artículo 26 de la Ley 21/2001, por la que se regulan las

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 609

En todo caso, la indefinición constitucional está en la base de los graves conflictos que se han producido en materia de financiación autonómica. Conflictos que han tenido un carácter general, aunque también puede hablarse de una cierta conflictividad singular que se produce en relación con la determinación de la aportación del País Vasco a las cuentas estatales. Igualmente, se han planteado problemas en relación con los mecanismos de compensación previstos en el artículo 158 CE, que junto al Fondo de Compensación Interterritorial del apartado 2, prevé en su apartado 1, que «En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español». Esta previsión, y su correspondiente reflejo estatutario, dio lugar a la polémica sobre la llamada «deuda histórica» en Andalucía.

Para algunas Comunidades Autónomas, que han disfrutado de fuertes transferencias de fondos europeos en los últimos años, la cuestión de la financiación autonómica será clave en el futuro para garantizar su crecimiento económico, en la medida en que esos fondos disminuirán en el futuro. Para otras (como Cataluña), que han contribuido con excedentes financieros al desarrollo de otros territorios, la cuestión de la financiación lleva ya algunos años en el primer plano del debate político y la exigencia de un sistema más equitativo apunta a una cierta aproximación al sistema de concierto del País Vasco y de Navarra.

La reforma constitucional próxima podría suponer una oportunidad para constitucionalizar un sistema de financiación autonómica más racional en el que se consolide una distribución del poder tributario del Estado y las Comunidades Autónomas sobre la base de la cesión definitiva de algunos tributos estatales (preferiblemente indirectos) y de la clarificación del poder tributario que les corresponde a las Comunidades Autónomas en otros.

II. FINANCIACIÓN AUTONÓMICA, EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS Y COHESIÓN TERRITORIAL

El ejercicio de las competencias de las CCAA y el desarrollo de una política propia requiere de una financiación adecuada que permita contar con los medios materiales necesarios. Las CCAA obtienen parte de esa financiación de sus propios tributos. Junto a esos tributos propios, la finan-

---

medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Mientras en esta última Ley se cedía el rendimiento de los tributos sobre el juego a las CCAA en relación con el territorio de cada Comunidad Autónoma, en la primera se establecía el hecho imponible con un ámbito territorial supraautonómico o nacional. De ese modo se cedía un tributo imposible de exigir por la definición incorrecta que se había hecho por el Estado del hecho imponible. Esta deficiencia puramente técnica por la que se cedía un tributo inexistente, imposibilitó temporalmente la exacción del tributo por las Comunidades Autónomas a las que se les había cedido.

605-618-Estado autonomico29 4/10/05 11:07 Página 610

ciación autonómica se ha articulado a través de la contribución estatal, que se ha canalizado por dos vías. Por un lado, por medio de la cesión de tributos estatales. Por otro lado, por medio de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado. Estas son las fuentes esenciales de la financiación de las CCAA que tienen un origen fiscal. A ellas hay que unir otras fuentes de financiación entre las que destaca la derivada de los diversos fondos procedentes de la Unión Europea que, para algunas CCAA, representa una suma muy importante en el conjunto global de sus ingresos.

Un buen sistema de financiación es imprescindible para el ejercicio de las competencias autonómicas. Sin embargo, más allá de esta vertiente que justificaría, por sí sola, la trascendencia constitucional de este tema, la financiación de las Comunidades Autónomas es también una pieza clave en la realización de principios constitucionales que se sitúan dentro y fuera del Título VIII de la Constitución. En el artículo 156.1 se da cuenta de la relevancia que tienen estos principios cuando se indica que las CCAA gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, de acuerdo con el principio de solidaridad. Este principio es, junto con el de autonomía y el de unidad, un elemento vertebrador del Estado Autonómico.

Ahora bien, la solidaridad no es sólo un principio recogido en el Título VIII y en el artículo 2 CE. Se trata de un principio que trasciende al Estado Autonómico porque condiciona cualquier forma de organización territorial. A este respecto, hay que recordar aquí que la Constitución territorial tiene un carácter abierto, pero no ocurre lo mismo con otros apartados de la Constitución que incorporan principios que expresan la necesidad de promover la cohesión territorial. En especial los mandatos de equilibrio territorial contenidos en los artículos 40.1 y 131.1 CE, pero también determinados derechos constitucionales respecto de los cuales el Estado debe garantizar una igualdad básica en su ejercicio, *ex* artículo 149.1.1º CE[8].

En efecto, los artículos 40.1 y 131.1 CE contienen mandatos que orientan la actividad de los poderes públicos en el sentido de la disminución de los desequilibrios territoriales. El 40.1 obliga a los poderes públicos a promover «una distribución de la renta regional y personal más equitativa». Por su parte, el 131.1 establece que el Estado podrá planificar la actividad económica general para «equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

Junto a esos preceptos hay que considerar también los mandatos de solidaridad establecidos en el Título VIII, como ocurre con el artículo 138, en cuyo apartado 1 se indica que corresponde al Estado garantizar la realización

[8] De acuerdo con el cual corresponde al Estado «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».

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 611

efectiva del principio de solidaridad[9], mientras que en su apartado 2 se establece que las diferencias entre los Estatutos de las Comunidades Autónomas «no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales».

El principio de solidaridad no se ha promovido, sin embargo, sobre la base de la previsión constitucional del Fondo de Compensación Interterritorial del artículo 138.1[10]. El Fondo no ha tenido una incidencia significativa desde esa perspectiva, entre otros motivos porque mientras el modelo de financiación autonómica de origen estatal se fundamentaba casi exclusivamente en la participación en los ingresos del Estado era justamente esa participación la que garantizaba la redistribución y la equiparación territorial a través de los mecanismos previstos en la LOFCA. Hay que tener en cuenta que la participación en los ingresos del Estado se hacía mediante una distribución basada esencialmente en el criterio de la población (junto con otros criterios menos relevantes en cuanto a su incidencia en la cantidad que recibía cada Comunidad Autónoma) por lo que tenía ya un carácter redistributivo en la medida en que los ingresos recaudados por el Estado en CCAA de diferente nivel de riqueza eran distribuidos posteriormente en cada Comunidad Autónoma atendiendo, esencialmente, a su población.

Esta orientación redistributiva de un sistema basado en la participación en los ingresos del Estado, ha generado progresivamente una sensación de injusticia en las Comunidades que más han aportado a la financiación común. Hasta que punto esa sensación se ha podido ver estimulada por el régimen especial del País Vasco y de Navarra, es algo que resulta difícil de determinar. Sin embargo, lo cierto es que la orientación de las propuestas de reforma no ha sido sólo la de obtención de mayores ingresos. Ese sí era el caso de la participación territorializada en el IRPF, que permitía obtener más ingresos en la medida en que hubiera mayor actividad económica en el territorio. Sin embargo, la cesión parcial del IRPF tenía, al menos inicialmente, otra finalidad: la de generar una competencia fiscal entre CCAA cuyos efectos (si tal competencia hubiera podido producirse en la práctica, lo que no ha ocurrido por diversos motivos, como veremos) podrían resultar contrarios al principio de solidaridad y disfuncionales desde la perspectiva de la cohesión territorial.

El sistema de financiación debe buscar un equilibrio entre las legítimas pretensiones de las Comunidades Autónomas que más contribuyen de disponer de mayor autonomía financiera y la necesidad de preservar el principio de solidaridad y la cohesión territorial.

---

[9] «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el Artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular».

[10] «Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso».

605-618-Estado autonomico29 4/10/05 11:07 Página 612

III. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El sistema de financiación de las CCAA ha experimentado una evolución considerable desde una primera época (hasta 1986) en la que se estaban produciendo las transferencias de competencias y lo que se intentaba, sobre todo, es que las CCAA pudieran hacer frente a los gastos derivados de los servicios que se les transfirieron. De ese modo, se le transfería también a la CA el coste efectivo de los servicios transferidos (los gastos de personal, de funcionamiento y de inversión de reposición para mantener los bienes de capital en el mismo estado de conservación). En un segundo momento (1987-1996) en la que estuvieron en vigor dos sistemas de financiación (para los periodos 1987-1991 y 1992-1996) no se intentaba compensar anualmente el coste efectivo de los servicios, sino que se negociaba la financiación para un periodo de cinco años, aunque el sistema no era, por lo demás, muy distinto del anterior respecto de la autonomía de los ingresos de las CCAA. Ya en el segundo de estos periodos se establece un tramo específico en la participación en los ingresos del Estado, con un porcentaje del 15% de los rendimientos del IRPF en el territorio de cada CA. Esta participación territorializada en los ingresos del Estado correspondientes al IRPF estaba destinada a aumentar la recaudación de las Comunidades con mayor actividad económica. Por último, en el periodo 1997-2001 se establece un nuevo sistema de financiación muy distinto de los anteriores, en el que se promueve una mayor autonomía en los ingresos. Se ceden nuevos tributos a las CCAA y especialmente se cede una parte del IRPF (el 15%, pudiendo llegar al 30%), con competencias normativas, manteniéndose el 15% de participación territorializada en los ingresos del Estado.

IV. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA EL QUINQUENIO 1997-2001

IV.1. LOS PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO

El sistema de financiación para el quinquenio 1997-2001, planteaba serios problemas de inconstitucionalidad advertidos por la doctrina[11]. Las dudas sobre la constitucionalidad del modelo eran muy intensas en relación con la cesión parcial del IRPF, aunque también afectaban a la reformulación de la participación en los ingresos del Estado[12].

---

[11] Cfr. al respecto, mi trabajo «La financiación de las Comunidades Autónomas», en Luis López Guerra (coordinador), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Cfr. igualmente, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Juan Zornoza Pérez, *Constitución y financiación autonómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; Javier Pérez Royo, *El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Julio López Laborda, en «La financiación autonómica. Problemas del modelo y articulación institucional», en *Informe Comunidades Autónomas 1998,* Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999.

[12] Cfr. sobre esta cuestión mi trabajo «La financiación de las Comunidades Autónomas», cit.

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 613

En relación con la cesión parcial del IRPF, además de los problemas de inconstitucionalidad formal que planteaba el modelo[13], se suscitaban otros de carácter material, que estaban conectados en gran medida con la lesión del artículo 149.1.1 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva para «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». En efecto, de todos los reproches de inconstitucionalidad es éste, posiblemente, el que de una manera más evidente afectaba al nuevo sistema de financiación, porque hacía posible el incremento de las diferencias económicas ya existentes entre los diversos territorios del Estado, dificultando así una igualdad mínima, un común denominador, un *status* similar de los ciudadanos en el conjunto del Estado en lo que al disfrute los derechos y el cumplimiento de los deberes se refiere.

La ruptura de la igualdad en el cumplimiento de los deberes estaba relacionada con la previsión del artículo 31.1 CE, que establece que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». La igualdad y progresividad inherente al IRPF, quedaba rota con la atribución a las CCAA de facultades normativas en relación con ese impuesto. Es cierto que se estableció un principio de progresividad interna en la regulación que cada CA realizara. Sin embargo, como esa regulación no sería igual en todas las CCAA (si lo fuera la reforma del modelo de financiación no tendría sentido) la ruptura de la progresividad era inevitable. Se lesionaban así los principios constitucionales de igualdad y de progresividad.

Junto con la quiebra de la igualdad básica en el cumplimiento de los deberes, también era presumible la de la igualdad básica en el ejercicio de los derechos. El incremento que se pretendía de los recursos de las Comunidades Autónomas más ricas a costa de los de las más pobres, podría suponer que éstas últimas tuvieran dificultades para garantizar un nivel adecuado en el disfrute de los derechos de sus ciudadanos. Desde esta perspectiva, el nuevo modelo no era sólo «insolidario» (en el sentido de que no pretendía corregir las desigualdades territoriales) sino que era manifiestamente «antisolidario» (en el sentido que pretendía incluso aumentarlas)[14].

---

[13] El sistema de financiación arrastraba tachas de inconstitucionalidad formal que afectaban al instrumento utilizado para la transferencia de competencias normativas aunque, en última instancia, estaban conectadas con límites constitucionales sustantivos que cuestionaban la posibilidad misma de la transferencia. Cfr. mi trabajo «La financiación de las Comunidades Autónomas», cit.

[14] Como hiciera notar el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 20/1997, en el que se indicaba que «la lesión del artículo 149.1.1ª supone, por así decirlo, el segundo nivel o escalón de la del artículo 2 y del 138 y concordantes, por cuanto el nuevo modelo no es sólo insolidario, sino también antisolidario. Lo es, en efecto, al hacer posible el aumento de los recursos financieros de las Comunidades Autónomas con mayores medios, de manera proporcionalmente más elevada que el de las Comunidades Autónomas con menores medios».

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 614

En realidad, la lesión del artículo 149.1.1 CE no era sino una manifestación de la vulneración de principios constitucionales esenciales del Estado autonómico. Ante todo, la afectación de los principios de unidad y de solidaridad que se producía en este caso a través de medidas normativas estatales y no autonómicas, cuando en la doctrina se había considerado tradicionalmente a estos principios como un límite de las potestades normativas autonómicas. Se podía comprobar entonces como ese límite era oponible frente a cualquier poder público, estatal o autonómico y como la lesión por el Estado puede producir consecuencias más perjudiciales por el ámbito en que la lesión se genera.

Pero además, se producía también la lesión del principio de autonomía, el tercero de los que junto a los de unidad y solidaridad vertebra el Estado autonómico. En efecto, el Estado dejaba de cumplir su función constitucional cuando permitía que algunas CCAA carecieran de los medios financieros necesarios para ejercitar sus competencias y hacer posible así la realización de este principio. La garantía de la autonomía queda incompleta si no va unida a la suficiencia de medios financieros.

IV.2. HACIA LA COMPETITIVIDAD FISCAL ENTRE CCAA

El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, puesto en marcha en 1996 para el quinquenio 1997-2001, abrió serios interrogantes sobre el futuro desarrollo del Estado Autonómico al hacer posible, al menos en teoría, una competencia fiscal entre las CCAA de mayor nivel de renta y las de menor nivel.

Su motivación política inicial era la preocupación de los sectores nacionalistas catalanes por el trato desigualitario que el régimen de concierto económico del País Vasco y Navarra estaba provocando entre esas dos Comunidades y el resto del país. Preocupación razonable por cuanto, siendo el País Vasco y Navarra de las regiones más ricas del Estado, su desvinculación de un sistema fiscal unitario hace recaer sobre Cataluña una gran parte del peso redistributivo entre territorios que, de acuerdo con los principios constitucionales, debe tener la política fiscal. Al mismo tiempo, hace posible una mayor competitividad de las Comunidades con régimen de concierto, favoreciendo la descapitalización de las Comunidades vecinas y la atracción de empresas mediante los beneficios fiscales que se pueden ofrecer merced a los rendimientos que no se transfieren al Estado.

Esta motivación política inicial caminaba, sin embargo, en la dirección contraria a la que permitiría resolver el problema. En efecto, en lugar de procurar que las Comunidades que no son de régimen tributario común participaran en mayor medida en el esfuerzo redistributivo, se intentaba que las Comunidades ricas que son de régimen común participen también menos. En lugar de impedir que se favorezca la descapitalización de las Comunidades vecinas y la utilización de rendimientos excedentes, se intentaba que las demás Comunidades ricas puedan hacer lo mismo.

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 615

El sentido de la reforma no estaba orientado, por tanto, a la legítima pretensión de obtener mayores ingresos. Para conseguir esa finalidad hubiera bastado con incrementar el porcentaje de participación territorializada en el IRPF o con establecer recargos sobre ese impuesto, toda vez que la legitimidad constitucional de esos recargos era clara desde la STC 150/1990[15]. Sin embargo, la reivindicación por parte de los nacionalistas catalanes de la cesión parcial del IRPF, con potestad normativa sobre la tarifa autonómica del impuesto y sobre las deducciones no estaba orientada a obtener mayores ingresos tributarios mediante el incremento de esa tarifa. Puesto que existía ya esa posibilidad de aumentar los impuestos, resulta claro que lo que se pretendía es otra cosa.

Lo que se pretendía no es sólo obtener mayores ingresos, sino obtenerlos interviniendo activamente en la política económica global, mediante la reducción de la presión impositiva: atrayendo capitales procedentes de otras Comunidades Autónomas. Esa menor presión impositiva sólo resultaba factible para las Comunidades más ricas. Las de inferior capacidad económica no podrían competir en ese proceso, por lo que estarían condenadas de antemano a padecer el aumento de las diferencias entre territorios por medio del uso de los instrumentos fiscales de otras CCAA.

IV.3. EL FRACASO DEL MODELO: LA PRECARIEDAD DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN NO CONSTITUCIONALIZADOS

En todo caso, el sistema de financiación para el período 1997-2001 se enfrentó desde el principio a algunos problemas derivados de la situación económica. El descenso de la recaudación del IRPF, y la disminución del caudal aportado por la tributación de las rentas de capital (como consecuencia de la rebaja progresiva de los tipos de interés) dio al traste con las expectativas que había generado en sus promotores.

Por otro lado, el gobierno de la Nación, que tan pacíficamente aceptó el nuevo sistema de financiación y que lo puso en marcha para 1997, limitó las posibilidades de las CCAA de reducir la presión fiscal en sus territorios al reformar en 1998 el IRPF. La intención era clara: se cedía parte del impuesto, pero se dificultaba en la práctica a las CCAA que pudieran bajar todavía más la presión impositiva, mediante una fuerte reducción de esa carga fiscal operada por el propio gobierno con la reforma del IRPF. Aunque esa reducción se producía en el tramo estatal del impuesto, las CCAA se podrían quedar sin capacidad real para bajar la presión fiscal.

---

[15] En realidad, esta posibilidad estaba prevista en el artículo 12.1 LOFCA («Las Comunidades Autónomas podrán establecer recargos sobre los impuestos estatales cedidos, así como sobre los no cedidos que grave la renta o el patrimonio de las personas físicas con domicilio fiscal en su territorio») aunque con las cautelas lógicas previstas en el apartado 2 de ese artículo («Los recargos previstos en el apartado anterior no podrán configurarse de forma que puedan suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos»). Pero la STC 150/1990, de 4 de octubre, partiendo de la legitimidad constitucional de esos preceptos, rechaza además las objeciones presentadas por los recurrentes (parlamentarios del Partido Popular y el Defensor del Pueblo) contra la ley autonómica que establecía el recargo.

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 616

La desactivación del modelo por parte del Gobierno de la Nación, obligaba ya a una reflexión: el Estado había podido afectar muy seriamente a la financiación de las CCAA por medio de la reforma de un impuesto estatal a través de una ley ordinaria. Con ello, quedaba clara la precariedad del sistema de financiación de las CCAA ante la ausencia de previsión constitucional. Un sistema de financiación de las CCAA que puede ser modificado indirectamente por la voluntad unilateral del Estado no es compatible con la garantía constitucional de la autonomía de las CCAA.

Junto a lo anterior, no puede dejar de señalarse como a partir de 1999 los ingresos por tributación indirecta superaron en España a la recaudación por impuestos directos[16]. Era la consecuencia lógica de la reducción de la presión impositiva por IRPF. De ese modo, los efectos de inconstitucionalidad del sistema de financiación autonómica se eludían pero a costa de generar otros efectos inconstitucionales, ahora mediante la lesión del principio de progresividad del artículo 31.1 CE[17].

V. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE RÉGIMEN COMÚN Y DE LAS CIUDADES AUTÓNOMAS

El 27 de julio de 2001 se aprobó el nuevo sistema de financiación de las CCAA que debía regir a partir del año 2002. Este acuerdo se manifestó en diversas reformas legislativas, entre las que destaca la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Lo primero que hay que destacar de este nuevo sistema de financiación es que se aprobó con el acuerdo de todas las CCAA. Este es un hecho muy positivo que contrasta con la ruptura del consenso que se produjo con la implantación del anterior modelo de financiación. También como aspecto positivo, este nuevo sistema de financiación integra tanto la anterior financiación de las CCAA como la financiación específica de la sanidad y de los servicios sociales de la seguridad social, que antes estaba regulada de manera independiente.

Se mantienen, por otra parte, los impuestos que se habían cedido anteriormente (Patrimonio, Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones e impuestos sobre el juego), ampliando las competencias normativas autonómicas. También se mantiene la cesión del IRPF, equivalente ahora al 33% con competencias normativas en materia de tarifa y deducciones, lo que no puede considerarse un aspecto positivo, por más que su incidencia haya sido escasa hasta ahora.

---

[16] Cfr. diario *El País* de 11 de noviembre de 2000.

[17] «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

605-618-Estado autonómico29 4/10/05 11:07 Página 617

En efecto, los problemas constitucionales que plantea la cesión del IRPF pueden manifestarse con ocasión de otras coyunturas económicas o de otras regulaciones estatales del impuesto. A ello hay que unir que, como hemos indicado anteriormente, desactivar la posible competitividad fiscal entre CCAA conduce a una reducción de la presión fiscal directa en clara contradicción con el mandato constitucional de progresividad.

Junto a los impuestos anteriores se amplía la «cesta» de tributos cedidos. De ese modo, se ceden nuevos tributos en distintos porcentajes. Desde el 100% de la recaudación de algunos impuestos (electricidad e impuesto especial sobre determinados medios de transporte) hasta el 35% de la recaudación líquida por IVA, pasando por el 40% de la recaudaciones por impuestos especiales (sobre fabricación de cerveza, vino y bebidas fermentadas, productos intermedios, alcohol y bebidas derivadas, labores del tabaco e hidrocarburos). Se exige, para poder asumir la cesión del IVA y de los impuestos especiales así como de los impuestos sobre la electricidad y sobre determinados medios de transporte, que se tengan traspasados los servicios de gestión de asistencia sanitaria de la seguridad social.

El sistema aumenta considerablemente la autonomía de las CCAA y hace depender en mayor medida la recaudación de la actividad económica de cada Comunidad sin introducir (salvo potencialmente en lo que se refiere a la cesión parcial del IRPF) elementos de competitividad fiscal que pudiera resultar lesiva de los principios constitucionales. Por otro lado, establece un Fondo de Suficiencia, destinado a cubrir las diferencias entre los recursos tributarios del Sistema producidos en las distintas Comunidades Autónomas y sus necesidades de financiación. De ese modo, el sistema promueve un equilibrio entre la mayor autonomía financiera de las CCAA y la realización del principio de solidaridad y la cohesión territorial.

A pesar de que el sistema tiene una vocación de estabilidad o permanencia, lo cierto es que ya se están planteando posibilidades de reforma futura en algunas Comunidades Autónomas. Estas reformas se pretenden encauzar por la vía de la negociación, incorporándolas igualmente a los Estatutos de Autonomía (mediante las reformas estatutarias proyectadas) sin proceder, de momento, a la reforma constitucional, como sería deseable.

CONCLUSIONES

Las tensiones que se han producido en nuestro sistema constitucional en torno a la financiación de las Comunidades Autónomas tienen su fundamento último en la indefinición constitucional del sistema derivada de la propia indefinición del modelo de Constitución territorial. Como el Estado Autonómico se ha ido construyendo en un proceso gradual de establecimiento y consolidación de las Comunidades Autónomas y de ampliación y equiparación de su base competencial, esta indefinición ha tenido también un aspecto positivo porque ha otorgado de flexibilidad al siste-

605-618-Estado autonomico29 4/10/05 11:07 Página 618

ma y ha permitido su adaptación (ciertamente conflictiva) a las reivindicaciones de determinadas Comunidades Autónomas.

La indefinición constitucional presenta, sin embargo, deficiencias notables para la ordenación del sistema de financiación de un Estado autonómico ya consolidado. Entre otros motivos porque hace depender la financiación autonómica de los tributos estatales cedidos o de la participación en los ingresos del Estado, ya que la capacidad tributaria propia de las CCAA debe insertarse en un sistema tributario estatal preexistente. La constitucionalización del sistema de financiación resultaría positiva para evitar las turbulencias a que se ha visto sometido y las que puedan surgir en el futuro. Baste como ejemplo la experiencia vivida con la cesión parcial del IRPF, que fue desactivada mediante la reforma por parte del Estado de ese impuesto, algo que podía hacer legítimamente por tratarse de un tributo propio que cedió parcialmente a las CCAA con competencias normativas limitadas.

Esa constitucionalización debería basarse en un equilibrio entre las exigencias constitucionales derivadas del principio de solidaridad y la legítima pretensión de las Comunidades Autónomas que más han contribuido a la cohesión territorial de disponer de mayores fondos para el ejercicio de sus competencias y la realización de sus políticas. Debería evitarse, sin embargo, la promoción de una competitividad fiscal entre las CCAA generadora de una mayor desigualdad y contraria a los principios constitucionales.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 619

EL CONCIERTO ECONÓMICO Y LA FINANCIACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: ENTRE MITO Y REALIDAD

Alberto López Basaguren
Catedrático de Derecho Constituccional
Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN

El Concierto Económico ha venido siendo objeto, tradicionalmente, de interpretaciones diversas, incluso contrapuestas, en lo que hace referencia a su significado y finalidad. Estas interpretaciones contrapuestas han llegado, de una u otra forma, hasta la actualidad. Ello se debe a varios factores, que confluyen entre sí. Por una parte, desde su mismo origen y a lo largo de todo el periodo en que ha estado vigente, han concurrido diferentes pretensiones políticas en torno al significado del Concierto Económico, diferentes posiciones e intereses políticos. Por otra, el Concierto Económico ha conocido un proceso de evolución en el que, al fundamentar su significado, no siempre se ha puesto el énfasis en los mismos elementos o no siempre se han destacado los mismos aspectos o características del Concierto Económico. Esta evolución podría llevar a entender que la razón de ser y el objetivo mismo del sistema se había ido transformado a lo largo de su desarrollo. Pero, más allá de esa hipótesis, lo que se ha pretendido, especialmente en lo que se refiere a la *justificación* del Concierto Económico y a su *naturaleza*, ha sido demostrar *retroactivamente* el auténtico significado del Concierto Económico desde sus mismos orígenes, haciendo ver que cualquier otra interpretación no se correspondía con la realidad. Por encima de todo, se ha tratado de un proceso en el que una interpretación *ideológica* del Concierto Económico, políticamente interesada, ha pretendido explicar el significado y la naturaleza del Concierto Económico en unos términos que eran rotundamente desmentidos en el proceso real de establecimiento y configuración del sistema, pero que ha ido consiguiendo, aprovechando las diferentes coyunturas políticas, una aceptación crecientemente mayoritaria, hasta generalizarse y acabar repercutiendo efectivamente en la caracterización real del sistema, transformando su propia caracterización, al menos en lo que se refiere a algunos de sus elementos característicos. El análisis del significado y características del Concierto Económico en el sistema constitucional español en el momento presente exige clarificar algunas cuestiones en torno al origen y evolución del sistema.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 620

II. EL CONCIERTO ECONÓMICO Y LA UNIDAD CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

El Concierto Económico nace, en lo que se refiere al País Vasco, en 1878, con el Real Decreto de 28 de febrero[1], como un sistema provisional, transitorio, cuya finalidad consiste, de forma clara y expresa, en integrar a las hasta entonces «provincias exentas» en la unidad constitucional de la Monarquía en el ámbito tributario. La pervivencia del sistema foral había tenido la consecuencia, entre otras, de eximir a las provincias vascongadas de la obligación de satisfacer los tributos establecidos por la Hacienda de la Monarquía. La abolición del sistema foral, finalmente, con la Ley de 21 de julio de 1876, abría ya, definitivamente, el camino a la integración de aquellas provincias en el sistema tributario español. Las condiciones para realizar esa integración no eran, en la época, ciertamente favorables. La reciente conclusión de la última guerra carlista, guerra civil de graves consecuencias en la sociedad vasca, aconsejaba a actuar con prudencia; pero, además, su condición de territorios exentos de la obligación de pagar los tributos hacía que se careciera de los instrumentos materiales indispensables para poder realizar la exacción de aquellos, como los catastros y las estadísticas. Unas y otras razones aconsejaban, por tanto, el establecimiento de un sistema especial de contribución que garantizara la contribución tributaria por estos territorios, aunque la exacción se dejase en manos de las Diputaciones provinciales, en el entendimiento de su mejor conocimiento del territorio y de la sociedad, lo que les permitiría ejecutar más eficazmente aquello para lo que la Hacienda general del Estado se encontraba incapacitada.

El establecimiento del Concierto Económico significa, por tanto, la extensión a las provincias vascongadas de la aplicación del sistema tributario vigente en todo el territorio del Estado, de forma que se impusiese, también en el ámbito tributario, la unidad constitucional de España. La extensión de la vigencia del sistema tributario a las provincias vascongadas es, tal y como se precisa en la Exposición de Motivos del Real Decreto, el instrumento para que «entrasen aquellas en el concierto económico» de España, del que se habían mantenido apartadas. Lo que exigía que «cuantas manifestaciones tributarias se consignasen en los presupuestos generales del Estado, y cuantos gravámenes pesasen sobre la propiedad, la industria y el comercio, afectasen de igual modo a los naturales de aquel país que al resto de los españoles». El objetivo del Real Decreto es pues, expresamente, lograr que las provincias vascongadas contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas «por todos conceptos y en idéntica proporción que las demás de la Monarquía»: las provincias vascongadas, «dentro ya del concierto económico, contribuirán al sosteni-

[1] Por lo que se refiere a Navarra, en desarrollo de la Ley de 25 de octubre de 1839, por la que se confirman los Fueros «sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía», se había aprobado la Ley de 16 de agosto de 1841, modificatoria de los Fueros de Navarra, en la que se establecía un sistema similar.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 621

miento de las cargas públicas en igual proporción que las demás de España».

Los textos fundacionales del Concierto Económico son muy clarificadores del significado y finalidad originarios del sistema. Por una parte, el Concierto Económico es un sistema provisional, transitorio, de exacción de los tributos en las provincias vascongadas, en el que la exacción de los tributos va a ser confiada a las Diputaciones provinciales. En cuanto sistema provisional, tiene una vigencia temporal limitada; el Real Decreto de 1878 fija su vigencia en ocho ejercicios económicos, por lo que el sistema provisional de exacción tributaria en las provincias vascongadas concluía en 1886. El sistema se asentaba sobre el objetivo de que la contribución en las provincias vascongadas fuese por todos y cada uno de los tributos vigentes en todo el Estado y en igual proporción a la realizada en los demás territorios. Y se trata de un sistema provisional establecido directamente por el Gobierno del Estado, a través de un Real Decreto, es decir, una norma reglamentaria, que es expresión de la voluntad única y exclusiva del propio Gobierno[2].

La finalidad del sistema provisional de exacción es incorporar las provincias vascongadas al sistema económico español, es decir, al *concierto económico* de España. De esta referencia contenida en la Exposición de Motivos del R. D. de 1878 va a acabar tomando la denominación el sistema como tal. Pero, como puede comprobarse, con ello se quiere expresar, en la primera acepción del Diccionario de nuestra Academia, la incorporación al «buen orden y disposición de las cosas» vigente entonces en España; que, por otra parte, era la acepción en que, generalmente, se utilizaba durante el siglo XIX en Europa, en la que, en torno a los Congresos, se hablaba, precisamente, del «concierto europeo», como orden europeo. Y esta es, sin duda, la primera gran transformación que se ha producido en torno al significado del Concierto Económico, hasta el punto de que, en la actualidad, de forma generalizada, se considera incontestable que la propia denominación de «Concierto Económico» significa que se trata de una sistema de pacto, de acuerdo entre dos partes igualmente determinantes; interpretación que, como se acaba de ver, no se encuentra en el texto fundacional.

La evolución que se ha ido produciendo durante todo el largo periodo temporal en que el sistema de Concierto Económico ha estado vigente, y que, en algunos aspectos, ha transformado de forma importante la propia caracterización del sistema de exacción tributaria en las provincias vascongadas, se ha caracterizado, sustancialmente, por la aceptación,

[2] El Gobierno estaba, para ello, oportunamente habilitado por la Ley de 21 de julio de 1876, abolitoria de los Fueros de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, en la que se precisaba que, si el Gobierno lo juzgaba oportuno, podía acordar, «con audiencia a las provincias, todas las reformas que se consideren oportunas en su antiguo régimen foral (...), (las) que reclamen las circunstancias locales y la experiencia aconseje» a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias a las que hacía referencia la Ley.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 622

cuando menos aparente, de la *comprensión* del sistema de exacción tributaria de la provincias vascongadas se ha sostenido por parte de sus representantes políticos, es decir, sobre el significado y finalidad del Concierto Económico, lo que, de una forma u otra, ha acabado repercutiendo en su propia configuración. Este proceso no es privativo de las provincias vascongadas sino que se produce, aun antes y, probablemente, de forma más firme, en relación con Navarra. Y es posible por el conveniente aprovechamiento de la coyuntura política española por parte de los representantes de las Diputaciones provinciales, y, muy especialmente, por su capacidad de ser apoyo importante, incluso decisivo en ocasiones, de la mayoría de gobierno en cada momento, siempre sobre la base de un consenso prácticamente unánime entre los representantes políticos de las provincias –como en Navarra– sobre la defensa del sistema de Concierto, favorecido, sin duda, por sus efectos, al poner a su disposición un sistema privilegiado de obtención de recursos financieros.

En esta pretensión de lograr la aceptación de la interpretación o de la reconstrucción del Concierto Económico sostenida por los representantes provinciales, va a haber dos objetivos fundamentales. El primero de ellos, lograr que el Concierto dejase de ser un sistema provisional o transitorio y acabase aceptándose su consolidación como un sistema permanente; el segundo, que se fuese aceptando la idea de que el Concierto Económico era un sistema pactista. Uno y otro objetivo van a necesitar un largo y lento proceso de maduración, solo irán abriéndose camino lenta y limitadamente, pero irán consolidándose sólidamente, aunque en un equilibrio peculiar, como quiera que ello no significará, necesariamente, la superación de los elementos definidores del sistema.

III. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCIERTO ECONÓMICO COMO SISTEMA DEFINITIVO: LA SUPERACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD

En lo que se refiere a la temporalidad o provisionalidad del sistema especial de exacción tributaria en las provincias vascongadas, el primer triunfo reside en la renovación que se realiza en 1887, un año después de haber finalizado el periodo de vigencia establecido en el R. D. de 1878. La incertidumbre sobre la renovación del sistema era muy grande en aquel momento y las negociaciones fueron difíciles, pero los representantes de las Diputaciones provinciales lograron que aquella se aprobase por el Gobierno. A partir de ese momento, el Concierto Económico va a ser objeto de sucesivas renovaciones cada vez que concluía su periodo de vigencia, sin solución de continuidad, lo que va a ir consolidándolo como un sistema permanente. En todas las renovaciones del Concierto Económico se mantiene inalterable, sin embargo, un límite temporal a su vigencia, lo que viene a reafirmar esa idea fundacional de temporalidad del sistema; y en los momentos en que la vigencia del sistema está cercana a su conclusión, la incertidumbre va a volver a aparecer y las negociaciones para

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 623

su renovación van a ser, la mayor parte de las veces, ciertamente arduas. Pero a medida que el Concierto Económico se sigue renovando, va consolidándose como sistema especial de exacción tributaria en las provincias vascongadas, dificultando cada vez más su desaparición, integrando a aquellas en el sistema común de exacción tributaria.

Incluso en los momentos históricos de profundas transformaciones políticas, en los que el sistema de Concierto Económico podía jugarse su destino, por unas u otras razones, consiguió pervivir. Porque el Concierto Económico logró sobrevivir tanto a la proclamación de la Segunda República, como a la instauración del régimen franquista como a la restauración de la democracia en 1978. Y en ello reside, sin duda, el gran éxito del Concierto Económico. En efecto, al ser proclamada la Segunda República se encontraba vigente el Quinto Concierto Económico, aprobado en 1925-1926, que tenía prevista una vigencia de veinticinco años. El sistema de Concierto Económico fue capaz de sobrevivir, incluso, a la instauración del régimen franquista, con la que, si bien, por medio del Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, se procedió a la supresión del Concierto Económico para Guipúzcoa y Vizcaya, se confirmaba, sin embargo, para Álava, manteniéndolo vigente. Y no solo se mantuvo vigente hasta la expiración del periodo de veinticinco años en que se había establecido su vigencia, sino que será objeto de renovación por medio del Decreto de 29 de febrero de 1952, estableciéndose, nuevamente, un periodo de vigencia de veinticinco años, siendo seguido de un nuevo Concierto Económico, al concluir la vigencia de éste, aprobado por Real Decreto de 26 de noviembre de 1976, enlazando, así, con la nueva situación política en España, en los prolegómenos de la reinstauración de la democracia y la aprobación de la nueva Constitución. Nueva situación política en la que el sistema de Concierto Económico va a ser incorporado al propio Estatuto de Autonomía del País Vasco, que será proclamado en 1979.

En este nuevo contexto político se producirá lo que se puede catalogar de consolidación definitiva del Concierto Económico como sistema particular de exacción tributaria en el País Vasco. Consolidación, por una parte, y antes que nada, por su recepción en el propio Estatuto de Autonomía; y, en segundo lugar, porque acabará eliminándose la determinación de un periodo temporal limitado de vigencia. En el marco de la recepción del sistema en el Estatuto de Autonomía, se aprobará por las Cortes Generales la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que será objeto de varias modificaciones para adecuarla, entre otros, al establecimiento de nuevos tributos –como el IVA–. En esta Ley se establece, nuevamente, una duración temporal del Concierto, de veinte años, hasta el 31 de diciembre de 2001. Pero a la conclusión de este periodo se aprobará la nueva Ley de Concierto Económico, Ley 12/2002, de 23 de mayo, en la que, tal y como se precisa en su Exposición de Motivos, «se confiere (...) al Concierto Económico un carácter indefinido, con el objeto de insertar-

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 624

lo en un marco estable que garantice su continuidad». Y, por primera vez, la norma que establece la existencia del sistema de Concierto Económico no establece un periodo de vigencia limitado del mismo. De esta forma, se cierra el círculo en lo que se refiere a la consolidación del sistema de Concierto Económico, poniendo fin a su consideración como un sistema temporal y, aún más, como un sistema transitorio.

IV. ACERCA DE LA NATURALEZA PACTISTA DEL CONCIERTO ECONÓMICO

A lo largo de este proceso se ha ido consolidando, igualmente, la idea pactista que subyacería al Concierto Económico, en sí mismo, por su propia naturaleza. Es cierto que ya desde la Ley de 21 de julio de 1876 se hace referencia a la participación de los representantes provinciales en el proceso de determinación de las características del sistema especial de exacción tributaria en el País Vasco, el establecer que, si el Gobierno juzgase oportuno hacer las necesarias reformas en el régimen foral, lo haría «con audiencia de las provincias». Y así se hace de cara a lo que será el RD de 28 de febrero de 1878. Todas las renovaciones del Concierto Económico han estado siempre rodeadas de importantes negociaciones políticas, muy arduas la mayor parte de las veces, tal y como se ha señalado. Pero la formalización jurídica del Concierto Económico siempre se había realizado a través de una decisión del Gobierno, a través de Decreto u ocasionalmente por el legislador estatal a través de la Ley de Presupuestos. Porque una cosa es el proceso político que subyace y otra la formalización jurídica. Y, sobre todo, porque las negociaciones políticas entre representantes provinciales y Gobierno no habían consistido nunca, realmente, en ejercicio conjunto de una competencia que requiriera un acuerdo conjunto, sino, más bien, un proceso a través del que los representantes provinciales trataban de convencer al Gobierno de la conveniencia de mantenimiento de un sistema en el que se ponía encima de la mesa las cuantías económicas, los cupos, que las Diputaciones estaban en condiciones de poder garantizar, satisfaciendo las pretensiones del Gobierno. Esto es algo habitual en el proceso político, pero sin más trascendencia en el ámbito jurídico. Entre nosotros, sin embargo, se ha pretendido que ello afectaba a la propia naturaleza de la norma por la que se establece y regula el sistema de Concierto Económico, hasta el punto de configurarse como una norma que exige el previo acuerdo entre las dos partes, el Estado y el País Vasco.

Esto no ha sido así en el proceso histórico de las sucesivas renovaciones del Concierto Económico, en las que, por su propia naturaleza, existía la incertidumbre sobre la propia renovación, que dependía de la voluntad en tal sentido del Gobierno. Aunque es una incertidumbre que, con el transcurrir del tiempo y la progresiva consolidación de la percepción del sistema como un sistema consolidado, fue disminuyendo, pero sin desaparecer su naturaleza de decisión del Gobierno, con independencia de cual fuese el proceso político a través del que aquél llegase al convenci-

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 625

miento de la conveniencia de la renovación. En el Estatuto de Autonomía vigente (art. 41), ciertamente, se hace referencia a la existencia de una Comisión Mixta, cuya función consiste en la determinación o señalamiento del Cupo que debe pagar el País Vasco al Estado. Hay que recordar que, tradicionalmente, el Concierto Económico contenía, directamente, los cupos que por cada tributo correspondía pagar a cada una de las Diputaciones provinciales, pues en ello consistía, fundamentalmente, el Concierto. Y, en este sentido, el Estatuto de Autonomía, al referirse a la Comisión Mixta, precisa que el cupo «así acordado se aprobará por Ley, con la periodicidad que se fije en el Concierto, sin perjuicio de su actualización anual por el procedimiento que se establezca igualmente en el Concierto». Se está intentando materializar, así, un procedimiento que exigiría el pacto en la determinación del Cupo entre las dos partes, Gobierno y Comunidad Autónoma, pretendiendo prefigurar de forma condicionante la propia Ley de determinación del Cupo, aunque se trata de una norma cuya aprobación corresponde a las Cortes Generales. Y, por lo demás, el Estatuto de Autonomía se refiere a la determinación del Cupo, no a la aprobación –y regulación– del Concierto Económico, en sí mismo.

A pesar de ello, en la tramitación del Proyecto de Ley del Concierto Económico de 1981 se asumieron los presupuestos de la teoría pactista hasta el punto de que se configuró como Ley de artículo único, en la que el texto articulado del Concierto Económico aparecía como Anexo a la misma, por lo que parece que a las Cortes solo les quedaba la capacidad de aprobar o rechazar, en su integridad el Proyecto, sin capacidad de introducir enmiendas en el articulado contenido en el Anexo; y así fue como, efectivamente, se tramitó y aprobó la Ley. No existía norma alguna en la que se precisase que el Concierto Económico debía aprobarse de acuerdo con un procedimiento similar. Se realizó, sin embargo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 150 del Reglamento del Congreso –y correspondiente artículo 129 del Reglamento del Senado–, relativo a la tramitación de los proyectos de Ley de «lectura única», en el que se establece que cuando «la naturaleza» del proyecto «lo aconseje», o su simplicidad de formulación lo permita, «el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única». Parece evidente que las Cámaras consideraron que era la «naturaleza» de la Ley de Concierto Económico la que justificaba su tramitación de acuerdo con el procedimiento señalado. Pero ello dejaba la decisión, en todo caso, en manos de las mismas Cámaras. Por ello, en la propia Ley del Concierto de 1981, se establece en el número 1 de la Disposición Adicional Segunda que cualquier modificación del Concierto «se hará por el mismo procedimiento seguido para su implantación». Con ello, ciertamente, se intenta consolidar un procedimiento pactista de aprobación de la Ley del Concierto Económico, cerrando el círculo de la aceptación de la naturaleza pactista del Concierto Económico. Con lo que se trataba de establecer, de forma ya definitiva, la interpretación que de siempre habían perseguido los representantes de

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 626

las provincias, pero que nunca había llegado a ser explícita y formalmente aceptada ni confirmada como tal, con independencia de la características del proceso político que hubiese estado en la base de la aprobación del Concierto Económico o de su renovación, en cada momento, logrando, así, hacer pasar como exigencia de la propia naturaleza del Concierto Económico lo que no era sino una pretensión de parte que no solo no había sido confirmada en el proceso histórico real, sino incluso, cuando menos en ocasiones, radicalmente desmentida. De esta forma, la nueva democracia española, sin embargo, acabó por aceptar la interpretación pactista que durante tantos años se había perseguido.

La asunción de la naturaleza pactista del Concierto Económico y, por tanto, de su propia aprobación, llega a su extremo en la Ley 12/2002, por la que se aprueba el nuevo Concierto Económico. En efecto, además de haberse seguido el mismo procedimiento para su aprobación parlamentaria que el que se siguió con la Ley de 1981, en la nueva Ley se incorpora la regulación de la Comisión Mixta, que estaba ausente en la Ley de 1981. En efecto, en los artículos 61 y 62 se establece la constitución de la «Comisión Mixta del Concierto Económico», inexistente legalmente hasta este momento[3], precisando que sus acuerdos deberán adoptarse por unanimidad de todos sus miembros y atribuyéndole la competencia para «acordar la modificaciones del Concierto Económico». Pero se trata de la Comisión Mixta del Cupo, pues se le atribuye, igualmente, la competencia para «acordar la metodología para el señalamiento del cupo en cada quinquenio». Con ello, por tanto, lo que se ha hecho es ampliar las competencias de la Comisión del Cupo prevista en el Estatuto de Autonomía, atribuyéndole más amplias competencias, y configurándola como una Comisión Mixta de carácter general en materia de Concierto, con competencia para intervenir en el procedimiento de modificación del Concierto, consolidando, así, la caracterización pactista del procedimiento de elaboración del Concierto Económico. Pero con ello, se va más allá de la regulación contenida en el Estatuto y de la propia caracterización que, hasta la aprobación de la Ley de 1981, había caracterizado al procedimiento formal de aprobación del Concierto Económico. Y finalmente, la nueva Ley de Concierto reitera, en el número 1 de la Disposición Adicional Segunda la exigencia ya contenida en la Ley de 1981, según la cual cualquier modificación del Concierto Económico deberá hacerse por el mismo procedimiento seguido para su aprobación.

La idea pactista del Concierto Económico se intenta reforzar, por otra parte, en la cuestión relativa a la solución de controversias en relación a su aplicación, al ejercicio de las competencias en materia tributaria allí establecidas. En efecto, ya en la Ley de 1981, siguiendo un esquema similar al

[3] Es de destacar, y ello me parece muy significativo, que en el Estatuto de Autonomía no se hace ninguna referencia a esta Comisión Mixta –mientras que sí se establece la existencia de una Comisión Mixta del Cupo–, ni tan siquiera cuando en la Disposición Transitoria Octava se hace referencia al primer Concierto Económico «que se celebre con posterioridad a la aprobación del presente Estatuto», a los efectos de vincularlo con el entonces vigente Concierto Económico para Álava.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 627

recogido en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía al establecer la Comisión Arbitral, como órgano de resolución de los conflictos de competencia entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los Territorios Históricos, se establecía la existencia de un órgano, la denominada Junta Arbitral, de composición mixta y paritaria, y presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, a la que se encomienda la resolución de determinados «conflictos que se planteen entre la Administración del Estado y las Diputaciones Forales o entre éstas y la Administración de cualquier otra Comunidad Autónoma» (art. 39.1, primer párrafo)[4], así como entender de los conflictos que surjan entre las Administraciones interesadas como consecuencia de la interpretación y aplicación del presente Concierto Económico a casos concretos concernientes a relaciones tributarias individuales» (art. 39.1, segundo párrafo). Deudora, sin duda, de la misma pretensión que subyace a la creación de la Comisión Arbitral por el Estatuto de Autonomía (art. 39), para la resolución de los conflictos de competencia entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y sus Territorios Históricos, pretende reforzar la idea pactista y bilateralista que tradicionalmente se había pretendido instaurar por parte de los representantes provinciales, tarea ahora asumida, igualmente y de forma simultánea, por los representantes de la Comunidad Autónoma. Idea que, sin duda, queda reforzada al estar presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, que aportaría un carácter de neutralidad *supra partes*. Y, ciertamente, se trata de una regulación que la nueva Ley de Concierto Económico, de 2002, ha reiterado en términos prácticamente idénticos (arts. 65 y ss.).

Y esa idea pactista llegaba a su máxima expresión en la propia formalización de la aprobación del cupo, para la que la Ley del Concierto Económico de 1981 establecía que el cupo correspondiente a cada anualidad, durante el quinquenio de vigencia de la Ley del Cupo, actualizado por la Comisión Mixta en aplicación de la metodología dispuesta en aquella Ley, «se aprobará por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, y por los órganos competentes del País Vasco» (art. 48.2). Esta regulación, que ya no ha sido recogida en la Ley del Concierto Económico de 2002, sería, sin duda, una expresión insuperable del pactismo subyacente a la determinación del Cupo, en la medida en que debe ser aprobado tanto por el Gobierno del Estado como por el de los órganos del País Vasco.

V. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS ENTRE ESTADO Y COMUNIDAD AUTÓNOMA: EL SISTEMA DE CUPO

El Concierto Económico, desde su mismo origen, se caracteriza por atribuir a las Diputaciones provinciales la exacción correspondiente a la ma-

[4] La competencia de la Junta Arbitral versa sobre los conflictos en relación con la exacción de los tributos concertados, como la determinación de la residencia habitual de las personas físicas, del domicilio fiscal y de la cifra relativa de negocios de las personas jurídicas y de la fijación de las proporciones correspondientes al IVA atribuibles a las distintas Administraciones competentes.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 628

yor parte de los tributos vigentes en el sistema tributario del Estado, reservando, sin embargo, a la Hacienda estatal la directa exacción de algunos tributos. El Estatuto de Autonomía va a seguir esta misma orientación, atribuyendo la exacción de todos los tributos a las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos, «salvo los que se integran en la Renta de Aduanas y los que actualmente se recaudan a través de Monopolios Fiscales» (art. 41.2,b). La Ley de Concierto Económico de 1981 reitera esta misma excepción establecida en el estatuto, aunque con el añadido de la referencia a «la imposición sobre alcoholes» (art. 2.2).

El sistema tributario español ha sido objeto de importantes modificaciones desde el momento en que se aprobaron el Estatuto de Autonomía y la primera Ley de Concierto Económico, lo que ha repercutido en la propia delimitación del ámbito de competencia de los Territorios Históricos para la exacción de los tributos. Se trata de modificaciones de gran importancia. La incorporación de España a la CE, ahora UE, ha limitado poderosamente la repercusión de las rentas de aduanas, en la medida en que no existen aranceles interiores entre los países miembros de aquella, con quienes se producen la mayor parte de los intercambios comerciales. Por otra parte, en el mismo contexto, la evolución de la integración comunitaria ha supuesto la práctica desaparición de los monopolios fiscales, como, muy destacadamente, los relativos a la venta de hidrocarburos. Y, finalmente, se ha incorporado a nuestro sistema tributario un nuevo impuesto, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). La repercusión de estas modificaciones del sistema tributario en el sistema de Concierto Económico ha supuesto la ampliación del ámbito de los «tributos concertados», es decir, de los tributos cuya exacción corresponde a las Diputaciones forales de los Territorios Históricos, profundizando, aún más, el carácter excepcional de los tributos cuya exacción se reserva a la Hacienda estatal. De tal forma que, en la actualidad, únicamente la exacción de la renta de aduanas, en los limitados términos materiales impuestos por nuestra pertenencia a la UE, se mantiene como competencia directamente ejercida por la Hacienda general del Estado, con lo que se ha acabado imponiendo, de forma prácticamente absoluta, la regla general de que la exacción de los tributos en el País Vasco es realizada, salvo excepción marginal, por las Haciendas forales de los Territorios Históricos. Son, por tanto, las Diputaciones forales las que realizan la exacción de la práctica totalidad de los tributos, las que, en consecuencia, recaudan la práctica totalidad de los recursos financieros de origen tributario, estando obligados a aportar a la Hacienda General del Estado un «cupo» o cantidad económica imputable a los diferentes tributos recaudados en el País Vasco.

Pero en este campo se han producido transformaciones de importancia en relación con lo que ha sido, tanto en la regulación formal como en la práctica real, la tradición del sistema de Concierto Económico.

Históricamente, desde el origen del sistema y a lo largo de toda su vigencia hasta la instauración del nuevo sistema constitucional y la aprobación

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 629

del Estatuto de Autonomía, el Concierto Económico ha consistido siempre en la determinación de esos cupos para cada uno de los tributos concertados. Si, como hemos visto, el objetivo del establecimiento del Concierto Económico consistió, inicialmente, en conseguir que las provincias vascongadas contribuyesen en el ámbito tributario «por todos conceptos y en idéntica proporción que las demás de la Monarquía», tal y como precisaba el RD de 28 de febrero de 1878, el Gobierno establecía las cuantías o «cupos» que corresponderían a cada una de la provincias por cada uno de los tributos que eran objeto de atribución para su exacción a las Diputaciones. Hay que tener en cuenta que en la época era habitual la determinación para cada provincia de los cupos de la contribución (E. ALONSO OLEA), por lo que en el Concierto Económico no hay, desde ese punto de vista, una diferencia trascendental respecto a las pautas de funcionamiento en el ámbito del régimen común. Es su pervivencia en el seno del Concierto Económico, desaparecida ya como pauta de actuación en la recaudación tributaria en la Hacienda General del Estado, lo que la hace, en estos momentos, llamativa o sorprendente. Una vez que en el Concierto Económico se fijaban los cupos para cada impuesto, la Hacienda general del Estado se desentendía, prácticamente, de la forma en que las Diputaciones obtenían los recursos financieros que tenían que aportar como «cupos» por los diferentes impuestos. Pero también aquí hay que tener en cuenta las circunstancias históricas y el contexto de la práctica en las demás provincias; pues son estas circunstancias y este contexto las que permiten explicar la «libertad» que, de hecho, tenían las Diputaciones para obtener los recursos que debían aportar como «cupos». Pero, me parece necesario insistir, se trataba de una mera situación de hecho, comprensible en el contexto histórico en el que se produce.

En este ámbito, sin embargo, la aprobación del nuevo Concierto Económico tras la proclamación de la Constitución y la aprobación del Estatuto de Autonomía, va a provocar una de las más profundas transformaciones de los elementos que configuraban tradicionalmente el sistema. Porque van a desaparecer los «cupos» correspondientes a cada uno de los tributos concertados –por utilizar la terminología actual– y se va a establecer un «cupo» global. Y la determinación de la cuantía de este «cupo» global no va a realizarse ya, como ocurría tradicionalmente, para cada uno de los tributos objeto de exacción por parte de las Diputaciones forales, sobre la base del cálculo de lo que correspondería contribuir aplicando la misma proporción de contribución que en las demás provincias por los mismos conceptos.

En la Ley del Concierto Económico aparecen reflejados los diferentes tributos que son objeto del Concierto, los «tributos concertados». Los tributos son, por tanto, los mismos que integran el sistema tributario español. En el País Vasco, así, no existe un sistema tributario propio, diferenciado, en contra de lo que tópicamente se suele repetir por quienes han interiorizado más profundamente la lectura mítica del Concierto Económico. Cuestión distinta es

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 630

la relativa a las potestades normativas que correspondan a los Territorios Históricos en relación con los tributos concertados, o con algunos de ellos, en el sistema del Concierto Económico, cuestión que no es objeto de estas páginas. En el País Vasco se contribuye, por tanto, «por los mismos conceptos» que en el resto del territorio del Estado, tal y como se perseguía desde los orígenes mismos del sistema. Pero lo que ha cambiado profundamente es la determinación del «cupo». El Estatuto de Autonomía establece, en este sentido, que el País Vasco aportará al Estado un «cupo» que se entregará «como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma», cuyo «señalamiento» se realizará, tal y como ya se ha señalado, por una Comisión Mixta , cuyo acuerdo «se aprobará por Ley» (art. 41.2). La Ley del Concierto Económico, tanto la de 1981 como la de 2002, que recogen una regulación coincidente, establece, tras reiterar la regulación contenida en el Estatuto de Autonomía, que la metodología de señalamiento del cupo «se determinará cada cinco años mediante ley votada por las Cortes Generales, previo acuerdo de la Comisión Mixta», que a partir de la Ley de 2002 ya no es «Comisión Mixta del Cupo» sino «Comisión Mixta del Concierto». Dado que el cupo debe ser la contribución del País Vasco por las cargas del Estado no asumidas por la Comunidad Autónoma, la Ley del Concierto Económico precisa que deben considerarse como tales las que correspondan a competencias cuyo ejercicio no haya sido asumido efectivamente por aquella. Y su importe se determinará deduciendo del total de gastos del Presupuesto del Estado «la asignación presupuestaria íntegra que a nivel estatal, corresponda a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma» (art. 52)[5]. A las cuantías así determinadas tanto en relación a las «cargas no asumidas», como a los «ajustes» y a las «compensaciones» habría que aplicarles lo que la Ley del Concierto Económico denomina los «índices de imputación», es decir, la parte imputable al País Vasco, que de acuerdo con lo dispuesto en aquella Ley, «se determinarán básicamente en función de la renta de los Territorios Históricos»; índices que deberán ser señalados en la Ley del Cupo[6].

La Ley del Concierto Económico de 1981 estableció un cupo provisional para ese primer ejercicio anual[7], calculándose que las cargas del Estado no asumidas por la CA ascendían a algo más de un millón ochocientos mil millones de pesetas, fijándose el cupo global inicial de poco menos de ciento diecisiete mil millones de pesetas. Esta cantidad representaba poco más de un 6'29%. Tras aplicarle «compensaciones», que también aparecen establecidas por referencia a cantidad determinada, el cupo

[5] Se consideran, a estos efectos, cargas no asumidas por la CA las cantidades asignadas al Fondo de Compensación Interterritorial, las transferencias o subvenciones del Estado a Entes públicos cuando sus competencias no estén asumidas por la CA y los intereses y cuotas de amortización de las deudas del Estado (art. 52.3, Ley de 2002). Además, a esa cantidad se le aplicarán diversas compensaciones, como la parte imputable a los tributos no concertados, a los ingresos presupuestarios de naturaleza no tributaria o a la parte imputable del déficit, fundamentalmente (art. 56 Ley de 2002).

[6] Cfr. art. 53 de la Ley 12/1981 (art. 57 de la Ley 12/2002).

[7] Cfr. Ley 12/1981, Disposición Transitoria séptima.

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 631

líquido quedó establecido en alrededor de treinta y ocho mil quinientos millones de pesetas para ese ejercicio. La Ley del Concierto Económico establecía que la Comisión Mixta debía elevar el primer proyecto de Ley del Cupo antes del 1 de julio de 1981, pero se preveía que, en caso de que no sucediese así, se aplicaría un cupo provisional en aplicación de los mismos criterios utilizados para el establecimiento del cupo para 1981.

La Ley del Cupo no se aprobó, sin embargo, hasta 1988. En diciembre de ese año se aprobaron, en la misma fecha, dos Leyes del Cupo, tanto la que aprobaba la metodología para la determinación del Cupo para el periodo 1982-1986, como la correspondiente al periodo 1987-1991[8]. En la primera Ley del Cupo se declaró definitiva la metodología seguida para el señalamiento de los cupos provisionales contenida en la Ley de Concierto Económico, con lo que se hicieron definitivos. Por su parte, en la segunda Ley del Cupo se fija, por primera vez, el índica de imputación, que queda establecido en el 6'24%. Asimismo, se establece el denominado «índice de actualización», que es el cociente entre la previsión de ingresos por tributos concertados y los ingresos previstos por el Estado por los mismos conceptos. Este índice de actualización se aplicaría al cupo del año base en los sucesivos años del quinquenio, para actualizar la cuantía correspondiente a cada cupo anual. El cupo líquido del año base para este quinquenio pasa a establecerse en poco más de ciento un mil millones de pesetas.

A partir de este momento, y hasta la actualidad, el índice de imputación se ha mantenido inalterable en el 6'24%, habiéndose reproducido los textos de las sucesivas Leyes del Cupo de forma inalterable, al menos en lo que ahora interesa aquí. Los cupos líquidos han ido evolucionando con un primer descenso significativo en el periodo 1992-1996, que quedó fijado en setenta y dos mil millones de pesetas, aproximadamente[9], en el año base del quinquenio, pasando a ser de unos ciento catorce mil millones de pesetas para el periodo 1997-2001[10], y en unos mil millones de euros (algo menos de ciento setenta mil millones de pesetas) para el año base del periodo 2002-2006[11].

Hay varias cuestiones en este proceso que parecen dignas de ser subrayadas. Por una parte, el desarrollo del proceso parece poner de manifiesto que, en torno al Cupo, se produce una auténtica negociación política, aunque pretenda presentarse como una decisión técnica. Ello resulta evidente en el periodo provisional y, cuando menos en lo que se refiere a los primeros ejercicios, parece comprensible por la novedad del sistema y la falta de datos y de experiencia práctica. Pero parece igual-

[8] Cfr. Ley 43/1988, de 28 de diciembre, por la que se prueba la metodología del cupo para el quinquenio 1982-1986 y Ley 44/1988, de 28 de diciembre, por la que se prueba la metodología del cupo para el quinquenio 1987-1991, ambas publicadas en el BOE n.º 314, de 31 de diciembre.

[9] Cfr. Ley 7/1993, de 16 de abril (BOE n.º 92, de 17 de abril).

[10] Cfr. Ley 37/1997, de 4 de agosto (BOE n.º 186, de 5 de agosto).

[11] Cfr. Ley 13/2002, de 23 de mayo (BOE n.º 124, de 24 de mayo).

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 632

mente claro en la determinación del índice de imputación. Aunque la Ley del Concierto señala que se determinará básicamente en función de la renta, las sucesivas Leyes del Cupo no explicitan el cálculo de la renta relativa del País Vasco ni si se tienen en cuenta otros criterios para su determinación, pues en la Ley del Concierto se deja abierta la posibilidad a la utilización de otros criterios junto al de la renta. Pero, sobre todo, la consolidación en 1988 de los cupos provisionales, así como la inmutabilidad del índice de imputación en el 6'24% a partir de ese año, a pesar de las variaciones que se han producido en el índice relativo de renta del País Vasco dentro del conjunto de España, pone de relieve que se trata, por encima de todo, de un acuerdo político.

Ciertamente, en el desarrollo histórico del Concierto siempre ha habido auténtica negociación política en la determinación de los cupos. Pero hay que tener en cuenta que, en el sistema tradicional de cupos, de lo que se discutía era de la proporción en que debía contribuirse en las provincias vascongadas. En el actual sistema de Concierto se trata, por el contrario, de valorar económicamente las competencias que ejerce el Estado en relación con el País Vasco. Como ello, sin embargo, se está determinando, a la inversa, la financiación de las competencias que corresponden al País Vasco. Y es en este contexto en el que la determinación del Cupo a través de un proceso de negociación política está convirtiéndose en un sistema ciertamente saneado de financiación de la CA, poniendo en manos de ésta recursos financieros en una cuantía muy superior a la que tienen a su disposición las demás Comunidades Autónomas. En este sentido, me parece que la prueba de fuego de la coherencia del sistema sería, sin duda, su aplicabilidad general, extendiéndolo a las demás Comunidades Autónomas. Parece, sin embargo, que la generalización de un sistema similar al conjunto de las Comunidades Autónomas resultaría insostenible. Con ello, lo que se estaría poniendo de relieve sería que nos encontramos ante un sistema que, tal y como se ha configurado en la práctica, produce una financiación privilegiada de la CA del País Vasco –y también de Navarra–. Pero los problemas para esa imposibilidad de generalización del sistema se encuentran, sobre todo, en la determinación del Cupo, en la medida en que, probablemente, no sea razonable la utilización de la renta relativa como único criterio para su determinación, y en que el resultado obtenido en la determinación del índice de imputación no esté adecuadamente ajustado, habiendo sido negociado de forma, quizá, con excesiva laxitud.

El Concierto Económico, en sentido estricto, tiene una gran virtud como sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, en la medida en que premia la buena gestión tributaria. Pero debe asentarse sobre una adecuada aportación a la financiación de las competencias del Estado, de forma que establezca un sistema equitativo de aportación de los diferentes territorios. Y, simultáneamente, debe suponer la adecuada financiación de las competencias de las Comunidades Autónomas,

619-634-Estado autonomico30 4/10/05 11:08 Página 633

siempre teniendo en cuenta el esfuerzo fiscal de cada una de ellas. Pero parece ser éste el *test* que difícilmente supera el sistema de Concierto Económico a la vista de los Cupos que se han venido estableciendo durantes estos años, desde que se estableció, con el reconocimiento de la autonomía en el nuevo sistema constitucional, el nuevo sistema de Concierto Económico.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Eduardo J.: *El Concierto económico (1878-1937). Orígenes y formación de un derecho histórico,* IVAP, Oñate, 1995.

- «Manual de negociación del Concierto Económico», en *Reflexiones en torno a la renovación del Concierto Económico vasco,* Bilbao, 2003.

CEBRIAN APAOLAZA, Lierni: *Los recursos de la Hacienda General del País Vasco: análisis tributario,* IVAP, Oñate, 1994.

CORCUERA ATIENZA, Javier: *Política y Derecho en la construcción de la autonomía vasca,* CEC, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Los derechos históricos de los Territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca,* Cívitas, Madrid, 1985.

GIMENEZ-REYNA RODRIGUEZ, Enrique: «Comentarios sobre el Concierto Económico con el País Vasco», en *Revista de Hacienda Autonómica y Local,* nº. 38, 1983.

LARREA JIMÉNEZ DE VICUÑA, José Luís y LAMBARRI GÓMEZ, Carlos: *El Concierto Económico,* IVAP, Oñate, 1992.

LASALLE RIERA, Juan A.: «El régimen financiero y tributario de Alava», en *Documentación Administrativa,* nº. 181, 1979.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto: «Las Comisiones Arbitrales», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco,* vol. IV, IVAP, Oñate, 1991.

MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: «Fueros y Conciertos económicos», en *Documentación Administrativa,* nº. 181, 1979.

MEDINA GUERRERO, Manuel: *Los regímenes financieros forales en la Constitución de 1978,* IVAP, Oñate, 1991.

MINA APAT, M.ª Cruz: *Fueros y Revolución liberal en Navarra,* Alianza, Madrid, 1981.

- «Historia y política: las vicisitudes de una Ley», en AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Joseba y URKIJO GOITIA, José Ramón (eds.): *150 años del Convenio de Vergara y de la Ley de 25.X.1839,* Parlamento Vasco, Vitoria, 1991.

PÉREZ ARRAIZ, Javier: *El Concierto económico: evolución, caracteres y fundamento de la financiación vasca,* IVAP, Oñate, 1994.

TENA PIAZUELO, Vitelio: «Derechos históricos y autonomía financiera: los territorios forales como especialidades en el sistema de financiación au-

619-634-Estado autonómico30 4/10/05 11:08 Página 634

tonómica», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 42, 1994.

THEOTONIO CÁCERES, Vicente: «Problemática de los Conciertos económicos la aprobación del Estatuto de Guernica», en *I Jornadas de estu*tras *dios socio-económicos de las Comunidades Autónomas,* Junta de Andalucía, Granada, 1981.

ZUBIRI, Ignacio: *El sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea,* Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 2000.

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 635

LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Maite Vilalta Ferrer
Profesora Titular. Universidad de Barcelona

El tema del diseño y funcionamiento del modelo de financiación autonómica es un tema recurrente y permanentemente abierto desde que el llamado Estado de las Autonomías empezó a andar. Es un tema sensible y complejo, en la medida que requiere de soluciones políticas que deben materializarse y concretarse a través de mecanismos técnicos, no siempre fáciles de manejar. En realidad, del buen diseño del modelo de financiación autonómica depende el éxito o el fracaso del Estado del Bienestar en España. Debemos tener en cuenta que actualmente, del total de gasto público realizado en el Estado español, casi un 33% es gasto atribuible al conjunto de las comunidades autónomas que tienen asumidas competencias como la educación, la sanidad, la vivienda, etc. Es decir, si exceptuamos las pensiones, las comunidades autónomas son responsables de las principales partidas que configuran un Estado del Bienestar. Así pues, los errores que se puedan cometer a la hora de diseñar la financiación autonómica, inciden directamente sobre el mayor o menor grado de calidad y eficiencia con la que los gobiernos autonómicos puedan prestar los servicios que tienen atribuidos, así como sobre el mayor o menor grado de equidad que pueda existir entre los ciudadanos.

Cabe recordar que desde el año 1986 el modelo de financiación autonómica, ha sido sometido a revisiones quinquenales, lo cual ha favorecido su discusión permanente y no cerrada que mencionaba anteriormente. Sin embargo ahora, con la eliminación de las revisiones quinquenales acordada en el último Acuerdo del año 2001, parecería indicar que el tema está más cerrado que nunca. Sabemos que no es así y el propio título de la ponencia nos los indica. Continuamos planteando la necesidad de una reforma. Y en este caso no para dar cumplimiento a una revisión quinquenal, si no para dar cumplimiento a la demanda de los ciudadanos de algunas comunidades autónomas que desean introducir cambios en sus Estatutos y, precisamente, uno de los aspectos que se desea reformar es el del modelo de financiación de su gobierno autonómico. Es en este contexto en el que voy a desarrollar mi ponencia, el objetivo principal de la cual, es el de señalar cuáles son, a mi entender, los principales aspectos que deberían ser reformados y por qué. Para ello, en primer lugar, voy a explicar brevemente el funcionamiento del modelo actual; en segundo lugar expondré los resultados numéricos de dicho modelo (con

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 636

datos de la liquidación del año 2002); en tercer lugar se analizará el modelo en base a los principios económicos que deben ser cumplidos en cualquier hacienda descentralizada y por último, en base a dicho análisis, señalaré los principales aspectos que deberían ser reformados.

EL ACTUAL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE RÉGIMEN COMÚN

Las comunidades autónomas de régimen común obtienen sus ingresos a través de dos grandes vías: a) los tributos; y b) la subvención incondicionada llamada fondo de suficiencia (antes del acuerdo del 2001 llamada participación en los ingresos del Estado).

A) ENTRE LOS TRIBUTOS ENCONTRAMOS

– Tributos propios. Dentro del concepto de tributación propia se encuentran: a) los tributos de nueva creación, es decir, aquellos que las comunidades autónomas pueden establecer sobre hechos imponibles no grabados por el gobierno central. Las comunidades han implantado, fundamentalmente, tributos que gravan el juego (por ejemplo, el impuesto sobre el bingo) y tributos con finalidades medioambientales (por ejemplo la ya extinguida ecotasa); b) las tasas vinculadas a los servicios transferidos; y c) los recargos sobre tributos cedidos y sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas. La utilización de los recargos ha sido casi nula puesto que solo se han establecido, por parte de algunas comunidades autónomas, sobre la tasa sobre el juego. Cabe tener en cuenta que una de las condiciones que establece la LOFCA (Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas) al establecimiento de recargos por parte de los gobiernos autonómicos, es la de que aquellos no pueden suponer una minoración de los ingresos del gobierno central.

– Tributos cedidos. Se trata de figuras de titularidad estatal y de gestión y administración autonómica. Así era como los definía la LOFCA aprobada el año1980. Cabe señalar que desde el acuerdo de financiación de las comunidades autónomas del año 1996, los gobiernos autonómicos además de la administración y gestión tienen también cierta capacidad normativa sobre algunas de estas figuras tributarias, capacidad que se ha visto reforzada en el último acuerdo del 2001 (ello comportó la necesidad de reformar la LOFCA en el año 1996 y en el 2001). Actualmente, los tributos cedidos a las comunidades autónomas son: el impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre sucesiones y donaciones, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, las tasas sobre el juego, el 33% del IRPF (constituye el llamado «impuesto autonómico sobre el IRPF»), el 35% del IVA, el 40% de los impuestos especiales (sobre el alcohol, el tabaco y los hidrocarburos), el impuesto especial sobre determinados medios de transporte, el impuesto sobre la energía y el impuesto especial sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos.

635-652-Estado autonómico31 4/10/05 11:09 Página 637

La capacidad normativa de las comunidades autónomas es nula en el caso del IVA, de los impuestos especiales y del impuesto sobre la energía. En estos casos cada comunidad autónoma recibe una cuantía que está en función de un determinado criterio de reparto (el consumo en el caso del IVA, el consumo territorial de alcohol en el caso del impuesto sobre el alcohol, las ventas territoriales a expendedurías de tabaco en el caso del impuesto sobre el tabaco, las entregas territoriales de gasolinas, gasóleos y fuelóleos en el caso del impuesto sobre hidrocarburos y el consumo territorial de energía eléctrica en el caso del impuesto sobre la energía).

b) El cálculo de la subvención correspondiente a cada comunidad autónoma en concepto de fondo de suficiencia (FSi) se lleva a cabo de la forma siguiente: en primer lugar se calculan las necesidades de gasto correspondientes a cada comunidad autónoma (NGi); en segundo lugar se resta de dicha cuantía la capacidad fiscal de la comunidad autónoma (CFi), medida como el volumen de recursos obtenidos por esta comunidad a través de los tributos cedidos (mencionados anteriormente); y en tercer lugar, dado que este cálculo solo se realiza para el año base (1999) se elige un índice de evolución que es igual al de la tasa de crecimiento de los ingresos impositivos del Estado (ITE)[1] Así pues:

$$FSi^{1999} = NGi^{1999} - CFi^{1999}$$

Y el fondo de suficiencia que va a obtener una comunidad autónoma en el año t será igual a:

$$FSi^{t} = FSi^{1999}\ ITE^{t} / ITE^{1999}$$

Observése pues, que el modelo de financiación de las comunidades autónomas de régimen común se basa en el cálculo de las *necesidades de gasto* de cada una de ellas, necesidades que serán cubiertas con los recursos obtenidos a través de la recaudación de sus tributos cedidos y de la subvención recibida a través del fondo de suficiencia (NGi = CFi + FSi). La cuestión, por tanto, que debemos plantearnos a continuación es la de cómo se cuantificaron las necesidades de gasto correspondientes a cada comunidad autónoma (tal como se ha dicho este cálculo se hizo para el año base, el 1999). Para ello se distinguieron tres bloques competenciales. Es decir, se calcularon las necesidades de gasto de cada comunidad autónoma relacionadas con: i) el llamado bloque de competencias (o servicios) comunes; ii) el bloque de servicios sanitarios; iii) el bloque de servicios sociales y asistenciales.

i) Para el cálculo de las necesidades de gasto correspondientes al bloque de servicios comunes se utilizaron los siguientes criterios:

– Una cuantía fija de 39,66 millones de euros para cada comunidad.

[1] A tal efecto constituyen los ingresos impositivos del Estado (ITE) la parte correspondiente al Estado de los impuestos participados (IRPF, IVA, y especiales) y el impuesto sobre sociedades.

635-652-Estado autonómico31 4/10/05 11:09 Página 638

- La cantidad principal se distribuye según las siguientes variables y ponderaciones: población (94,0%), superficie (4,2%), dispersión (1,2%) e insularidad (0,6%)
- Dos fondos adicionales: un fondo de renta relativa (por un importe de 150 millones de euros) y un fondo para paliar la escasa densidad de población (por un importe de 48,08 millones de pesetas). El primero se distribuye entre aquellas comunidades autónomas que tienen un VAB (valor añadido bruto) por habitante inferior a la media y el segundo, entre aquellas que tienen una densidad de población inferior a 27 habitantes por kilómetro cuadrado y una extensión inferior a 50.000 kilómetros cuadrados.

ii) Para el cálculo de las necesidades de gasto correspondientes al bloque de servicios sanitarios se utilizaron las siguientes variables y ponderaciones: la población protegida (75%), la población mayor de 65 años (24,5%) y la insularidad (0,5%).

iii) Para el cálculo de las necesidades de gasto correspondientes al bloque de servicios sociales y asistenciales se utilizó una sola variable: la población mayor de 65 años.

De este modo, el volumen de necesidades de gasto correspondiente a cada comunidad autónoma (NGi), es el resultado de la suma de las cantidades obtenidas en estos tres bloques competenciales.

Cuando hablamos de los recursos procedentes del modelo de financiación autonómica, nos referimos pues, a los procedentes de estas dos vías: los tributos y el fondo de suficiencia. Pero además, las comunidades autónomas obtienen ingresos procedentes de otras fuentes como son: el fondo de compensación interterritorial (FCI) y los fondos europeos[2] .

En cuanto al FCI, cabe decir que se trata de un fondo cuyo objetivo es disminuir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad. Los recursos que una comunidad autónoma recibe procedentes de dicho fondo, debe destinarlos a financiar gastos de capital (inversión). Desde el año 1990, sólo reciben recursos procedentes del FCI las comunidades que se sitúan por debajo del 75% de la media del PIB por habitante de la Unión Europea. Se trata de: Andalucía, Asturias, Canarias, Galicia, Valencia, Cantabria, Castilla León, Castilla La Mancha, Murcia y Extremadura. El fondo se reparte entre estas comunidades según las variables y ponderaciones siguientes: población (87,5%); saldo migratorio (1,6%), tasa de paro (1,0%), superficie (3,0%), y entidades singulares (6,9%). Además de estas variables existe un subfondo de suma cero que tiene en cuenta la pobreza relativa y otro que tiene en cuenta la insularidad.

En cuanto a los fondos europeos, las comunidades autónomas reciben recursos procedentes, fundamentalmente de: el fondo social europeo (FSE), el

[2] Cabe tener en cuenta que además, existen otras vías como son: los ingresos patrimoniales, los procedentes de la enajenación de inversiones reales y del endeudamiento.

635-652-Estado autonómico31 4/10/05 11:09 Página 639

fondo europeo de desarrollo regional (FEDER), el fondo europeo de orientación y garantía agrícola (FEOGA) y el fondo de cohesión (FC). Dentro de éstos es el FEDER el que más recursos aporta, recursos que se reparten en función de criterios de solidaridad, dado que su objetivo es el de disminuir los desequilibrios económicos existentes entre las distintas regiones europeas.

LOS RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DEL MODELO

Los datos de la liquidación correspondiente al ejercicio 2002 (primer año de la aplicación del último acuerdo de financiación autonómica), muestran que los tributos cedidos aportaron el 66,7% del total de recursos que configuran el actual modelo de financiación autonómica, mientras que el fondo de suficiencia supuso el 33,3% (véase cuadro 1). Si al total de ingresos obtenidos de estas dos fuentes le añadimos los obtenidos a través del FCI y de los fondos europeos, se puede concluir que las comunidades autónomas liquidaron el año 2002, un total de 76.099 millones de euros, de los cuales el FCI supuso un 1,2% y los fondos europeos un 10,7%.

CUADRO 1
LIQUIDACIÓN INGRESOS CC.AA 2002

	Millones de euros	%	% s/Total
Tributos cedidos	44.754	66,7	58,8
Fondo suficiencia	22.303	33,3	29,3
Total (modelo)	67.056	100,0	88,1
FCI	881		1,2
Fondos europeos	8.162		10,7
Total	**76.099**		**100,0**

Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Hacienda, julio 2004; INE 2003; PGE 2002; Presupuestos CC.AA. 2002 Ministerio de Hacienda 2003.

A continuación se va a examinar el comportamiento de cada una de dichas fuentes de financiación en cada comunidad autónoma.

El cuadro 2 muestra la liquidación en concepto de tributos cedidos correspondiente a cada gobierno autonómico. El conjunto de comunidades autónomas liquidó una media de 1.147 euros por habitante procedentes de la actual cesta de tributos. Pero mientras que Baleares liquidó 1.631 euros per cápita, Extremadura sólo liquidó 748 euros por habitante (la cifra correspondiente a Canarias es aún más baja debido a su régimen especial de financiación, que le otorga unas figuras tributarias propias, como son el impuesto indirecto canario y el impuesto que grava el consumo de derivados del petróleo y en cambio no recibe ninguna participación ni en IVA ni en impuestos especiales). Si los tributos fueran los únicos recursos en manos de las comunidades autónomas, existirían pues, tres comunidades (Baleares, Madrid y Cataluña) con un volumen de recursos per cápita claramente por encima de la media (por ejem-

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 640

plo, un 42% en el caso de Baleares y Madrid, y un 25% en el caso de Cataluña). En cambio otras dispondrían de un volumen de recursos por habitante por debajo de la media (por ejemplo, un 35% en el caso de Extremadura, y un 23% en el de Andalucía).

CUADRO 2
LIQUIDACIÓN TRIBUTOS. EUROS HABITANTE. 2002

	Tributos	Media = 100
Baleares	1.631	142
Madrid	1.628	142
Cataluña	1.432	125
Aragón	1.273	111
Cantabria	1.153	101
Rioja	1.151	100
Asturias	1.139	99
Valencia	1.140	99
Castilla y León	1.061	92
Galicia	948	83
Murcia	915	80
Castilla-La Mancha	893	78
Andalucía	886	77
Extremadura	748	65
Canarias	497	43
Total	**1.147**	**100**

Fuente: «La financiación de las CC.AA». Ministerio de Hacienda, 2004; INE 2003. Nota: Canarias no dispone de la participación del IVA, tabaco e hidrocarburos.

El cuadro 3 muestra la liquidación en concepto de fondo de suficiencia correspondiente a cada comunidad autónoma. En este caso se observa, por un lado, que existen dos comunidades autónomas que aportan recursos: Madrid y Baleares. Ello es debido a que su capacidad fiscal (CFi) excede a sus necesidades de gasto (NGi). Es decir, la cesta tributaria les aporta más recursos de los que se han estimado necesarios para cubrir sus necesidades de gasto (calculadas a través de la metodología expuesta anteriormente). Por otro lado, las comunidades autónomas que más recursos obtienen del fondo de suficiencia son aquellas cuya diferencia entre sus necesidades de gasto y su capacidad fiscal es mayor. Así pues mientras que Extremadura recibe del fondo 1.288 euros por habitante, Cataluña recibe 300.

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 641

CUADRO 3
LIQUIDACIÓN FONDO SUFICIENCIA. EUROS HABITANTE. 2002

	Fondo suficiencia	Media = 100
Extremadura	1.288	225
Canarias	1.236	216
Galicia	955	167
Castilla-La Mancha	938	164
Castilla y León	884	155
Andalucía	844	148
Rioja	841	147
Cantabria	797	139
Asturias	730	128
Aragón	630	110
Murcia	631	110
Valencia	427	75
Cataluña	300	52
Baleares	162	28
Madrid	143	25
Total	**572**	**100**

Fuente: «La financiación de las CCAA». Ministerio de Hacienda, 2004; INE 2003.

Sumando los datos de los cuadros anteriores (2 y 3) se obtiene el volumen total de recursos por habitante que el modelo de financiación autonómica aporta a cada comunidad autónoma. Ello es lo que contiene el cuadro 4. ¿Cómo debe ser interpretado? ¿Qué es lo que se desprende del cuadro?:

Veamos los dos casos extremos: a) el cuadro 4 muestra que se ha estimado que una comunidad autónoma como Extremadura tiene unas necesidades de gasto de 2.036 euros por habitante. Es decir, se ha considerado que las necesidades de gasto por habitante que tiene Extremadura son un 18% superiores a las necesidades de gasto que tienen la media de las comunidades autónomas de régimen común (la media se sitúa a 1.719 euros por habitante). Una parte de estas necesidades (el 36,7%) son cubiertas a través de los recursos que le aportan los tributos (concretamente 748 euros por habitante) y el resto (el 63,3%) son cubiertas a través del fondo de suficiencia (1.288 euros por habitante); b) el cuadro 4 muestra que las necesidades de gasto estimadas para Baleares son un 15% inferiores a las de la media de las comunidades autónomas. Es decir, Baleares dispone de 1.469 euros per cápita mientras que, tal como acabamos de ver, la media se sitúa a 1.719. Y en este caso, dichas necesidades serán cubiertas en su totalidad a través de los recursos que le aportan sus tributos. Obsérvese que los tributos aportan al gobierno balear más ingresos (1.631 euros por habitante) de los que «necesita» (1.469 euros por habitante). La diferencia es lo que aporta en concepto de fondo de suficiencia (162 euros por habitante).

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 642

CUADRO 4
LIQUIDACIÓN TOTAL INGRESOS 2002 (TRIBUTOS + FONDO SUFICIENCIA). EUROS HABITANTE

	Tributos	F. suficiencia	Total	Media = 100
Extremadura	748	1.288	2.036	118
La Rioja	1.151	841	1.991	116
Cantabria	1.153	797	1.950	113
Castilla y León	1.061	884	1.945	113
Aragón	1.73	630	1.903	111
Galicia	948	955	1.903	111
Asturias	1.139	730	1.869	109
Castilla-La Mancha	893	938	1.830	106
Canarias	497	1.236	1.733	101
Cataluña	1.432	300	1.732	101
Anfalucía	886	844	1.730	101
Valencia	1.140	427	1.567	91
Murcia	915	631	1.546	90
Madrid	1.628	143	1.485	86
Baleares	1.631	162	1.469	85
Total	**1.147**	**572**	**1.719**	**100**

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda, julio 2004; INE 2003; PGE 2002; Presupuestos CC.AA. 2002 Ministerio de Hacienda 2003.

Entre estos dos casos extremos se sitúan el resto de comunidades autónomas (véase gráfico 1). Observemos, por ejemplo, la situación de Andalucía y Cataluña. Según el actual modelo, las necesidades de gasto por habitante de estas dos comunidades autónomas son prácticamente iguales (de 1.732 euros por habitante en el caso de Cataluña y de 1.730 en el caso de Andalucía). En este caso, ambas se sitúan en un 1% por encima de la media. En el caso de Cataluña, el 82,7% de sus necesidades de gasto son cubiertas a través de tributos (1.432 euros por habitante) y el resto, el 12,3%, a través del fondo de suficiencia (300 euros per cápita). En Andalucía, los tributos cubren el 51,2% de las necesidades de gasto (886 euros por habitante), y el fondo de suficiencia cubre el 48,8% restante (844 euros por habitante).

Hasta aquí se ha descrito el comportamiento de las dos vías de obtención de recursos que configuran el actual modelo de financiación autonómica, si a éstas le añadimos los recursos que obtienen, adicionalmente, los gobiernos autonómicos a través del fondo de compensación ínterterritorial y los fondos europeos, observamos que el conjunto de comunidades autónomas obtiene una media de ingresos de 1.964 euros por habitante, tal como muestra el cuadro 5. Las diferencias respecto a dicha media se acrecientan. Esto es, mientras que Extremadura acaba disponiendo de 2.036 euros por habitante, que le sitúa a un 44% por encima de la media, Madrid acaba disponiendo de 1.498 euros por habitante (un 24% por debajo de la media).

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 643

CUADRO 5
TOTAL INGRESOS 2002 (TRIBUTOS + FONDO SUFICIENCIA + FCI + FONDOS EUROPEOS). EUROS HABITANTE

	Tributos	F. suficiencia	FCI	F. Europeos	Total	Media = 100
Extremadura	748	1.288	68	715	2.820	144
Castilla-La Mancha	893	938	38	666	2.535	129
Castilla y León	1.061	884	25	549	2.519	128
Aragón	1.73	630		496	2.399	122
Cantabria	1.153	797	18	323	2.291	117
Galicia	948	955	51	187	2.141	109
Asturias	1.139	730	35	193	2.097	107
Anfalucía	886	844	48	308	2.086	106
La Rioja	1.151	841		78	2.070	105
Canarias	497	1.236	18	110	1.861	95
Murcia	915	631	31	214	1.791	91
Cataluña	1.432	300		19	1.751	89
Valencia	1.140	427	13	76	1.656	84
Baleares	1.631	162		40	1.509	77
Madrid	1.628	143		13	1.498	76
Total	**1.147**	**572**	**36**	**209**	**1.964**	**100**

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda, julio 2004; INE 2003; PGE 2002; Presupuestos CCAA. 2002 Ministerio de Hacienda 2003.

EL ACTUAL MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA: UN BREVE ANÁLISIS

Para analizar el modelo actual de financiación autonómica nos vamos a plantear en qué medida éste cumple con los principios económicos que la teoría de la hacienda pública (concretamente la teoría del federalismo fiscal), recomienda a cualquier modelo de financiación subcentral de gobierno. Estos principios son, fundamentalmente: la autonomía financiera, la corresponsabilidad fiscal, la equidad, la transparencia y la coordinación. A continuación se examina el grado de cumplimento de dichos principios del actual modelo.

A) LA AUTONOMÍA FINANCIERA

¿Cómo se define?

La autonomía financiera por el lado del gasto se define como la capacidad que tienen los gobiernos para tomar decisiones sobre el volumen del su presupuesto de gastos y sobre como distribuyen dicho gasto entre las distintas competencias que tiene asumidas (por ejemplo, entre la educación, la sanidad, la vivienda, etc.). Y la autonomía financiera por el lado del ingreso se define como la capacidad que tiene un gobierno de to-

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 644

mar decisiones sobre cuál va ser el volumen de su presupuesto de ingresos (cuánto piensa y desea ingresar) y sobre cómo va a distribuir la carga tributaria entre sus ciudadanos; es decir, un gobierno será más o menos autónomo desde un punto de vista financiero, si tiene o no en sus manos instrumentos que le permitan decidir el grado de progresividad de su presupuesto de ingresos (esto es, en cuánto van a contribuir los que más tienen en relación a los que menos tienen). Obviamente, la capacidad o no que tenga un gobierno para endeudarse, también incidirá en su grado de autonomía por el lado del ingreso.

¿Cómo se ejerce?

Para el ejercicio de la autonomía financiera se requiere capacidad normativa sobre determinados tributos, así como capacidad de gestión y administración sobre ellos. Es decir, para que un gobierno sea autónomo fiscalmente, debe poder «manejar» algún o algunos impuestos. Si no tiene esta posibilidad querrá decir que todos sus ingresos los obtiene, o bien a través de subvenciones procedentes de otro nivel de gobierno, o bien a través de participaciones sobre impuestos sobre los cuales nada puede decidir. En estos casos estaríamos ante un gobierno muy dependiente de otro y por tanto nada o casi nada autónomo fiscalmente.

¿El actual modelo de financiación autonómica permite el ejercicio de la autonomía financiera?

Tal y como hemos visto, el porcentaje de ingresos que las comunidades autónomas obtienen a través de tributos es de un 66,7%. Si comparamos este porcentaje con el que se daba, por ejemplo, durante el quinquenio 1987-91, que era de aproximadamente el 16%, podríamos afirmar que el modelo de financiación autonómica ha mejorado en términos de autonomía financiera. Y si lo comparamos con el porcentaje que se da en la media de los países federales, que es de un aproximadamente 76%, podríamos afirmar que aun podría mejorar.

Estos porcentajes son indicadores muy sintéticos del grado de autonomía financiera. Para llevar a cabo una correcta valoración del actual grado de cumplimiento de este principio, se debería además, analizar cuál es la capacidad que realmente tienen los gobiernos autonómicos para tomar decisiones sobre estas figuras tributarias. En este caso, comprobaríamos que la capacidad de tomar decisiones se concentra, aunque dentro de unos límites, en los tributos cedidos tradicionales (patrimonio, sucesiones, etc.) y en el tramo autonómico del IRPF, y que, en cambio, existe nula capacidad de decisión sobre el IVA y los tributos especiales.

En cuanto a la gestión y administración tributaria cabe tener en cuenta que en la medida que en España existe una única Administración Tributaria, las comunidades autónomas no tienen la posibilidad de intervenir en la toma decisiones que afectan a tributos de cuyo rendimiento parti-

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 645

cipan. Sí tienen capacidad de tomar decisiones sobre la gestión de los tributos cedidos tradicionales, pero no sobre la administración del IRPF, del IVA y de los especiales.

B) LA CORRESPONSABILIDAD FISCAL

¿Cómo se define?

Un gobierno es responsable fiscalmente si puede rendir cuentas ante sus ciudadanos de aquello que hace con sus recursos. Es decir, los gobiernos responsables fiscalmente son aquellos que tienen capacidad de decisión tanto por el lado del gasto como por el lado del ingreso. Esto es, tienen autonomía financiera por ambos lados, de manera que pueden dar explicaciones a los ciudadanos de aquello que han decidido hacer, tanto para conseguir los recursos, como para gastarlos. Por el contrario, abocaríamos a la irresponsabilidad fiscal a un gobierno que no tuviera en sus manos ningún impuesto sobre el cual poder tomar decisiones y que recibiera todos sus recursos a través de subvenciones procedentes de otro gobierno. En este caso los ciudadanos no pagarían nada (directamente) a dicho gobierno y en cambio recibirían de él todo un conjunto de bienes y servicios. Difícilmente estos ciudadanos tendrían una verdadera percepción del coste de dichos servicios, incluso podrían pensar que no les cuestan nada, todo lo cual desembocaría a problemas que la propia teoría de la hacienda pública califica como no aconsejables (ilusión fiscal, conductas victimistas –el gobernante tiende a dar las culpas de todos sus males al gobierno que le da la subvención–, ineficiencia…). Gobiernos irresponsables fiscalmente son, por tanto, aquellos que no necesitan llevar a cabo la tarea, quizá una de las más impopulares de las que un gobierno debe realizar, que es la de pedir a sus ciudadanos que paguen tributos. Si los ciudadanos no pagan nada a un gobierno, tampoco lo responsabilizarán de lo que éste deje o no de hacer. En la medida que exista una clara relación entre lo que pagan a un gobierno y lo que de él reciben, van a pedir una mejor gestión y una mejor administración de sus recursos, es decir, lo van a hacer más responsable.

¿Cómo se ejerce?

Un gobierno será responsable fiscalmente si tiene autonomía financiera tanto por el lado del ingreso como por la del gasto. Ello sólo se consigue a través de una tributación sobre la cuál se posea cierta capacidad de decisión y con subvenciones incondicionadas que no determinen la finalidad del gasto. Un gobierno que ingresara todos sus recursos a través de subvenciones específicas, es decir, subvenciones la finalidad de las cuáles está determinada por el gobierno que las da, sería un gobierno irresponsable fiscalmente (sería un gobierno gestor de la política diseñada por otro), pero también lo sería si solo recibiera recursos procedentes de una subvención incondicionada. En este caso se trataría de un gobierno

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 646

con capacidad de decisión por el lado del gasto (la subvención, al ser incondicionada, se podría distribuir según las prioridades del programa del gobierno receptor), pero nula capacidad de decisión por el lado del ingreso. Por tanto, el ejercicio de la corresponsabilidad fiscal pasa por poder tener capacidad normativa y capacidad de gestión y administración sobre algún o algunos impuestos.

¿El actual modelo de financiación autonómica permite el ejercicio de la corresponsabilidad fiscal?

En la medida que la principal vía de obtención de recursos ha sido, sobretodo antes del acuerdo de financiación autonómica del año 2001, la subvención incondicionada que las comunidades han obtenido a través de la Participación en los Ingresos del Estado, se puede hablar de una falta de corresponsabilidad fiscal. A medida que se ha ido ampliando la cesta de tributos sobre los cuales los gobiernos autonómicos tienen cierta capacidad normativa y de gestión, y por tanto, a medida que el peso de la subvención incondicionada (ahora llamada fondo de suficiencia) ha ido disminuyendo, ha mejorado su condición de «responsables», fiscalmente hablando. Si los queremos aun más responsables deberemos seguir ampliando su margen de maniobra sobre los tributos.

C) LA EQUIDAD

¿Cómo se define? Una de las definiciones de equidad más aceptadas, tanto por la literatura del federalismo fiscal, como por el sistema comparado, es la de permitir que los distintos gobiernos puedan alcanzar un nivel «igual» o «similar» de prestación de los servicios que tienen atribuidos, pidiendo un esfuerzo fiscal similar a sus ciudadanos. Es decir, se trata de asegurar que si nos distribuyeran por azar entre las distintas comunidades autónomas recibiríamos de nuestro gobierno autonómico (el que nos tocara) lo «mismo», haciendo el «mismo» esfuerzo. Se trata de evitar que los gobiernos relativamente más pobres (con una menor capacidad fiscal) se vean en la tesitura, o bien de tener que prestar un nivel de servicios inferior, o bien de tener que pedir un esfuerzo mayor a sus ciudadanos para prestar el mismo nivel de servicios. Cabe tener en cuenta que con la misma cesta tributaria, unos gobiernos estarán incondiciones de obtener más recursos que otros, simplemente porque gozan de una mayor capacidad fiscal. Esto es precisamente lo que debe ser solucionado.

¿Cómo se consigue?

Existe un mecanismo cuyo objetivo es precisamente el de dar cumplimiento al principio de equidad. Se trata de los llamados fondos de nivelación (o subvenciones de nivelación o igualación). El funcionamiento de dichos fondos se basa en conseguir que aquellos gobiernos que a través de los recursos obtenidos a partir de sus tributos (y aplicando sobre ellos

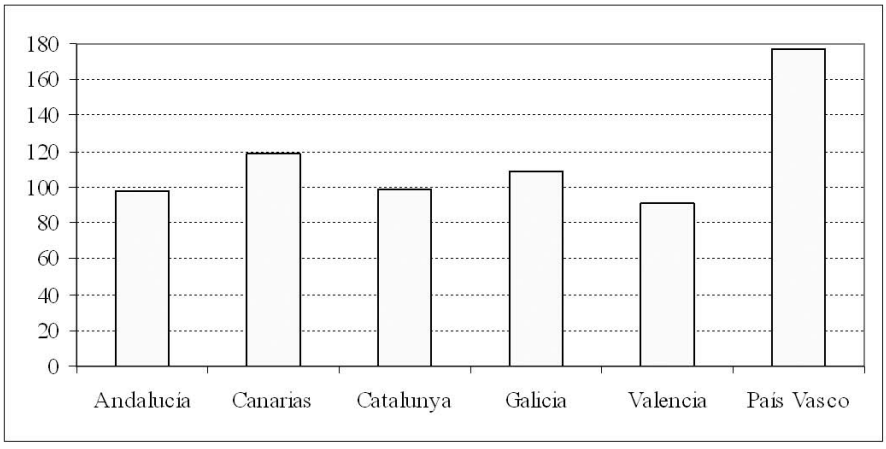
635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 647

una presión fiscal estándar) no lleguen a alcanzar una media de necesidades de gasto, reciban una subvención que les permita llegar, o en todo caso les acerque, a dicha media. Por contra, aquellos gobiernos que aplicando una presión fiscal estándar sobre sus tributos, obtengan un nivel de ingresos por encima de una media de necesidades de gasto, aporten esta diferencia o parte de ella en concepto de nivelación.

¿El actual modelo de financiación autonómica permite el ejercicio de la equidad?

Si consideramos que este principio se cumple cuando los distintos gobiernos pueden alcanzar un nivel «igual» o «similar» de prestación de los servicios que tienen atribuidos, pidiendo un esfuerzo fiscal similar a sus ciudadanos, podemos afirmar que en el Estado español se produce un claro incumplimiento de dicho principio, si comparamos las comunidades autónomas de régimen común y las de régimen foral. El gráfico 2 muestra los recursos por habitante de la comunidad autónoma del País Vaso y los de las comunidades autónomas con un nivel similar de competencias (las del artículo 151) correspondientes al año 1999. Concretamente nos muestra que la relación entre la media de los ingresos per cápita de las comunidades autónomas del art. 151 y la del País Vasco es de 1 a 1,77. Es decir, el gobierno del País Vasco dispone de un 77% más de ingresos que la media de la de los gobiernos de las comunidades autónomas del art. 151, para llevar a cabo el mismo techo competencial.

GRÁFICO 2
Comparación de los recursos per cápita de la comunidad foral del País Vasco y las CC.AA de régimen común con un nivel similar de competencias (1999) *(Índice; media p.c. 0 100)*



Fuente: Zubiri 2003.

635-652-Estado autonómico31 4/10/05 11:09 Página 648

Pero además debemos señalar que entre las comunidades autónomas de régimen común, se produce una nivelación que en todo caso podemos calificar de errática y poco justificable. Cuando un mecanismo de nivelación funciona adecuadamente, se observa que los diferentes gobiernos disponen, tras recibir la subvención niveladora, en nuestro caso el llamado fondo de suficiencia, de un volumen de recursos cercano a la media, dependiendo del grado de nivelación que se quiera alcanzar. Pero en ningún caso se observa que gobiernos que estaban por encima de la media antes de recibir la subvención pasan a estar por debajo después de haberla recibido, o bien que comunidades autónomas con similares necesidades de gasto y capacidad fiscal estén en situaciones significativamente distintas. Esto es precisamente lo que se da en el caso español. Comparemos la situación en que se encuentran las comunidades autónomas en el cuadro 2 y 4 del apartado anterior. En realidad estamos aceptando que Extremadura disponga de un 18% más de recursos per cápita para prestar el mismo nivel de servicios que Baleares, a cuyo gobierno autonómico le corresponde un 15% de recursos per cápita por debajo de la media. ¿A qué extraño criterio de equidad responde este resultado? Si el mecanismo funcionara como funcionan los mecanismos de nivelación que encontramos en otros países (Alemania, Canadá, Australia, etc) veríamos que, o bien todos los gobiernos tendrían el mismo nivel de recursos per cápita (todos estarían a 100), en cuyo caso hablaríamos de una igualación completa, o bien si se tratara de una nivelación parcial (tal y como ocurre en la mayoría de estos países), los gobiernos con una capacidad fiscal inicial inferior a la media, tras recibir la subvención aumentarían su capacidad fiscal hasta, como mínimo un determinado porcentaje de la media (por ejemplo hasta el 95%) y los gobiernos con una capacidad fiscal inicial superior a la media, tras aportar recursos al fondo de nivelación, verían reducida su capacidad fiscal, pero continuarían estando por encima de la media.

Es evidente que dar cumplimiento a un principio de igualdad de recursos supone un ejercicio de solidaridad. El nivel de recursos per cápita que dispondría Extremadura (comunidad relativamente pobre) sin el fondo de suficiencia, es decir, si solo dispusiera de los recursos procedentes de sus tributos, se quedaría, tal como veíamos en el gráfico 1, en un 56% por debajo de la media, mientras que dicho fondo le permite alcanzar un volumen de ingresos por habitante un 18% por encima de la media. En el otro extremo nos encontramos con Madrid y Baleares (comunidades relativamente ricas), cuyos recursos por habitante procedentes de sus tributos les permiten alcanzar un 95% de la media (es decir, solo están un 5% por debajo) y en cambio un vez ha actuado el mecanismo de nivelación (el fondo de suficiencia) acaban situándose un 14% y un 15%, respectivamente, por debajo de la media.

El mecanismo de nivelación debe dar cumplimiento a un principio de equidad (de igualdad de recursos) y ello, como hemos visto, supone aceptar un justo ejercicio de solidaridad. En el caso español, la solidari-

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 649

dad no sólo se produce a través del mecanismo que acabamos de analizar sino también, a través del fondo de compensación interterritorial al cuál ya nos hemos referido. De este modo, el resultado final, si además tenemos en cuenta los fondos que los gobiernos autonómicos reciben de la Unión Europea, es el siguiente: la comunidad autonóma que dispone de más ingresos por habitante es Extremadura (un 44% por encima de la media) y la que menos es Madrid (un 24% por debajo de la media). El resto de comunidades se sitúan entre este intervalo, tal como muestra el anteriormente comentado cuadro 5.

Los datos muestran pues, que el resultado del modelo es el de un errático cumplimiento del principio de equidad y el de un innegable cumplimiento de un principio de solidaridad. En todo caso se podría discutir que es poca o mucha, pero no que no exista.

D) LA TRANSPARENCIA

Un modelo de financiación no solo debe ser «bueno», sino que además deben estar bien definidos cuáles son los mecanismos institucionales encargados de diseñarlo y aplicarlo. En realidad no debemos olvidar que un modelo de financiación es el resultado inevitable de una negociación política. Esta negociación debe ser transparente y debe evitar la discrecionalidad. Es imprescindible establecer las reglas del juego y definir las instituciones en dónde se llevará a cabo la discusión y la aprobación de los aspectos que configuran el modelo. Estas reglas y estas instituciones deben ser conocidas y respetadas por todos los agentes implicados. En una hacienda descentralizada en la que existen distintos gobiernos con distintos problemas e intereses, es muy probable que surjan discrepancias y conflictos, pero no por ello debemos rechazar la descentralización y apelar a una hacienda unitaria, sino que debemos dotarnos de instituciones capaces de canalizar dichos conflictos hacia la negociación y el acuerdo. En este sentido, el actual Consejo de Política Fiscal y Financiera que es, en teoría, el órgano en dónde se produce dicha negociación, no se ha caracterizado precisamente por la transparencia y la falta de discrecionalidad.

E) LA COORDINACIÓN

En la medida que determinadas decisiones tomadas por parte de un gobierno, por ejemplo el central, pueden afectar a la hacienda de otros gobiernos, es lógico pensar que debe existir una coordinación tanto institucional como técnica de todos aquellos aspectos que puedan estar en un terreno compartido. Por ejemplo, en la medida que, tal como hemos visto, una buena parte de los recursos de las haciendas autonómicas depende de la recaudación procedente de figuras tributarias administradas y gestionadas, actualmente, por una única Administración Tributaria (el IRPF, el IVA, los impuestos especiales, etc.), es razonable pensar que los gobiernos autonómicos estén interesados en participar de algún

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 650

modo en la toma de decisiones que afectan a dicha gestión y administración.

Cabe tener en cuenta que en los temas de coordinación entre los distintos niveles de gobierno, es importantísimo el papel que pueden jugar instituciones como el Senado (que debería funcionar como una verdadera Cámara de representación territorial) y órganos como el anteriormente citado Consejo de Política Fiscal y Financiera.

LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES QUE DEBERÍA CONTEMPLAR CUALQUIER REFORMA DEL ACTUAL MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

El apartado anterior nos ha permitido identificar los principales problemas del actual modelo de financiación autonómica. Por tanto, una reforma de dicho modelo debería ser aprovechada para buscar y encontrar soluciones a dichos problemas. Fundamentalmente, la reforma del modelo debería suponer, a mi entender:

1. Una mejora del grado de autonomía financiera de los gobiernos autonómicos. Ello podría alcanzarse:

a) Aumentando la actual cesta de impuestos de manera que los ingresos que el conjunto de las comunidades autónomas obtuvieran a través de figuras tributarias, pasaran de representar el actual 66,7% del total de ingresos a, por ejemplo, un porcentaje más cercano al que se sitúa la media de los países federales (el 76%);

b) Permitiendo que los gobiernos autonómicos dispusieran de más capacidad normativa sobre dichas figuras tributarias. Ello, tal como hemos visto, mejora la corresponsabilidad, evita la ilusión fiscal y en definitiva contribuye a una mejora de la eficiencia;

c) Permitiendo a los gobiernos autonómicos participar en la gestión y administración de sus impuestos. Esta cuestión pasa sin duda por plantear el tema de la Administración Tributaria (¿compartida? ¿consorciada?...).

2. Un planteamiento claro del principio de equidad. Ello supone:

a) Instrumentar un mecanismo correcto y bien definido de nivelación de los recursos entre los gobiernos autonómicos, que corrija el funcionamiento errático e injustificable del actual fondo de suficiencia. Para ello es imprescindible acordar cómo se va a definir la equidad. Si se acepta, tal como ocurre en la mayoría de países que nos pueden servir de referencia, que la equidad consiste en asegurar que los distintos gobiernos están en condiciones similares para hacer frente a un volumen similar de necesidades de gasto, realizando el mismo esfuerzo fiscal, deberemos instrumentar el mecanismo nivelador que la haga posible. Ello exige definir un buen indicador de las necesidades de gasto de las distintas comunidades autónomas y un buen indicador de sus capacidades fiscales. Y además, tal y cómo hemos visto, todo ello requiere del establecimiento de

635-652-Estado autonomico31 4/10/05 11:09 Página 651

unas pautas de seguimiento de dicho mecanismo (índices de evolución de los recursos, revisión de las variables utilizadas para el cálculo de los indicadores de necesidades y de capacidad fiscal, etc.);

b) Plantear la solución al incumplimiento del principio de equidad que se da actualmente entre las comunidades autónomas de régimen foral y las de régimen común. Dicha solución debería plantearse, respetando la existencia de dos modelos distintos pero cuyos resultados deberían ser similares. Hay razones históricas que legitiman la existencia del régimen foral, pero no hay razones económicas que justifiquen la excesiva diferencia entre los recursos que dicho régimen aporta a sus gobiernos y los recursos que obtienen el resto de gobiernos autonómicos que no gozan de dicho régimen. La aproximación de estos resultados debería plantearse como un objetivo a alcanzar dentro de un período de tiempo razonable.

3. Una mejora de los mecanismos de coordinación técnica e institucional entre los distintos gobiernos. Ello supone replantearse el papel y el funcionamiento de órganos e instituciones como: el Senado, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, y la Administración Tributaria del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

– Boletín Oficial del Estado , 313, Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autònomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

– CASTELLS, A.; SORRIBAS, P.; VILALTA, M. (2004), *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes. Anàlisi de la situació actual i propostes de reforma.* Institut d'Estudis Autonòmics (traducción al castellano (2005) *Las subvenciones de nivelación en la financiación de las comunidades autónomas. Análisis de la situación actual y propuestas de reforma.* Instituto de Estudios Fiscales, Publicacions i edicions UB).

– Ministerio de Economía y Hacienda (2002) *Presupuestos Generales del Estado* 2002.

– Ministerio de Economía y Hacienda (2003) *Presupuestos de las CCAA ejercicio 2002.*

– Ministerio de Economía y Hacienda (2004) *La financiación de las CC.AA. por los impuestos cedidos, fondo de suficiencia y de los servicios de asistencia sanitaria en 2002.*

– ZUBIRI, I. (2003), «Una anàlisi dels sistemas forals i de la comparació d'aquests amb el sistema comú de finançament de les CCAA», *Nota d'Economia 75*, Generalitat de Catalunya.

635-652-Estado autonómico31 4/10/05 11:09 Página 652

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 653

EL CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO EXTERNO: ESPECIAL REFERENCIA AL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS

Yolanda Gómez Sánchez
Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO Y RESPONSABILIDAD EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS

La Constitución de 1978 incorporó, en su artículo 136, el Tribunal de Cuentas como institución de control externo consolidando así una tradición secular en nuestra historia institucional. El Tribunal de Cuentas asume en el mencionado artículo constitucional el control económico-financiero del *Estado* y del *sector público* y es definido como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Sin perjuicio de ello y como explicaremos más adelante, el artículo 22 de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas y el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas habilitan la existencia de órganos de control externos de las Comunidades Autónomas.

La historia del Estado y, en especial, de los modernos Estados constitucionales se ha hecho en gran medida en torno a las ideas de *control* y de *responsabilidad*. El principio de separación de poderes, como medio de control del propio poder político, se encuentra en la base misma de la elaboración doctrinal y en la aplicación práctica del Estado de Derecho que, en la actualidad, es inseparable igualmente de la idea de *responsabilidad* como manifestación del principio democrático. Control y responsabilidad son hoy, por tanto, conceptos interactuantes; si el primero representa la comprobación de que determinadas conductas se adecuan al Ordenamiento jurídico y al criterio de valoración establecido, la responsabilidad alude, como indica R. PARADA VÁZQUEZ, a «la posición del sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de un hecho lesivo de un interés protegido»[1]. Ambos, por otro lado, se han diversificado hasta especializarse a la par que se transformaba el propio Estado y crecía la complejidad de su funcionamiento[2].

---

[1] PARADA, R.: *Derecho Administrativo*, vol. I, M. Pons, Madrid, 1992, pág. 600.

[2] MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., Gabriel CASADO OLLERO, TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario, 9ª* ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 816.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 654

El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externos de las Comunidades Autónomas asumen un control sumamente específico: el económico-financiero. Si la *economía* puede ser definida como la *recta administración de los bienes* (aunque también significa *ahorro, estrechez, frugalidad*, acepciones, estas últimas, que se vinculan a la idea de *justa utilización de los recursos*), el término *finanzas* hace referencia al flujo dinerario, a los caudales o bienes que circulan en un ámbito concreto, mientras que una de las acepciones más comunes del término *financiero* lo describe como *perteneciente o relativo a la Hacienda Pública*, y podemos definir la *actividad financiera* como la «acción del Estado, dirigida a la obtención e inversión de los medios económicos destinados al sostenimiento de los servicios públicos»[3].

El término *control*, de otro lado, es de uso ordinario y, en general, tanto puede indicar una situación de *dominio* (cuando una institución, por ejemplo, está controlada por una persona o por otro órgano), como la acción de *inspección* o *verificación*[4], que permite comprobar si algo está bien tal y como ha sido declarado o definido, o si es correcto respecto a una norma dada. La norma puede ser más o menos precisa siempre que sea suficiente para construir un término válido de comparación[5]. A estos dos sentidos de la palabra control, todavía puede unirse una tercera acepción que lo identificaría con la posibilidad de *participar* en otra actividad con algún tipo de competencia.

La articulación del *control económico-financiero* en los Estados se basa en la conveniencia de controlar los actos de contenido económico realizados por los poderes públicos; fue, como señala A. CAYÓN GALIARDO, «la lucha en torno al poder impositivo y sus limitaciones la que provoca el surgimiento de los Parlamentos modernos y los define como institutos que asumirán, desde su mismo origen, la función de recelar del Ejecutivo»[6], conveniencia que se mantiene en las modernas democracias aunque difiera su forma según los diferentes sistemas políticos[7].

Se trata, en todo caso, de reconocer a los representantes del pueblo soberano la facultad de controlar la obtención y el manejo de los caudales públicos contemplando al Ejecutivo como el administrador, sometido a control, encargado de esta función. Así «el control del gasto público y su instrumentación se convierten en mecanismos cautelares para salvaguar-

---

[3] SÁINZ DE BUJANDA, F: *Lecciones de Derecho Financiero*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 1.

[4] SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1989, pág. 359.

[5] FABRE, F.J.: *El control de la Hacienda Pública*, Madrid, 1971, pág. 20.

[6] CAYÓN GALIARDO, A.: «El Tribunal de Cuentas: una perspectiva». *PGP*, núm. 9, Madrid, 1981, pág. 49.

[7] Así, en los sistemas parlamentarios, la función de fiscalización del Ejecutivo fue asumida frecuentemente por las Cámaras representativas; en los sistemas presidencialistas las Cámaras no suelen asumir esta función y, por ello, surgieron órganos de control económico independientes. Finalmente, incluso cuando la función de fiscalización del Ejecutivo era competencia de las Cámaras, éstas delegaron o eran auxiliadas por otros órganos y, así, estas instancias de control, fueron instaurándose de una u otra forma en todos o casi todos los países y fueron asumiendo la función de fiscalización financiera con carácter pleno y total independencia. FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, S.: «El Tribunal de Cuentas ante su futura Ley Orgánica», RAP, núm. 87 (1978), pág. 19.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 655

dar, de forma directa, los programas económicos aprobados por el Parlamento en las Leyes de Presupuestos, e indirectamente sostienen la credibilidad de los ciudadanos en las actuaciones de los órganos de decisión»[8]. En la actualidad las funciones e importancia de los Parlamentos parecen haber decrecido a la vez que han aumentado las de los Ejecutivos. Ello, sin embargo, no hace sino corroborar las afirmaciones anteriores, pues es ahora cuando más necesario resulta un efectivo control de los caudales públicos, de manera que los ciudadanos mantengan o recobren la «confianza en el modo y en la forma de los que se sirven los Estados para allegar los ingresos suficientes para la puesta en marcha de servicios imprescindibles»[9] y, el Presupuesto, sigue siendo la piedra angular de la actividad económica pública tanto a nivel central como autonómico.

II. CONCEPTO DE CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO EXTERNO

Puede definirse el control financiero como la verificación de que «la gestión económico-financiera se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia»[10].

Suele distinguirse el control en función de la integración o relación jerárquica entre el sujeto u órgano controlado y el que lleva a cabo la actividad de control; surge así la distinción entre *control interno* y *control externo*. En el primer caso, el órgano de control está integrado en el propio órgano controlado; aunque históricamente el control interno se ha configurado como un control de legalidad vinculado al sistema de contabilidad adoptado en cada caso, en España, a partir de la aprobación del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria[11] se contempló también el *control financiero*, el de *eficacia* y el de *auditoría*[12].

Por otro lado, el control *externo*, desempeñado por el legislativo, bien directamente bien a través de órganos especializados dependientes del mismo tiende a detectar y corregir a posteriori los posibles defectos en que ésta pudiera incurrir. El control externo que al que acabamos de aludir se puede realizar, a su vez, a través de órganos diferenciados en razón del territorio como es el caso del Tribunal de Cuentas[13] y de los órganos de con-

---

[8] ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: «El control jurídico del gasto público», en El *Tribunal de Cuentas en España*. IEF, Dirección General de lo Contencioso Administrativo, vol. 1 Madrid, 1982, pág. 481. En igual sentido, ver: RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera», en *Eficacia y legalidad en la gestión pública*. X Jornadas de control interno del sector público. Intervención General de la Administración del Estado, Madrid, 1993, pág. 23.

[9] *Ibídem.*

[10] Artículo 34.1 del Real Decreto 2188/1995 de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

[11] Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

[12] CABALLER DURÁ, M.: «El Control de la Actividad Financiera. Concepto, clases y ámbito. Órganos de control», en VV.AA.: *Nociones de Derecho Financiero*, ob. cit., pág. 133. Con la expresión *control de eficiencia* se designa, en ocasiones, genéricamente a los tres tipos de control distintos del de legalidad establecidos en la Ley General Presupuestaria, así: PALAO TABOADA, C.: Derecho Financiero y Tributario, Tomo I, ob. cit., pág. 135.

[13] El Tribunal de Cuentas previsto en el artículo 136 de la Constitución está regulado en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas y en la Ley 7/1988, de 5 de abril,

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 656

trol externo (OCEx) regulados en las Comunidades Autónomas. En cuanto a estos órganos de control externo, no es infrecuente distinguir, en función de la naturaleza del ente que lleve a cabo esta actividad de inspección, entre órganos de carácter *técnico* (En España, Tribunal de Cuentas y Tribunales, Sindicaturas de Cuentas y órganos de control externo en general de las Comunidades Autónomas) y órganos de carácter *político* (Parlamento y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas).

Respecto a los tipos de control se ha señalado también la conveniencia de diferenciar entre el *control jurídico* y *control político*[14]. Parece evidente afirmar que el Estado actúa a través de diversos órganos, algunos de los cuales circunscriben su actividad a parámetros tasados mientras que en otros se aprecia un margen, mayor o menor, de discrecionalidad que el mismo Ordenamiento jurídico les reconoce (Parlamento, Gobierno...). En mi opinión, el problema es más terminológico que de fondo, ya que estimo que, en realidad, no estamos ante la distinción entre *control jurídico* y *control político* sino que, partiendo de que los Estados de Derecho están sometidos por su propia naturaleza al Derecho, todo es *control jurídico,* aunque dentro del mismo puede distinguirse entre un *control discrecional* (el denominado control político) y un *control reglado* (el llamado control jurídico) y, aun dentro de éste último, debe diferenciarse entre *control jurisdiccional* (el realizado por órganos de esta naturaleza) y un *control no jurisdiccional* (en el ámbito público, control administrativo), con lo cual, el denominado control político sería un tipo de *control jurídico discrecional*[15].

III. CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El sistema constitucional español posee un indudable carácter garantista. Ya vimos cómo, en general, la idea de control económico-financiero va unida a la idea de Estado y esta vinculación resulta especialmente significativa en los modernos Estados intervencionistas, modelo del que el nuestro no es excepción. Con acierto dice A. BURLAUD que el Estado «encargado antaño fundamental o incluso exclusivamente de la labor administrativa de asegurar el orden interno, ha recibido desde la (primera) guerra mundial la atribución económica, incesantemente más y más importante y pesada, de asegurar y mejorar el bienestar económico y social de la colectividad»[16].

---

de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (modificada por las leyes 31/91, de 30 de diciembre y 22/93, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 y 22/93, de 29 de diciembre, sobre Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo).

[14] Ver entre otros trabajos, ARAGÓN REYES, M.: «El control parlamentario como control político» en *R.D.P.*, núm. 23, Madrid, 1986.

[15] Con todo, la terminología es diversa y se distingue, por ejemplo, entre el control parlamentario, control administrativo y control judicial, así: SÁINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho Financiero,* ob. cit., pág. 467 o entre control interno, externo y político: PALAO TABOADA, C.: Derecho Financiero y Tributario, ob. cit., pág. 120.

[16] BURLAUD, A.: «El control de la gestión de los servicios públicos» en *PGP*, núm. 4 (1979), pág. 318.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 657

Durante el Estado liberal se configuró una Administración Pública «vertical, autoritaria, alejada del ciudadano, que carecía de instrumentos jurídicos de acercamiento y, desde el punto de vista económico, abstencionista»[17]. La llegada del Estado social supone, como afirma C. DE CABO, la quiebra de los principios del Estado liberal, en especial, la defensa de la armonía espontánea de la sociedad. Se defiende por el contrario que «el orden de las sociedades no es algo dado, un resultado natural, sino que tiene que perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto a nivel económico como en el social»[18]. La emergencia del Estado social determina igualmente un nuevo concepto de Administración Pública y, en suma, obliga a incluir, como parte fundamental del concepto de Derecho Público, lo relativo a la distribución y reparto de los fondos públicos. El Estado social se caracteriza por su protagonismo económico, consecuencia de la intervención en la economía para el logro del efecto redistribuidor que persigue; se introduce en el campo de la Administración Pública «la preocupación por el rendimiento de los servicios, la evaluación de sus costes, el análisis de los procesos burocráticos, y en general los principios de la *Ciencia de la Organización*, exigiéndoles además la consecuencia del bienestar social»[19].

Sin embargo, el crecimiento y mayor protagonismo de la Administración Pública, como consecuencia de que el Estado social ha hecho descansar en ella la mayor parte de la actividad, no supone, como afirma J.E. SORIANO, su configuración como poder autónomo; antes al contrario, la Administración Pública debe actuar «siempre como poder sujeto a la Constitución, siendo siempre fiscalizable democráticamente»[20].

La fórmula del artículo 1.1 de la Constitución Española establece no sólo el carácter social de Estado sino también su componente democrático. La interpretación global que estimo debe hacerse de dicho precepto constitucional nos da una significativa visión del Estado, necesariamente interventor, regulador de la realidad socioeconómica del país, pero también de la necesidad de que su actuación se ajuste a principios y formas democráticas.

La nota característica del Estado social, bajo un punto de vista económico, como señaló M. GARCÍA PELAYO, no se centra tanto «en la titularidad formal de los medios de producción, cuanto en la distribución de lo producido»[21]; y añadió este mismo autor que el Estado social es «la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales o premios y castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino

---

[17] SORIANO, J.E.: «El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública», RAD, núm. 121 (1990), pág. 152.

[18] CABO MARTÍN, C. de: *La crisis del Estado social,* PPU, Barcelona, 1986, pág. 19.

[19] FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, S.: «El Tribunal de Cuentas ante su futura Ley Orgánica», ob. cit., pág. 15.

[20] SORIANO, J.E.: «El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública», ob. cit., pág. 154.

[21] GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del estado contemporáneo,* Alianza Universidad, Madrid, 1977, pág. 31.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 658

que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución de bienes y servicios económicos»[22], pero todo sin que se produzcan «zonas exentas» de control[23].

Diríamos pues, a modo de síntesis, que la necesidad actual de control en los modernos Estados es fruto tanto de su creciente intervención como ineludible exigencia democrática. En este sentido, es posible afirmar que la idea de control es más apreciada cuanto mayor es el grado de democraticidad de la organización estatal y supone, al fin, un modo más de participación del pueblo en las decisiones que a todos afectan, concretamente en el importante ámbito económico, en busca de un equilibrio hoy absolutamente necesario, sin duda, porque, como indicó M. García Pelayo, «la racionalidad política, la racionalidad administrativa y la racionalidad económico-social son términos interactuantes»[24].

IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

Como ya se ha señalado, una cierta idea de control de los poderes públicos y, en especial, del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo es común denominador en la historia y evolución de la organización estatal. Sin duda es propio del ejercicio de la soberanía «contrastar la realización de la norma jurídico-financiera que entraña y desenvuelve los presupuestos y demás leyes económicas de la nación, y, de otra parte, al deber de cooperación tributaria de todos los ciudadanos es correlativo su derecho a investigar el uso y aplicación de los recursos del Tesoro público»[25]. Como afirma acertadamente R. de Mendizábal Allende de no implantarse la obligación de rendir cuentas, «se haría prácticamente imposible la administración de bienes ajenos, por invertirse de hecho su titularidad al conceder la más amplia libertad de actuación al gestor y convertir al propietario en un simple espectador de su expoliación»[26].

En ocasiones, como se indicó anteriormente, la actividad económica de los poderes públicos ha sido controlada directamente por el Parlamento; en otros casos, aun sin perder totalmente esta posibilidad, el Legislativo ha delegado esta función en un órgano auxiliar de carácter técnico. Pero lo más importante es destacar que la función de control económico-financiero de los poderes públicos ha sido contemplada prácticamente sin excepción en el Derecho comparado y a lo largo de nuestra historia[27], pudiéndose distinguir

---

[22] *Ibídem*, pág. 35.

[23] Garrorena Morales, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Tecnos, Madrid, 1984, pág. 212.

[24] García Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ob. cit., pág. 35.

[25] Ortíz Arce, D.: *Tribunal de Cuentas del Reino* en Enciclopedia Jurídica española, vol. XXX, Seix, Madrid, 1912, pág. 383.

[26] Mendizábal Allende, R. de: *Función y esencia del Tribunal de Cuentas*, en RAP, núm. 46 (1965), pág. 13.

[27] Por otro lado, la historia del Tribunal de Cuentas comprende siete siglos sin solución de continuidad. Mendizábal Allende, R. de: «Crisis del *Antiguo Régimen* y la jurisdicción contable», RGLJ, Tomo LIV, núm. 222 (1967), pág. 12.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 659

en ésta última, al menos, dos grandes momentos, anterior y posterior, respectivamente, a la implantación del sistema constitucional en nuestro país[28].

Aunque algún autor se haya preguntado para qué debe servir *hoy* la institución del Tribunal de Cuentas[29], estimo que la importancia que debe tener, para el intérprete de la Constitución, el contenido de cualquiera de sus preceptos, radica en la funcionalidad y eficacia que tal regulación sea capaz de aportar al sistema o, si se prefiere, el conocimiento de la bondad de esa específica regulación en cuanto al funcionamiento de la sociedad democrática. La justificación tanto de la función de control como de la concreta institución es la misma: se trata de una manifestación de la soberanía, por ello tradicionalmente ha estado vinculada a quien la ostentaba (el monarca absoluto), o al órgano representativo (el Parlamento) de su titular (el pueblo). Una institución de control apoyada en este último principio puede contribuir positivamente a la credibilidad del sistema democrático[30]. En los Estados centralizados como el español actual es coherente que esta función se manifieste y articule acorde con la descentralización territorial tal y como ha sucedido, como los matices que después se explican, en nuestro Estado de las Autonomías.

La amplitud y complejidad de las decisiones de carácter económico que adoptan los poderes públicos generan de inmediato, como afirma M. CABALLER DURA, una serie de interrogantes: «¿Cómo asegurar el interés general de los ciudadanos que puede verse en peligro ante el mal uso o el abuso de las facultades que tiene el Ejecutivo? ¿Cómo asegurar la justicia social del gasto público si en el proceso de ejecución del presupuesto la mayor parte de las decisiones no pueden ser impugnadas por los ciudadanos? ¿Cómo asegurarse que los resultados se acomodaron al plan, y estaban económica, política y jurídicamente justificados? ¿Por quién y cómo se vigilan estos extremos?»[31].

La búsqueda de respuestas válidas a estas preguntas ha hecho surgir, como señala el autor citado, en numerosos países y en distintas etapas históricas, instituciones y medios de control[32]. En algunos países[33] se han constituido órganos colegiados a modo de Tribunales, Cortes o Consejos de Cuentas como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal y de la propia Unión Europea, en otros casos,

---

[28] Sobre este punto, puede consultarse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El Tribunal de Cuentas: el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

[29] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R.: «Perfiles constitucionales del Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*, IEF, vol. 1, Madrid, 1982.

[30] RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «El control parlamentario del Presupuesto», en *Trimestre Fiscal, 59* (1997), pág. 190.

[31] CABALLER DURA, M.: «El control de la actividad financiera. Concepto, clases y ámbito. Órganos de control», en *Nociones de Derecho Financiero*, Tomo I, EHP, Madrid, 1993, pág. 131.

[32] *Ibídem*.

[33] Entre una abundante bibliografía comparada, pueden consultarse, entre otros: CREMADES GARCÍA, J.: «El Tribunal de Cuentas en Alemania», en *RCG*, nº 38 (1996); NOFUENTES G. MONTORO, M.: «Los Tribunales de Cuentas y Contralorias en el Derecho Comparado», *Crónica 1987*, Tribunal de Cuentas, Madrid, 1988, pág. 186 y sigs.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 660

el control económico-financiero se ha articulado a través de instituciones unipersonales (aunque, a veces, con matices importantes) como es el caso del Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Malta o Chipre.

En España, además del Tribunal de Cuentas regulado en el artículo 136 de la Constitución, se han creado órganos de control económico-financiero externo en:

- la *Comunidad Autónoma de Andalucía*[34] por Ley 1/1988, de 17 de marzo de la Cámara de Cuentas (modificada por Ley 4/2001, de 24 de marzo);
- la *Comunidad Autónoma de Aragón*[35] por Ley 10/2001, de 18 de junio, de la Cámara de Cuentas de Aragón;
- *la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*[36], por Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas.
- la *Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*[37], por Ley 1/1987, de 18 de febrero de la Sindicatura de Cuentas (mod. 8/1991, de 29 de marzo);
- la *Comunidad Autónoma de Canarias*[38], por Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas (modificada por Ley 9/1997, de 9 de julio);
- la *Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*[39] por Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas;
- la *Comunidad Autónoma de Castilla-León*[40] por Ley 2/2002, reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla-León;
- la *Comunidad Autónoma de Cataluña*[41], por Ley 6/1984, de 5 de marzo de la Sindicatura de Cuentas (afectada por la STC 187/1988 y modificada por Ley 15/1991, de 4 de julio; Ley 7/2002, de 25 de abril, de modificación de la Ley 6/1984, de 5 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas, modificada por Ley 15/1991, de 4 de julio);
- la *Comunidad Autónoma de Galicia*[42] por Ley 6/1985, de 24 de junio (mod. Ley 4/1986, de 26 de diciembre), del Consello de Contas de Ga-

---

[34] Artículo 40 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Andalucía. Resolución de 27 de junio de 1991. Reglamento de Funcionamiento y Organización de la Cámara de Cuentas.

[35] Artículo 16 h) y 55.3 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Aragón.

[36] Artículo 35 ter. Y 55 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

[37] Artículo 28.7 y 46.1 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de Illes Balears.

[38] Artículo 61.2 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Canarias.

[39] Artículo 9.2. j) de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Reglamento de 28 de julio de 1994, de Organización y Funcionamiento de la Sindicatura de Cuentas.

[40] Artículo 51 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

[41] Artículo 42 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Normas de 19 de marzo de 1986 de régimen interior de la Sindicatura de Cuentas. Norma adicional de 19 de marzo de 1986 de régimen interior de la Sindicatura de Cuentas.

[42] Artículo 53 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía de Galicia. Resolución de 25 de junio de 1992. Reglamento de Régimen Interior del Consejo de Cuentas.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 661

licia (afectada por la STC 18/1991 y modificada por la Ley 4/1986, de 26 de diciembre);

- la *Comunidad Autónoma de Madrid*[43] por Ley 11/1999, de 29 de abril, reguladora de la Cámara de Cuentas;
- la *Comunidad Autónoma de Navarra*[44] por Ley 19/1984, de 20 de diciembre de la Cámara de Comptos (completada por la Ley 6/1991, de 26 de febrero);
- la *Comunidad Autónoma del País Vasco* por Ley 1/1988, de 15 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (afectada por la Ley 5/1997, de 30 de mayo, que regula la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados);
- la *Comunidad Autónoma de Valencia*[45] por Ley 6/1985, de 11 de mayo, de la Sindicatura de Cuentas (afectada por las Leyes 10/1988, de 23 de diciembre; Ley 3/1996, de 30 de diciembre, de medidas de gestión y organización y 14/1997, de 26 de diciembre, sobre medidas de gestión administrativa y financiera).

Las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja, Murcia, Ceuta y Melilla no han creado órganos de control específicos en sus respectivos territorios. La Comunidad Autónoma de Extremadura[46], por Ley Orgánica 12/199, de 6 de mayo, modificó su Estatuto de Autonomía e incluyó la previsión de que una ley de la Asamblea debería crear y regular un órgano de control económico y presupuestario sin perjuicio de las competencias que asisten al Tribunal de Cuentas.

La existencia del Tribunal de Cuentas y de los órganos de control externo (OCEx), tendrá sentido jurídico e histórico si son capaces en el ámbito de sus respectivas competencias de llevar a cabo una función de control técnica e independiente sobre los caudales públicos en favor del titular de la soberanía: el pueblo. En este contexto, la necesaria colaboración entre el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas es una necesidad ineludible[47].

V. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO (OCEX) EN ESPAÑA

La regulación del Tribunal de Cuentas contenida en el artículo 136 de la Constitución al que ya antes hemos aludido, lo define como *el supremo*

---

[43] Artículo 44 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de Madrid.

[44] Artículo 18 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. Reglamento de 20 de mayo de 1996, de Organización de la Cámara de Comptos de Navarra.

[45] Artículo 59 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio de Estatuto de Autonomía de Valencia. Acuerdo de 19 de septiembre de 1986. Reglamento de Régimen Interior de la Sindicatura de Cuentas.

[46] Artículo 53 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero de Estatuto de Autonomía de Extremadura.

[47] SUEIRAS PASCUAL, M.: «Aproximación al Tribunal de Cuentas: naturaleza, funciones y organización interna», en *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y enjuiciamiento, Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 2004, pág. 41

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 662

órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público y silenció cualquier referencia a la posibilidad de que se crearan similares órganos de control económico en las Comunidades Autónomas. Además, el artículo 153 d) de la Constitución refuerza la competencia territorial general del Tribunal de Cuentas regulado en el mencionado artículo 136 CE, al establecer que corresponde al Tribunal de Cuentas ejercer el control de la actividad económica y presupuestaria de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Hoy, veintisiete años después de la fecha de aprobación de la Constitución española, parece excesiva la rigidez con la que la Constitución contempló el control económico-financiero obviando la realidad de la descentralización territorial. En este sentido debemos, sin embargo, asumir que tanto el silencio sobre posibles órganos de control externos de las Comunidades Autónomas como la asignación expresa de la competencia de control prevista en el artículo 153 d) CE es comprensible por cuanto la propia Constitución habilitó la existencia de Comunidades Autónomas en su Título VIII[48] pero resultaba difícil conocer cuál sería el mapa autonómico que finalmente se configuraría y que alcanzó su fisonomía completa con las Leyes Orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, 2/1995, de 13 de marzo, que aprobaron respectivamente los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla.

Por otro lado, no debemos olvidar que el apartado 2 del artículo 147 de la Constitución al detallar el contenido de los Estatutos de Autonomía incluyen, en su apartado c), como parte inexcusable de este contenido «La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias», por lo que cabe concluir que el *carácter institucional* de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas deriva de la incorporación de dicha institución a la norma vértice de la organización política de la Comunidad Autónoma[49]. Sin embargo, como sabemos, no todos las Comunidades Autónomas que han regulado un órgano de control externo lo han incorporado a sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Durante los debates constituyentes de elaboración de la Constitución española, las fuerzas políticas que representaban opciones nacionalistas, principalmente vascas y catalanas, no presentaron enmiendas al actual artículo 136 relativo al Tribunal de Cuentas para permitir, en alguna forma, la regulación de órganos de control externos en las futuras Comunidades Autónomas. Los debates se centraron mucho más en torno a la mención a la *propia jurisdicción del Tribunal de Cuentas* que daría lugar a la aparición de una *jurisdicción propia* de este órgano de control. Sin

[48] La misma situación se produce respecto del Defensor del Pueblo regulado en el artículo 54 de la Constitución española, lo cual tampoco ha sido impedimento para que figuras similares se hayan regulado en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

[49] El artículo 152 de la Constitución en relación con los Estatutos de Autonomía que, como el del País Vasco, se aprobaron conforme a lo establecido en el artículo 151 de la Constitución, establece que la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea y en un Consejo de Gobierno, pudiéndose culminar la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma con un Tribunal Superior de Justicia que actuará sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al tribunal Supremo.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 663

embargo, algunas fuerzas políticas entendían –con una tesis difícil de compartir– que esta expresión significaba la existencia de una actuación del Tribunal de Cuentas sobre el sector público autonómico al margen de las Cortes Generales debiendo por ello rendir un informe anual específico a los Parlamentos Autónomos[50], tesis difícil de compartir.

Ante la ausencia de mención expresa en la Constitución, la posibilidad de crear estos órganos de control externo viene sin embargo reflejada en el artículo 22 de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas, la cual abre la vía a la existencia de los órganos de control externo distintos del Tribunal de Cuentas al establecer que: «Además de los sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar en sus respectivos Estatutos, y en su caso las que por Ley se autorizaran en el territorio comunitario, al Tribunal de Cuentas corresponde realizar...». Apenas dos años después, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, en su artículo 1.2[51], establece que éste es «único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas pudieran prever sus Estatutos».

Una diferencia importante entre estas dos normas[52] es que mientras la primera alude a los OCEx, tanto de base estatutaria como legal, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas hace depender su existencia de lo que prevean los respectivos Estatutos, lo cual ha sucedido en un número muy reducido de Comunidades Autónomas respecto de las que actualmente se han dotado de este tipo de órganos de control externo[53]. Como después diremos, el Estatuto Vasco no contempla esta específica institución de control que posee, sin embargo, fundamento legal. Por su parte, el artículo 148.1.1ª Constitución habilita a las Comunidades Autónomas para asumir competencias sobre «Organización de sus instituciones de autogobierno». De lo dicho hasta ahora, cabría concluir, pues, que la naturaleza de *institución autónoma propia* podría atribuirse a los órganos de control económico-financiero externo que hubieran sido expresamente reconocidos en los respectivos Estatutos de Autonomía, en los demás casos el fundamento jurídico de su existencia y regulación debe descansar

[50] Ver: LOZANO MIRALLES, J.: *Configuración e independencia de los órganos de control externo: un análisis comparado,* Civitas/CCA, Madrid, 1996.

[51] El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece literalmente: 1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución y la presente Ley Orgánica.
2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos. Depende directamente de las Cortes Generales.

[52] VERA SANTOS, J.M.: *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas,* CEPC, Madrid, 2001, pág. 34

[53] Encontramos esta regulación en el artículo 55 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; en el artículo 42 del Estatuto de Cataluña; en el artículo 53.2 del Estatuto de Galicia; en el artículo 44 del Estatuto de Madrid (Ley Orgánica. 5/1998, de 8 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983); en el artículo 18.1 del Estatuto de Navarra y en el artículo 59 del Estatuto de Valencia.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 664

en la competencia reconocida en el mencionado artículo 148.1.1ª de la Constitución o en normas de desarrollo del propio estatuto, pero en estos casos, la institución de control no debería ser calificada jurídicamente como *institución autónoma propia* sino como un *órgano auxiliar del legislativo autónomo*[54]. Esta diferente naturaleza jurídica de los órganos de control externo regulados en las Comunidades Autónomas podría encontrar semejanzas con la distinción entre órgano constitucional y órgano de relevancia constitucional[55] que se ha aplicado al estudio de los órganos del Estado y que puede trasladarse al análisis del Tribunal de Cuentas regulado en el artículo 136 de la Constitución[56]. Se ha señalado, distinguiendo entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional que el Tribunal de Cuentas pertenece a los segundos y no a los primeros. Así C. MORTATI[57], estima que estos institutos de control económico-financiero relacionados o vinculados, con mayor o menor intensidad, al Poder Legislativos son órganos de *relevancia constitucional* pero no órganos constitucionales puesto que estos últimos poseen caracteres de soberanía y participan en la formación del *indirizzo politico*[58]. Para un sector de la doctrina italiana los órganos constitucionales que poseen estos caracteres son el *Cuerpo electoral*, el *Parlamento*, el *Presidente de la República*, el *Gobierno* y el *Tribunal Constitucional* pero no la *Corte di Conti* institución italiana semejante al Tribunal de Cuentas español[59].

Para M. GARCÍA PELAYO, la característica esencial de los órganos constitucionales es que «son establecidos y configurados directamente por la Constitución, ésta no se limita, pues, a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones constitucionalmente relevantes, sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos»[60]. Qué los órganos constitucionales estén regulados y estructurados directamente por la Constitución significa que tales órganos participan de manera esencial en el modelo de Estado y en los principios, valores y crite-

---

[54] Sobre el concepto de órgano auxiliar, puede verse: VERA SANTOS, J.M.: *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas*, ob. cit., págs. 61 y sigs.

[55] Cfr. GARCÍA PELAYO, M.: «El *status* del Tribunal Constitucional», REDC, núm. 1 (1981), pág. 12.

[56] Para una explicación más extensa de este teoría puede consultarse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: EL Tribunal de Cuentas: el control económico financiero en el ordenamiento constitucional español, ob. cit.

[57] MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto pubblico*, Cedam, Padova, vol. 1, 1968, pág. 180 y sigs. Este autor considera también órganos de relevancia constitucional y no órganos constitucionales; el Consejo Superior de la Magistratura, el Consejo Nacional de Economía y del Trabajo y el Consejo de Estado.

[58] LUCAS VERDÚ, P.: «Apuntes sobre los aspectos jurídico-políticos del Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. 2, ob. cit., pág. 843.

[59] BARILE, P.: *Corso di Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1962, pág. 128.

[60] GARCÍA PELAYO, M.: «El *status* del Tribunal Constitucional», ob. cit., pág. 13. Para este autor son también órganos constitucionales, además del Tribunal Constitucional al que se refiere el trabajo citado, el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial (art. 59.3 de la LOTC).

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 665

rios en que tal Estado se asienta. Cada «estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios, ... cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional»[61], sistema formado por órganos y por un conjunto de relaciones fundamentales, de tal suerte que un cambio significativo de aquéllos o de éstas produce un cambio en el propio sistema constitucional.

Si aplicamos esta teoría a la diferente regulación de los órganos de control externo (OCEx) en los Estatutos de Autonomía o en una ley de la Comunidad Autónoma nos permitiría concluir que efectivamente existe una diferente naturaleza jurídico-formal del órgano de control regulado en el Estatuto, que sería una *institución autónoma propia*, mientras que los órganos regulados en leyes de la Comunidad Autónomas tendrían naturaleza jurídica subordinada al órgano o institución propia en cuyo ámbito se insertaran (en este caso, el Parlamento autónomo).

En todo caso, en los frecuentes supuestos en los que el órgano de control externo no se encuentra recogido en el Estatuto de Autonomía pervive la asintonía con lo establecido en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que como antes dijimos contempla exclusivamente la posibilidad de la existencia de órganos de control externo a partir de su regulación en el respectivo Estatuto de Autonomía. Sólo una interpretación extensiva –y a mi juicio, imposible– de la literalidad del artículo 1.2 de la ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en el sentido de entender que la expresión «puedan prever sus Estatutos» pueda interpretarse como «ordenamiento de la Comunidad Autónoma» podría solventar esta contradicción legal.

Al amparo de lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley de Funcionamiento nueve Comunidades Autónomas[62] se dotaron, hasta 1997, de órganos de control externo y tres Comunidades han incluido esta regulación en sus Estatutos más recientemente[63]. La mayoría de los órganos de control externo se han configurado como órganos colegiados[64] aunque algunos de ellos han optado por una configuración unipersonal (Castilla-La Mancha o Navarra).

El Tribunal Constitucional ha confirmado la compatibilidad de la existencia del Tribunal de Cuentas y de los órganos de control económico-financiero externo (OCEx) de las Comunidades Autónomas, aunque insiste en la necesidad de respetar, cuando sea el caso, la supremacía del órgano regulado en el artículo 136 de la Constitución. En la STC 187/1988, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1984 de Sindicatura de Cuentas y en la STC 18/1991, de 31 de enero, dic-

---

[61] *Ibídem*, pág. 15.

[62] Andalucía, Islas Baleares, Cataluña, Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra, País Vasco y Valencia.

[63] Asturias, Castilla-León y Madrid.

[64] Sobre este tema ver: LOZANO MIRALLES, J.: *Configuración e independencia de los órganos de control externo: un análisis comparado*, Cámara de Cuentas de Andalucía/Civitas, Madrid, 1996.

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 666

tada para la resolución del recurso núm. 890/1985, promovido por el Abogado del Estado contra la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Parlamento de Galicia por la que se creaba el Consejo de Cuentas[65], el Tribunal manifestaba que la cuestión relativa al reparto de competencias en lo que se refiere a fiscalización y enjuiciamiento contable ha de ser analizada a partir de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, que en esta materia comprende el art. 136 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, así como las disposiciones estatutarias por las que se creen los correspondientes órganos autonómicos. También fue objeto de análisis por el Tribunal Constitucional la competencia de fiscalización respecto de las corporaciones locales[66]. El Tribunal concluyó:

que la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas puede extenderse a las Corporaciones Locales;

que la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, pero sí que se mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores;

que, siempre que se mantenga esa relación, es conforme al art. 136.1 CE la existencia de otros órganos fiscalizadores de la actividad financiera de las Corporaciones Locales; y

que la competencia de esos otros órganos fiscalizadores sobre las Corporaciones Locales no excluye ni es incompatible con la que pueda corresponder sobre las mismas al Tribunal de Cuentas.

En este punto, por último, estimo que es más acorde con la estructura de un Estado descentralizado que el control económico y presupuestario pueda recalar en órganos de las Comunidades Autónomas sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas regulado en el artículo 136 de la Constitución. Creo que se gana con la existencia de estos órganos vinculados a sus respectivos Parlamentos, en relación con ellos y con las fuerzas políticas.

VI. EL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS COMO ÓRGANO DE CONTROL EXTERNO

VI.1 ORIGEN, COMPOSICIÓN Y ÓRGANOS

Como hemos señalado ya anteriormente, el Estatuto del País Vasco no incluyó en su articulado ninguna mención a una institución de control económico-financiero externo. La primera referencia legal al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (en adelante, TVCP), la encontramos en el artículo

[65] El Gobierno de la Nación también presentó recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes reguladoras de la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares, la Sindicatura de Cuentas de Valencia y el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, de los que desistió posteriormente.

[66] Ver también: STC 214/1989, de 21 de diciembre, recursos acumulados de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento y la Junta de Galicia, el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña contra preceptos de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 667

65 de la Ley 12/1983, de 22 de junio, de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco que establece que el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas «controlará la actividad económica de la Comunidad Autónoma de Euskadi en los términos contenidos en la normativa que lo cree y lo regule». Algunos meses después, el artículo 30 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre instituciones de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos dota al Tribunal de Cuentas Vasco de su regulación básica y añade, en su epígrafe 9, que una Ley «creará y regulará la composición, organización y funciones de dicho órgano, así como las garantías y procedimiento de sus funciones fiscalizadora y jurisdiccional». La Ley 1/1988, de 5 de febrero dio cumplimiento a este mandato y, como manifiesta su Preámbulo, ordena la regulación institucional (composición, organización, régimen económico, patrimonial y personal) y el régimen de funcionamiento de este órgano de control. El Tribunal Vasco de Cuentas Públicas culmina, según sigue afirmando el mismo Preámbulo de la Ley, el autogobierno económico-financiero en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

El artículo 1 de la Ley define al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas como *órgano propio* de la Comunidad Autónoma *dependiente directamente* del Parlamento Vasco con lo que, en mi opinión, consagra la naturaleza del TVCP como órgano auxiliar del Parlamento y excluye por tanto su consideración como institución autónoma propia.

Como ya dijimos la mayoría de los OCEx son órganos colegiados[67], también adopta esta configuración el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que está compuesto por siete miembros que, de conformidad con el artículo 15.1 de su Ley Reguladora, deben estar en posesión de un título superior acreditar competencia en las materias de que se encarga el tribunal y tener ejercicio profesional de al menos diez años. Los miembros del Tribunal son elegidos por mayoría absoluta (art. 15.2 de la Ley 1/1988) aunque en el proceso de elaboración de la ley se manejó también la tesis de una mayoría cualificada de 3/5. La duración del mandato es de seis años y en el caso de que algún miembro fuera nombrado como consecuencia de una vacante su mandato se extenderá exclusivamente hasta el momento en el que hubiera debido cesar su predecesor (art. 16.6). La duración del mandato es, como puede comprobarse, superior al de la legislatura con lo que se pretende reforzar la independencia de los miembros de este órgano de control de la concreta relación de fuerzas políticas presentes en el Parlamento que debe nombrarlos.

[67] Resulta evidente que los órganos unipersonales fuerzan el consenso mientras que la elección de los órganos colegiados suele derivar en la «asignación de cuotas» a las distintas fuerzas políticas. Este caso acontece también en el ámbito de los OCEx. Así, por ejemplo, el artículo 24.1 de la Ley 2/1996, de 17 de julio de la Comunidad de Andalucía que regula su órgano de control externo establece que cada grupo parlamentario, a excepción del mixto, tiene derecho, como mínimo, a que uno de los miembros elegidos proceda de su propuesta y prevé el reparto de los sobrantes, de forma que cederá para la elección de un segundo miembro la propuesta que haya tenido un resto menor en la aplicación de los criterios establecidos. En Valencia para la elección de su respectivo órgano de control los grupos proponen el mismo número de candidatos que puestos y la votación es secreta.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 668

El Tribunal Vasco de Cuentas Públicas se estructura en torno al Pleno, compuesto por todos sus miembros, el Presidente (art. 19), el Vicepresidente (art. 20) asistidos por el Secretario General que depende orgánicamente del Presidente del Tribunal (art. 22). El Pleno puede crear Comisiones y ponencias para desarrollar sus funciones (art. 21.5).

VI.2. FUNCIONES

El TVCP posee, en el ámbito de sus competencias, el carácter de «supremo órgano fiscalizador de las actividades económico-financieras y contables del Sector Público Vasco y ejercerá sus funciones en la Comunidad Autónoma por delegación del Parlamento Vasco» (art. 1.2 de la Ley). En este marco el TVCP asume tres funciones básicas: a) la *función fiscalizadora*; b) la *función de enjuiciamiento* de la responsabilidad contable que ejercita sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas regulados en el artículo 136 de la Constitución y en el marco definido por la jurisprudencia constitucional a la que anteriormente ya se hizo referencia; y c) la *función consultiva* y de asesoramiento al Parlamento Vasco en materia económico-financiera, función que realiza exclusivamente a instancia del Pleno del legislativo autónomo (art. 3 de la Ley).

En lo que respecta a su función fiscalizadora el TVCP extiende sus competencias a:

a) La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi;

b) La Administración Institucional integrada por los organismos autónomos, los entes públicos de derecho privado y las sociedades públicas vinculadas al mismo;

c) Las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada uno de los territorios históricos así como todos los entes y sociedades que dependan de ellas;

d) Las entidades locales (Ayuntamientos) y los diversos entes institucionales y sociedades públicas adscritas a ellas;

e) A efectos de fiscalización, cualquier otra entidad pública o privada que administre o utilice caudales públicos procedentes de los entes citados;

f) El TVCP –como también sucede en el caso del Tribunal de Cuentas central– tiene competencias para revisar la actividad económica de cualquier otra persona, tanto física como jurídica, que perciba ayudas económicas o financieras del denominado Sector Público Vasco, limitándose la función de fiscalización en estos casos a la comprobación de la correcta utilización y destino de esas subvenciones.

La fiscalización tiende a verificar la adecuación al ordenamiento jurídico de la actividad económico-financiera de los entes comprendidos en el ámbito competencial del TVCP y se extienden al examen de la *eficacia* y *eficiencia* y permite la proposición de medidas de racionalización y mejora de la actividad económico-financiera. La fiscalización se extiende también al cumplimiento de la *finalidad* de las ayudas concedidas en su caso (art. 9 de la Ley).

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 669

Aunque, en general, los OCEx contemplan la función de fiscalización como el cometido esencial del órgano, en algunos casos como en el del TVCP, también se contemplan algunas competencias en relación con la función de enjuiciamiento contable. El Tribunal Constitucional, como antes hemos ya señalado, ha manifestado que la actividad realizada en este sentido por los OCEx es una «actividad ordenada a preparar la actividad jurisdiccional que es propia del Tribunal de Cuentas», confirmando, por tanto, que los OCEx no poseen esta competencia de manera autónoma.

En el ejercicio de sus funciones el TVCP está facultado (art. 5 de la Ley) para acceder a todo tipo de documentos relativos a la gestión del Sector Público Vasco y de las entidades sobre las que extiende sus competencias de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley. La excepción a esta regla general viene contenida en la Disposición Adicional Única de la Ley 1/1988 establece que serán fondos reservados exclusivamente los que así consten en los correspondientes Presupuestos. La falta de colaboración con el Tribunal puede ser considerada obstruccionismo y reconducida o, incluso, sancionada de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la ley reguladora del TVCP.

El TVCP puede asesorar al Parlamento Vasco en materias económicas y financieras o en cualquier otra para la que esté capacitado. Esta atribución del órgano de control se articula a través de la relación permanente del Tribunal con la Comisión de Economía y Hacienda del Parlamento Vasco, que es la encargada de trasmitir las peticiones o prioridades referentes a los distintos informes de fiscalización para que éstos se incluyan en el Plan de Trabajo del Tribunal.

VI.3. RELACIONES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS CON EL PARLAMENTO Y EL GOBIERNO VASCOS

Como hemos señalado anteriormente, el TVCP es un órgano dependiente del Parlamento Vasco y actúa por delegación del mismo (art. 1.2). La relación entre el Parlamento y el PVCP se manifiesta tanto en lo que concierne a la composición de este último como a las funciones que realiza. Tal y como en un momento anterior citamos, el TVCP asume como función propia también el asesoramiento al Parlamento en materia económico-financiera (art. 3.2).

El TVCP debe presentar anualmente un informe a la Cámara con el resultado de sus actividades fiscalizadoras, jurisdiccionales y de asesoramiento durante ese período de tiempo. El tribunal está obligado a emitir su informe dentro de los cuatro meses siguientes a la recepción de la documentación y deberá verificar tres aspectos distintos: a) Si en la ejecución de los presupuestos se cumple la legislación aplicable; b) si el gobierno ha efectuado esos gastos con racionalidad; y c) si la documentación financiera se somete a los principios contables.

Como anexo a este informe, el TVCP debe enviar al Parlamento sus propias cuentas cuyo control realiza directamente la Cámara Vasca (art. 4).

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 670

El Parlamento tiene importantes competencias en la fijación del plan de trabajo anual del Tribunal ya que, por ejemplo, puede solicitar la realización de un informe de fiscalización sobre cualquier entidad pública que considere conveniente, así como plantear al órgano fiscalizador sus prioridades de trabajo en esta materia.

Las relaciones entre el Parlamento Vasco y el TVCP se canalizan a través de la Comisión de Economía y Hacienda. El Presidente del Tribunal tiene el debe de comparecer ante el Parlamento autonómico siempre que lo requiera el Pleno de este órgano. También el Presidente del TVCP, puede solicitar comparecencias voluntarias lo cual sucede frecuentemente y fomenta la comunicación entre el Parlamento y su órgano delegado.

Por otro lado, si es habitual que este tipo de órganos de control externo se sitúen en la órbita del Legislativo y/o pertenezcan estructuralmente al mismo, es igualmente frecuente que se considere el ámbito del Ejecutivo como aquel sobre el que se realiza la función de fiscalización básica. Al fin, no se trataría sino de una expresión más del control del Parlamento sobre el Gobierno. Así se pone de manifiesto claramente en la regulación del TVCP ya que el Ejecutivo autónomo y la Administración se convierten en los principales destinatarios de la labor fiscalizadora del Tribunal. La ley incluye dos compromisos respecto a este punto.

Como el propio TVCP reconoce, sus recomendaciones han tenido en general buena acogida en el ámbito parlamentario y se han conseguido avances en la misión de mejorar la gestión de los recursos disponibles en muchas entidades públicas, lo cual no significa que se hayan podido erradicar todas las deficiencias detectadas en los informes ni que el Parlamento haya tenido una actuación absolutamente uniforme respecto de todos los informes y recomendaciones del Tribunal. Esta situación, de otra parte, es común tanto al Tribunal de Cuentas central como a otros órganos de control externo de las Comunidades Autónomas.

VI.4. EL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Confirmada por el Tribunal Constitucional la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen en el marco de sus respectivos territorios órganos externos de control económico-financiero, en base a que el Tribunal de Cuentas regulado en el artículo 136 de la Constitución es, según afirma dicho precepto, *supremo* cuando fiscaliza pero no necesariamente *único* cuando realiza esta función, la regulación que los OCEx reciben en las respectivas Comunidades deben salvaguardar esta *supremacía*[68] del Tribunal de Cuentas lo cual no impide, como venimos defendiendo, que realicen una importante función de control para su respectivo Parlamento autónomo[69]. Así, el

[68] SSTC 187/1988 y 18/1991 anteriormente citadas.

[69] Sobre este punto puede consultarse: VERA SANTOS, J.M.: *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas,* ob. cit., págs. 59 y sigs.

653-672-Estado autonómico31 4/10/05 11:39 Página 671

artículo 2 de la Ley 1/1988 establece que el TVCP extiende su control «sin perjuicio de aquellas competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas».

La articulación de un Estado territorialmente descentralizado obliga en mi opinión a armonizar el carácter supremo reconocido al Tribunal de Cuentas con las competencias que en sus respectivos territorios asumen los OCEx. De la fluidez de estas relaciones entre el órgano central y los órganos autonómicos depende en buena medida la consecución de los objetivos de control económico. Resulta evidente que en uso de sus competencias el Tribunal de Cuentas puede reducir su ámbito de actuación directa en aquellas Comunidades Autónomas que posean un órgano de control propio haciendo suyos, previas las comprobaciones complementarias que juzgue pertinentes, los informes de los órganos autonómicos. Por el contrario deberá asumir directamente el control en aquellas otras Comunidades Autónomas que no se hayan dotado de un órgano de control externo.

Además, nada impide que el Tribunal de Cuentas solicite formalmente la colaboración de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas para una fiscalización concreta que aquel realice pero en la que el órgano autonómico pueda colaborar eficazmente en razón de su ubicación territorial o por disponer con mayor agilidad de documentos o informes. En la práctica así sucede. Las relaciones entre el supremo órgano fiscalizador y los entes autonómicos de control se regulan en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y, desde entonces, se ha avanzado en aunar criterios sobre la estructura y la técnica para la realización de los informes y en la formalización de los resultados para obtener mayor claridad y aumentar la efectividad de las recomendaciones. Los miembros del Tribunal de Cuentas y de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas celebran reuniones periódicas fruto de las cuales es la elaboración de un conjunto de *principios y normas de auditoría en el Sector Público,* que permitió homologar los diferentes informes, a la vez que los acercaba al modelo que utilizan desde hace años las empresas de auditoría privadas.

El TVCP remite una copia de sus informes al Tribunal de Cuentas que éste puede utilizar para completar sus propia función fiscalizadora y la emisión de su Informe anual[70]. Esta práctica y otras de colaboración suponen, hoy en día, un uso normalizado y constante y permiten, como es políticamente deseable en un Estado descentralizado, la colaboración de distintos órganos –centrales y autonómicos– en pro de la mayor eficacia y en el logro más pleno de sus objetivos.

El TVCP mantiene también relaciones regulares de colaboración con otros OCEx y a partir de 1995 comenzó a editarse la revista *Auditoría Pública* en la que participan todos los órganos autonómicos de control externo y sus respectivos Presidentes conforman su consejo editorial. Esta colaboración es especialmente estrecha entre el Tribunal de Cuentas Vasco y la Cámara de Comptos de Navarra y ambas instituciones se en-

[70] Fuente: página web: http://www.tvcp.org

653-672-Estado autonomico31 4/10/05 11:39 Página 672

cuentran vinculadas por un Acuerdo Marco de Colaboración, firmado el 8 de octubre de 1992, que ha permitido incrementar las relaciones entre ambos órganos de control autonómico[71].

VI.5. PROYECCIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS

El Tribunal Vasco de Cuentas Públicas es miembro fundador de la *Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público* (EURORAI), asociación que tiene como principales objetivos la cooperación, el intercambio de conocimientos, información y experiencias de las distintas instituciones de fiscalización externa y la elaboración de principios y criterios que aproximen los procedimientos de fiscalización para lograr una cierta homogeneización de los mismos:

De otra parte y como es sobradamente conocido, en 1975 las Comunidades Europeas se dotaron de un Tribunal de Cuentas[72] para el control de los fondos comunitarios. Este Tribunal se convirtió en institución de pleno derecho el 1 de noviembre de 1993 con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y ha pasado también al artículo I-31, del Capítulo II de la Parte I –Otras instituciones y órganos consultivos de la Unión– del proyecto de Constitución Europea[73]. El Derecho comunitario establece que los controles del Tribunal de Cuentas Europeo en los Estados miembros se efectúen en colaboración con las instituciones de control nacionales. Esta alusión a los órganos de control nacionales alude directamente al Tribunal de Cuentas central pero no excluye, en mi opinión, a los órganos de control externos de las Comunidades Autónomas como la práctica está demostrando. La colaboración tripartita, Tribunal de Cuentas Europeo-Tribunal de Cuentas central-OCEx, rentabiliza los recursos y puede obtener resultados apreciables cuando de lo que se trata es de la fiscalización de recursos europeos en el ámbito concreto de una Comunidad Autónoma. La colaboración se impone[74] no sólo por aplicación de la normativa comunitaria sino también por la mayor eficacia de la función de fiscalización que ha llegado incluso a la elaboración de informes conjuntos. De igual manera las relaciones entre estas instituciones deberían orientarse hacia simplificación y utilidad sin perjuicio del obligado respeto a la competencia de cada una de ellas[75].

---

[71] *Ibídem.*

[72] *Tratado que modifica algunas disposiciones financieras de los Tratados comunitarios, atribuye mayores poderes presupuestarios al Parlamento e instituye el Tribunal de Cuentas* (en vigor el 1 de julio de 1977), firmado en Bruselas el 22 de julio de 1975.

[73] El artículo I-31 de la Constitución Europea dice: «1. El Tribunal de Cuentas es una institución. Efectuará el control de cuentas de la Unión.
2. El Tribunal de Cuentas examinará las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión y garantizará una buena gestión financiera.
3. El Tribunal de Cuentas estará compuesto por un nacional de cada Estado miembro. Los miembros del tribunal ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general la Unión.

[74] Fuente: página web: http://www.tvcp.org.

[75] CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: «Relaciones del Tribunal de Cuentas español con el Tribunal de Cuentas Europeo y con los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas», en *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y enjuiciamiento, Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 2004, pág. 63.