

Cuadernos de

DERECHO

PUBLICO

1

MAYO-AGOSTO

1997

INAP

Instituto Nacional de Administración Pública

Cuadernos de Derecho Público

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

José Luis Meilán Gil

Vocales

Enrique Arnaldo Alcubilla
José Luis Cascajo Castro
Francesc de Carreras Serra
Ignacio Díez Picazo
Germán Fernández Farreres
Rafael Fernández Montalvo
Tomás González Cueto
Lourdes Maíz Carro
Alejandro Menéndez Moreno
Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona
José Luis Piñar Mañas
María Rosa Ripollés Serrano
Luis Ignacio Sánchez Rodríguez
José Antonio Souto
Carles Viver i Pi-Sunyer
Tomás S. Vives Antón

Director

Luis Aguiar de Luque

Secretario

Ricardo Blanco Canales

Coordinación

Centro de Publicaciones del INAP

Cuadernos de

**DERECHO
PUBLICO**

1

MAYO-AGOSTO

1997

INAP

Instituto Nacional de Administración Pública

Edita:

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1138-2848

NIPO: 329-97-007-1

Depósito Legal: M-35142-1997

Imprime: Rumagraf, S. A. Avda. de Pedro DÍez, 23. 28019 Madrid

Suscripciones y Administración:

Instituto Nacional de Administración Pública

Publicaciones Periódicas

Arocha, 106. 28012 Madrid

Teléfono: 349 32 35

Precios:

Suscripción anual 4.000 ptas.

Número sencillo 1.500 ptas.

Número doble 3.000 ptas.

(3 núms. año) (IVA incluido)

SUMARIO

Presentaciones	7
-----------------------------	----------

Estudios

Luciano PAREJO ALFONSO: <i>¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales</i>	13
Luis LÓPEZ GUERRA: <i>La legitimidad democrática del juez</i>	43
Joaquín GARCÍA MORILLO: <i>El Parlamento en la era global</i>	77
Josè L. GONZÁLEZ CUSSAC y M. ^a Luisa CUERDA ARNAU: <i>Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades</i>	101

Problemas actuales

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN: <i>Los resultados de la Conferencia Inter-gubernamental de 1996: claves de una reforma</i>	119
José Luis PEÑARANDA RAMOS: <i>Supletoriedad, delegación legislativa y derogación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992</i>	133
Juan Luis REQUEJO PAGÉS: <i>El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997</i>	157
José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS: <i>Un comentario sobre las medidas liberalizadoras en materia de colegios profesionales</i>	171

Documentos

<i>Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina</i>	
Introducción: María José EIZAGUIRRE MASSÉ	195
Texto del Convenio	197

Presentaciones

Dentro de las distintas facetas de actividad que conlleva la gestión pública, quizá la más gratificante sea la de contribuir a la creación de algo nuevo, de algo que no existía previamente y en cuyo interés, en cuya utilidad, se cree firmemente.

Ése es el caso de esta nueva publicación editada por el Instituto Nacional de Administración Pública, los *Cuadernos de Derecho Público*, dedicada a los estudios y análisis relativos a la organización y funcionamiento del Estado desde una perspectiva global, interdisciplinaria, que aspira como tal publicación, integradora y rigurosa en sus planteamientos, a abrirse un espacio en el marco de la publicística actual.

Nace esta publicación, como una nueva Revista, orientada hacia los temas de actualidad, desde el rigor y la pluralidad de sus enfoques, que a buen seguro y desde un diseño claro y abierto, tanto de su metodología como de su propia configuración física y editorial, va a abrirse un espacio propio con vocación de perdurabilidad e interés entre los profesionales de la Administración Pública y el Derecho.

¿Lo logrará? El lector tiene entre sus manos la respuesta, y podrá ver en ella el fruto del esfuerzo de un Consejo de Redacción de magníficos especialistas y profesionales aunado en torno a un proyecto.

Como Secretario de Estado de Administraciones Públicas quiero agradecer ese esfuerzo, lo que esta publicación supone, el tránsito de unas ideas y unos planteamientos metodológicos a una realización práctica, a una publicación de enfoques plurales en la que confluyen los planteamientos de un Consejo de Redacción, las aportaciones singulares y brillantes de unos autores y la capacidad de gestión y apoyo técnico de un organismo de la Administración, como es en este caso el Instituto Nacional de Administración Pública, y concluido todo ello en una realidad de la entidad y de la proyección que estos *Cuadernos de Derecho Público* son.

Vaya, pues, mi agradecimiento para todos cuantos han intervenido en la gestación de esta nueva Revista, señalando que son estas actividades y estas iniciativas las que más y mejor contribuyen a hacer fecunda la activi-

dad de la Administración Pública, su capacidad de apoyar y sostener técnicamente con sus Unidades y Organismos la expresión de las ideas y la reflexión y el análisis de la realidad y el marco jurídico y competencial en que se desenvuelve.

Para todos, mi agradecimiento, mi apoyo y mi aliento, desde esta Secretaría de Estado, a los que quiero añadir ahora mi ilusión personal y mi confianza en el futuro de esta nueva publicación que ahora se inicia.

Francisco VILLAR GARCÍA-MORENO
Secretario de Estado para la Administración Pública

El INAP, entre cuyas funciones figura en destacado lugar la de promoción de la investigación en las materias relacionadas con la Administración pública, amplía su oferta editorial con la publicación de los *Cuadernos de Derecho Público* que ahora se presentan, animado por el decidido propósito de llenar una cierta laguna en el panorama de las revistas jurídicas españolas. Cuantos tomamos parte en esta nueva Revista iniciamos la empresa con ilusión, conscientes de las dificultades a las que nos enfrentamos y con el deseo de que la comunidad científica, los actores sociales y, en definitiva, los lectores puedan encontrar alguna utilidad en el resultado de nuestro esfuerzo.

En la configuración del Derecho público como disciplina científica se ha recorrido ya un largo camino. Hoy en día se caracteriza por abarcar un amplio sector de lo jurídico, con muy distintas vertientes y suficiente fundamento teórico para poseer un sentido global. Junto a una gran capacidad integradora, cuenta con una metodología diversificada y potente, y quizá por ello, en estos momentos, el desafío consista en la reflexión sobre el camino a recorrer de aquí en adelante.

Sin duda, en el inmediato futuro, asistiremos —lo estamos haciendo ya— a cambios significativos en el Estado tal como lo conocemos y como se ha configurado en los últimos tiempos, en buena parte del continente europeo. Los signos parecen claros: la crisis del concepto mismo de representación; la simultaneidad entre la acción —a veces también omisión— de los poderes públicos y su conocimiento por los ciudadanos; el vigor con que se recuperan nacionalidades y regiones; la globalización de los intercambios y la consiguiente alteración del orden económico internacional; el debate sobre la dimensión de algunos servicios públicos y la exigencia de mayor calidad en aquellos que los ciudadanos consideran básicos, entre otros muchos que podrían citarse. Como sostiene el profesor Parejo, nos encontramos en un momento de transición en el que el nuevo sistema que pugna por alumbrar está aún fraguándose y resulta difícil vislumbrar con precisión los principios y coordenadas sobre los que va a quedar definitivamente asentado.

Por otra parte, la diversidad, característica común del pensamiento de nuestra época, lo es, también, del Derecho público, que, como señala Carcassone, resulta de gran complejidad porque ha tenido que integrar opiniones, puntos de vista y tradiciones jurídicas muy distintas, incluso en aquellas sociedades que, como las naciones europeas, se encuentran

cerca territorialmente y unidas por instituciones políticas y económicas comunes.

Cuadernos de Derecho Público pretende así ser una publicación de características semejantes a la disciplina que le da título, es decir, abierta a la reflexión y el análisis, integradora y plural.

Nace con la vocación de constituir una aportación útil en la elaboración teórica necesaria para la definición, el diagnóstico y las propuestas de solución a los problemas que afectan al Estado, en estos momentos de profundas transformaciones.

Aspira a que sus páginas recojan la diversidad y a que ésta constituya otro de los rasgos que definan su trayectoria; diversidad de opiniones y de enfoques en las aportaciones procedentes de las distintas ramas que componen el Derecho público, que aúnen el punto de vista académico con el de la experiencia de los servidores públicos en su sentido más amplio y noble, sin otra limitación que el rigor científico y la adecuación a su objeto.

Con ello, tratamos de contribuir al empeño de reflexión integradora acerca de cuya necesidad alertaba Jellinek, hace ya más de cien años, al señalar que todas las ciencias que se ocupan de la vida social humana precisan explicaciones de otras que las completen.

Enrique ÁLVAREZ CONDE
Director General del INAP

Luis AGUIAR DE LUQUE
Director de *Cuadernos de Derecho Público*

ESTUDIOS

¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES; SU SENTIDO Y ALCANCE ACTUALES: 1. La doble división del poder en la Constitución. 2. Las formulaciones originarias del principio de división funcional del poder y el definitivo abandono del entendimiento de éste en términos de especialización funcional y separación orgánica rígidas. 3. La superación de las dificultades que plantea la teoría de la división del poder por la vía de la integración de la doble división de éste en la categoría de «orden constitucional de las funciones estatales».—II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES ESTATALES: 1. Las determinaciones organizativas relevantes: 1.1. La Corona. 1.2. Las Cortes Generales. 1.3. El Gobierno y la Administración. 1.4. El poder judicial. 2. Ensayo de interpretación sistemática para la individualización de la «función ejecutiva».—III. CONCLUSIONES.

I. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES; SU SENTIDO Y ALCANCE ACTUALES

1. *La doble división del poder en la Constitución*

Como es bien sabido, de entre los «poderes clásicos» la Constitución (en adelante CE) sólo otorga tratamiento formal de tal al judicial, denominándolo por relación precisamente al contenido de su función. Sin per-

juicio de las otras razones a que pueda reconducirse, es claro que esta distinción trae causa de las características específicas de este «poder»: i) el cometido de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» domina por completo, determina y prácticamente agota el contenido de la función constitucional, otorgando a ésta una sustancia y, por tanto, un perfil y una imagen constitucionales claros y homogéneos, cabalmente los reconducibles a la categoría de «potestad jurisdiccional» que emplea el número 3 del artículo 117 CE¹; ii) la naturaleza misma de tal cometido, es decir, de esta potestad condiciona decisivamente la organización del «poder», pues sólo los Jueces y Magistrados, invistiendo los correspondientes órganos, son capaces de actuar o ejercer la potestad jurisdiccional, es decir, de administrar la justicia, en cuanto que sólo ellos, es decir, ciertamente todos ellos, pero únicamente cada uno de ellos por separado y de modo independiente y, por tanto, cada uno de los Juzgados y Tribunales que forman, integran el poder judicial, quedando así excluida —a tal efecto— cualquier organización de conjunto a la que pudieran ser imputados la referida potestad y su ejercicio²; y iii) de esta construcción peculiar deriva cabalmente la razón de ser del principio de «unidad jurisdiccional» como base de «la organización y el funcionamiento» de los Tribunales (art. 117.5 CE). En claro contraste, los «poderes» legislativo y ejecutivo aparecen aludidos en la norma fundamental en clave orgánica: «De las Cortes Generales» (denominación del Título III) y «Del Gobierno y de la Administración» (denominación del Título IV), lo que dice de suyo de la mayor heterogeneidad del contenido de las funciones constitucionales correspondientes, es decir, de la dificultad de su caracterización funcional simple, que luce con especial evidencia en el caso del segundo: su misma denominación traduce directamente la complejidad de la agrupación de cometidos invocada (la «función ejecutiva» no es sino una más de la constelación que forman las atribuidas al complejo «Gobierno y Administración» conforme al art. 97 CE).

Nuestra Constitución cumple así desde luego la exigencia básica del constitucionalismo moderno para ser calificada materialmente de tal³: la clásica «división» funcional u horizontal del poder. Pero a ella añade y superpone, en la línea de los Estados de construcción territorial interna plural y sobre la base de la opción básica plasmada en su artículo 2, la división territorial o vertical del poder constituido; división ésta, que —salvando las

¹ El número 4 de este mismo artículo CE prescribe imperativamente, de modo significativo, que los Juzgados y Tribunales no deben ejercer más funciones que las señaladas en el apartado precedente (cabalmente las de juzgar y ejecutar lo juzgado en que se traduce el ejercicio de la potestad jurisdiccional), contemplando a renglón seguido ciertamente la posibilidad de que sean destinatarios de otras funciones, pero con las siguientes claras restricciones: en primer lugar, esas otras funciones son «añadidas», pues deben serles «expresamente» atribuidas; en segundo lugar, esa atribución ha de hacerse precisamente por Ley formal; y, en tercer lugar, las funciones que pueden ser objeto de la repetida atribución no son cualesquiera, debiendo tener un contenido tal que tengan por fin «la garantía de cualquier derecho».

² Así resulta de la puesta en relación de los artículos 117.1 y 3 y 118 CE.

³ Recuérdese el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

experiencias históricas republicanas, especialmente la segunda— constituye una novedad en nuestro constitucionalismo, presenta características ciertamente peculiares y, en lo que aquí ahora más interesa, afecta esencialmente sólo a los «poderes-funciones» legislativo y ejecutivo, aunque en toda su extensión, es decir, desde el dictado de Leyes formales hasta el entero fenómeno de la ejecución de éstas, es decir, incluida la «administración» a que se refieren —desde perspectivas distintas— los artículos 103.1 y 106.1 CE.

Consecuentemente, al tener por objeto —cuando menos por lo que hace al legislativo y al ejecutivo— unos mismos «poderes», estas dos divisiones básicas del poder constituido se superponen y, por tanto, interactúan. Y lo hacen no sólo por tal razón. Aunque pueda ser cierto que, en su origen, respondan a necesidades diversas y procuren, por ello, finalidades específicas y distintas, en el orden constitucional establecido y en términos objetivos y más amplios confluyen en definitiva en el sistema de control del ejercicio del poder público⁴ y sirven conjunta y combinadamente, así, al equilibrio entre poderes y la limitación del poder, es decir, a la finalidad última de toda división de éste.

Ocurre, sin embargo, que el principio de la división funcional u horizontal del poder ha sido siempre (ya incluso desde sus orígenes doctrinales) y continúa siendo hoy una noción equívoca.

2. *Las formulaciones originarias del principio de división funcional del poder y el definitivo abandono del entendimiento de éste en términos de especialización funcional y separación orgánica rígidas*

La Constitución norteamericana de 1787 ya fue objeto en su día —con apoyo en Montesquieu— del reproche de insuficiente y deficiente separación de los poderes. Y con apoyo también en Montesquieu, *El Federalista* (de la mano y pluma de Publius, es decir, de James Madison, en los artículos

⁴ A la existencia en la Constitución de un verdadero sistema de control del poder público (inter e intrafuncional e inter e intraordinamental) me he referido en otro lugar, al que ahora procede remitir: L. PAREJO ALFONSO, «El control del poder público en la Constitución española», en la obra colectiva *La Constitución Argentina de nuestro Tiempo*, coordinada por R. DROMI y J. SÁENZ, Ed. Ciudad Argentina, 1996, págs. 213 y ss. Baste ahora con transcribir de dicho trabajo el siguiente párrafo: «...[La] actividad de control atraviesa —con lógica propia (aún por determinar)— la estructura y el funcionamiento del Estado en su conjunto o globalmente considerado; lo que vale decir que está dispersa o distribuida, de forma desigual, por los tres poderes o funciones clásicos a lo largo de todos los niveles territoriales básicos (cuando no aparece asignada a una institución peculiar como lo es el Tribunal Constitucional). Esta atribución dispersa y desigual de la potestad y competencia de control se cumple, además, de forma tal que no coincide con la doble división —horizontal y vertical— de los poderes/funciones públicos constituidos, derivada de la combinación de los principios de Estado de Derecho y Estado autonómico. Pero está evidentemente relacionada con ella, en cuanto contribuye sin duda al orden de los poderes/funciones públicos constituidos, es decir, a determinar la estructura y el funcionamiento ordenados y equilibrados del Estado en su conjunto o como un todo. Y ello, en cuanto que —al suponer examen y valoración de su objeto, requerir la confrontación de éste con un criterio y presuponer y exigir, por tanto, una medida para la comparación y el juicio— representa y actualiza un preciso límite al ejercicio del poder/función controlado, es decir, trata de la limitación del poder público».

números 47 a 51, referidos todos ellos al problema de la división de los poderes⁵) opuso a tal reproche el argumento de que la libertad sólo está amenazada allí donde la totalidad del poder de una de las ramas del gobierno se pone en las manos que ejercen también el total del poder de rama distinta. De donde se sigue que, en realidad, el principio de división no persigue tanto evitar el solapamiento y entrecruzamiento de los poderes, cuanto en impedir su confusión o unión personales, es decir, la identidad de sus titulares y la consecuente acumulación por éstos de poderes. En la interpretación que se hace de la doctrina del barón de la Brède, ésta en modo alguno niega la, de otro lado inevitable, interconexión de los poderes, a título bien de participación parcial de uno en las actividades del otro, bien de control de uno sobre otro. Lo mismo sucede en la otra fuente doctrinal de la revolución norteamericana, la obra del teórico de la revolución inglesa J. Locke, en la que la división funcional-orgánica del poder no niega, sino presupone, la relación-tensión entre los poderes diferenciados, pues la idea a que responde su diferenciación es también la de colocación del poder —gracias a su fragmentación (básicamente, en este caso, en legislativo y ejecutivo)— en manos diferentes, que es lo propio —frente a las monarquías absolutas— de las monarquías moderadas y de los gobiernos bien articulados⁶. De ahí el pragmatismo de la solución constitucional norteamericana, de la que está ausente toda preocupación por la pureza de la división-separación funcional sustantiva y que descansa más bien en una operación de cuidadosa y efectiva fragmentación-distribución orgánica de concretos poderes para conseguir su ejercicio en términos de contrapeso y equilibrio recíprocos y, por tanto, de limitación final en su conjunto.

Por lo que respecta al constitucionalismo continental europeo, influido por la revolución liberal francesa y ésta, a su vez y en este punto, por el pensamiento de Montesquieu, es cierto que la obra de éste proporciona material suficiente para entender que postula una verdadera distinción funcional de poderes conducente a su especialización en términos capaces de ser vertida en una separación orgánica radical. A ello obedece justamente el mito de esta separación que ha primado en la ciencia jurídico-pública hasta bien entrado este Siglo, aunque hoy pueda tenerse por desvanecido. Ya Ch. EISENMANN⁷ realizó en su día una reinterpretación de Montesquieu en la línea de *El Federalista*: la teoría en modo alguno pretende prohibir que un mismo sujeto (uni o pluripersonal) reúna poderes de más de un tipo o clase, sea miembro de más de un órgano o actúe un órgano con dos o más funciones; dicho de otro modo, en absoluto pretende postular la

⁵ A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, 1.ª ed. en español, 4.ª reimpresión, edición a cargo de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

⁶ Véase al respecto la excelente y sintética exposición de la teoría de la separación de poderes de J. Locke que realiza R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Ed. Alianza (Alianza Universidad), 1994, págs. 44 a 55 (53).

⁷ Ch. EISENMANN, «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs», en *Mélanges Carré de Malberg*, Ed. Sirey, 1933, págs. 175 a 178.

inexistencia de elementos o puntos secantes o comunes a los poderes, sino que, antes al contrario, se circunscribe a proscribir, como ya se ha dicho, la acumulación personal de dos o más funciones o poderes en su integridad; es decir, no hay en la teoría tanto especialización y separación, cuanto no identificación personal del órgano de dos o de las tres funciones-poderes, pues si su finalidad es la de que el poder frene al poder es claro que la especialización funcional (lo que vale decir, *a fortiori*, la separación orgánica) resulta lógicamente incompatible con la de control recíproco. La prueba es que Montesquieu dedica mucha más atención en su obra a la coordinación de los poderes (sistema de frenos y contrapesos entre ellos) que a su supuesta separación en virtud de su especialización. Por eso puede afirmar hoy R. L. BLANCO⁸ que el principio de separación de poderes es en dicho autor más bien, en términos descriptivos, el de prohibición de aquellas uniones orgánicas que atentarían al mantenimiento de la libertad.

3. *La superación de las dificultades que plantea la teoría de la división del poder por la vía de la integración de la doble división de éste en la categoría de «orden constitucional de las funciones estatales»*

Se entiende así perfectamente que la doctrina actual entienda superado hoy el entendimiento del principio de división funcional en términos estrictos del binomio especialización-separación y, por lo que hace al binomio legislativo-ejecutivo, el Tribunal Constitucional haya señalado su actual flexibilidad conducente a una cierta intercambiabilidad de los contenidos decisionales propios de uno y otro (STC 166/1986, de 19 de diciembre). Ilustrativo es el sugerente planteamiento de N. ACHTERBERG⁹ —autor innovador, prematuramente fallecido—: a la hora de determinar la posición de la Administración pública en el sistema constitucional, acuña el concepto de «orden de las funciones» como categoría que engloba y, por tanto, incluye las más específicas de «división de las funciones» y «entrecruzamiento de las funciones». La finalidad de semejante construcción no es otra que la de expresar que estas dos últimas no designan en modo alguno supuestos antitéticos que en un orden constitucional puedan manejarse, enfrentarse y articularse de cualquier manera, sino que, antes bien, representan manifestaciones concretas del aludido orden de funciones, que están vinculadas entre sí por el fin común de la limitación del poder. Y gracias a dicha construcción se logra superar —sustituyéndola por la nueva categoría— la división de poderes, cargada de contenidos heterogéneos y, por ello, ambigua y escasamente útil por pérdida de precisión en la significación.

En los Estados con pluralidad de gobiernos territoriales, en efecto, el principio de división de poderes ha visto enriquecido su contenido origi-

⁸ R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor...*, op. cit. en nota 6, pág. 69.

⁹ N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Ed. C.F. Müller, 1982, págs. 105 y ss.

nario con la distribución territorial de dicho poder al servicio del Estado federal¹⁰ (en nuestro caso el Estado autonómico), de suerte que su campo de acción incluye la doble dimensión funcional y territorial, y, más allá aún, otros componentes propios del pluralismo político-social, hasta justificar la acuñación del concepto «división comprensiva del poder» (*umfassende Gewaltenteilung*)¹¹.

Como el propio N. ACHTERBERG¹² pone de relieve, el principio de división de poderes está hoy en entredicho, toda vez que:

a) Su aplicación al fenómeno de la división vertical del poder induce a error, toda vez que el pluralismo territorial de aquél no implica división alguna del mismo —lo que sería contrario al principio de la indivisibilidad del poder estatal¹³— y sí mejor vinculación entre sí y coordinación, conforme al orden constitucional, de los diferentes poderes públicos.

b) Igual sucede con la alusión a la división horizontal, pues si bien en este caso puede hablarse con propiedad de división (siempre que en ella se entienda comprendida también la dimensión de relación y entrecruzamiento), es lo cierto que tal división no lo es tanto del poder estatal como tal (lo que, de nuevo, tropezaría con el principio de indivisibilidad de dicho poder), como más bien de la actividad estatal y para dar lugar no a diferentes «poderes», sino a diversas «funciones».

c) Igualmente poco clarificador y certero es el empleo de la idea de división para caracterizar mecanismos de limitación, asimismo horizontal, del poder público por relación a fuerzas o instituciones sociales. Estos mecanismos sólo tienen en común con el principio de división de poderes la finalidad y el efecto de limitación del poder estatal, gracias a la garantía del pluralismo social.

d) Por último, induce a confusión y es igualmente incorrecta técnicamente la inclusión en el principio de división de poderes del momento de entrecruzamiento de éstos. Pues, aparte razones semánticas, el entrecruzamiento no puede constituir supuesto alguno de la división funcional del poder. La relación entre los poderes no constituye, pues, manifestación de esta división, teniendo con ella el único punto en común de su finalidad y efecto: la limitación del poder público.

La categoría «orden de funciones» propuesta por el autor citado pretende la superación de los anteriores malentendidos gracias a la siguiente

¹⁰ En este sentido ya K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962. También W. LEISNER, «Die Gesetzmässigkeit der Verfassung», *Juristenzeitung* [JZ], núm. 64, pág. 205.

¹¹ La expresión es de KAGI, «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung», en la obra homenaje (*Festschrift*) a H. HUBER, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, 1961.

¹² N. ACHTERBERG, *op. cit.* en nota 9, págs. 106 a 108.

¹³ Expresado en el artículo 20.2, inciso inicial, de la Ley Fundamental de Bonn, a cuyo tenor: «*Todo poder emana del pueblo*. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial». Idéntico principio se consagra en la Constitución española, cuyo artículo 1.2 determina que «*La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*».

doble virtualidad de dicha categoría. De un lado, la de hacer presente la condición de parte del «orden jurídico total del Estado» del orden de las funciones que en él se distinguen. Y, de otro lado, la de expresar la conexión existente entre estas funciones, que no están colocadas sin más unas junto a otras, desconociéndose recíprocamente, sino que lo están en una relación específica, predeterminada por la Constitución.

Las precedentes consideraciones bastan y sobran para justificar la actualidad del principio de división de poderes, para la inteligencia, el desarrollo y la aplicación adecuados del entero orden constitucional. La correcta determinación del principio tiene como presupuesto, empero, la de cada uno de los poderes-funciones de cuya diferenciación y, al propio tiempo, articulación se trata. De entre éstos, el «ejecutivo» es el que, según ya quedó antes apuntado, ofrece mayores dificultades, por razón de sus características y papel en la estructura estatal, que se reflejan claramente en la compleja regulación de que es objeto en la norma fundamental. La dimensión vertical o territorial de la expresada división agrava aún dichas dificultades, en la medida en que la importancia en ella de la «ejecución» corre pareja con la inexistencia de un concepto constitucional mínimamente preciso de ésta y la ausencia de un acotamiento uniforme de la misma en los Estatutos de Autonomía¹⁴; situación ésta, que la doctrina constitucional no ha venido a corregir, al menos por completo o de modo suficiente. Habiendo operado inicialmente (STC 92/1985, de 23 de julio, en relación con las anteriores de 28 de abril y 20 de mayo de 1983) sobre el paralelismo de los binomios legislación-ejecución, de un lado, y norma-acto, de otro, parece haberse decantado (STC 86/1991, de 25 de abril) por una noción material, según la cual la ejecución alude a una actividad específica, que puede tener manifestaciones normativas.

II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES ESTATALES

1. *Las determinaciones organizativas relevantes*

1.1. La Corona

Al tratar de la Corona, la Constitución caracteriza al Rey como Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia, asignándole el arbitraje y la moderación, no de los «poderes» o las «funciones», sino del «funcionamiento regular de las instituciones» y el ejercicio de las «funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las Leyes» (art. 56.1 CE).

¹⁴ Sobre el problema de la ejecución desde la perspectiva del reparto territorial del poder, véase la excelente monografía de R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Ed. Cívitas/IVAP, 1993.

Debe destacarse cómo la función simbólica que la Corona juega en el orden de la unidad y permanencia del Estado, remite a las decisiones básicas de unidad de la nación española (art. 2), residencia de la soberanía nacional en el pueblo español (fuente de todos los poderes constituidos; art. 1.2) y constitución, por tanto, de un único Estado (art. 1.1); decisiones todas ellas que, como ya se ha señalado, implican la indivisibilidad del poder estatal e impiden una división, en sentido estricto, de éste. La división de los poderes alude más bien, pues, a un arbitrio de fragmentación de su ejercicio para evitar la concentración y, por tanto, el exceso y abuso de poder, lo que vale decir asegurar la libertad.

1.2. Las Cortes Generales

La norma fundamental no emplea en ningún momento el término «poder», prefiriendo la expresión organizativa «las Cortes Generales» (Título III). Las Cortes Generales, que «representan al pueblo español», son las que ejercen la «potestad legislativa», además de corresponderles la aprobación de los Presupuestos, el control de la acción del Gobierno y las «demás competencias que les atribuya la Constitución» (art. 66.1 y 2 CE).

De esta regulación cabe deducir las siguientes notas caracterizadoras de las Cortes Generales:

a) Se trata de una institución, en tanto que función constitucional dotada de una precisa organización.

b) La función así institucionalizada aparece dotada de un contenido claramente principal, determinado genéricamente por relación a la «potestad legislativa» —potestad ésta carente de límites materiales (aunque beneficiaria de reservas) y precisada sólo desde el punto de vista adjetivo procedimental: arts. 81 y ss. CE—, y de una serie de contenidos accesorios o añadidos, directamente determinados por la norma fundamental, con la consecuencia de la imposibilidad para las Cortes Generales de extensión, en sede infraconstitucional y por decisión propia, de su competencia; es decir, ausencia en ellas de cualquier competencia sobre la propia competencia (el término competencia es empleado aquí por la Constitución como concepto genérico equivalente a apoderamiento-capacidad y comprensivo, por tanto, de los de potestad y competencia en sentido estricto). Merece ser destacado que entre esas competencias accesorias las dos expresamente enunciadas en el artículo 66.1 CE implican de suyo relaciones interfuncionales, concretamente con el «poder ejecutivo».

c) La individualización y diferenciación de la función legislativa quedan aseguradas mediante técnicas organizativas dirigidas a impedir la confusión o acumulación de funciones a través de las personas, concretamente las de «ineligibilidad» e «incompatibilidad», así como de prohibición de acumulación de mandatos, de signo tanto interfuncional (las dos primeras: art. 70

CE; de este precepto procede destacar las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores comprensivas de los componentes —además del Tribunal Constitucional, las Juntas Electorales, el Defensor del Pueblo y las Fuerzas Armadas— de la Administración General del Estado, con la excepción significativa del Gobierno, y el poder judicial) e intrafuncionales (la tercera: art. 67 CE). Procede llamar la atención cómo las técnicas empleadas para asegurar la «separación personal» de las funciones constitucionales no afectan a los miembros del Gobierno; excepción ésta que constituye una nueva e importante manifestación del entrecruzamiento específico de los poderes-funciones; aquí del legislativo y ejecutivo.

1.3. El Gobierno y la Administración

Tampoco en este caso emplea la Constitución el término «poder», refiriéndose sin más al complejo orgánico «Gobierno y Administración» (Título IV); complejo, cuyo contenido funcional determina de forma compleja por relación al triple concepto de «dirección de la política, la Administración y la defensa del Estado», «ejercicio de la función ejecutiva» y «ejercicio de la potestad reglamentaria» (art. 97 CE).

De esta caracterización cabe deducir:

a) El «poder ejecutivo» se configura igualmente como una verdadera institución, en tanto que función constitucional compleja organizada.

b) Esa función presenta, al igual que la legislativa, un contenido claramente principal definido genéricamente —sin calificación— por relación al concepto material de «dirección» —sustantiva (de la política y de la defensa del Estado) y organizativa (de la Administración y de las Fuerzas Armadas)— y dos contenidos accesorios o, mejor, instrumentales, atribuidos de forma expresa y taxativa (no susceptibles, por tanto, de ampliación en sede infraconstitucional) y definidos en calidad de poderes formales: la función ejecutiva y la potestad reglamentaria¹⁵.

¹⁵ Así resulta de la economía interna del artículo 97 CE. A la interpretación de este precepto constitucional me he referido con motivo del examen del proyecto de Ley reguladora del Gobierno remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados al final de la pasada legislatura y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 6 de noviembre de 1995 (serie A, número 141-1): L. PAREJO ALFONSO, «Disposiciones Generales», en la obra colectiva, *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1996. En dicho lugar (págs. 51 *in fine* y 52) defendí ya la corrección de la interpretación del artículo 97 CE de que partía el artículo 2 del referido proyecto de Ley, señalando textualmente que:

«En punto al contenido de la función constitucional, el precepto, precisando el artículo 97 CE, distingue perfecta y correctamente: a) La dirección; concepto, que determina sustantivamente por entero la función constitucional (en la triple dimensión de la defensa del Estado, la política interior y exterior y la acción de la Administración, civil y militar); y b) Las potestades, generales o concretas, de que se dota instrumentalmente a la función para el cumplimiento de su misión directiva. Estas potestades, en la medida en que están atribuidas o previstas directamente por la Constitución, son, en efecto, de dos clases, por lo que se enumeran separadamente. De un lado,

c) La individualización y diferenciación de la organización-función se garantizan mediante la técnica organizativa —dirigida a impedir la confusión o acumulación de funciones a través de las personas— de la «incompatibilidad» (art. 98.3 y 4 CE). Resurge aquí la conexión con el legislativo, en forma de expresa compatibilidad del desempeño de funciones gubernamentales con el mandato parlamentario.

1.4. El poder judicial

Respecto del judicial la Constitución sí emplea, como ya nos consta, el término «poder» (Título VI).

El poder judicial aparece referido a la «justicia» que emana del pueblo. De ello resulta una primera diferenciación, fundamentalmente con relación al legislativo: no hay aquí, para el ejercicio de la función constitucional, intermediación representativa gracias al mecanismo electivo, estando prevista, por contra, la posibilidad de la participación directa de los ciudadanos en la administración de la justicia mediante la institución del Jurado (arts. 117.1 y 125 CE).

las nucleares y generales por esenciales a la función (ejecutiva y reglamentaria), contempladas por ello en el propio artículo 97 CE. Y, de otro lado, las calificables como de atribución, porque consisten en una capacidad normativa excepcional bien propia, bien delegada para el dictado de normas con rango y eficacia propios de las Leyes (provisionales en el primer caso, los Decretos-Leyes; circunscritas a la delegación en el segundo, los Decretos Legislativos).

Este diseño de la función de gobierno es claramente conforme con el artículo 97 CE, limitándose a precisar técnicamente su contenido dispositivo y a completarlo con las atribuciones constitucionales de potestades previstas en otros preceptos constitucionales. En la estructura interna de dicho precepto constitucional está implícita, en efecto, la distinción del proyecto entre definición sustantiva de la función de gobierno (abstracción hecha de los poderes jurídicos de que ésta se puede valer en su desarrollo y para manifestar su voluntad; primer párrafo del precepto, que emplea una significativa formulación directa: “El Gobierno dirige...”) y atribución de estos poderes o, mejor, potestades (segundo párrafo del precepto, que por ello utiliza una expresión asimismo significativa: “[El Gobierno] ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria...” y entiende procedente indicar que ese ejercicio debe producirse “...de acuerdo con la Constitución y las Leyes”).

Y, en efecto, si se está al tenor literal y a la economía interna del artículo 97 CE que de él resulta, la interpretación no puede ser otra que la expuesta. Pues abogan en tal sentido las siguientes consideraciones:

— Mientras que el inciso inicial se mueve en un plano material y define sustantivamente el cometido directivo propio del Gobierno, el resto del precepto opera en un plano formal, atribuyendo a éste sendos poderes jurídicos complementarios —la normación reglamentaria y la ejecución de las Leyes—, cuya suma —nótese bien— equivale al concepto material que de «ejecución» ha acabado asumiendo el Tribunal Constitucional, según quedó ya expuesto en su momento, en su Sentencia 86/1991, de 25 de abril.

— La diferencia de perspectiva de las dos frases del precepto se explica, así, porque la primera tiene por objeto la caracterización, por entero, del Gobierno, en cuanto órgano-función constitucional, limitándose la segunda (como luce en el empleo del verbo «ejercer») a la atribución de los dos poderes precisos para cumplir la expresada tarea directiva.

— Cuadra perfectamente con lo anterior el dato de referirse luego el artículo 106.1 CE —desde la perspectiva del control judicial— precisamente a la potestad reglamentaria y a la actuación administrativa (en que se traduce la ejecución sistemática de las Leyes).

Se trata de un poder, además, carente de una organización global capaz de actuar como tal. Pues la administración de la justicia se confiere directamente a los Jueces y Magistrados, que son los «integrantes del poder judicial» (*rectius*: a los «Juzgados y Tribunales» determinados por las Leyes, que son los órganos, compuestos por Jueces y Magistrados, a través de los cuales se ejerce la función judicial: art. 117.3 CE).

El contenido del «poder» se determina, al igual que en los casos del legislativo y del ejecutivo, por relación a más de una «función» (el art. 117.4 habla de «funciones»), de entre las cuales una se destaca netamente como principal.

La función principal se califica formalmente de «potestad jurisdiccional» y se define tanto procedimental (dicha potestad se actúa en el seno precisamente del «proceso»; «en todo tipo de procesos», dice el art. 117.3 CE), como materialmente (el contenido de la potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» dice textualmente el art. 117.3 CE). En esta definición funcional luce claramente, reforzando la interpretación antes hecha del artículo 97 CE, la forma de operar de la Constitución a la hora de la determinación de las funciones constitucionales: la determinación de éstas (en este caso de la judicial) persigue la acotación de su esfera competencial, en el sentido de esfera de actuación, y, por tanto, de su contenido funcional, el cual se traduce en una o varias potestades, que luego —y a efectos de su ejercicio— se desagrega naturalmente en competencias en sentido técnico estricto (según la «normas de competencia y procedimiento» dice textualmente el art. 117.3 CE).

Las funciones accesorias, secundarias o añadidas quedan abiertas (bajo la condición de que tengan por objeto la garantía de algún derecho: art. 117.4 CE), pero deben ser objeto de atribución expresa por Ley formal.

De la precedente regulación resulta lo siguiente:

a) El denominado poder judicial no se institucionaliza en términos parecidos a las funciones legislativa y ejecutiva. Pues la administración o impartición de justicia no es objeto de una organización global o de conjunto a la que puedan referirse sin mayor especificación la titularidad y, por tanto, el ejercicio de la potestad principal que caracteriza el poder-función; ello sería radicalmente incompatible, en efecto, con las notas de independencia¹⁶, inamovilidad, responsabilidad y sumisión únicamente al imperio de la Ley, que justamente se predicen de los Jueces y Magistrados y no del poder judicial como un todo y en abstracto¹⁷. Antes al contrario,

¹⁶ Nota ésta absolutamente decisiva, como resulta del énfasis que en ella pone el artículo 127.2 CE desde la perspectiva de la individualización-diferenciación personal-organizativa del poder judicial.

¹⁷ La diferencia de construcción con el complejo Gobierno-Administración. De acuerdo con el artículo 97 CE es el Gobierno como tal el que dirige y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (de ahí la posibilidad de su responsabilidad política solidaria ante el Congreso de los Diputados: art. 108 CE). A tenor del artículo 103.1 CE la Administración pública en cuanto organización es la que sirve con objetividad el interés general y la que actúa conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Se explica así la

dicha potestad se atribuye directamente a todos y cada uno de los integrantes del «poder», los Jueces y Tribunales, únicos a los que corresponde su ejercicio (sin perjuicio de la actuación necesaria de éstos a través de los correspondientes órganos: Juzgados y Tribunales), sin posibilidad alguna de trascendencia, a este respecto, a la organización como tal. De esta suerte puede decirse que el poder judicial se manifiesta sólo funcionalmente y de forma plural, con ocasión del dictado de las correspondientes resoluciones por los Jueces y Magistrados, como resulta de lo dispuesto en el artículo 118 CE: son aquellas resoluciones las que obligan y el deber de colaboración no es con «el poder judicial» (en abstracto y como organización), sino con los Jueces y Magistrados que resuelven. De ahí justamente la circunscripción del objeto de la Ley orgánica del poder judicial (en cuanto a éste en sentido estricto) a la determinación y constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y al estatuto de los Jueces y Magistrados y del restante personal al servicio de la Administración de Justicia, así como la necesidad de un órgano específico (no integrante del poder judicial *stricto sensu*) para el gobierno de dicho poder: el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE).

Esta peculiaridad del poder judicial determina: 1) el establecimiento del principio de unidad jurisdiccional como base de su organización y funcionamiento, con prohibición de los Tribunales de excepción (art. 117.5 y 6 CE), con el que se corresponde el principio de formación por los Jueces y Magistrados de un Cuerpo único, rigiéndose —en cuanto funcionarios de carrera— por un régimen estatutario (art. 122.1 CE); 2) la no jerarquización estricta de los órganos judiciales (incompatible con la atribución a cada uno de ellos de la potestad jurisdiccional, sin restricción, aunque en su respectivo ámbito de competencias) y sí sólo su articulación recíproca en términos funcionales (art. 123 CE; en clara contraposición al Ministerio Fiscal, que ejerce sus funciones mediante órganos articulados entre sí por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica: art. 124 CE); y 3) la preocupación por la circunscripción de la actuación de los Jueces y Magistrados, es decir, por los Juzgados y Tribunales a su «función» constitucional, tal como ésta venga desarrollada y concretada por la Ley (art. 117.4 CE).

b) La determinación funcional del «poder» por relación a la noción material de justicia, para cuya administración e impartición se atribuye un poder formal: la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, tramitados y resueltos por los Jueces y Magistrados, formando Juzgados y Tribunales, conforme a las pertinentes reglas legales de competencia y procedimiento. Esta determinación agota prácticamente el contenido del «poder», toda vez que las restantes competencias de que puede verse investido no son «características», sino de «atri-

diferencia del régimen de la responsabilidad patrimonial de dicha Administración (art. 106.2 CE) y de la Administración de Justicia (art. 121 CE).

bución» y, por tanto, añadidas y complementarias, además de siempre matizadas por la condición de servir a «la garantía de cualquier derecho» (lo que remite justamente a su necesaria vinculación y relación con el contenido funcional principal).

Debe hacerse notar la similitud de la forma de proceder aquí de la Constitución (impartición o administración de justicia y, a tal efecto, atribución de la potestad jurisdiccional) con la que resulta de la determinación de la función ejecutiva. Pues también allí opera la norma fundamental en dos niveles: primero en el sustantivo, identificando la función material (dirección de la política), y luego en el formal, atribuyendo los poderes jurídicos o potestades precisos para el desarrollo de ésta (potestad reglamentaria, función ejecutiva).

c) La individualización y diferenciación de la organización-función queda asegurada mediante las técnicas organizativas —dirigidas a impedir la confusión o acumulación de funciones en las personas— de la prohibición de desempeño de cargos públicos y, por tanto, de la «incompatibilidad» (art. 127 CE). Aquí la incompatibilidad es prácticamente total, dada la coincidencia del objetivo de la diferenciación de la función, con el de garantía de la total independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

2. *Ensayo de interpretación sistemática para la individualización de la «función ejecutiva»*

El precedente análisis de las regulaciones constitucionales referidas a los «poderes» a que alude el principio clásico de la división de éstos permite ya intentar, sobre la base de una interpretación sistemática del orden constitucional, una determinación de la posición y la funcionalidad del «ejecutivo» en el seno de la estructura del Estado.

2.1. Por de pronto, parece claro que la definición del Estado que hace el artículo 1 CE no opera, cuando alude en su número 2 a «los poderes del Estado», con el concepto clásico de «poder», es decir, el que es propio del principio de división de éste. Antes al contrario, el concepto utilizado es claramente inespecífico, haciendo alusión simplemente a los poderes jurídicos concretos constituidos en que se desagrega el Estado-poder, es decir, al Estado constituido en términos simultáneamente de Estado de Derecho y de Estado autonómico¹⁸.

Precisamente por ello, los poderes del Estado o poderes públicos así invocados se traducen, desde el punto de vista organizativo y a los efectos del

¹⁸ Así lo prueba el empleo que de «poder» se hace en los artículos 9.1, 2 y 3; 16.3; 27.3 y 8; 39; 40; 41; 43; 44; 45.2; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 129, y 130 CE. La inespecificidad de dicho empleo resulta del hecho de que en numerosos otros preceptos la norma fundamental se refiere sin más al Estado, cual sucede en los artículos 11.3; 20.3; 42; 47, párrafo 2.º; 68.5; 131, y 136 CE.

derecho fundamental proclamado en el artículo 23 CE, en «funciones y cargos públicos».

El artículo 53.3 CE, al destacar la legislación y la práctica judicial frente al resto genérico de poderes públicos, en modo alguno contradice lo dicho, pues:

a) Las funciones legislativa y judicial son las únicas directamente determinadas, prácticamente de forma completa en cuanto hace a sus contenidos principales, *ex Constitutione*, lo que explica —si se tiene en cuenta, además, su importancia— su mención específica.

b) Por contra, la determinación de la función ejecutiva, aunque cumplida en la Constitución, se produce en términos que dejan un apreciable margen de configuración al legislador ordinario, el cual cuenta con mayor libertad aún en relación con las restantes organizaciones ejercientes de poder público. Lo cual posibilita, al propio tiempo que hace pertinente, el empleo de la expresión genérica de «poderes públicos».

2.2. La Constitución regula las funciones constitucionales superiores en términos de verdadero sistema organizativo-funcional, que reposa sobre la doble idea de la desagregación, horizontal y vertical, del total poder estatal constituido en diferentes funciones (individualizadas por relación a una actividad característica y dotadas para el desarrollo de ésta con el o los poderes jurídicos correspondientes y necesarios) englobadas en instancias territoriales y su atribución —en el seno de estas instancias— a diferentes sujetos (de carácter y organización diversos) no excluyente de puntos de contacto, elementos comunes y relaciones, de un lado, y del ejercicio articulado y coordinado de forma específica (tanto en el seno de cada instancia territorial, como en la estructura estatal en su conjunto) de los poderes públicos así determinados, de otro.

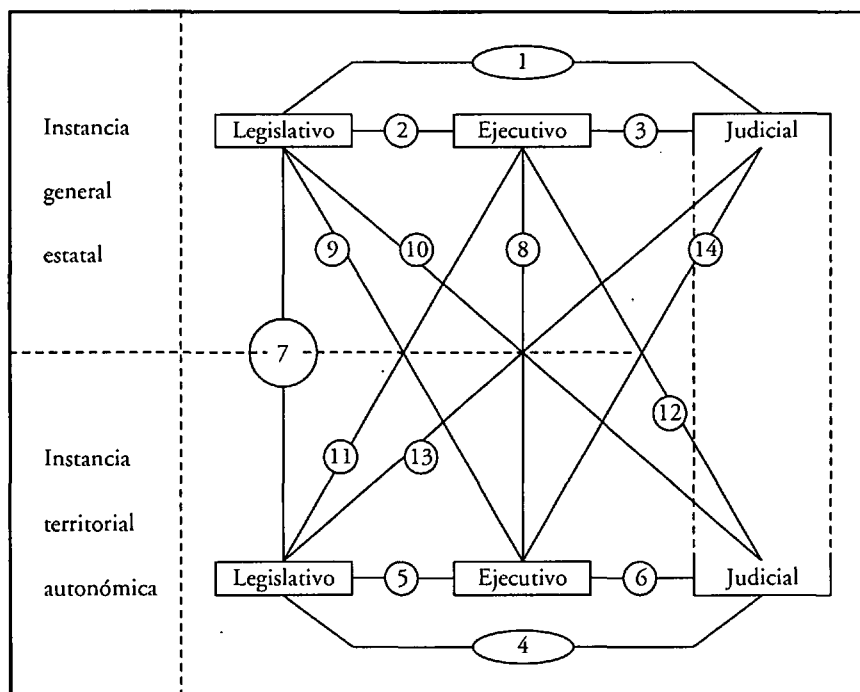
A resultas de ello, las regulaciones constitucionales se refieren tanto a la organización interna de cada función (poder clásico), como a la de las relaciones entre ellas, desde la doble perspectiva intra e interterritorial. En un Estado como el constituido por nuestra norma fundamental, en efecto, se dan conexiones entre las diversas funciones constitucionales de aquél en diversas direcciones. Por de pronto, se producen en sentido vertical entre el poder general o central y los poderes territoriales o autonómicos, lo cual es lógico teniendo en cuenta que en ambas instancias existen las funciones legislativa y ejecutiva y que la distribución territorial de éstas conforme a los artículos 148 y 149 CE propicia la relación múltiple entre ellas. Pero, además, las interconexiones tienen lugar también en sentido horizontal, en el seno de cada una de las instancias territoriales (comprendiendo aquí también a la función-poder judicial). Finalmente, el fenómeno descrito se complica por la existencia de conexiones interterritoriales «cruzadas», es decir, entabladas entre una función de la instancia general-central y una distinta o no correspondiente de la instancia au-

tonómica o viceversa (es decir, legislativo general-ejecutivo autonómico o al contrario).

Las apuntadas interconexiones adoptan, además, distintas formas. Pueden ser, en efecto, de índole funcional, cuando una función en sentido formal ejerce una actividad-función en sentido material que no le es característica o propia, por serlo de otra distinta (así, por ejemplo, la actividad administrativa desarrollada excepcionalmente por el legislativo o la legislativa cumplida asimismo excepcionalmente por el ejecutivo). Pueden tener también carácter personal, lo que se produce siempre que el titular de un órgano es miembro de dos funciones estatales distintas (circunstancia que se cumple en los Ministros, que no por ello han de dejar de ser parlamentarios). Finalmente, se dan también interconexiones de tipo estructural, que resultan de la vinculación de unas funciones a los actos y las decisiones adoptados por otras (es paradigmáticamente el caso de la vinculación del ejecutivo por las Leyes adoptadas por el legislativo).

El resultado final es justamente un complejo orden de funciones —calificación que para el caso alemán emplea N. ACHTERBERG¹⁹, a quien a este respecto se sigue— y que puede ser representado en los términos gráficos del cuadro que se reproduce a continuación.

ORDEN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO



¹⁹ N. ACHTERBERG, *op. cit.* en nota 9, págs. 122 y ss.

EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL CUADRO:

A. Los números expresan las conexiones interfuncionales: del (1) al (6) son horizontales, del (7) al (8) son verticales y del (9) al (14) son cruzadas. En tales conexiones deben diferenciarse, a su vez, las que son de tipo funcional (a), personal (b) y estructural (c).

B. Algunos ejemplos de interconexión horizontal entre legislativo y poder judicial:

- (1) (a) *Legislativo formal, judicial material*: Autorización previa para la inculpación y el procesamiento de Diputados y Senadores (art. 71.2. CE). Investigación de cualquier asunto de interés público mediante Comisiones designadas al efecto (art. 76.1 CE). Apreciación de la comisión, por miembro del Gobierno, de delito de traición o contra la seguridad del Estado, a efectos del planteamiento de la correspondiente acusación (art. 102.2. CE). Aunque los dos primeros sean más cuestionables, el tercero es un caso claro.
Judicial formal, legislativo material: Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes por el Tribunal Constitucional (LoTC), por más que éste no forme parte del poder judicial en sentido estricto. Doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 Cc).
- (b) Prohibición doble actividad como parlamentario y Juez o Magistrado o miembro TC (art. 70.1, a) y d) CE), así como de desempeño por el Juez o Magistrado de cualesquiera otros cargos públicos —lo que comprende el mandato parlamentario— (art. 127.1 CE) y por los miembros del Tribunal Constitucional de mandato representativo (art. 159.4 CE).
- (c) *Vinculación judicial al legislativo*: Principio de conformidad a la Ley de la jurisprudencia (arts. 163 CE y 5 y 6 LoPJ).
Vinculación del legislativo al judicial tanto formal como material: Obligación general, carente de excepciones, de cumplir las Sentencias y demás resoluciones de los Jueces y Tribunales, lo que comprende al legislativo (art. 118 CE). Vinculación del legislador (en cuanto que afecta a todos los poderes públicos) a las Sentencias del Tribunal Constitucional declaratorias de la inconstitucionalidad (art. 38 LoTC).

C. Conexiones entre el ejecutivo y las restantes funciones estatales:

C1. Conexiones funcionales horizontales:

- (2) (a) *Legislativo formal, ejecutivo material*: Ley medida, Ley de caso concreto y, desde luego, Ley de Presupuestos (art. 134 CE).
Ejecutivo formal, legislativo material: Decreto-Ley, Decreto Legislativo, Reglamento (arts. 85, 86 y 97 CE).
- (b) Los Diputados pueden ser también miembros del Gobierno —art. 70.1.b) CE—; el Presidente del Congreso y el del Senado son, al mismo tiempo y respectivamente, Diputado/Senador y Jefe de la Administración parlamentaria correspondiente (art. 32 Reglamento del Congreso de los Diputados).
- (c) *Vinculación del ejecutivo al legislativo*: El Gobierno precisa de la confianza del Congreso de los Diputados (arts. 99 y 108 y ss. CE). Principio de legalidad de la Administración (art. 103.1 CE).
Vinculación del legislativo al ejecutivo: Necesidad, en la tramitación de los Presupuestos Generales del Estado, de la conformidad del ejecutivo para la tramitación de proposiciones o de enmiendas que supongan incremento de los créditos o disminución de los ingresos (art. 134.6 CE).
- (3) (a) *Ejecutivo formal, judicial material*: Acto administrativo, unilateral o consensual, recaído en procedimiento originario o impugnatorio, por el que se decida asunto en el que exista controversia, contienda o conflicto.
Judicial formal, ejecutivo material: Anulación de acto administrativo en ejercicio del control previsto en el art. 106.1 CE. Jurisdicción voluntaria.
- (b) Los Jueces y Magistrados pueden ser miembros de Jurados de Expropiación (art. 32.1 LEF).
- (c) *Vinculación del judicial al ejecutivo*: Vinculación de los Juzgados y Tribunales a los Reglamentos en los términos art. 6 LOPJ; vinculación de dichos órganos judiciales a los actos administrativos firmes.
Vinculación del ejecutivo al judicial: Vinculación del Gobierno y de la Administración (como de todos) a las resoluciones judiciales (art. 118 CE).

(5)-(6) Extrapolación, por analogía, a la instancia territorial autonómica de lo dicho para (2)-(3).

C2. Conexiones funcionales verticales:

- (8) (a) *Ejecutivo central formal, ejecutivo autonómico material*: Medidas en marco «coacción federal» de art. 155 CE.
Ejecutivo autonómico formal, ejecutivo central material: Adopción de medidas en estado de urgente necesidad.
- (b) Doble condición del Presidente de la Comunidad Autónoma: Presidente de ésta y representante ordinario en ella del Estado central.
- (c) *Vinculación del ejecutivo autonómico al ejecutivo central*: En caso de pertinencia del juego de la técnica de la coordinación, así como también en el de ejercicio de facultades ejecutivas delegadas al amparo del art. 150.2 CE.
Vinculación del ejecutivo central al ejecutivo autonómico: Supuestos de auxilio y colaboración; así como de reconocimiento de efectos a los actos autonómicos.

C3. Conexiones funcionales cruzadas:

- (9) (a) *Legislativo central formal, ejecutivo autonómico material*: Ley general-estatal de caso concreto, referida a asunto perteneciente al ámbito competencia del ejecutivo autonómico.
Ejecutivo autonómico formal, legislativo central material: Reglamento autonómico dictado para el desarrollo de una Ley general-estatal.
- (b) Existen inelegibilidades e incompatibilidades para Diputados y Senadores por razón de la titularidad o la pertenencia a órganos de gobierno autonómicos o cargos de libre designación de éstos —art. 154 LoEG, que evidentemente ha de ser puesto en relación con art. 70.1.B) CE—.
- (c) *Vinculación del ejecutivo autonómico al legislativo central*: Principio de legalidad de la Administración pública (art. 103.1 CE).
Vinculación de legislativo central al ejecutivo autonómico: Principio de competencia.
- (11) (a) *Ejecutivo central formal, legislativo autonómico material*: Principios de legalidad y de competencia.
Legislativo formal autonómico, ejecutivo formal central: Principios de legalidad y de competencia.
- (b) Incompatibilidad de Diputado autonómico y funcionario de la Administración General del Estado.
- (c) *Vinculación de legislativo autonómico a ejecutivo central*: Principio de competencia y prevalencia del Derecho estatal.
Vinculación ejecutivo central a legislativo autonómico: Principios de legalidad y competencia.
- (12) (a) *Ejecutivo formal central, judicial material*: No se aprecia en principio de la existencia de supuestos.
Judicial formal, ejecutivo central formal: Control en los términos del art. 106 CE de los actos del Gobierno y la Administración General del Estado.
- (b) No se dan por definición supuestos.
- (c) *Vinculación del poder judicial al ejecutivo central*: Reglamentos en los términos del art. 6 LoPJ.
Vinculación del ejecutivo central al judicial: Obligatoriedad de las resoluciones judiciales (art. 118 CE).
- (14) (a) *Judicial formal, ejecutivo autonómico material*: Control, en los términos del artículo 106 CE, de los actos del Gobierno y la Administración autonómicos.
Ejecutivo autonómico formal, judicial material: Actos administrativos, unilaterales y consensuales, por los que se decida un asunto objeto de controversia, contienda o conflicto.
- (b) Un Juez o Magistrado puede ser Profesor Asociado en Universidad dependiente de Comunidad Autónoma.
- (c) *Vinculación del ejecutivo autonómico al judicial*: Obligatoriedad general de las resoluciones de los Juzgados y Tribunales (art. 118 CE).
Vinculación del judicial a ejecutivo autonómico: Actos administrativos (firmes) y su eficacia.

2.3. En el orden constitucional de las funciones estatales así precisado, la ejecutiva se ofrece como una función de perfiles propios, perfectamente individualizada y dotada de un contenido propio característico.

Desde el punto de vista de su construcción interna, Gobierno y Administración aparecen en el texto constitucional (como luce ya en la denominación misma de su Título IV) ciertamente imbricados, en tanto que piezas ambos de una misma y única —por más que compleja— función estatal, pero sin que ello signifique tanto confusión total entre ambos, como más bien articulación compleja y específica. Esta articulación resulta de la compartición, como acaba de señalarse, de una misma función, la ejecutiva²⁰, en los términos resultantes de la atribución al Gobierno de la actividad directiva²¹ y la reserva a la Administración de la actividad dirigida²². En otras palabras, de los artículos 97 y 103 (así como 8) CE resulta una construcción orgánico-funcional del complejo Gobierno-Administración, basada en la noción de dirección, que hace compatible la unidad de dicho complejo con su diferenciación interna en aras de una específica economía de la correspondiente función constitucional²³.

²⁰ Al propio tiempo, esa compartición constituye una prueba concluyente de la no confusión, pues sólo se extiende a la función ejecutiva, que mientras incluye desde luego la entera actuación administrativa de que hablan luego los artículos 103 y 106 CE, no agota en absoluto el contenido funcional del Gobierno, que se extiende, además, a la dirección de la política interior y exterior y la defensa del Estado (aparte la potestad reglamentaria). Por tanto, entre Gobierno y Administración no existe absoluta identidad funcional: lo administrativo y lo gubernamental se comportan, sustantivamente, como dos campos circulares concéntricos, de los que el más amplio es el segundo.

²¹ Conforme al artículo 97 CE, en efecto, el Gobierno ejerce la función constitucional ejecutiva, pero —así debe entenderse, conforme a la economía interna del precepto, que ya nos consta— mediante la dirección de la política interior y exterior, la dirección de la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Pues nótese que dicho precepto comienza definiendo lo principal (el Gobierno dirige y defiende) para atribuir luego las facultades precisas al efecto (ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes). Por su parte, la Administración (civil) es ya luego, en el artículo 103 CE, exclusivamente organización (jerarquizada y profesionalizada) y actuación (legal y eficaz) servicial del interés público, lo que explica su entrega al control judicial ordinario (art. 106.1 CE) sin otra preocupación; otra preocupación (control político, relación con las Cortes Generales) que habría sido absolutamente indispensable, en el caso de la confusión total entre Gobierno y Administración.

²² En el artículo 103.1 CE debe verse, en efecto, una verdadera reserva constitucional en favor de la Administración o, dicho de otro modo, del ejercicio de la función ejecutiva (la actividad sistemática de poder público para la realización del interés público bajo el imperio de la Ley y el Derecho, es decir, dispuesta, amparada y programada por éste) precisamente en los términos del estatuto principal fijado en dicho precepto.

²³ Esta construcción no aboca, como algunas posiciones críticas erróneamente pretenden, en una desadministrativización del Gobierno. El Gobierno, cuando actúa competencias administrativas, es decir, cuando opera en el campo que comparte sustantivamente con la Administración (dirigiendo, entonces, ésta) es también obviamente actuación administrativa sujeta al estatuto propio de tal actuación y, singularmente, al control judicial ordinario (al que está sometido, por demás y en todo caso, el ejercicio de la potestad reglamentaria: art. 106.1 CE). Quiere decirse, pues, que, en amplio sentido y teniendo en cuenta lo dicho, puede seguirse hablando del Gobierno como Administración. Ahora bien, el campo propio de la Administración o, mejor, de lo jurídico-administrativo es cuestión no determinable con carácter general y abstracto y de una vez y para siempre, pues depende justamente en cada momento de los términos del proceso continuado de desarrollo constitucional, en ejercicio de las competencias decisionales asignadas desde el orden constitucional, por los poderes del Estado constituido. Lo que procede negar es que: 1) el Gobierno sea sólo Administración, es decir, que aquél se agote en la función ejecutiva administrativa; y 2) el contenido administrativo del Gobierno deba

La regulación constitucional combina en el complejo orgánico-funcional que integran Gobierno y Administración, pues, la unidad y la diversidad, es decir, diseña dicho complejo tanto sobre la distinción entre sus dos piezas suficiente para la conservación por ellas de su lógica constitucional propia, como sobre el juego combinado o ensamblado de las mismas en el terreno común de la «ejecución», justamente para conseguir, como resultado, la específica función constitucional pretendida.

El Gobierno es, así, una organización directamente constitucional, caracterizada por dos notas: 1) basarse en la confianza parlamentaria²⁴; y 2) tener por fin el cumplimiento de los cometidos previstos por el artículo 97 CE. Se trata, pues, de una organización con un perfil propio, no coincidente sin más con el de la Administración pública. Pues ésta es una organización sólo de relevancia constitucional, dirigida por el Gobierno, sometida plenamente a la Ley y al Derecho y establecida para el servicio objetivo y eficaz al interés público. Este fin institucional es peculiar y determina lógicamente la singularidad de su estatuto constitucional orgánico y funcional en los términos de los artículos 103 y ss. CE. Y la singularidad de tal estatuto proporciona, a su vez, un nuevo y decisivo argumento de la procedencia de la diferenciación clara de la Administración respecto del Gobierno.

De esta suerte el Gobierno, organizativamente hablando, es siempre una instancia político-constitucional que actúa en el plano propio de las instituciones básicas del Estado (todas directamente constitucionales, naturalmente), que, no obstante, opera también —desde tal plano— directamente hacia el ciudadano en términos de actuación administrativa. No

determinar y, por ello, primar sobre sus otras dimensiones constitucionales en su caracterización como organización. Justamente aquí es donde el modelo legal heredado de la dictadura se muestra contradictorio con la Constitución, pues aquél —al insertarse en un sistema desprovisto de legitimidad democrática— enfatiza la administrativización del Gobierno hasta la total confusión de éste con la Administración (el Gobierno no es sino el órgano máximo de ésta) justamente para conseguir el efecto de racionalización legitimadora externa proporcionado por la concatenación lógica de los conceptos Derecho administrativo-control de la jurisdicción contencioso-administrativa (única instancia de control del poder público, merecedor de tal nombre, en el sistema político preconstitucional). Por eso mismo resulta tanto más necesario precisar y clarificar la caracterización específica del Gobierno, que en la Constitución (y en su relación dialéctica principal con las Cortes Generales) es el verdadero motor del Estado, desbordando sus actividades y relaciones el marco de lo estrictamente jurídico-administrativo (al menos del Derecho administrativo en el sentido establecido). Pero se insiste, ello no supone la desaparición de la dimensión del Gobierno como Administración (la culminación organizativa de ésta), sino tan sólo la reducción de la misma a sus justos términos de acuerdo con el orden constitucional. De hecho, aunque sólo en una ocasión aislada, la Constitución —art. 70. 1. b)— considera el nivel gubernamental bajo especie administrativa; consideración que no contradice lo dicho. En definitiva, nada obsta a que el Gobierno se considere simultáneamente, según la dimensión funcional que se tenga en cuenta en cada caso, organización constitucional con perfil propio y diferenciado y parte (la superior directiva) de la Administración pública, incluso si ésta está personificada. Pues tampoco nada obsta a que la Administración General del Estado sea una persona que forma parte de la persona Estado cuando menos a efectos del Derecho comunitario-europeo y del Derecho internacional. El dato de la personalidad jurídica es arbitrio absolutamente instrumental en el Derecho público, mucho más, incluso, de lo que ya lo es en el propio Derecho privado.

²⁴ Como resulta de la determinación de la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado en el artículo 1.3 CE y, luego, de los artículos 99 y 101 CE.

sucede lo mismo, por contra, en el caso de la Administración pública, que es siempre y sólo —orgánica y funcionalmente— actuación administrativa.

En efecto, del orden constitucional se infiere que mientras la capacidad de la Administración se agota en la suma de potestades jurídico-administrativas (es únicamente organización-actuación administrativas), nada obsta, en el caso del Gobierno —que se define por relación a potestades/funciones amplias capaces de servir, además de a la dirección de la actuación ejecutivo-administrativa, a la dirección de la política y la defensa del Estado como tal— a: 1) la atribución al mismo de potestades/competencias administrativas (sin por ello desnaturalizarlo constitucionalmente); y 2) esa atribución es, antes al contrario, obligada y se inscribe con toda naturalidad en el elemento «dirección de la Administración» que forma parte de su compleja definición constitucional, sirviéndola y haciéndola operativa.

En suma:

a) Desde el punto de vista material, el gobierno es una actividad-función política (de configuración social), lo que vale decir de carácter creativo y decisorio en relación con los fines de la comunidad total y los medios para alcanzarlos, comportando el ejercicio del correspondiente poder para su consecución. Ello se entiende naturalmente sin perjuicio de que la política no sea exclusiva, en el Estado, del Gobierno, ni tampoco del Estado, dándose también en toda organización social. Consiste, pues, en la dirección del Estado y sucede y se desarrolla en contexto de y conforme a las directrices formuladas básicamente por el Presidente del Gobierno y de las competencias de dirección policrática gubernamental y monocrática ministerial. En otras palabras, del gobierno se puede decir, en lenguaje positivo constitucional, que es funcionalmente «ejecución directiva» (inclusiva de la colaboración en la función normativa, a través de la potestad reglamentaria y de la legislativa excepcional).

Desde el punto de vista formal el Gobierno es un órgano complejo integrado por órganos colegiados (del que el principal es el Consejo de Ministros, por ello mismo constitucionalizado) y órganos unipersonales, de los que son constitucionalmente necesarios el Presidente del Gobierno y los Ministros (art. 98 CE).

b) La Administración resulta así referible materialmente a la actividad de «ejecución dirigida» (cabalmente la que no es realizada por órganos gubernamentales), justificada ya en fines que le vienen dados a la organización (heterónomos, por formalizados y suficientemente precisados en normas jurídicas). Se trata de una actividad que debe realizarse por ello de conformidad con determinados principios y con sometimiento a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), resultando plenamente controlable jurídicamente por el poder judicial por relación a la legalidad y el cumplimiento cabal de los fines a la misma asignados (art. 106.1 CE).

Formalmente, la Administración es, por tanto, el conjunto de órganos no gubernamentales (art. 103.2 CE), que, actuado por «funcionarios públicos» (art. 103.3 CE), opera formalizadamente cuando su actividad tiene directa relevancia jurídica (art. 105 CE).

De esta caracterización de las dos piezas integrantes de la «función ejecutiva» puede deducirse un concepto constitucional amplio y residual de la «ejecución»: *comprende y cubre todo lo no incluido en o atribuido a las funciones legislativa y judicial.*

Pues debe tenerse en cuenta que:

— La «ejecución directiva» y, por tanto, creativa que corresponde al Gobierno no está estrictamente sujeta, por completo, a la Ley y el Derecho infraconstitucionales ya establecidos (pues en otro caso no podría cumplir su capital tarea creativa, es decir, de impulso y motor del continuo proceso de integración social en el marco del desarrollo constitucional).

— La «ejecución dirigida» propia de la Administración es ciertamente realización sistemática, eficaz y objetiva, de la programación legal tuteladora de los intereses generales, pero al perseguir por exigencia constitucional justamente la efectividad de éstos es también necesariamente algo más que mera aplicación de las Leyes y del Derecho.

De donde cabe seguir que la «ejecución» juega en el orden constitucional de las funciones estatales un papel de cierre que evita toda situación de vacío. De ahí su carácter a la vez proteico y flexible, sin perjuicio de un contenido nuclear propio y característico.

Ofrece así el concepto residual obtenido dos vertientes: una negativa, en la medida en que no logra despejar toda incertidumbre e inseguridad en la delimitación funcional; y otra positiva, en tanto que hace de la tríada funcional un sistema cerrado, que no deja espacio para cualquier otra función, con lo que se consigue —además— la vinculación sin lagunas de todo poder estatal al orden de los derechos fundamentales y constitucionales en general.

III. CONCLUSIONES

Las consideraciones hasta aquí desarrolladas permiten formular las siguientes conclusiones:

1. El orden constitucional de las funciones del Estado se construye sobre el doble criterio de la desagregación del entero poder estatal constituido en «poderes públicos» concretos y la distribución —horizontal o funcional y vertical o territorial— de éstos entre sujetos diversos e individualizados, de un lado, y la articulación recíproca entre sí de aquéllos para

su funcionamiento equilibrado y coordinado, de otro; articulación que comporta su interconexión múltiple.

A este respecto el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 166/1986, 19 de diciembre, tiene dicho certeramente que:

«...la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y singularidad de otra...» (FJ 11).

Se explica así:

1.1. El empleo por la norma fundamental de la expresión «poderes públicos», pues es éste un concepto genérico que engloba la doble individualización, funcional (horizontal) y territorial (vertical), de la actividad estatal organizada de que en cada caso se trata. *El concepto significa, pues, la singularización de un sujeto capaz de ejercer una parte de la soberanía constituida, conforme a un determinado orden de las funciones del Estado y para el cumplimiento por aquél —en interacción con los restantes, que lo limitan y, al propio tiempo, complementan— de una precisa función en el proceso permanente de integración social, es decir, de realización del orden material constitucional.*

1.2. La consecuente institucionalización de los «poderes públicos» por relación a su organización y actividades (funciones) y su pertenencia a una determinada instancia territorial.

2. La estructura del orden constitucional de las funciones estatales presenta los dos vectores básicos siguientes:

2.1. En primer lugar y sobre la base de la distinción elemental²⁵, en modo alguno desaparecida o siquiera desvalorizada en el Estado social y democrático de Derecho, entre «intereses generales o públicos» e «intereses privados o particulares», la diferenciación de los primeros por círculos territoriales en función de las comunidades o colectividades institucionalizadas a través de la organización territorial del Estado.

Así resulta cabalmente del artículo 137 CE, conforme al cual los Municipios, las Provincias y las Comunidades Autónomas gestionan con autonomía «sus» respectivos intereses (se entienden los de las correspondientes comunidades o colectividades, que, por ello, son generales o públicos).

²⁵ M. GARCÍA-PELAYO, voz «Derecho público», *Enciclopedia Jurídica*, I, Ed. F. Seix, Barcelona, 1985, págs. 979 a 1007.

Esta primera diferenciación territorial de intereses públicos está en la base misma, como dejó tempranamente argumentado S. MUÑOZ MACHADO²⁶ y ha destacado reiteradamente la doctrina constitucional, de la construcción constitucional, vertical o territorial, de esferas competenciales (cabalmente las prefiguradas por los arts. 148 y 149, en relación con los arts. 2 y 137 CE); esferas cuya individualización, aun respondiendo a la finalidad descentralizadora, es decir, de generación de espacios político-administrativos de decisión y actuación autónomos y, por ello, separados (capaces de acotar, así, procesos igualmente autónomos de integración social para la realización del orden constitucional), en modo alguno impide múltiples conexiones entre las funciones «estatales» en que las instancias territoriales que los institucionalizan interiormente se descomponen por razón de la «división funcional u horizontal» del poder público. Baste para justificar este aserto con el doble ejemplo del desarrollo legislativo de la legislación general-estatal y de la ejecución autonómica de ésta.

2.2. La llamada «división funcional», en segundo lugar, que opera, pues, dentro de las aludidas esferas competenciales (es decir, las instancias-ordenamientos territoriales correspondientes), determinando —en cada una de ellas— una desagregación y correlativa individualización «horizontal» de las actividades estatales (legislativa y ejecutiva; no así la judicial) por «poderes» en sentido clásico.

Todos esos «poderes» presentan un contenido imprecisamente acotado, pero integrado siempre por una actividad típica principal (característica) y un conjunto más o menos amplio de actividades secundarias añadidas (atribuidas). La composición del conjunto de las actividades atribuidas y el tipo de la principal o característica determinan la posición y el papel del correspondiente «poder» en la economía del Estado-organización. En cualquier caso, las actividades se traducen técnicamente, a su vez, en las potestades precisas para la gestión de los intereses generales o públicos determinantes de las correspondientes esferas de competencia; potestades que, luego y ya en el seno de cada institución-organización, se desagregan en competencias en sentido técnico estricto.

2.2.1. *El poder judicial.* El poder judicial es el que la Constitución determina directamente de modo más estricto y preciso. Se trata de una función, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que aparece identificada por relación a la triple idea de proceso, contienda y pronunciamiento del Derecho en el caso concreto litigioso por un sujeto independiente (sólo sujeto al ordenamiento jurídico). A la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueden añadirse ciertamente otras actividades, pero éstas son ya en la imagen constitucional de este poder acusadamente accesorias, de suerte

²⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Cívitas, 1982, vol. I, págs. 329 y ss.

que nunca pueden llegar a equipararse, ni cuantitativa, ni cualitativamente, a la principal, que domina siempre su textura funcional (esta es la razón de los términos en que se producen los números 3 y 4 del art. 117 CE: reserva en exclusiva de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y prohibición absoluta de ejercicio de funciones distintas, con la única excepción de las atribuidas expresamente por la Ley en garantía de cualquier derecho, es decir, en calidad de complemento de la actividad principal, desde la idea del papel tuitivo de los derechos individuales del Juez).

Esta caracterización hace la singularidad de este poder, cuya legitimación democrática está desvinculada del mecanismo representativo y centrada exclusivamente en la autoridad de la realización objetiva del Derecho (de ahí que las Sentencias tengan que ser siempre motivadas: art. 120.3 CE), dotado éste de suyo de aquella legitimación, en tanto que ordenamiento jurídico de un Estado-organización montado sobre el principio democrático (se justifica así con todo rigor la afirmación enfática por el art. 117.1 de que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, que es símbolo de la unidad y permanencia del Estado). Se explica así también que no se le haga constitucionalmente, sino sólo indirectamente (a través de la doctrina legal), partícipe activo en la tarea de positiva configuración social. Pues su intervención en ésta consiste, todo lo más, en el aseguramiento de la corrección de la que corresponde cumplir a las otras dos clases de «poder» (legislativo y ejecutivo).

2.2.2. *El «poder» legislativo.* El «poder» legislativo también es objeto de directa delimitación constitucional, pero no tan estricta y precisa como en el caso anterior. Sin perjuicio de otros sin duda importantes y significativos (entre los que destaca el control de la acción del Gobierno), queda caracterizado por relación a un contenido nuclear —el dictado de las Leyes—, definido por el doble dato formal del procedimiento y las características propias de aquéllas, en cuanto decisiones de autodisposición máxima —dentro del orden constitucional y para su desarrollo y realización— de la correspondiente comunidad territorial. Dice este contenido nuclear (así como el complementario también apuntado) todo sobre el papel decisivo que al legislativo corresponde en la tarea de positiva configuración social. Teniendo en cuenta la íntima relación dinámica con la función ejecutiva que el contenido de la legislativa de suyo implica, puede decirse que el legislativo comparte con el ejecutivo el cometido de dirección política, la cual es, así, resultado de la interacción específica de ambos poderes conforme a su respectiva configuración constitucional (esta compartición luce especialmente en la aprobación de los presupuestos anuales).

De lo dicho resulta una individualización constitucional del «poder legislativo» que dificulta su neto deslinde funcional con el ejecutivo, por las razones y en los términos expresados perfectamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, antes transcrita en la parte pertinente.

Se explica, pues, que en esa misma Sentencia se afirme que:

«... es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario».

Se impone, pues, un esfuerzo por precisar los campos respectivos de la legislación y la ejecución; esfuerzo que la Sentencia que se viene citando lleva a cabo desde la idea de que lo propio de la primera función es la configuración social mediante la normación general. Dice así el Tribunal Constitucional:

«B) La función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad, y la función ejecutiva, el de actuar en atención a un fin concreto de interés general....» (FJ 10).

Ahora bien, este principio —basado en el binomio generalidad/singularidad— no basta para asegurar el deslinde entre ambas, ya que la flexibilización experimentada por la división de poderes ha determinado una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada uno de éstos. Importa destacar que el Tribunal Constitucional precisa a este respecto que tal fungibilidad no implica tanto confusión, como existencia de una zona secante más o menos precisa, ya que existen campos nucleares propios por claramente acotados en favor de uno y otro: el representado por el conjunto de las reservas constitucionales de Ley, para el primero, y el constituido por la «pura ejecución», para el segundo. La separación de las funciones consideradas continúa siendo, en efecto, una exigencia constitucional y «... debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro».

La existencia de esa zona secante o de solapamiento funcional de los poderes considerados puede reconducirse, pues, a una cuádruple causa:

a) La ausencia de límites constitucionales expresos, en cuanto al objeto y el contenido, a la potestad legislativa, sin que ello signifique la de cualesquiera límites intrínsecos implícitos (STC 76/1983, de 5 de agosto);

b) la no circunscripción de la función legislativa no ya al dictado de Leyes, sino siquiera a los cometidos enunciados en la Constitución, lo que es debido «... a que la recta interpretación del último inciso del artículo 66.2 de la Norma Suprema no es que las Cortes sólo puedan tener las funciones expresamente contenidas en la Constitución, sino que ésta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la Ley no puede atribuir a ningún otro órgano, sin que ello suponga que, por Ley, no pueda

reconocerseles otras, que no estén específicamente mencionadas en la Constitución» (STC 108/1986, 26 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial);

c) la compartición con el «poder ejecutivo» de la dirección política del Estado y, por tanto, de la tarea de positiva configuración social; y

d) el carácter proteico y expansivo, ya destacados, de la función ejecutiva.

De ello resulta, además de la posibilidad para el ejecutivo de adoptar decisiones materialmente legislativas, la de la una cierta «invasión» por el legislativo del campo material de aquél, como luce en los fenómenos recientes de la legislación temporal (Leyes de plazo fijo con previsión de su revisión en plazo determinado o periódica), la legislación de medidas o de aprobación de planes y programas, y, más claramente aún, de la legislación singular y de caso concreto. Según la STC 166/1986, de 19 diciembre, ésta última supone que el «... contenido material de las Leyes singulares es, al menos, en parte actividad ejecutiva de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito del poder del gobernante y administrador».

El deslinde entre las funciones requiere así el complemento del criterio principal basado en el binomio generalidad-singularidad (al que debe responder normalmente la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo) con el de la excepcionalidad y, por tanto, de la necesidad de justificación del apartamiento de la regla general.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, repetidamente citada:

«... de la misma forma que el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el artículo 86.1 de la Constitución para supuestos de “extraordinaria y urgente necesidad” debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuestas que no puede dar el poder legislativo de las Cortes, *la adopción de las Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles con los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación singular*».

En consecuencia, la intercambiabilidad de los contenidos funcionales materiales encuentra un primer límite claro: la existencia de un estado de necesidad derivado de la excepcionalidad y singularidad del supuesto de la realidad social, que lo hacen inabordable desde el ejercicio de las potesta-

des formales atribuidas a uno de los poderes en presencia para el desarrollo de su actividad o «función» característica.

De los términos en los que el Tribunal Constitucional formula ese primer límite deriva, con naturalidad y como el mismo indica, un segundo (a las Leyes singulares y, por tanto, a la invasión de la función ejecutiva), en cierta medida, comunicable con el fundamento en el principio de igualdad y consistente en que: «... esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa».

Finalmente, aún es identificable un tercer límite, que resulta de la siguiente comprobación:

«Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares».

2.2.3. *El «poder» ejecutivo.* Sin perjuicio de la caracterización constitucional de este «poder» por relación a la doble noción de dirección de la política y la defensa del Estado, su contenido funcional principal se determina con el concepto, no precisado por la norma fundamental, de «ejecución» («ejerce la función ejecutiva», dice el art. 97 CE). De esta suerte puede decirse, desde la perspectiva organizativa, que se está ante un complejo orgánico al que, correspondiéndole un decisivo y activo papel en la configuración social, compete el desarrollo de la expresada y sustantivamente poco definida función ejecutiva, sin perjuicio de tener atribuida asimismo —como accesoria y complementaria— la de participación, de forma limitada, en la legislación.

Con entera independencia de la dificultad en principio para la precisión de los contornos de la actividad principal y característica aludida (la ejecución), es claro que ésta tiene por objeto la activación, el mantenimiento y la ultimación del proceso permanente de integración social para garantizar, en el marco constitucional y en el curso de su desarrollo, la toma de decisiones y la efectividad de éstas. De ahí su peculiar construcción interna y su carácter «bifronte»:

— La pieza gubernamental asume la dimensión creativa y directiva de la función «ejecutiva», en íntima relación con los restantes órganos constitucionales y, en especial, con el Parlamento.

— La pieza administrativa, por contra, hace lo propio, según una economía y lógica propias, con la dimensión «dirigida», programada y servicial de la aludida función.

El centro de gravedad y, por tanto, el núcleo último y más propio de esta heterogénea y proteica actividad reside sin duda, no obstante y como

resulta de la atención y relevancia que le otorga la norma fundamental, en la actuación ejecutiva administrativa, caracterizada por servir directamente el interés general, activarse de oficio (salvo cuando expresamente se programe para desencadenarse a instancia de parte interesada), ser permanente, constante y sistemática, presuponer la normación y situarse en línea de continuación con la misma para su efectividad y materialización práctica; caracterización que la sitúa en el plano de lo concreto (de ahí justamente el criterio, integrado por el par de conceptos generalidad-singularidad, con el que opera, según antes quedó visto, la doctrina constitucional a la hora de su deslinde con la legislación).

El concepto de ejecución no alude pues a una actividad de contenido simple y homogéneo, sino más bien a toda aquélla que, no siendo característica de otro «poder» (especialmente el legislativo), ni estando expresamente atribuida a ninguno de ellos, resulte necesaria para el funcionamiento correcto del Estado social y democrático de Derecho constituido, es decir, para el cumplimiento por éste de sus fines constitucionales. Se trata, pues, de una noción, que sin perjuicio de contar con un contenido nuclear propio, es, además, abierta y flexible, con capacidad, por ello, para cubrir cualesquiera espacios funcionales no cubiertos por los dos restantes «poderes» más especializados y, por ello, mejor definidos directamente por la Constitución. Ejecución en el sentido de la «división funcional u horizontal» es, pues, desde luego, pero también es más que «ejecución» en el sentido con el que esta expresión es empleada por la norma fundamental a la hora del reparto territorial de competencias y a los efectos, por tanto, de la «división territorial o vertical».

Esta es la razón por la que el artículo 97 CE sitúa:

— En la pieza gubernamental directiva: la dirección de la entera política interior y exterior y la defensa del Estado (en general).

— En la pieza administrativa dirigida: el servicio con objetividad del interés general; cometido éste, que ciertamente incluye el desarrollo —conforme a los principios expresados en el art. 103.1 CE y, ante todo, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho— de la actuación sistemática y continuada requerida por la «ejecución», es decir, la realización efectiva de los programas legales, pero que desborda tal actuación para comprender igualmente toda la actividad demandada por el servicio objetivo al interés general.

Puesto que la judicial aparece netamente definida y singularizada desde la norma fundamental, la determinación de la ejecutiva en el seno del orden de las funciones estatales depende fundamentalmente de su deslinde respecto de la legislativa. En una primera aproximación, por tanto, su individualización se produce en términos negativos: se trata de una actividad que, no siendo judicial, no es normativa. Ello explica cabalmente tanto que el artículo 97 CE añada expresamente, al de la función ejecutiva, el

ejercicio de la potestad reglamentaria (en el que se manifiesta la participación secundaria, pero ordinaria, del «poder» ejecutivo en la legislación), como que las facultades extraordinarias propiamente legislativas de dicho «poder» traigan causa de atribuciones constitucionales independientes, expresas y concretas. Desde esta perspectiva adquiere todo su valor la divisoria entre lo normativo y no normativo que ha acabado estableciendo el Tribunal Constitucional en su doctrina relativa al binomio bases-desarrollo, propio de la distribución territorial de competencias, y que no coincide con el plano de la distinción entre los campos de lo organizativo y lo relativo a la ordenación social. Ilustrativa a este respecto es su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre (relativa a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros), pues en ella y a propósito de las bases se afirma que lo normativo, entendido de la forma expuesta (con lo que lo organizativo siempre cae del lado de la ejecución) es, en definitiva, el criterio delimitador. Esta individualización se corresponde con la delimitación que de la legislación hace la doctrina constitucional con apoyo en límites inducidos del orden constitucional.

3. En suma pues y por lo que hace al poder-función ejecutivo:

3.1. La ejecución, aun careciendo de contornos nítidos, tiene un contenido propio que las restantes funciones constitucionales y, en especial, la legislativa, tienen que respetar por exigencia del orden constitucional de las funciones estatales: el judicial por encontrarse perfectamente delimitado y tener expresa y taxativamente prohibido el ejercicio de cualesquiera otras funciones y el legislativo porque aparece caracterizado por relación a la actividad normativa y el ejercicio de las otras actividades que constitucionalmente le están reservadas —evidentemente ligadas a la ejecución: control de la acción del Gobierno y aprobación de los presupuestos anuales— se encuentran predeterminado en forma tal que impide que se produzca en términos de confusión material con la propiamente ejecutiva.

Ese contenido propio de la función ejecutiva se corresponde con la posición y el papel específicos e insustituibles por los otros dos «poderes» que al complejo Gobierno-Administración corresponden en la estructura y dinámica del Estado constituido.

Consecuentemente, toda lesión o invasión indebidas del repetido contenido constituye una usurpación de la posición y el papel aludidos y, en consecuencia, una ruptura del orden constitucional.

3.2. Las funciones-actividades estatales legislativa y ejecutiva plantean ciertamente problemas de deslinde, pero no por ello dejan de ser distintas y ser, por ello, diferenciables. El límite entre una y otra viene dado, como regla, por el criterio de la generalidad/singularidad; criterio que sólo

cede en caso de verdadero estado de necesidad (en los términos en los que éste ha sido precisado por la doctrina constitucional). De esta suerte, el límite siempre opera, aun cuando no pueda ser trazado con carácter general y abstracto y de una vez y para siempre.

Incluso cuando concurre el apuntado estado de necesidad y por la razón ya dicha, todo lo relativo al mundo interior de la organización de la actividad queda siempre excluido —por pertenecer a la esencia de lo ejecutivo— del fenómeno de la «invasión excepcional» del legislativo.

3.3. En consecuencia, cabe afirmar que:

a) En la Constitución existe un orden de las funciones estatales, que implica la reserva en favor de la ejecutiva de su actividad característica, en la que no puede ser sustituida indebidamente por ninguno de los dos restantes so pena de subversión de aquel orden.

b) En la medida en que el referido orden constitucional contiene criterios jurídicos definitorios, con flexibilidad, pero suficiente precisión, de los campos de actividad característicos de los diferentes «poderes-funciones», toda transgresión por uno de éstos del propio de cualquiera de los otros y, en lo que aquí interesa, toda lesión o invasión indebidas del que está reservado al ejecutivo es susceptible, por lo mismo, de valoración jurídica, lo que vale decir de un control de esta naturaleza.

La legitimidad democrática del juez

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO: 1. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL.—2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS PODERES DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA.—3. LA EXPLICACIÓN CLÁSICA: EL JUEZ «BOCA DE LA LEY».—4. LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL.—5. LAS DIFICULTADES DE LEGITIMACIÓN DERIVADAS DE LA «CREACIÓN JUDICIAL» DEL DERECHO.—6. EL PODER JUDICIAL Y LOS «FRENOS Y CONTRAPESOS» DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.—7. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ.—8. VÍAS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA.—9. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL JUEZ.—10. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN LOS PAÍSES DEL CONTINENTE EUROPEO.—11. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA.—12. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

A la vista, tanto de la literatura jurídica, como de la popular y periódica, no es difícil concluir que la visibilidad y el papel de los jueces en el sistema político ha cobrado, en los últimos diez o quince años, una considerable importancia; y ello no sólo en nuestro país, sino también en los del entorno europeo. Es posible que ello se haya debido sobre todo a circunstancias coyunturales, como el descubrimiento de casos llamativos de —denunciada o comprobada— corrupción política en los más altos niveles, casos que han dado lugar a resonantes procesos judiciales¹. Pero también cabe suponer que esta (en Europa) nueva visibilidad del papel del juez puede deberse a causas más profundas. Una de las que puede aventu-

¹ Para una serie de estudios que relacionan ambas cuestiones —papel del juez, y casos de corrupción política— ver P. ANDRÉS IBÁÑEZ (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996.

rarse es la progresiva consolidación de los regímenes democráticos europeos que ha conducido al perfeccionamiento de los mecanismos de defensa de derechos individuales (mecanismos esencialmente judiciales) constitucionalmente reconocidos, así como de las técnicas de control de actuación de los poderes públicos y sus titulares, técnicas de control en gran parte atribuidas a los tribunales. La innegable convergencia —con todos los límites que son del caso— producida en las últimas décadas en las sociedades europeas en cuanto a los objetivos a perseguir por el Estado, y los medios a emplear para ello ha supuesto en parte que el foco de atención en la vida pública se haya trasladado de las grandes cuestiones «políticas» (como el modelo de sociedad, o de sistema económico) a cuestiones más relacionadas con la garantía, día a día, de las posiciones individuales de libertad y bienestar ya reconocidas: garantía que, eminentemente, corresponde a los órganos judiciales.

Podría así, afirmarse que, mientras el siglo XIX fue el siglo del legislativo (que elaboró, en los países europeos, las grandes leyes del sistema: Códigos civiles, comerciales, de procedimiento) y la primera parte del siglo XX el del ejecutivo (encargado de poner en práctica el sistema de prestaciones del Estado de bienestar), parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al poder judicial, encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales.

Sea por razones meramente estructurales, o por causas más profundas, la nueva relevancia que cobra la figura del juez responde, en último término, a un reconocimiento del significado (a veces olvidado o relegado desde la perspectiva política) del poder de juzgar, de «ese poder tan terrible para los hombres» en expresiva frase del libro IX del *Espíritu de las Leyes*. Pues las características que definen y singularizan la actividad jurisdiccional la convierten, probablemente, en la expresión del poder público que en forma más directa y decisiva afecta a la esfera individual. En comparación, la actividad del legislativo aparece lejana y sin repercusión o consecuencias inmediatas sobre el ciudadano, al estar esa actividad necesitada de posterior aplicación o instrumentación; en cuanto a la acción de la Administración, si bien recae directa e individualmente sobre el administrado, presenta la nota —esencial en el Estado constitucional— de su revisibilidad por el poder judicial, siendo por ello, en cierto modo, una actividad claudicante o, al menos, remediable. Pero la decisión del juez es, por un lado, y frente a la actividad parlamentaria, una aplicación inmediata del Derecho que recae sin intermediarios sobre el ciudadano, afectando a sus bienes, su libertad y su honor (y, en algunos países, su propia vida); y, por otro, y en contraposición con la actividad administrativa, se trata de una decisión final que, una vez agotada la cadena de recursos, no es revisable por otro poder del Estado, y está dotada de la «santidad de la cosa juzgada». La justificación del origen y legitimidad de ese poder de juzgar ha sido un problema fundamental desde los mismos orígenes del pensamien-

to constitucionalista; la reciente atención que recibe el poder judicial, cuando sus decisiones comienzan a afectar no ya a los ciudadanos como tales, sino, en forma destacada a los poderes públicos y a quienes ostentan posiciones de autoridad, ha venido a subrayar la trascendencia de esa cuestión. Desde luego al hablar de «reciente atención», debemos precisar que nos referimos a los países europeos: en Norteamérica, el análisis del papel de los jueces en el sistema político, y de cómo se justifica ese papel es un tema ya tradicional en el campo del Derecho y de la ciencia política.

La reflexión sobre la justificación o legitimación del poder del juez —del porqué determinados titulares de órganos jurisdiccionales ostentan esas decisivas y definitivas facultades sobre sus conciudadanos, y sobre el resto de los poderes del Estado— se hace necesaria, más allá de consideraciones meramente intelectuales, o de dogmática del Derecho. En el moderno Estado constitucional la definición del ámbito respectivo de acción legítima de los diversos poderes del Estado representa una tarea crucial, si quiere mantenerse el imprescindible equilibrio entre ellos, en unas sociedades en que la capacidad de acción de esos poderes —y su capacidad de influir hasta en los menores aspectos de la vida de los ciudadanos— han aumentado en forma que hubiera parecido inimaginable a los revolucionarios franceses o a los constituyentes de 1812. Y esa tarea es también crucial, posiblemente cada vez con mayor intensidad, respecto del «terrible poder», del poder judicial. Ciertamente, sería de desear que esa definición del ámbito de cada poder quedara claramente establecida por las normas reguladoras de la distribución de poderes, esencialmente —por el momento— las normas constitucionales del Estado². Pero esas normas requieren, en muchos casos, para su interpretación e integración, para resolver los casos límites que representan los verdaderos hitos del desarrollo constitucional, ser comprendidas desde los principios inspiradores del sistema, estén explícitos o implícitos en el ordenamiento. Ante eventuales (e inevitables) carencias o imprecisiones normativas, sobre todo en el campo del Derecho Constitucional, la determinación de cuál sea la legitimación última de los diversos poderes del Estado es así un instrumento necesario tanto para precisar o delinear, en esos casos límites, sus respectivas competencias como para evaluar, desde una perspectiva constitucional, las normas que los regulan, y su propia actuación dentro de esas normas.

No es difícil, en efecto, y desde luego en lo que se refiere al poder judicial, encontrar ejemplos de controversias relativas a la configuración, actuación y relación de los diversos poderes, cuya resolución sólo es posible, más allá de una regulación forzosamente esquemática, a partir de consideraciones sobre su legitimación, como guía interpretativa de las disposiciones constitucionales y legales. Baste recordar, como ejemplo, las discusio-

² El matiz se debe a la innegable relevancia que van cobrando otras normas supranacionales; no cabe descartar que éstas acaben incidiendo decisivamente, *también* en la estructura orgánica estatal. De hecho, ya es éste el caso en lo que se refiere a las autoridades monetarias, al menos según lo previsto en el Tratado de Maastricht.

nes sobre el alcance de la potestad judicial (de la jurisdicción contencioso-administrativa) para revisar los actos administrativos «discrecionales»; o, en forma aún más destacada, las cuestiones que plantea la doctrina del «acto político», o la afirmación —o negación— de la existencia de secretos de Estado³. Estas cuestiones versan sobre las relaciones entre los poderes judicial y ejecutivo; en cuanto a las relaciones entre el judicial y el legislativo, la polémica sobre la designación parlamentaria del órgano de gobierno de los jueces puede representar un ejemplo de la necesidad de recurrir, en último término, a argumentos basados en la legitimación de cada poder, y en cómo esa legitimación se manifiesta.

2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS PODERES DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA

Ciertamente (y desde luego en el caso español), la legitimación democrática aparece hoy como la legitimación fundamental de los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial⁴. En España (con las matizaciones que se verán) esa legitimación resulta de la afirmación constitucional expresa en el mismo artículo primero de la Constitución, que proclama que la soberanía nacional reside en el pueblo español «del que emanan los poderes del Estado», afirmación por otra parte necesariamente derivada tanto de la proclamación del Estado social y *democrático* de Derecho efectuada en el primer apartado del mismo artículo, como de la voluntad de la Nación española, manifestada en el *Preamble* constitucional, de «garantizar la convivencia democrática» y «establecer una sociedad democrática avanzada». Estas afirmaciones constitucionales, que establecen el principio legitimador de los poderes del Estado, se ven reflejadas más precisamente en cuanto al judicial, en el enunciado del artículo 117, al disponer que «la justicia emana del pueblo». Valga adelantar, ahora, que esta emanación se predica de la justicia, pero no de los que la administran: esto es, la justificación democrática se refiere a la acción de la justicia, no necesariamente al origen de los que la imparten.

Postular como principio general la legitimación o justificación democrática —esto es, y como definición inicial, la expresión de la voluntad popular⁵— como fundamento de la acción de los poderes del Estado, exige, en todo caso, algunas matizaciones, según se anunció. La primera —que podría denominarse la *matización constitucional*— referente a las

³ Baste referirse, como exposición del estado de la cuestión sobre estos temas, al trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997, 3 ed.

⁴ En relación con este tema, ver Luciano VARELA CASTRO, «Sobre la legitimidad del Poder Judicial», en *Poder Judicial*, núm. especial XI (1989), págs. 87-97.

⁵ Para un análisis del significado de la legitimidad democrática, ver Elías DÍAZ, «Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, págs. 51-72.

garantías en la formulación de esa voluntad; la segunda —que podría denominarse la *matización excepcional*— referente a las excepciones al principio democrático. Ambas matizaciones son relevantes en lo que atañe al poder judicial, más la primera que la segunda.

a) *La matización constitucional*. No es infrecuente que se contrapongan en ocasiones las expresiones «Estado democrático» y «Estado constitucional», o, yendo más allá, las expresiones «principio democrático» y «derechos fundamentales». La Constitución escrita, y, en ella, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales serían pues «límites» o excepciones al principio democrático de predominio de la voluntad popular. Esta no podrá traspasar los límites constitucionales, y particularmente los referentes a los derechos fundamentales. Principio democrático y principio constitucional aparecerían como polos separados y en ocasiones opuestos.

Esta contraposición presenta un grave peligro: el de reducir a un segundo lugar el principio de legitimación democrática, que debería ceder frente a la preeminencia de otros principios y valores (esencialmente encarnados en los derechos fundamentales) radicalmente ya desvinculados de la legitimidad democrática. Se volvería así a una legitimación iusnaturalista del poder, basada en unos valores permanentes e independientes de la voluntad —pasajera o arbitraria— de la comunidad, valores inafectables por el capricho de la mayoría. Ahora bien, ello sólo es posible si se reduce la legitimación democrática a la aplicación mecánica e inmediata de la voluntad mayoritaria (expresada por el pueblo o sus representantes) en cualquier momento, y sobre cualquier asunto, pertenezca a la esfera legislativa, ejecutiva o judicial. Pero una concepción de este tipo supondría un reduccionismo inaceptable o, aún más, una falsificación del principio democrático. Éste no puede identificarse con la mecánica asamblearia como forma de gobierno omnicompreensiva; la fórmula democrática lleva ínsita, como elemento inseparable de su esencia —y no como límite ajeno— la vigencia de un marco de garantías y controles, que no necesitan de ninguna justificación extrademocrática⁶.

La garantía de la autenticidad de la voluntad popular, origen único de la legitimidad democrática, exige (máxime en las sociedades modernas, que añaden al número de sus integrantes la complejidad de su composición y estructura) que la expresión de esa voluntad se lleve a cabo en condiciones de libertad e igualdad que sólo pueden conseguirse mediante la vigencia de unos derechos fundamentales —y su forzoso correlato, la división del poder— y que tal expresión se realice mediante procedimientos

⁶ Valga remitirse sobre este tema al iluminador trabajo de Neil McCORMICK, «Law, Rule of law and Democracy», en el volumen publicado por el CGPJ *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid 1995, págs. 378-429. Un interesante resumen de las teorías «sustancialistas» y «procedimentalistas» de la Constitución puede hallarse en M. ARAGÓN, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *REDC*, 19 (1987), 15-51, esp. págs. 37 y ss.

que excluyan su falseamiento o supresión. «Para que la democracia o el poder del pueblo sea una característica duradera del poder político en vez de una convulsión momentánea y quizá revolucionaria, debe requerir la observancia del orden constitucional y la consolidación de un Estado de Derecho»⁷. La vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos se justifica así, no *frente* a la voluntad popular, sino por el contrario, como parte integrante y necesaria del proceso de formación de ésta.

Como consecuencia, no cabe oponer la «defensa de la Constitución» a la defensa del principio democrático; o, en otras palabras, si la Constitución se justifica en definitiva en cuanto garante del orden democrático, cuando resulte atacada o vulnerada será el mismo orden democrático el que será puesto en peligro. Y esto permite llegar a dos tipos de conclusiones. Por un lado, que los mandatos constitucionales deben ser interpretados, no como reglas abstractas, sino como garantías en concreto de la democracia, válidas, por lo tanto, en función de ésta; y por otro, que la expresión de la voluntad popular (usualmente en forma de ley parlamentaria) cuando se ha llevado a cabo fruto de un proceso de participación de los ciudadanos, con todas las garantías, en la formación de la Asamblea, y mediante el procedimiento formal que asegura la autenticidad de las resoluciones adoptadas, ostenta una presunción inicial muy intensa de acomodación al principio democrático. La ley, en efecto, es resultado directo de la voluntad de la Asamblea, e indirecto, del sistema de previsiones constitucionales y derechos fundamentales en que esa voluntad se manifiesta y debe manifestarse.

La *matización constitucional* supone que el principio democrático debe traducirse en el predominio de la voluntad popular expresada mediante los procedimientos y con las garantías previstas en la Constitución y que persiguen asegurar su autenticidad. La actuación de los poderes del Estado debe pues (mediante tales procedimientos y garantías) reconducirse a la voluntad popular; y, consecuentemente (si se han observado los procedimientos constitucionales), esa actuación tendrá, *prima facie*, la legitimidad que le da la primacía de aquella voluntad.

Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la noción empleada de «legitimidad democrática» es forzosamente inicial y genérica. No hay, evidentemente, una fórmula única para llevar a cabo, en forma común a todos los poderes del Estado, la traslación de esa legitimación; ello dependerá de su peculiar naturaleza y funciones. En otras palabras, el principio democrático, justificador en última instancia de todos los poderes, se proyectará en formas distintas en cada uno de ellos, de manera compatible con las tareas que tengan encomendadas. La relación entre la voluntad popular y la forma de integración y actuación de los poderes públicos puede ser muy diversa. En lo que se refiere al poder legislativo (Cortes) la vía de

⁷ McCORMICK, *op. cit.*, pág. 414.

manifestación de la legitimidad democrática de las Cámaras es la elección de sus miembros, bien mediante «sufragio universal, libre, igual, directo y secreto» (arts. 68.1 y 69.1) en lo que se refiere a Diputados y Senadores elegidos por circunscripciones provinciales o insulares (más los supuestos de Ceuta y Melilla), bien a través de las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 69.5), en cuyo caso la legitimación democrática se consigue en forma indirecta. En lo que atañe al poder ejecutivo, y más concretamente al Gobierno, su legitimidad democrática aparece consagrada por la vía de la investidura parlamentaria (aunque en la práctica, y en virtud del sistema electoral, y la presencia de partidos mayoritarios, pueda quizás también estimarse una legitimación democrática directa por parte del electorado). En estos casos, la conexión entre voluntad popular y poder del Estado se lleva a cabo mediante sistemas de integración (selección de miembros) del órgano basados en la elección popular periódica. Es también claro que en estos casos, «legitimidad democrática» se hace coincidir con «principio mayoritario», con la matización de que ese principio se hace valer de acuerdo con reglas preestablecidas, tanto para su expresión original (elecciones, según el procedimiento previsto en la regulación de las Cámaras) como en su manifestación día a día (actuación parlamentaria de acuerdo con el procedimiento previsto en la regulación de las Cámaras), tanto en lo que se refiere a la forma en que debe llevarse a cabo la elección de las Cámaras, como en cuanto al procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno. La legitimación democrática del legislativo y el ejecutivo deriva pues del origen de sus miembros. Otra cosa, desde luego, ocurre respecto de otros poderes del Estado, en los que no se produce una conexión entre voluntad popular y actuación del órgano de que se trate basada en la elección, directa o indirecta, de su titular: tal sería el caso de los órganos de la Administración (aparte del Gobierno) y, evidentemente, de los órganos del poder judicial: *en nuestro país* el «juez democrático» no es equivalente al «juez elegido». La legitimación democrática podrá producirse por vías distintas de la elección, y esa será una de las cuestiones a considerar en las líneas que seguirán.

b) *La matización excepcional.* Todo lo dicho no excluye que determinados poderes públicos no queden, excepcionalmente, excluidos de la legitimación democrática, por prescripción explícita de la Constitución, o, implícitamente, por su propia naturaleza, «por la fuerza de las cosas». La Corona es el ejemplo que se ofrece en forma más inmediata, en cuanto su titular queda justificado constitucionalmente como «legítimo heredero de la dinastía histórica», y sus sucesores en cuanto herederos del mismo, pues la Corona de España «es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón» (57.1 CE). Pero no es difícil encontrar otros ejemplos. Uno podría ser las autoridades de la Unión Europea, la constatación de cuyo «déficit democrático» se ha convertido en un lugar común; y, sin embargo, esas autoridades ejercen competencias cada vez más destacadas,

imponiéndose su actuación, incluso, frente a la de los poderes estatales con más directa legitimación democrática. Por cierto que esa falta de legitimación democrática de los órganos de la Unión Europea se encuentra como base (teórica) de la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 que, con lógica aparente, deja pendiente un *caveat* similar a las conocidas Sentencias *Solange* I y II; esto es, admitiendo la validez de las normas comunitarias *en tanto* no choquen con el principio de Estado democrático de la Ley Fundamental⁸.

Conviene hacer referencia a estas legitimaciones no democráticas, independientes de la voluntad popular, en cuanto que no han dejado de invocarse, en forma explícita o implícita, en relación con el poder judicial. No son frecuentes las invocaciones expresas de la justificación no democrática del juez, pero sí las construcciones intelectuales que, al desvincular radicalmente la legitimación del juez del principio de predominio de la voluntad (mayoritaria) popular, de hecho vienen a negar su legitimación democrática. Esta legitimación, entonces, se hace radicar en afirmaciones un tanto nebulosas: en la «defensa de los principios constitucionales», como si estos principios no fueran consustanciales con el principio democrático, e inseparables de él, o, más audazmente, en la defensa de la «democracia sustancial», que se viene a diferenciar de la «democracia mayoritaria».

3. LA EXPLICACIÓN CLÁSICA: EL JUEZ «BOCA DE LA LEY»

La justificación clásica del poder del juez, justificación que aún sigue representando el núcleo central de la legitimación del juez en el Estado democrático, es la que deriva de la exposición realizada por Montesquieu en 1745: «los Jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Esta fórmula supone identificar la legitimidad del juez con la legitimidad de la misma ley, y es aplicable, por tanto, a la justificación del juez en cualquier régimen. En el régimen democrático, la legitimación del juez residirá, simplemente, en que aplica la ley democrática. Se trata pues (frente a la legitimación democrática «de origen» de legislativo y ejecutivo) de una legitimación democrática «de ejercicio»⁹.

Esta construcción (a veces designada como «paleodemocrática» o «paleopositivista») suprime de raíz el problema de la legitimación del juez, al eliminar cualquier función innovadora o creadora del mismo en relación con la ley. De hecho, fue adoptada entusiásticamente por el constitucio-

⁸ Ver A. LÓPEZ CASTILLO, «De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). Comentario de la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993. (*Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Staatlichesverfassten Volkes*)», REDC, 90 (1994), págs. 207-240.

⁹ Para un análisis sistemático de la justificación «clásica» del juez, Ignacio DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989. Sobre todo los tres primeros capítulos: «La función jurisdiccional», «El concepto constitucional del Juez» y «La sujeción del Juez al ordenamiento jurídico».

nalismo europeo continental desde sus inicios; tanto en Francia, como en Alemania o España. Las conocidas historias del desarrollo del famoso *référé législatif*¹⁰, y, posteriormente, de los Tribunales de Casación reflejan la preocupación porque los jueces no moderaran «ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Esta posición —que, insistimos, sigue siendo, consciente o inconscientemente, el núcleo de la justificación del juez— encuentra perfecto acomodo en la actual Constitución española. La expresión del artículo 117.1 de que «la justicia emana del pueblo» se corresponde con su consecuencia de que es administrada por jueces y magistrados «sometidos *exclusivamente* al imperio de la ley», por cuanto que la ley es definida por la misma Constitución, en su Preámbulo, como la «expresión de la voluntad popular». En forma forzosamente simplista, el juez democrático será el juez que aplica la ley democrática. Y desde este punto de partida se desprenden una serie de corolarios, que son también un valor entendido en los modernos sistemas constitucionales europeos:

a) *La independencia del juez*. El sometimiento del juez en exclusiva a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley¹¹. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en que la aplicación de la ley deba basarse.

b) *La necesidad de motivación de las Sentencias*. Siendo la legitimidad del juez una legitimidad de ejercicio, manifestada en la aplicación de la ley, su actividad debe en todo caso mostrarse como fundada en ésta, y no en la simple voluntad del juez. La motivación representa el nexo lógico entre voluntad popular (*ley*) y decisión del juez (Sentencia), nexo que hace patente el ejercicio democrático (es decir, *legal*) del poder judicial¹². El

¹⁰ Ver el análisis de R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994, págs. 229 y ss. Para la evolución del Poder Judicial en la historia del constitucionalismo español, en esta y otras cuestiones, Miguel APARICIO, *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995.

¹¹ La «justificación del juez por el procedimiento» parece ser la mantenida por P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA, cuando afirman que «será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus múltiples proyecciones, de la autenticidad en la motivación de las resoluciones... como puede y debe legitimarse el juez» (*El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pág. 28). Pero esta justificación se reconduce en definitiva a la contenida en la sujeción en exclusiva a la ley. La regularidad del proceso, por sí misma, no legitima la acción del juez: esa legitimidad derivaría de que la ley es aplicada correctamente, gracias a las garantías procesales.

¹² Ver, para estrecha relación entre la motivación de las decisiones judiciales y la legitimación democrática del juez, Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La motivación de las decisiones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, número especial VI (1989) *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, págs. 57-87.

mandato del artículo 120.3 CE, repetidamente reiterado en la jurisprudencia constitucional como integrado en la tutela judicial del artículo 24 CE, en el sentido de que el juez debe expresar el *iter* mental que le ha llevado a la declaración del Derecho, se dirige, pues, no sólo a la ilustración de las partes, o de los Tribunales que hayan de conocer de eventuales recursos, sino a ofrecer una justificación o rendición pública de cuentas del juez, explicativa del vínculo entre la norma y la decisión del caso.

c) *Irresponsabilidad política del juez*. En un sistema democrático, el criterio último de evaluación de la actuación de los poderes públicos es su adecuación a la voluntad popular (con todas las garantías a las que se hizo mención más arriba). Esto supone que esos poderes están sometidos, no sólo a juicios de legalidad, sino a juicios de oportunidad, que pueden desembocar en la exigencia de responsabilidad política, esto es, en la remoción del cargo de los titulares de esos poderes. Tal responsabilidad política es desde luego exigible del legislativo (mediante elecciones *periódicas*) y del ejecutivo (mediante mecanismos como la moción de censura y la investidura tras las elecciones generales). Ello resulta de que esos poderes adoptan decisiones propias, a ellos imputables, y por tanto originadoras eventualmente de responsabilidad, si la voluntad popular las evalúa negativamente. Ahora bien, esto no es predicable de la acción de los jueces (según el modelo de Montesquieu que ahora se comenta) puesto que su acción no es libre, sino estrictamente vinculada; en tanto el juez aplique la ley, la responsabilidad política por los efectos de ésta deben imputarse a su creador, esto es, al Parlamento (o, en su caso, al Gobierno)¹³. La actividad del juez no puede someterse a un juicio político o de oportunidad, que conduzca a la exigencia de responsabilidad política y a una posible remoción. Otros tipos de responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) sí serán exigibles, tomando la ley como punto de referencia; pero no cabrá una evaluación *política* de la conducta del juez en su función jurisdiccional, por ser aplicación de los mandatos de la ley.

d) *Ausencia de control difuso de constitucionalidad de las leyes*. La sujeción a la ley como expresión de la legitimación democrática del juez implica que éste no puede inaplicar una norma legal aun si la estima contraria a la Constitución; ello supondría apartarse de la voluntad popular creadora de la ley, sustituyéndola por su particular percepción —distinta de la del legislador— sobre su adecuación a los mandatos constitucionales. Con una notable diferencia: mientras que el legislador sí es políticamente responsable, mediante su sometimiento a elecciones periódicas, frente al juicio del electorado, el juez, como se vio, no está sometido a esa responsabilidad. Ello explica —en los sistemas europeo-continenciales— el apartamiento del juez de la tarea del control de constitucionalidad, que se deja en manos de un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional.

¹³ Me remito a las consideraciones efectuadas en mi trabajo «Democracia y división del poder», en J. Félix TEZANOS (comp.), *La Democracia post-liberal*, Madrid, 1996, págs. 238-255.

4. LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Aun cuando la legitimación del poder del juez en cuanto aplicador de la ley sigue siendo (y sería difícil que fuera de otro modo) el eje de su justificación democrática, es ya un tópico en la literatura sobre el tema que si alguna lección se desprende de la práctica judicial es que ésta no puede reducirse a una aplicación mecánica de normas. Y de ahí se derivan algunas de las objeciones que normalmente se plantean a la legitimación del juez a través de la ley¹⁴.

La más importante es posiblemente la que consiste en estimar que forzosamente debe existir una dimensión «creadora» en la acción del juez, o, en otras palabras, que esa acción va más allá de la mera subsunción de los hechos en el tipo normativo. La realidad siempre será más rica que la previsión normativa; y sin embargo, y en todo caso, el juez debe fallar. El juez, se dice, no sólo «aplica» el Derecho, sino que crea Derecho.

Desde luego, no cabe dudar de que el juez en todo caso crea Derecho, al resolver un caso concreto, en cuanto lleva a cabo una declaración del Derecho en un pleito entre partes, dando lugar a una nueva situación jurídica singular¹⁵. Ello implica, bien una interpretación del Derecho (como es bien sabido, eligiendo uno de los posibles sentidos de la norma o conjunto de normas) bien incluso una creación de normas para el caso, a falta de previsión legal; lo que resulta obligado por el mandato del artículo 1.7 del Código Civil, que establece que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan». Ahora bien, esta creatividad *inter partes* puede considerarse como un elemento no contradictorio con la tesis de la justificación del juez por la aplicación de la ley. En primer lugar, porque la capacidad innovativa del juez se ve notablemente reducida, al menos según la letra del mismo artículo 1.7 citado del Código Civil, que especifica que el juez habrá de resolver en todo caso «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Responde así a una perspectiva amplia y realista del papel del juez, que no es meramente aplicador de una norma específica, sino aplicador del ordenamiento en su conjunto. La existencia de aparentes lagunas en la ley resulta, como es bien sabido, remediable, si se integran las diversas normas del ordenamiento, buscando

¹⁴ La literatura sobre la crítica a la justificación positivista de la actividad del juez es muy numerosa. Cabe destacar en nuestro país, V. GIMENO SENDRA, «Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», *Revista de Derecho Procesal iberoamericano y filipino*, 1978, págs. 311 y ss.; Modesto SAAVEDRA, «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, 1 (1988), *Monográfico: el Poder Judicial*, págs. 39-61; P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA, *El Poder Judicial*, cit., esp. págs. 21-28; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos continentales», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, cit., págs. 25 y ss.

¹⁵ Carlos DE LA VEGA BENAYAS, en su trabajo *Derecho judicial español*, Madrid, 1997, lleva a cabo, en sus págs. 65 y ss. un excelente análisis de la diferenciación entre creación material (*inter partes*) y la creación formal (jurisprudencia) de normas jurídicas por el juez, así como una amplia exposición de las posiciones doctrinales sobre el tema.

la solución del problema planteado en la combinación y complementación de mandatos procedentes de normas distintas, empleando técnicas como la analogía, y, en último término (aunque sobre esta técnica se hablara más abajo) recurriendo a los principios generales del ordenamiento.

Pero además, y en cuanto nos movemos en el ámbito de la creación material del Derecho para resolver un caso concreto, en pleitos *inter partes*, y con efecto entre ellas, difícilmente podrá considerarse que el juez crea Derecho objetivo, que pretenda sustituir en forma general a la ley parlamentaria, o bien situarse a su lado, con la misma fuerza vinculante general. La función del juez es resolver «en todo caso» los asuntos que se le plantean, aplicando el Derecho; tal es la tarea que el juez debe llevar a cabo, y está sobreentendido, en la misma existencia de la norma, que el juez está habilitado para adaptarla al caso concreto, y complementarla en su caso. La creación material, «individual» de Derecho en la resolución de supuestos concretos es sólo un episodio en la aplicación del Derecho.

La cuestión es muy distinta cuando se trata de la creación de Derecho por los órganos judiciales con la pretensión formal de que ese Derecho tenga valor vinculante general, bien imponiendo una determinada interpretación de la norma válida para *todos* los casos en que haya de aplicarse, bien supliendo reales o hipotéticas lagunas del ordenamiento mediante normas de creación judicial, que se quiere también tengan valor vinculante general. Nos encontramos pues ante el espinoso tema de la *jurisprudencia* como eventual fuente del Derecho; esto es, no la creación judicial del Derecho en el caso concreto (creando lo que Kelsen llamaría normas jurídicas individuales) sino la *creación formal* de directrices vinculantes (normas), o, si se quiere, pautas normativas de conducta de los Tribunales. Aún más precisamente, la jurisprudencia aparece como tarea encomendada a específicos órganos jurisdiccionales.

La discusión sobre si la jurisprudencia (i. e. *la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en fórmula redundante) es o no fuente del Derecho es un lugar clásico en la literatura jurídica¹⁶. Pero puede que sea una discusión inútil si se ciñe al *deber ser*, puesto que lo relevante, a los efectos de la justificación del poder judicial, es si *de hecho* los Tribunales crean Derecho objetivo (normas generales) o no, y hasta qué punto ello es (o puede hacerse) compatible con el principio democrático. Desde una perspectiva fáctica, parece difícil negar que la jurisprudencia establece pautas de comportamiento generales, que vinculan a los jueces y tribunales. Las distintas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil han ido, en forma paulatina pero continua, en una dirección fortalecedora del valor de la jurisprudencia, incluso convirtiéndolo en criterio para la inadmisión de la demanda de casación (art. 1710.1.3 LEC)¹⁷. No sería correcto, de todas formas,

¹⁶ Baste referirse al libro citado de DE LA VEGA BENAYAS, para una abundante cita de bibliografía, págs. 111 y ss.

¹⁷ Para un análisis de la adecuación de la doctrina legal como *ultima ratio* para la inadmisión de la casación, ver A. GIL-ROBLES, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1996.

estimar que la creación de jurisprudencia es tarea exclusiva del Tribunal Supremo; más bien debería hablarse de una tarea colectiva de todos los tribunales, en que al Supremo le correspondería la última palabra, al pronunciarse sobre interpretaciones del ordenamiento propuestas por tribunales inferiores, confirmándolas o denegándolas. El origen de la jurisprudencia vendría, por así decirlo, *desde abajo*: su fuerza vinculante (en virtud, por ejemplo, del artículo 1692.4 LEC) vendría *desde arriba*, en cuanto doctrina legal contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habría así una creación judicial del Derecho, (al menos por vía interpretativa en la teoría «clásica»), en cuanto pauta general de conducta. El Derecho a aplicar ya no sería (o, más concretamente, ya no sería *sólo*) el Derecho elaborado por los órganos de representación popular, directa o indirecta, sino que tendría también un componente judicial.

Esta situación se ve reforzada por la tendencia al empleo de los «principios generales del Derecho» o de los mandatos y principios constitucionales como fuentes o guías en la interpretación o complementación de las normas positivas emitidas por el legislador. Quizás un ejemplo de este fenómeno pudiera ser el representado por la interpretación jurisprudencial de los derechos del artículo 20 de la Constitución, relativos a la libertad de expresión; la construcción jurisprudencial (de la mano, o no, del Tribunal Constitucional) resulta sin duda de mayor relevancia que la regulación legal, al menos respecto a conceptos como «información veraz» o «derecho al honor».

El problema es que estos principios «generales» y mandatos constitucionales aparecen, en efecto, con un nivel de generalidad que deja usualmente espacio para varias interpretaciones, de manera que principios y valores pueden concretarse en vías muy diferentes. Con respecto al legislador, ello supone una libertad de configuración, dentro de los marcos constitucionales, que se corresponde, como se dijo, con una responsabilidad política por su actuación. Si esa libertad de configuración la asume el juez (o el poder judicial en su conjunto, con el Tribunal Supremo como cúspide) es difícil eludir el concepto de «creación» del Derecho. Puede aducirse que el juez, en el caso de que hablamos (interpretación de preceptos constitucionales) no hace más que aplicar la Constitución —una variedad de la aplicación de la ley—. Pero obviamente se trata de cosas distintas, por cuanto que la Constitución, si bien contiene normas de contenido tan preciso que pueden aplicarse sin necesidad de intermediación legislativa (p. ej., art. 15 o art. 16.2) en la mayoría de los casos, y sobre todo cuando enuncia principios y valores, lo hace con un nivel de abstracción que hace necesaria, para su concreción, una tarea de creación de normas que elijan entre las varias posibilidades o vías que la Constitución deja abiertas.

No es fácil hoy, a la vista de la realidad, negar que, por la vía de la interpretación o complementación de la ley, o por la vía de la interpretación o aplicación directa de la Constitución, se está creando un auténtico «De-

recho Judicial» en los países europeo-occidentales, y ciertamente en España. Con ello se está produciendo un cierto acercamiento a los llamados sistemas del *common law*, donde la creación judicial del Derecho se admite abiertamente: acercamiento que, no obstante, no salva las diferencias entre sistemas. Sobre todo en lo que se refiere a los mecanismos de uniformización u homologación de la actuación judicial en una situación de *judge made law*, en aras del principio de seguridad jurídica. Como es sabido, el mecanismo que hace posible la compatibilidad, en los sistemas de *common law*, entre la admisión de la creación judicial del Derecho (al menos en áreas como *torts* y *contracts*, frente a aquellas áreas en que prevalece el Derecho de creación legislativa) y la necesaria seguridad jurídica es la adhesión al principio de *stare decisis*, esto es, en términos universalmente aceptados por los autores anglosajones, la sujeción a los precedentes establecidos por los tribunales superiores¹⁸. Lo que ocurre —y sobre ello se volverá a hablar— es que el acercamiento a los sistemas de *common law* se produce sólo en algún aspecto (la creación judicial del Derecho) y no en otros íntimamente vinculados (estricta adhesión al *stare decisis*, *peculiar status*, selección y responsabilidad de los jueces).

5. LAS DIFICULTADES DE LEGITIMACIÓN DERIVADAS DE LA «CREACIÓN JUDICIAL» DEL DERECHO

La admisión de la existencia de una creación judicial del Derecho (aun cuando se restrinja el concepto a la creación «formal», y aun cuando se estime que ésta afecta a una parte menor, o reducida, de la total actividad jurisdiccional) plantea serios problemas de legitimación del poder judicial, al no ser ya aplicable la noción de legitimidad «de ejercicio». Si el juez ya no se limita a aplicar la ley, sino que añade algo más (esto es, unas pautas normativas de origen propio) ¿qué justificación tiene para elaborar esas

¹⁸ Esta definición del *stare decisis* es la que se encuentra en la literatura anglosajona. Se admite que los *Tribunales inferiores deben seguir los precedentes sentados por los superiores*, y que éstos deben seguir los suyos propios como regla, salvo que encuentren razones para variarlos (*overruling*). Así, D. E. BRODY, *American Legal System*, 1978, pág. 8: «...the doctrine of *stare decisis*, which declares that once a decision is reached by the superior court in a particular case it becomes a precedent, and all other cases of similar kind are to be decided according to the same rules». También G. PITT, «Law application in the Common Law tradition», en *La crisis...*, op. cit., pág. 40: «The doctrine of *stare decisis* means that where the legal justification (*ratio decidendi*) of a previous case covers the case in hand, and emanates from a court whose decisions are binding on the court seized of the case, then the previous decision must be followed». En la misma línea, H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, New York, 1993, 6.ª ed., págs. 324-327. Desde una perspectiva comparativa, Konrad ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992, pág. 267: «The doctrine lays down that every English court is bound by all decisions handed down by courts superior to it in the hierarchy, and, until quite recently, the doctrine laid down that the superior courts, namely the Court of Appeal and the House of Lords, were bound to treat their own previous decisions as absolutely binding». Me remito sobre esta cuestión a mi trabajo «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, págs. 1435-1456. Para una opinión distinta, ver E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, págs. 165-166.

pautas? Desde la perspectiva del predominio del principio democrático, la pregunta podría reformularse sobre cómo se asegura que las normas elaboradas por los jueces reflejarán efectivamente la voluntad popular, y no las meras preferencias del poder judicial como conjunto, o de sus superiores órganos jurisdiccionales.

El sistema constitucional democrático establece diversos procedimientos para asegurar la correspondencia entre voluntad popular y la actuación de los diversos poderes públicos. Como se vio respecto del legislativo y el ejecutivo, esos procedimientos se centran en mecanismos de selección (elección de representantes, directos o indirectos, de la voluntad popular) y de responsabilidad (privación del cargo, mediante elecciones periódicas, o sistemas de censura, a quienes se estime no han cumplido o no van a cumplir esa voluntad, expresada mediante fórmulas mayoritarias). Con respecto al poder judicial, el procedimiento «usual» es el de sujeción del juez a la ley democrática. Pero ¿qué ocurre si este procedimiento se revela insuficiente?; ¿cómo se legitima entonces la acción «creadora» del juez, desde la perspectiva democrática?¹⁹.

A estos efectos es indiferente que la actividad creativa *formal* del poder judicial se produzca mediante la supuesta interpretación del ordenamiento, o mediante la simple formulación de nuevas reglas (al estilo del *common law* anglosajón). En ambos casos cabe preguntarse con qué fundamento puede el juez introducir esa nueva normativa, que supone una fuente de obligaciones para el ciudadano. Sentado que el juez crea Derecho, la pregunta es cómo se legitima democráticamente esa creación; es decir, cómo se asegura que el Derecho judicial refleje la voluntad popular, y, más urgentemente, que *no pueda oponerse* a esa voluntad.

La gravedad de la cuestión resulta de que no cabe en absoluto descartar la posibilidad en la práctica de una creación del Derecho *contraria* a la voluntad popular. Para colocarnos en la posición más simple (pero más ilustrativa del argumento que quiere expresarse) imaginemos que, por vía interpretativa o innovadora, un número considerable de jueces procede a aplicar el Derecho en forma claramente contraria a la voluntad popular, al menos según se expresa por la representación, parlamentaria o gubernamental, de la mayoría. Ciertamente ésta puede tratar, dentro de los cauces constitucionales, de alterar la situación, cambiando el Derecho aplicable, o creando normas hasta el momento inexistentes. Pero, como es bien sabido, frente a una judicatura «activista» el papel de las normas legales es forzosamente limitado, ante la capacidad (en términos del Derecho anglosajón) de «construcción» o «interpretación constructiva» de que disponen

¹⁹ Desde una perspectiva algo distinta, una búsqueda de fuentes alternativas de legitimación del Juez puede encontrarse en Modesto SAAVEDRA LÓPEZ, «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *Jueces para la Democracia*, 18 (1995) págs. 3-9: «[la] crisis de la ley, y, junto con ella, la igualmente bien documentada crisis de la ciencia y del método jurídico han hecho parecer insuficiente el modelo de legitimidad instrumental de la jurisdicción, que se ve actualmente conmovido por la pujanza de los principios de legitimidad opuestos: no el del imperio del monarca, evidentemente, pero sí el del imperio de la justicia y el del imperio de la sociedad» (pág. 4).

los jueces. El legislador nunca podrá elaborar normas que conviertan al juez en mero instrumento mecánico, sobre todo si el juez no está dispuesto a ello.

Desde luego, y frente a los tribunales inferiores, caso de interpretaciones marcadamente erróneas, o alejadas de la voluntad del legislador, existe un mecanismo de control interno, esto es, el sistema de recursos ante los tribunales superiores. Pero esto no resuelve definitivamente el problema cuando son los mismos tribunales superiores los que crean el «Derecho judicial» reacio a acatar la voluntad del legislador. La contraposición entre «voluntad popular» y «voluntad judicial» se hace sobremanera evidente cuando (en los casos de control difuso de constitucionalidad) es el Tribunal Supremo quien decide también sobre la inconstitucionalidad de las leyes parlamentarias.

Cuando se habla, como problema, del enfrentamiento entre la actuación de los tribunales y la voluntad popular, expresada mediante sus representantes, no se trata, obviamente, de referirse a enfrentamientos producidos, en algún caso singular, entre decisiones jurisdiccionales y la opinión expresada por la mayoría parlamentaria. Desde luego, ha de insistirse, la legitimidad democrática no supone el sometimiento mecánico del juez al mandato o deseo de mayorías coyunturales. Así, no cabe poner en duda que los actos del poder ejecutivo, aun cuando en un sistema democrático tengan el apoyo de la mayoría parlamentaria o popular del momento, estén sujetos a revisión por los jueces en cuanto a su ajuste a la ley. Por su naturaleza, los actos del ejecutivo (también los del ejecutivo democrático) sólo son válidos en el marco de la ley, aun cuando no sean sólo aplicación o ejecución de la ley; en ese marco, el juez está perfectamente habilitado para enjuiciarlos, sea cual sea su respaldo mayoritario. Respecto del Parlamento, las opiniones que exprese no vinculan al juez en la resolución de los casos ante él planteados, aun cuando se trate de opiniones o expresiones claramente mayoritarias, si esas opiniones no se traducen en normas legales que puedan aplicarse al caso en cuestión. No se trata, pues, de postular que los jueces deban convertirse, en virtud del principio democrático, en transmisores de la opinión de la mayoría del momento. La cuestión es otra: se trata de inquirir —partiendo de que el juez dispone de un poder político en cuanto creador de normas— qué medios o instrumentos pueden ajustar el ejercicio de ese poder a la voluntad popular, evitando que el papel creador del juez le sitúe en un curso de colisión permanente con esa voluntad, incluso —bajo una veste de regularidad formal— desvirtuando o inaplicando en la práctica los contenidos de la voluntad popular expresados mediante leyes parlamentarias.

No se trata de una hipótesis de laboratorio: es posible citar ejemplos históricos en los que el poder judicial asumió una posición de enfrentamiento *político* con la representación, parlamentaria y gubernamental, de la mayoría, y no en forma de una contraposición coyuntural entre sus decisiones y la opinión popular, sino en forma de una oposición continua y a lo largo de muchos años. Y ello sin que se produjera una actuación for-

malmente ilegal o inconstitucional de la judicatura, traducida en un rechazo frontal y explícito del juez a aplicar el Derecho, sino, bajo una cobertura de legalidad formal, mediante una actitud de enfrentamiento con la voluntad popular expresada en las urnas. Se trata de los dos famosos casos de la República de Weimar (1919-1933) y de la crisis entre Presidente y Tribunal Supremo con ocasión del *New Deal* (1933-1937).

En el caso de la República de Weimar, el poder judicial, como colectivo, asumió una actitud de oposición a la República, y de apoyo activo a las tendencias ultraderechistas que desde un principio la amenazaron. En palabras de Franz NEUMANN «es imposible eludir la conclusión de que la justicia política es la página más negra en la vida de la República de Weimar»²⁰. Los jueces alemanes, heredados directamente de la judicatura del Imperio, constituían el ejemplo más claro de la «contrarrevolución conservadora». El análisis de autores como Dieter SIMON es concluyente: los datos muestran, según SIMON, «una imagen estremecedora y repugnante del partidismo de una Justicia apolítica-reaccionaria» cuyos componentes desarrollaron pronto «una actividad que incluso críticos prudentes y moderados califican como boicor a la primera democracia alemana»²¹. Desde luego, los datos que ofrece NEUMANN son llamativos²²: tras el *putsch* ultraderechista de Kapp en 1920, 705 personas fueron acusadas de traición: sólo una recibió una sentencia condenatoria, el jefe de policía de Berlín, condenado a confinamiento. El *Land* de Prusia le retiró su pensión, el Tribunal Supremo ordenó que se le devolviera. En los primeros años de la República, se llevaron ante los tribunales 314 casos de asesinatos por ultraderechistas, y 13 asesinatos por extremistas de izquierda. Sobre los últimos recayeron ocho penas de muerte y cientos de años de cárcel; sobre los primeros, ninguna pena de muerte y 31 años de cárcel. A lo largo de toda la República, frente a la impunidad de que disfrutaban los movimientos fascistas y ultraconservadores, cientos de críticos liberales o socialistas fueron condenados por denunciar las transgresiones militares del Tratado de Versalles. No es extraña pues la formulación de RADBRUCH, citada por SIMON respecto del «estado de guerra entre el pueblo y la Justicia».

Igualmente conocida es la posición, durante la primera mitad de siglo, de oposición política de la justicia federal norteamericana frente a los intentos de la representación popular por mitigar el predominio social y económico de las grandes empresas, oposición que culminó en el enfrentamiento entre el Tribunal Supremo y el Presidente demócrata Roosevelt a lo largo del *New Deal*. Desde principio de siglo, el Tribunal Supremo lideró lo que el famoso libro de LAMBERT denominó «la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos»²³. Para ello contaba, además, con la

²⁰ Franz NEUMANN, *Behemoth*, Nueva York, 1942, pág. 23.

²¹ Dieter SIMON, *La independencia del Juez*, Barcelona, 1989, pág. 52.

²² NEUMANN, *op.cit.*, pág. 454.

²³ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, 1921.

inestimable ayuda del *judicial review*, que le permitía declarar inaplicables las leyes de las Asambleas de los Estados y del Congreso Federal. Así, en 1905, en *Lochner vs. State of New York*, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía jornadas de trabajo (para obreros de panificadoras) superiores a diez horas diarias, o que superasen las sesenta horas semanales; en 1918, en *Hammer v. Dagenhart* estimó inconstitucional una ley federal que prohibía el transporte de mercancías elaboradas por niños de menos de catorce años. Las reformas propuestas en su *New Deal* por el Presidente Roosevelt, apoyadas por el Congreso y la opinión pública, y que buscaban solucionar la severa crisis económica por la que pasaba la nación fueron desde el principio frustradas por el Tribunal Supremo que se enfrentó decididamente con la política reformadora de Roosevelt. En palabras del Presidente, «como Nación hemos llegado a un punto en que debemos actuar para salvar a la Constitución del Tribunal, y al Tribunal de sí mismo»²⁴. Como es sabido, finalmente, y gracias a oportunos cambios de postura y renovaciones de jueces, el Tribunal cambió su posición frente al *New Deal*; incluso, a partir de los años cincuenta, y bajo la presidencia del *Chief Justice* Warren, adoptó una línea política progresista, al menos en el campo de los derechos civiles²⁵.

6. EL PODER JUDICIAL Y LOS «FRENOS Y CONTRAPESOS» DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Muy posiblemente, los casos reseñados puedan considerarse patológicos, como ejemplos de relaciones anormales entre el poder judicial y otros poderes. Pero sirven de ejemplo de la posibilidad, latente o actual, de que el conjunto de los tribunales actúe manifestando directrices u opiniones *políticas* propias; políticas en cuanto que formulan fines y objetivos globales a toda la sociedad, yendo más allá de la mera aplicación del Derecho vigente. Y aún más, suponen ejemplos extremos de los peligros —para el principio democrático— que pueden derivarse de la posición del Poder Judicial como auténtico poder del Estado, que participa en su *dirección política*. En los casos de la República de Weimar y del Tribunal Supremo norteamericano esos peligros se revelaron patentemente en cuanto se produjo una confrontación clara del poder judicial con otros poderes del Estado; en la gran mayoría de las ocasiones, no obstante, la ausencia de ese enfrentamiento no debe hacer olvidar que la posición de los tribunales, como se vio, es algo más que la de unos simples aplicadores del Derecho.

²⁴ *New York Times*, 10 de marzo de 1937, pág. 1; cf. ZWEIGERT, *op.cit.*, pág. 254. Para un análisis de la posición del Tribunal Supremo frente al *New Deal*, ROBERT A. BURT, *The Constitution in conflict*, Cambridge, 1992, págs. 253-267, «The Struggle Against Judicial Supremacy».

²⁵ Un análisis del papel «político» del Tribunal Supremo puede hallarse en D. COX, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1979, especialmente págs. 99 y ss., «Constitutionalism and Politization».

En cuanto poder *creador* (en la medida que corresponde a cada sistema; mayor en los países del *common law*, y de jurisdicción constitucional difusa, menor en los países de *civil law* y de jurisdicción constitucional concentrada) el poder judicial es un poder político, y no un mero instrumento o boca de la ley.

Esto plantea la cuestión de cómo se trasladan al poder judicial los mecanismos típicos de la división de poderes que caracteriza al régimen constitucional; cuestión ésta estrechamente vinculada a la relativa a la vinculación democrática del juez. Como es bien sabido, el sistema o principio de la división de poderes supone no sólo que las diversas funciones del Estado se repartan (como garantía de la libertad, en forma razonable, esto es, eficiente) entre diversos titulares (poderes del Estado), de modo que no haya una instancia que ostente el poder absoluto del Estado, sino, además, que cada uno de estos poderes no sea, *tampoco*, absoluto en su propio ámbito (en cuyo caso poco se habría ganado). La presencia de frenos y contrapesos entre los diversos poderes, de manera que se interfieran y limiten mutuamente es tan consustancial al principio de separación de poderes como la misma distribución del poder. En general, se admite que esta separación de poderes sirve como garantía de los derechos de los ciudadanos frente a un eventual poder absoluto; pero también sirve para que, en última instancia, ningún poder pueda separarse o independizarse de la voluntad popular, en cuanto que ésta —a través de los mecanismos democráticos usuales, esto es, a través de las elecciones— se convierte en el árbitro final de las diferencias entre los diversos poderes, y en el juez de su actuación.

Ahora bien, si la aplicación de un sistema de *checks and balances* entre los diversos poderes del Estado (entre los que cabe incluir, como se ha apuntado, el *poder electoral*) es comúnmente aceptada en relación con los poderes legislativo y ejecutivo, mediante técnicas como las elecciones periódicas, la disolución de las Cámaras, la investidura del Gobierno o la responsabilidad política de éste, esa aplicación se hace más polémica en cuanto a su aplicación al poder judicial; de hecho, posiblemente sea éste uno de los aspectos en que existen más dudas y vacilaciones en la teoría y la práctica constitucional. La famosa expresión *Quis custodiat ipsos custodes?* se encuentra fácilmente en cualquier análisis del papel del poder judicial. La razón parece evidente: aun cuando el poder judicial sea un poder político, en cuanto creador del Derecho, y por tanto un poder que debe estar sometido al control de los demás poderes del Estado (entre ellos, de nuevo, el poder electoral, en un sistema democrático) es, al mismo tiempo un poder que *aplica* el Derecho preexistente, y que está sometido únicamente al imperio de la ley, lo que exige, inexcusablemente, su independencia respecto de cualquier otra instancia. Esto plantea el problema de cómo conjuntar el control de los jueces por otros poderes, con la independencia del juez al aplicar el Derecho.

El problema ni siquiera se plantea si se acepta la posición «clásica» consistente en considerar al juez un mero aplicador de la voluntad de la

ley, i. e. de la voluntad popular expresada mediante la ley: el sistema de recursos sería razonablemente suficiente para que los tribunales superiores corrigiesen errores o desviaciones. Pero si, como parece inevitable, se admite que los jueces hacen algo más que aplicar el Derecho preexistente, al añadir *algo* al mismo, es necesario determinar como evitar que ese poder se convierta en inestricto, y separado del mecanismo general de *checks and balances*.

Desde la perspectiva de las presentes líneas —la legitimación democrática del juez—, las preguntas que se plantean son las referentes a los mecanismos de frenos y contrapesos, referidos al poder judicial, que puedan garantizar, primeramente, que la creación judicial del Derecho responda —con mayor o menor fidelidad— a la voluntad popular; y, coherentemente, qué mecanismos pueden servir de frenos y contrapesos al poder judicial en el supuesto de que así no sea, esto es, cuando la labor *creativa* del juez se aleje de lo que la voluntad popular democráticamente expresada considere conveniente.

7. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ

Lo dicho supone admitir un punto de partida: que el juez, como el resto de los poderes públicos (con las excepciones que se señalan) recibe su legitimación, directa o indirecta, de origen o de ejercicio, de la voluntad popular; y que esa voluntad encuentra su expresión natural en los mecanismos electorales y parlamentarios, regidos en lo sustancial por el principio mayoritario. «Voluntad popular» es pues equivalente, y no hay sustituto aceptable, a «voluntad manifestada en las elecciones» y por ello, expresada por la representación parlamentaria. No cabe, por tanto, encontrar atajos para conectar con esa voluntad, fuera de esos mecanismos, a los que de una forma u otra, y en último término, debe reconducirse la justificación de la actividad de todos los poderes del Estado.

No es común que se niegue esa legitimación última respecto del poder judicial, esto es, que se niegue que su justificación derive (por las vías que sean, directas o indirectas) de la voluntad popular. Pero no faltan ejemplos que en la práctica podrían equivaler a una «autolegitimación» del juez, es decir, a afirmar que existe un valor propio y autojustificativo en las decisiones de los jueces, que no necesitaría respaldo de esa voluntad. A este tipo de conclusiones se llega, curiosamente, por una vía que no parece la más apropiada: la invocación a la Constitución frente a la voluntad popular. En principio, se atribuiría al juez una legitimación constitucional, basada en el valor más alto de la Constitución como norma. Frente a la democracia «mayoritaria» expresada por los mecanismos electorales, habría una «democracia sustancial» que se expresaría en los mandatos constitucionales. Y la misión del juez sería conectar con esa «democracia sustancial» o con los «grandes principios» constitucionales, al margen de

—o quizás incluso, frente a— la voluntad del legislador del momento, mera expresión de la «democracia mayoritaria»²⁶. Esta perspectiva, por otra parte, suele acompañarse de una percepción negativa de la acción parlamentaria, cuya legitimación popular viene a negarse invocando la mediación de los partidos políticos, que vendrían a desvirtuar o a falsear la voluntad del pueblo. Frente a un Parlamento y un Gobierno «partidista», el juez (y alguna que otra instancia, quizás) se convertirá en el último y seguro reducto de la democracia sustancial.

Los peligros de esta posición son evidentes. Ciertamente la Constitución contiene mandatos susceptibles de comprensión unívoca y aplicación inmediata; y también, sin duda, las disposiciones ya emanadas del legislador exigen su interpretación concorde con los mandatos constitucionales, lo que por otra parte, se recoge en los artículos 5 (apartados 1 y 3) y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero, como ya se dijo más arriba, la Constitución es un marco en que caben líneas políticas de acción muy diferentes, y la selección de esas líneas corresponde a la voluntad popular que se expresa mediante el legislador. La conexión directa de la actividad del juez con los mandatos constitucionales ha de verse pues con toda la necesaria precaución: ¿completa o complementa la acción del legislador democrático, o bien la sustituye, o incluso la contradice? La mera invocación de la Constitución, en los dos últimos supuestos, no basta para la legitimación «alegal» de la actuación del juez. En realidad, la pretensión de aplicar una «democracia sustancial» se convierte en la sustitución del principio democrático por el del predominio de la voluntad judicial en nombre de unos principios lo suficientemente amplios como para cubrir decisiones claramente discrecionales, o de naturaleza evidentemente política (i. e. basadas estrictamente en las concepciones del juez como individuo o grupo, sobre lo bueno y lo conveniente para la comunidad).

La invocación de la Constitución, por sí sola, no es suficiente para otorgar una justificación genérica de la actividad «creativa» del juez, desde una perspectiva democrática. Pero cabe preguntarse si esa legitimación puede (y debe) venir por otros cauces, dada la innegable existencia de esa actividad creativa. Y la constatación es que efectivamente esos cauces existen y están presentes en muchos ordenamientos. Ahora bien, en este aspecto, por una parte, la diversidad de fórmulas existentes para conseguir una legitimación democrática del juez que se sume a su legitimidad de *ejercicio* hace imprescindible recurrir al arriesgado uso del Derecho comparado, siquiera sea en forma general; por otra, ya se señaló que quizás sea éste uno de los puntos más vidriosos y sujetos a controversia en el moderno Derecho constitucional. Pero cabe al menos aventurar una proposición

²⁶ Como ejemplo, Luigi FERRAJOLI, «Jurisdicción y democracia», *Jueces para la Democracia*, 29 (1997), págs. 3-9, defiende el papel de la jurisdicción, en defensa de la «democracia sustancial» como límite a la «democracia política». Pero separar ambos aspectos puede considerarse artificial: no puede haber democracia mayoritaria (política) sin las garantías precisas (democracia sustancial) pues éstas se justifican no por sí mismas sino como requisitos para la expresión de la voluntad popular.

inicial: la legitimación del juez para crear Derecho (incluso frente al legislador) se refuerza en la medida en que se refuerza su legitimidad democrática *de origen*, y su responsabilidad ante las fuentes (electorales y parlamentarias) de la voluntad popular. En este aspecto es donde pueden encontrarse considerables diferencias entre los sistemas de *common law* y de «Derecho continental».

8. VÍAS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA

La fórmula más directa para vincular al juez a la legitimidad popular es evidentemente la elección de los jueces por sufragio universal. De esta forma el juez se convierte, en cuanto creador del Derecho, en expresión de la voluntad del pueblo, con una justificación similar a la de la Asamblea o del Ejecutivo electos. Obviamente, esta vía es la que sitúa al juez en la posición más fuerte para justificar un papel «político». El juez, en cuanto poder del Estado, se sitúa, también en cuanto a su legitimidad, en paridad de condiciones con los demás poderes.

El sistema, como es sabido, es el seguido en gran parte de los Estados federados norteamericanos, que elevan así a su máxima consecuencia el principio democrático y de separación de poderes (los tres poderes del Estado son elegidos directa y separadamente por el pueblo). La elección popular implica, como es lógico, la limitación del mandato y, por ello, la necesidad por parte del juez de someterse periódicamente al juicio popular que suponen nuevas elecciones, con o sin oponentes.

La posición del juez elegido muestra claramente su dimensión política. Tanto en su labor estrictamente creadora del Derecho, en los términos ya mencionados del *common law* (sujeción al principio de *stare decisis*, y papel directivo de los tribunales superiores) como en su labor interpretativa y complementadora (*statute construction*) de la ley parlamentaria, como, finalmente, en su tarea de protección de la Constitución (*judicial review*) el juez se ve abocado a tener muy en cuenta un papel de instrumento de expresión de la «voluntad del Derecho» de la comunidad. La situación de «guerra entre el pueblo y la justicia» a que se refería RADBRUCH es así impensable en este sistema. La posible oposición entre las líneas políticas de la judicatura y los demás poderes del Estado tiene una solución simple, esto es, el veredicto de las urnas.

Ahora bien, y como es evidente, esta fórmula presenta graves inconvenientes: la potenciación de la legitimidad de origen puede suponer la reducción de la legitimidad de ejercicio. La aplicación de la voluntad del pueblo formalmente expresada (la ley) puede verse relegada, en favor de las preferencias que el juez crea percibir en cada momento, en el electorado, o en aquellos a quienes debe su elección o puede deber su reelección; lo que puede sufrir aquí es la independencia y la imparcialidad. La elección no garantiza en modo alguno la calidad técnica y el conocimiento del

Derecho; la dependencia del beneplácito popular y partidista (sobre todo cuando los candidatos a jueces se presentan expresamente como candidatos de un partido) puede conducir a una aplicación del Derecho excesivamente dependiente de las preferencias del momento de grupos o entidades sociales que el juez estime poderosas o influyentes en la opinión pública, en detrimento de la justicia o de la seguridad jurídica.

Quizás sean estas dificultades las que han limitado la extensión del modelo de elección popular de los jueces, que hoy se reduce (prácticamente) al ejemplo de los Estados de la Federación norteamericana. Incluso en estos supuestos se han introducido procedimientos que tratan de garantizar unos niveles suficientes de capacidad técnica y de apartidismo, manteniendo el principio de elección popular. El más común consiste en la pre-selección de candidatos por un comité de expertos (con participación de la Bar Association del Estado), y la designación por el ejecutivo del titular del cargo judicial, quien deberá someterse a una elección «confirmatoria» popular, y a reválidas electorales periódicas²⁷.

Una variedad del sistema de elección de jueces es el generalizado en los países de América Latina, esto es, la *elección por la Asamblea*, para mandatos limitados²⁸. La selección por parte de los legisladores, usualmente mediante mayorías cualificadas, y restringida a los tribunales superiores, pretende evitar los peligros derivados de la elección directa, así como conseguir un perfil suprapartidista de los jueces: es discutible que ello se logre en todos los casos, a la vista de la experiencia²⁹. Por otra parte, la posibilidad de que, en plazos predeterminados, el juez sea confirmado, o removido, por la Asamblea garantiza una vía de comunicación continua (en teoría) entre el juez y la «conciencia social» del Derecho, así como una cierta responsabilidad política derivada de su labor creadora. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que ya no nos hallamos en el marco del *common law*,

²⁷ Una exposición de las formas de selección de los jueces de los Estados de la Federación norteamericana puede encontrarse en Gregorio RUIZ, *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Barcelona, 1994, págs. 45 y ss. Particularmente interesante es la descripción del sistema llamado *Plan Missouri* adoptado en muchos Estados, y diseñado en 1940, que implica la intervención de una comisión de juristas que propone una terna de candidatos, de los que el Gobernador del Estado elige uno, que debe someterse posteriormente a una «elección de retención» (*retention election*) por el cuerpo electoral. También ZWEIGERT, *Introducción...*, op. cit., pág. 249, señala que, hasta mediados de este siglo, «parecía antidemocrático que los jueces fueran designados por el ejecutivo, y que permanecieran en su cargo durante largos mandatos o incluso de forma vitalicia».

²⁸ Para una visión introductoria de la posición de los Tribunales en los países latinoamericanos puede consultarse Héctor FIX-ZAMUDIO, «Órganos de dirección y administración del poder judicial», *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington D. C., 1993, págs. 41-63; del mismo, *Los problemas contemporáneos del Poder judicial*, México DF, 1986, así como «Ponencia general: función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos», en VV. AA., *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México DF, 1977, págs. 9-62.

²⁹ Los miembros del Tribunal Supremo son elegidos por la Asamblea (con diversas modalidades) en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana (por el Senado), Uruguay y Venezuela. La duración del mandato varía considerablemente (de 4 años en Honduras a 10 años en Venezuela), así como la posibilidad y condiciones para la reelección. La fórmula también se ha aplicado en algunas Constituciones de Europa oriental: Bulgaria (la mitad de los miembros del Tribunal Supremo), Eslovenia, Eslovaquia y Macedonia.

sino en países de tradición de «Derecho continental» o «Derecho civil», en que es la ley parlamentaria la fuente usual del Derecho. Este tipo de elección, centrado sobre todo en los componentes de los Tribunales Supremos, en las circunstancias históricas de Iberoamérica, no parece merecer un juicio especialmente favorable, al menos desde la perspectiva complementaria a la de la legitimidad democrática de origen, esto es, la legitimidad de ejercicio, y la independencia e imparcialidad en la aplicación de la ley.

Originado de nuevo dentro del sistema del *common law* (aunque adaptado en otros muchos supuestos) el mecanismo de selección de los jueces federales norteamericanos, trata de combinar las garantías de capacidad técnica e independencia del juez con una legitimación democrática de origen: la fórmula, como es sabido, consiste en el nombramiento por el poder ejecutivo (Presidente Federal, él mismo procedente de la decisión popular) con el consentimiento del legislativo (Senado), siendo el nombramiento vitalicio³⁰. Posiblemente sea éste el sistema que se ha revelado más operativo en el sentido de aunar una alta legitimación ante la opinión pública (al intervenir instancias con una legitimación democrática directa) con una innegable independencia en la aplicación y creación del Derecho. El origen de los miembros del poder judicial (y muy señaladamente, del Tribunal Supremo en cuanto instancia superior) y el procedimiento de designación, con intervención del legislativo y el ejecutivo, y una elevada transparencia ante la opinión pública, unido a la renovación continua (aunque lenta o irregular) del cuerpo judicial adaptándose a la evolución de las fuerzas políticas y su correlación, ha colocado a la jurisdicción federal, y sobre todo al Tribunal Supremo, en la posición de portavoces, altamente legitimados, de la «conciencia jurídica» del país, probablemente sin parangón en otros contextos. La idea de que el Derecho se manifiesta a través de los tribunales, en forma paralela y complementaria a las vías en que se manifiesta a través del legislativo encuentra su base en que, mediante los procedimientos señalados, el origen de los tribunales es también manifestación de la voluntad popular.

9. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL JUEZ

La conexión de la legitimación de los jueces con la voluntad popular (esto es, la imagen del juez como expresión de la «conciencia del Derecho» de la comunidad) puede también lograrse por vías negativas: es decir, no ya mediante la elección de los jueces, sino mediante la existencia de mecanismos de responsabilidad política de éstos ante instancias dotadas de le-

³⁰ El modelo norteamericano de colaboración de Ejecutivo y Legislativo en la designación de jueces se sigue, con algunas variantes, en Argentina, Brasil, México, Panamá, Paraguay y Puerto Rico. También se ha adoptado en algunas de las nuevas Constituciones de Europa Central y Oriental: Estonia, Letonia, Lituania, Rusia y Ucrania.

gitimidad democrática directa (el electorado o sus representantes). Estas vías se encuentran también desarrolladas en los países del *common law*. En efecto, en éstos no es una característica común la elección de los jueces por sufragio universal, pero sí la presencia de mecanismos de exigencia de responsabilidad *política* (distinta de la civil, penal, o disciplinaria) del juez³¹.

En el caso británico (que establece el modelo generalmente seguido, con notables matizaciones, por los países de la *Commonwealth*) los jueces son designados por el ejecutivo con carácter vitalicio o (desde recientemente) hasta su jubilación. Pero en el Reino Unido sí se sigue manteniendo una vinculación de los jueces a la voluntad parlamentaria, en forma de lo que puede considerarse una *responsabilidad política* de los jueces ante el Parlamento. El *Act of Settlement* de 1701, en efecto, estableció una figura, la *Address* (petición) parlamentaria, por la que los jueces podrían ser removidos³². La ley de 1701 establecía que los jueces conservarán su nombramiento *quamdiun se bene gesserint*, «pero se les podrá destituir a solicitud de ambas Cámaras del Parlamento» (*but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them*). Esta posibilidad es distinta de las posibles acciones basadas en transgresiones legales (mediante las vías del *scire facius* o del *impeachment*) y se refiere a los jueces de los altos tribunales. No se configura así como una vía de exigencia de responsabilidad jurídica, sino estrictamente de *responsabilidad política*, si bien su puesta en práctica ha sido limitada a pocas ocasiones.

Más debatible es si la otra vía para exigir, por órganos parlamentarios, la responsabilidad de los jueces, dando lugar a su destitución, es de carácter jurídico o político: me refiero al *impeachment* o «juicio político», presente tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, y que puede dirigirse frente a cualquier empleado del Gobierno (en el sentido del *government* anglosajón, comprendiendo todos los poderes del Estado). La característica del juicio político es que se inicia por la Cámara Baja y se juzga por la Cámara Alta (Cámara de los Lores, Senado). En el caso norteamericano no existe una posición unánime en las opiniones doctrinales sobre los supuestos en que el *impeachment* procede. El artículo II, sección 4 de la Constitución se refiere a «traición, soborno, u otros delitos o faltas graves». El sentido del término *misdeemeanor* (falta grave) es debatido: en palabras del representante (y más tarde Presidente) Gerald Ford «una infracción sometida al juicio político es aquella que, en un momento dado, una mayoría de la Cámara de representantes define así»³³. De hecho, el *impeachment* se configura como un *juicio político* y así se traduce el térmi-

³¹ En relación con esta cuestión, contiene abundante información el trabajo de Mauro CAPPELLETTI, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, 1988; especialmente, con referencia a la responsabilidad política, págs. 92 y ss.

³² Sobre este tema, ver C. H. McLWAIN, «The tenure of English Judges», en su colección de ensayos *Constitutionalism and the Changing World. Collected Papers by C.H. McLwain*, Cambridge, 1939 (reimp. 1969), págs. 297-307.

³³ ABRAHAM, *op. cit.*, págs. 42 a 48.

no en el caso, por ejemplo, de la práctica en la República Argentina, donde la institución —como otras muchas de la Constitución norteamericana— se ha trasplantado. Como señala CAPPELLETTI, en el *juicio político* los órganos que actúan son órganos no jurisdiccionales; lo que se juzga es una conducta definida en términos vagos; finalmente, la sanción es la típica sanción política, esto es, el apartamiento del cargo. De acuerdo con el artículo I, sección 3, apartado 7 de la Constitución de Estados Unidos «la sentencia en caso de *impeachment* no podrá suponer más que la pérdida del cargo, y la prohibición de desempeñar cualquier puesto honorífico, de confianza, o remunerado bajo el gobierno de los Estados Unidos, pero la persona declarada culpable podrá ser acusada, juzgada y condenada de acuerdo con la ley».

La amplia construcción legal y teórica de la responsabilidad política de los jueces (*Adress, impeachment* a lo que podría añadirse el *recall* de jueces en los Estados de la Unión norteamericana) no se corresponde con una igualmente amplia aplicación en la práctica. Y, sin embargo, no se trata de instituciones inútiles o meramente simbólicas, en cuanto a su objetivo de mantener un alto nivel de «adecuación» de la conducta de los jueces, en el ejercicio de sus funciones, a los criterios que la representación popular estime convenientes. En Estados Unidos, desde 1789, sólo ocho jueces han sido sometidos a procedimientos de *impeachment* (uno de ellos Samuel Chase, del Tribunal Supremo) y sólo cuatro fueron considerados culpables; pero un número más amplio procedió a dimitir, bajo la amenaza del *impeachment*. También han sido escasos los miembros de altos tribunales británicos sometidos a una *Adress* del Parlamento. No obstante, la mera posibilidad de la exigencia de responsabilidad parece tener consecuencias: en palabras de CAPPELLETTI, «la responsabilidad política en las naciones del *Common law* —aunque se trate de una teorización más que de una realidad— conserva un significado que no debe desestimarse. Esa idea intimidante bien puede influir en la diaria actuación de los jueces»³⁴.

10. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN LOS PAÍSES DEL CONTINENTE EUROPEO

Frente a los ejemplos señalados en el epígrafe anterior, en los países de Europa Occidental integrados en el sistema de *civil law* (predominio del principio de legalidad) es radicalmente inexistente cualquier atisbo no ya de elección popular, sino de responsabilidad política del juez; aún más, es prácticamente inexistente cualquier vínculo entre el poder judicial y la expresión parlamentaria de la voluntad popular, de manera que ésta pueda influir sobre aquellos aspectos «creativos» de la acción judicial que vayan más allá de la mera aplicación de la ley aprobada por el Parlamento.

³⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pág. 44.

Por lo que se refiere a la ausencia de responsabilidad política³⁵ (que en otros países se traduce en el sometimiento de los jueces a elecciones periódicas, el procedimiento del *recall*, en la eventual *Address*, en el caso británico, o en el juicio político), se manifiesta, en la tradición europeo-continental, en la adscripción *permanente* (hasta la jubilación) a un cuerpo de funcionarios del Estado. Si se estudia desde la perspectiva comparada, la situación del juez europeo-occidental (sobre todo si se consideran los más altos tribunales) lejos de ser la regla, constituye un caso anómalo, distinto de las pautas vigentes en América del Norte y el Sur, en los países de la *Commonwealth*, y en las nuevas democracias de Europa Central y Oriental; sobre todo en lo que se refiere a la impermeabilidad absoluta de la judicatura en relación con otras instancias o poderes del Estado, y, especialmente, el poder legislativo. Este, ciertamente, dispone del poder de emitir normas vinculantes para el poder judicial; pero ahí acaba su posibilidad de influencia. Con respecto a las tareas «creativas» del juez —interpretación, creación judicial del Derecho, aplicación de la Constitución— el Parlamento, y, por extensión, el electorado, carecen de intervención alguna, ni por la vía del nombramiento de los jueces, ni por la vía de una eventual exigencia de responsabilidad política.

Esto no quiere decir que los jueces sean irresponsables: no lo son desde luego en España, en que la Constitución establece expresamente que los jueces son «independientes, inamovibles, *responsables* y sometidos únicamente al imperio de la ley». Lo que ocurre es que esa responsabilidad, en sus aspectos civil, penal y disciplinario, se refiere al cumplimiento de la legalidad: es una responsabilidad jurídica, que se remite a unos criterios o cánones objetivos, verificables y establecidos en la ley³⁶. Pero esa responsabilidad (a diferencia de los ejemplos puestos de manifiesto más arriba) no se extiende al aspecto político de la función judicial, esto es, a la creación del Derecho, y a la conformidad de esa creación, en cuanto establecimiento de reglas generales, con la voluntad popular. Responsabilidad que, como es evidente, nada tiene que ver con el control interno que supone el sistema de recursos, ni cuya eventual exigencia afecta al principio de *res iudicata*, esencial para la seguridad jurídica.

Tampoco, en la tradición judicial europea, se ha establecido un vínculo con la voluntad popular por la vía de la legitimación democrática de origen de los jueces, esto es, por la elección popular o parlamentaria: la tradición europea del juez-funcionario asimilaba su *status* y designación (hasta muy recientemente) a la de los funcionarios dependientes del poder

³⁵ Una excepción, señalada por CAPPELLETTI, *op. cit.*, pág. 47, pudiera ser la *Richteranklage* prevista en la Ley Fundamental de Bonn, art. 98.

³⁶ Sobre estos temas, Luis María Díez-PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, págs. 106-110, apartado «La responsabilidad de los jueces». También J. GABALDÓN LÓPEZ, «Control democrático del poder judicial», y F. MARÍN CASTÁN, «Control democrático y legitimación del Poder Judicial», ambas en *Poder Judicial*, número especial XI (1989), págs. 77-85 y 99-111, respectivamente.

ejecutivo, y, como consecuencia, el papel fundamental en su designación correspondía (y aún corresponde en varios casos) al Ministerio de Justicia. Han estado ausentes de los modelos europeos de configuración del poder judicial no sólo la elección de jueces (o al menos la participación en la designación, según el modelo norteamericano referido a los jueces federales) por instancias populares o parlamentarias, sino su usual correlato, la *limitación del mandato*, y la necesidad de someterse a una eventual reelección.

No deja de llamar la atención el hecho de que estas notas (intervención parlamentaria en la designación de jueces y limitación de su mandato, a veces sin posibilidad de reelección) sí se tuvieron en cuenta, apartándose radicalmente del modelo judicial tradicional, en la regulación de un nuevo tipo de tribunales, cuya relevancia política era evidente, como son los tribunales constitucionales implantados en la primera, y, sobre todo, la segunda posguerra. La configuración de estos tribunales vino a seguir unas pautas mucho más parecidas a las propias de los tribunales de origen político (como los tribunales de los Estados federados norteamericanos, o las cortes supremas de Latinoamérica) que a las correspondientes a los tribunales supremos europeos. La elección total o predominantemente parlamentaria es actualmente la tónica general, así como la limitación del mandato de los miembros de esos Tribunales, también, como regla general, ilegibles. Así y todo, los tribunales «ordinarios» han permanecido dentro de la tradición europea que exige la ausencia de contacto directo de los jueces (tanto por vía de designación como de exigencia de responsabilidad) con las fuentes de la voluntad popular, esto es, el electorado y el Parlamento.

Hemos utilizado el término «contacto directo». Pues, en efecto, a partir de los años cuarenta, y más acusadamente en las últimas décadas del siglo, se han ido instrumentando vías que permiten una relación de tipo indirecto de los jueces con la representación de la voluntad popular, haciendo disponible una cierta legitimación democrática *de origen* del poder judicial. Estos instrumentos son los Consejos de la Magistratura, al menos en alguna de sus versiones.

11. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA

Es evidente que los Consejos de la Magistratura, como órganos de gobierno del poder judicial no nacieron precisamente para asegurar la vinculación de los jueces a la legitimación democrática por vía de una conexión con las instancias parlamentarias o electorales. La tradición de la judicatura continental europea excluía cualquier legitimación del poder judicial que no derivara de la justificación *de ejercicio*, de la aplicación de la ley parlamentaria. El juez elegido había sido prácticamente inexistente en la historia del constitucionalismo europeo, y la selección del cuerpo de jueces aparecía como «naturalmente» vinculado al Ministerio de Justicia, a

quien correspondía también el gobierno de los jueces, en sus aspectos presupuestario y disciplinario. Los Consejos de la Magistratura (en las Constituciones francesa de 1946, italiana de 1948, y posteriormente en las Constituciones portuguesa y española) aparecen como una fórmula para evitar lo que se consideraba indebida influencia del poder ejecutivo en el judicial: el objetivo que perseguía su creación era salvaguardar la *independencia* de los Tribunales, resguardando al poder judicial del influjo de otros poderes del Estado.

El acento en el valor de la independencia ha conducido en ocasiones a propugnar que los Consejos de la Magistratura se configuren como órganos de *autogobierno* del poder judicial, a semejanza de aquellos sistemas en que la dirección organizativa de ese poder corresponde a los más altos órganos jurisdiccionales (Tribunales Supremos) como suele ocurrir aún en los países iberoamericanos³⁷. El concepto de autogobierno supone dos corolarios: que los miembros del Consejo, en su totalidad o en su mayoría, sean jueces, y que esos miembros (o su mayoría) sean elegidos por los mismos jueces.

Pero si este tipo de propuestas puede quedar justificado desde el punto de vista que pone el acento en la defensa de la independencia, esa justificación resulta mucho más dudosa dada la perspectiva del principio democrático. Por una parte, porque el gobierno de los jueces (que no implica, ni puede implicar, la sustitución del papel del juez individual en la adopción de decisiones jurisdiccionales) supone la adopción de decisiones que pueden y deben evaluarse políticamente, en cuanto que son decisiones basadas en criterios de oportunidad, relativas a gestión de recursos, política de selección y formación, política de ascensos y promociones, y política disciplinaria. Como tales decisiones políticas no pueden quedar desligadas de alguna intervención (con todos los matices que sean del caso) del sujeto de la soberanía, y su representación parlamentaria, al afectar, más allá del ámbito judicial, a toda la comunidad, en cuanto usuaria del «servicio público» de la justicia. Por ello, y aun manteniendo como objetivo de los Consejos de la Magistratura la preservación de la independencia del poder judicial, la intervención parlamentaria en la formación de esos Consejos resulta obligada, si no quiere crearse un órgano de decisión, de innegable relevancia en el funcionamiento del Estado, separado del principio general de legitimación democrática de los poderes del Estado³⁸.

³⁷ Una interesante exposición de las formas de autogobierno en el «modelo americano» del poder judicial, y sus diferencias con los modelos europeos de gobierno de ese poder puede encontrarse en Ricardo HARO, «El poder judicial en la reforma constitucional argentina: el Consejo de la Magistratura», en VV. AA., *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1996, págs. 187-196. En muchos países de Iberoamérica se han creado Consejos de la Magistratura, pero su posición y funciones difieren considerablemente de las europeas, como explica HARO. Sobre esta cuestión versa, también en el mismo volumen, mi trabajo «Algunas consideraciones sobre los Consejos de la Magistratura», págs. 169-185.

³⁸ Me remito en esto a las consideraciones efectuadas en mi trabajo *Democracia y división de poderes*.

Pero, además, la conveniencia del origen parlamentario de los Consejos de la Magistratura se hace particularmente visible si se tiene en cuenta la necesidad de legitimación democrática del juez en cuanto órgano creador del Derecho; necesidad que va más allá de la legitimación *por el ejercicio* (es decir, por la sujeción a la ley). La creación judicial del Derecho de acuerdo, en último término, con los criterios y la voluntad de la comunidad, sólo quedará garantizada si existe algún lazo entre esa voluntad y la formación de los órganos judiciales, de manera que en éstos, en su tarea de interpretación y creación del Derecho, se manifieste el «espíritu jurídico» presente en la comunidad; no, desde luego, como una imposición de la mayoría del momento en la resolución de casos concretos, sino como traslación de los criterios generales presentes en la sociedad sobre qué debe ser y cómo debe aplicarse el Derecho.

No puede negarse que la misma renovación generacional de los integrantes del Poder Judicial asegura una adaptación de éstos a las nuevas tendencias en la conciencia jurídica de un país. Pero la cuestión estriba sobre todo, según se indicó, en el ajuste a esa conciencia de los órganos creadores de la jurisprudencia, esto es, los Tribunales Supremos. El ajuste permanente de éstos a la evolución de la cultura jurídica, y de las opiniones sobre el Derecho es la mejor garantía de que la creación judicial del Derecho no supondrá enfrentamientos con la voluntad popular manifestada a través de los cauces democráticos usuales. La designación de los miembros de los Tribunales Supremos reviste pues una notable importancia para la legitimación democrática del poder judicial, contemplada, como se ha dicho, desde una perspectiva amplia, es decir, como una coincidencia entre «conciencia colectiva» y «conciencia judicial» del Derecho.

Pues, en efecto, a los Tribunales Supremos les corresponde —mediante su jurisprudencia— orientar la dirección del Derecho judicial en su labor creadora, bien a través de la interpretación de las leyes, bien mediante su suplencia en caso de inexistencia de Derecho escrito. La función del Tribunal Supremo (como, en otro ámbito, la del Tribunal Constitucional) es en este sentido una función política, que va más allá de la mera aplicación de las leyes³⁹. Y, descontada, en virtud de la tradición europeo-occidental, la conexión entre Tribunal Supremo y Asamblea por la vía de la elección (o participación en la designación, como en el caso norteamericano), la fórmula de los Consejos de la Magistratura aparece como singularmente adecuada para establecer esa conexión legitimadora, en cuanto esos Consejos tengan, ellos mismos, un origen parlamentario, derivado así, siquiera sea indirectamente, de la voluntad popular⁴⁰.

³⁹ Sin llegar a esta expresa conclusión, tal parece ser el resultado a que llegarían las tesis expuestas por Pascual SALA SÁNCHEZ, en *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, Madrid, 1995.

⁴⁰ Una exposición completa y sistemática de la composición y funciones de los Consejos de la Magistratura en España puede hallarse en el volumen publicado por el Consejo de Europa *The role of the Judicial Service Commission*, Strasbourg, 1995.

La introducción de los Consejos de la Magistratura, en cuanto dispongan de una (total o mayoritaria) legitimación parlamentaria y ostenten la competencia para la designación de los componentes del Tribunal Supremo puede suponer una adaptación al entorno europeo de los métodos de legitimación democrática, electoral o parlamentaria, de la judicatura típicos de los países de Norte y Suramérica y más recientemente de Europa Central y Oriental. Se trata, sin duda, de una alternativa «débil», frente a la elección por sufragio popular, o el nombramiento por el Parlamento, o, conjuntamente por el Parlamento y el Ejecutivo. Pero supone sin duda un avance, en cuanto a la legitimación del Poder Judicial, al convertir a sus componentes en expresión —si se quiere indirecta, pero expresión al fin, a través de varios filtros y controles— de la opinión popular en cuanto a las líneas, forzosamente en forma general, que debe seguir la creación del Derecho. Mediante la intervención de los Consejos de la Magistratura la integración de los tribunales superiores no es ya el resultado ni de un proceso interno, por cooptación o por antigüedad dentro de la carrera judicial, ni de la acción combinada de la antigüedad y la elección por el ejecutivo. La selección de los jueces (sobre todo en los niveles superiores) por un órgano dotado de legitimación parlamentaria, y representativo de las corrientes o tendencias ideológicas y políticas presentes en la sociedad implica —con todas las precauciones necesarias— una vía de comunicación continua entre sociedad y judicatura, más ágil que la mera renovación generacional del personal judicial.

Esta concepción de la función legitimadora del Consejo de la Magistratura, así y todo, no deja de plantear considerables cuestiones. Desde luego, la primera de ellas consiste en cómo conjugar dos tareas de los Consejos tan aparentemente contrapuestas como, por una parte, garantizar la independencia de los jueces frente a todo influjo de otros poderes del Estado, y, al mismo tiempo, y por otra parte, garantizar que la creación judicial del Derecho va a reflejar las tendencias presentes en la conciencia social sobre el Derecho y su papel. La acomodación de ambas exigencias —ser garantía de independencia y a la vez fuente de orientación de la judicatura— sólo será posible mediante procedimientos de selección de los integrantes de los Consejos que eviten el influjo partidista, y aseguren su representatividad de las corrientes de opinión jurídicas del momento.

Un segundo problema aparece estrechamente conectado al ahora expuesto. Si la creación del Derecho se configura, como se ha dicho, como una tarea política, este carácter lo revestirá aún en mayor medida la función de seleccionar a los jueces que van a llevar a cabo esa tarea creadora. La función selectiva (como las demás encomendadas usualmente a los Consejos, tales como la inspectora, o la disciplinaria) puede llevarse a cabo —como la misma creación e interpretación del Derecho— en forma que pueda resultar más o menos acertada, esto es, más o menos conforme con la «voluntad del Derecho» de la comunidad; un Consejo puede refle-

jar, en sus opciones, los sentimientos y opiniones jurídicas socialmente dominantes en su momento, o puede errar en el cumplimiento de esa función. Y, como toda actividad política libre, ello convierte a su autor, al Consejo, en sujeto de una evaluación por parte de los representantes de la voluntad popular. Llevando el argumento al extremo, los miembros de los Consejos de la Magistratura, a quienes la voluntad popular encomienda un conjunto de tareas deberían ser responsables ante esa voluntad (o sus representantes) por la adecuación de su comportamiento a las tareas que se les ha encomendado. Ciertamente, las características del órgano, y las funciones que se le encomiendan, relativas a la salvaguardia de la independencia judicial, impiden que esa responsabilidad se plasme en fórmulas como las aplicables a otras instituciones —como puede ser la moción de censura parlamentaria y la remoción del cargo—. Pero sí cabe al menos postular, como reflejo de la responsabilidad de los Consejos, que se produzca una transparencia continua de su actuación, en forma de un permanente «dar cuenta» de su actividad a los ciudadanos y sus representantes. En último término, serán estos representantes quienes deberán responder, ante el electorado, de la adecuación de su elección de los miembros del Consejo⁴¹.

12. ALGUNAS CONCLUSIONES

El papel de los Consejos de la Magistratura puede resultar (aun habida cuenta de todos los problemas que se han examinado) de notoria importancia, no sólo como garante de la independencia del poder judicial (como órgano de gobierno) sino como vía para la traducción de la voluntad del Derecho de la comunidad a la voluntad de Derecho de los jueces, aun sin recurrir a fórmulas como la elección popular de éstos. Para ello, parece que deberían darse algunas condiciones:

a) Primeramente, que los mismos Consejos de la Magistratura ostenten una legitimación democrática, de manera que efectivamente representen una expresión de la «voluntad jurídica» de la comunidad. El Consejo de la Magistratura, como se vio, es un órgano político, en cuanto no es mero ejecutor de la ley, sino un órgano que adopta decisiones con criterios de oportunidad. Esto, por un lado, prima el origen parlamentario de sus miembros, como forma de lograr que éstos representen la voluntad popular expresada por los cauces típicos del régimen democrático, lo que no es óbice a la exigencia de determinadas cualidades técnicas y profesionales de sus miembros: así, la exigencia del art. 122.3 CE de que doce de

⁴¹ Me remito de nuevo a mi trabajo *Democracia y división de poderes*, cit. También, ver Miguel CARMONA RUANO, «La legitimidad democrática de la justicia», en VV. AA., *El sistema judicial en España*, Madrid, 1986, págs. 65-69.

los componentes del CGPJ sean jueces o magistrados, que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como encaminado a «asegurar que la composición del Consejo *refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad* y muy en especial en el seno del poder judicial» (STC 108/1986). Y al tiempo la legitimación democrática exige, no sólo un contacto permanente de este tipo de Consejos con las corrientes del pensamiento y crítica del Derecho en cada momento, sino también una rendición continua de cuentas a las instancias parlamentarias y de la opinión pública.

b) La designación de los integrantes de los Tribunales Supremos por el Consejo de la Magistratura, si éste tiene una legitimación parlamentaria, supone la vía de conexión de esos tribunales con la «conciencia jurídica» de cada momento. Ello implica la necesidad de un cierto margen de libertad en la selección de este tipo de jueces por el Consejo de la Magistratura. Pero no basta sólo, para que cumplan su función, con que los magistrados integrantes de los Tribunales Supremos reúnan los requisitos de capacidad técnica exigibles de los jueces en general, sino que, dada la misión de *creadores* del Derecho, deben además tener una calificación que debe claramente definirse como *política*: esto es, la de reflejar adecuadamente la cultura y la opinión jurídica de la sociedad, las posiciones prevalentes en ésta sobre los «grandes temas» del Derecho. Un juez del Tribunal Supremo tiene una función cualitativamente distinta de la del resto de los jueces, al potenciarse su dimensión creadora del Derecho, y por ello, forzosamente vinculado a la sensibilidad social de momento.

c) Todo ello conduce a concluir que para que los altos órganos judiciales, integrados en forma que reflejen el sentimiento jurídico de la colectividad, puedan en la práctica orientar la acción de los tribunales, y legitimar así *democráticamente* la labor creadora de éstos, deben disponer de una amplia capacidad revisora, de manera que puedan pronunciarse sobre todo tipo de casos, sin que existan áreas del Derecho que queden exentas del examen del Tribunal Supremo. La restricción del acceso a vías como la casación (por la cuantía, o por el tipo de procedimiento) trae como consecuencia la imposibilidad real de que los Tribunales Supremos puedan establecer pautas jurisprudenciales en materias que, en muchos casos, son las que más directamente afectan a grandes sectores de la población; frente a ello, la consolidación del Tribunal Supremo como *tercera instancia*, (en cuanto jurisdicción de apelación frente a la Sentencia de apelación) le obliga a centrar sus actuaciones muchas veces en materias en que su función de creación del Derecho es inexistente, en perjuicio de aquellos casos en que esa función resulta necesaria. La potenciación de la legitimación democrática del juez pasa pues no sólo por la potenciación del papel de los Consejos de la Magistratura, sino también por una reformulación del papel del Tribunal Supremo, de manera que en la actuación de éste se una la capacidad de incidir en todas las áreas del Derecho a la posibilidad de

seleccionar los supuestos en que su labor de creación del Derecho sea más conveniente. De esta manera, el Tribunal Supremo podrá llevar a cabo su labor de traducir a pautas normativas una voluntad popular que, si no está expresada en las leyes, sí se ve reflejada, en forma indirecta, en la composición de esos tribunales.

El Parlamento en la era global

Joaquín García Morillo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. La disminución del protagonismo parlamentario. 2. La inadecuación de las estructuras parlamentarias a las características de la sociedad actual. 3. Un Parlamento ácrono: el tiempo parlamentario y el tiempo social en la actividad legislativa. 4. La mutación del control parlamentario: ¿hacia un control de la minoría por la mayoría?—II. EL PARLAMENTO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: 1. La perspectiva clásica: la comunicación como medio. 2. Una fase de transición: la comunicación como fin. 3. El Parlamento como foro de la producción política de los medios de comunicación. 4. El tiempo parlamentario y el tiempo informativo.—III. EL PODER JUDICIAL ENTRA EN ESCENA: 1. La insatisfacción por la eficacia del control parlamentario y la huida hacia los juzgados. 2. La suplantación del Parlamento por los Tribunales.—IV. LA REPARLAMENTARIZACIÓN DE LA POLÍTICA: 1. La base de partida: ajustar lo formal a lo real. 2. Algunas atrevidas propuestas para revitalizar el Parlamento.

I. INTRODUCCIÓN

1. *La disminución del protagonismo parlamentario*

Los últimos años de la actividad política e institucional se han caracterizado en diversos países europeos —en particular, en los latinos, pero no sólo en ellos: también, por ejemplo, en el Reino Unido, Bélgica o Austria— por una muy intensa conflictividad política que ha obedecido, en gran medida, a la afloración de fenómenos de corrupción que han elevado notablemente el voltaje de la confrontación política. Por encima de la justificada indignación que esos fenómenos han provocado, lo que más llama la atención, desde una perspectiva institucional, es el bajo perfil que, en casi todos los casos, han tenido las actuaciones parlamentarias, especialmente perceptible si se lo compara con el creciente protagonismo de los medios de comunicación o de algunos órganos judiciales.

En efecto, es innegable que los máximos protagonistas de los más destacados acontecimientos políticos recientes han sido, al menos en el momento inicial, ajenos al Parlamento, y aun a la «sociedad» política si ésta se entiende reducida a gestores y cargos públicos o partidarios. En casi todos los países de Europa Occidental los medios de comunicación y el poder judicial han salido al escenario y han cobrado un protagonismo que seguramente no tiene precedentes. Aunque el Parlamento ha sido el lugar de plasmación —la «caja de resonancia» de la que hablaban en el primer tercio del siglo los partidos obreros— de la actuación de esos actores extraparlamentarios, la generación de los acontecimientos y de las subsiguientes actitudes políticas ha sido manifiestamente extraparlamentaria, como extraparlamentario ha sido también, en buena medida, el debate político.

Y extraparlamentaria es, también, la gestación de la mayor parte de las iniciativas políticas de relieve. Por sólo referirse a la actualidad más reciente, es notorio que las más importantes decisiones políticas de esta Legislatura —la modificación del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, el concierto para la Comunidad Autónoma del País Vasco, la «Ley del Fútbol» o la regulación de las plataformas televisivas digitales— han sido adoptadas fuera de las Cortes Generales y al margen de ellas, hasta el punto de que ni siquiera las resultó posible introducir modificaciones mínimamente significativas.

2. *La inadecuación de las estructuras parlamentarias a las características de la sociedad actual*

Ocioso es decir que las causas de este fenómeno son muchas y muy variadas, y la mayoría de ellas tienen difícil abordaje y aun peor solución, en la medida en que obedecen a muy diversas etiologías sociales. Pero todas ellas están presididas por un fenómeno de carácter general: la dificultad de adaptación de la institución parlamentaria a las características de la sociedad actual. En realidad, la configuración de los tres poderes estatales básicos data de mucho tiempo atrás, y tal vez respondía adecuadamente a los rasgos de la época en la que vio la luz; pero de esos tres poderes, sólo el ejecutivo ha tenido —por muy diversas razones, entre las que se incluyen su mayor flexibilidad estructural y un más intenso grado de exigencia social— una capacidad de adaptación a las circunstancias cambiantes que permita calificar su actual configuración de ajustada a las demandas sociales; el poder legislativo y —tal vez, sobre todo— el poder judicial se han manifestado, por el contrario, incapaces de metamorfoarse en la medida requerida para hacer frente a los imperativos del presente.

Las instituciones parlamentarias siguen teniendo, de hecho, la misma estructura básica que en los Parlamentos medievales preconstitucionales, y no pocos de entre ellos tienen una configuración muy semejante a la de siglo y medio atrás. Como hace ya tiempo apuntó ROSSANO, los Parlamentos son instituciones del siglo XIX para el siglo XX, incapaces de ofrecer una respuesta

satisfactoria a las exigencias de la sociedad pluralista y democrática que están llamadas a representar¹. De hecho, algunas de sus pautas estructurales, como los períodos de sesiones o las largas vacaciones parlamentarias son enternecedoramente vetustas: en una sociedad en la que el tiempo se mide por centésimas de segundo, el Parlamento deja sin aprobar leyes nucleares porque no sólo necesita años para tramitarlas sino que, además, todo lo realizado carece de valor si en el entretanto acontece la disolución; y, así, para aprobar un Código Penal ajustado a los mandatos constitucionales han sido necesarios cuatro Proyectos de ley —uno con mayoría de UCD y tres con mayoría del PSOE— sin que el argumento del cambio de mayoría sirva para nada, ya que tres de ellos fueron remitidos con una misma mayoría parlamentaria.

Es verdad que, sobre todo después de la II Guerra Mundial, atravesaron el fenómeno conocido como *racionalización*; pero la racionalización pretendía, exclusivamente, un ajuste de la institución parlamentaria a los sistemas de partidos —o de éstos a aquella; no está claro quién fue el sujeto pasivo del ajuste— al objeto de asegurar la gobernabilidad y evitar los tan temidos vacíos de poder. La racionalización afectaba, por consiguiente, a las estructuras parlamentarias en tanto que estructuras institucionales, pero no incrementaba en nada la capacidad de ósmosis de la institución parlamentaria respecto del cuerpo social; antes al contrario, la racionalización maximizada, como la que se ha desarrollado en España, y a la que hemos denominado *estructuración*², encorseta aún más el transcurso de la vida parlamentaria. En realidad, las Cortes Generales se han visto expuestas a una auténtica sobre-dosis de estructuración, sin duda necesaria y funcional en los albores de la democracia parlamentaria, pero que en la actualidad, y en la medida en que introduce rigideces adicionales, dificulta en mayor medida la interrelación entre la institución parlamentaria y la sociedad. De ahí que, paradójicamente, las propuestas de modificación del Reglamento del Congreso de los Diputados parezcan caminar en la senda de eliminar tales rigideces y facilitar la actuación del parlamentario individual, al objeto de posibilitar una mejor comunicación entre representante y representados³.

3. *Un Parlamento ácrono: el tiempo parlamentario y el tiempo social en la actividad legislativa*

La consecuencia es un Parlamento notablemente desajustado, en sus características, métodos de organización y pautas de comportamiento, res-

¹ Cfr. Claudio ROSSANO, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Casa Editrice Eugenio Jovene, Nápoles, 1972, pág. 66.

² En «Mitos y realidades del parlamentarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9 (1991), págs. 120 y ss.

³ Así, se propone que hasta diez diputados por grupo parlamentario puedan manifestar su opinión personal, diferenciada de la del grupo a que pertenecen, en los debates sobre Proyectos de ley; por otro lado, el debate legislativo en Pleno se modificaría, sustrayendo de él toda controversia sobre las enmiendas, que quedaría relegada a las Comisiones. Ver, al respecto, *Cinco Días* de 16 de junio de 1997.

pecto de la sociedad en que vive. Un Parlamento ácrono, que vive fuera del tiempo: fuera del tiempo legislativo, fuera del tiempo del control parlamentario —vale decir, fuera del tiempo político— y fuera también, en sus más importantes facetas, del tiempo presupuestario.

En efecto, como espero que las líneas que siguen pondrán de relieve, el Parlamento está dejando, a velocidad uniformemente acelerada, no ya de ser el eje del sistema político, que eso nunca lo fue entre nosotros, sino también de ser el escenario principal del sistema. La manifiesta disminución de su capacidad de control, la evidente incapacidad de actuar de conformidad con los ritmos no ya exigidos, sino impuestos por la sociedad de hoy, su alejamiento, en fin, de la esfera de lo real, de lo políticamente relevante, y su confinamiento en la esfera de lo formal, de lo que sólo formalmente es relevante, se traducen, como se advirtiera ya tiempo atrás, en un progresivo vaciamiento de la función de poder de la institución parlamentaria⁴.

La acronía parlamentaria, el desfase entre sus ritmos de funcionamiento y los que la sociedad actual demanda, se ponen claramente de relieve, también, en el ejercicio de la función legislativa. Si el ya mencionado ejemplo de la necesidad de cuatro sucesivos intentos en sendas legislaturas para poder aprobar un Código Penal no fuera suficiente para poner de manifiesto los indeseables efectos de las rigideces reglamentarias sobre la producción legislativa, la experiencia más reciente nos ofrece algún otro ejemplo clamoroso de la minusvalía parlamentaria para afrontar con la rapidez exigible la satisfacción de las demandas sociales. Se trata del Decreto-ley que modifica los sistemas de contratación laboral, sobre cuyo contenido había completo acuerdo, tanto como sobre la conveniencia de que entrara en vigor con cierta rapidez; fue este último factor el que empujó a que una medida legislativa de tal entidad se aprobase, con el consentimiento general, como Decreto-ley. No se trataba, aquí, de una de las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad a las que cabe hacer frente mediante el Decreto-ley, sino sólo del reconocimiento expreso de que la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas impide, incluso si hay acuerdo general, la deseable prontitud en su aprobación: del reconocimiento, en suma, de que el Parlamento no está capacitado para hacer lo que debe hacer —ejercer su potestad legislativa— de conformidad con los ritmos exigidos en la sociedad actual. El Parlamento se enfrenta, en definitiva, a lo que SARTORI denominó un *surmenage* crónico, a la incapacidad de hacer frente con la celeridad exigible a la demanda de producción legislativa que se le plantea con sus medios materiales y personales, con sus inveteradas pautas de comportamiento y con sus anticuados métodos de trabajo⁵.

⁴ Cfr. Johannes AGNOLI y Peter BRUCKNER, *La transformación de la democracia*, Siglo XXI, México, 1971, pág. 67.

⁵ Cfr. Giovanni SARTORI, «L'avenir des Parlements», *Bulletin SEDEIS*, n.º 74 (1964), pág. 31.

4. *La mutación del control parlamentario: ¿hacia un control de la minoría por la mayoría?*

Por lo demás, no es ocioso señalar que el control parlamentario del gobierno está experimentando, en todas partes, algunas transformaciones significativas, seguramente inducidas por su posible repercusión informativa. Una de las transformaciones que merece destacarse afecta a uno de los instrumentos clásicos de control, las preguntas parlamentarias. Ya en las legislaturas anteriores se habían utilizado con profusión las preguntas parlamentarias por parte de los parlamentarios de la mayoría. Con ello se conseguían dos objetivos: por una parte, se ofrecía al ejecutivo la posibilidad de exponer públicamente algunos aspectos de su política que no habían cobrado, a su juicio, suficiente repercusión informativa, algo en sí no criticable⁶, pero para lo cual existen otros mecanismos parlamentarios; el segundo propósito, inconfesado y más criticable, es el de minorar, mediante la utilización del cupo de preguntas que corresponde a la mayoría, que por una absurda utilización de un criterio estrictamente numérico es mayor que el de las minorías, el cupo susceptible de ser utilizado por la minoría, reduciendo así, en suma, el número de preguntas reales a las que los miembros del gobierno habrán de contestar.

En la Legislatura actual parece gestarse, sin embargo, un nuevo concepto de control parlamentario o, para ser más precisos, una innovadora utilización de los más característicos instrumentos del control parlamentario, consistente en que son los parlamentarios de la mayoría que apoya al gobierno los que formulan preguntas, para ser contestadas por los miembros del gobierno, pero relativas, directamente, al gobierno anterior y por tanto, indirectamente, a la actual minoría parlamentaria⁷.

Aún más significativo es lo acontecido con las Comisiones de Investigación. En efecto, ante la solicitud de uno de los grupos parlamentarios minoritarios de crear una Comisión de Investigación para investigar posibles abusos de poder frente a los medios de comunicación, el grupo parlamentario de la mayoría replicó solicitando, a su vez, la constitución de una Comisión de Investigación que investigase hechos semejantes durante el período comprendido entre 1982 y 1996. El portavoz del grupo parlamentario de la mayoría manifestó, además, que retiraría dicha solicitud si previamente se retiraba la solicitud relativa a la Comisión demandada por la oposición⁸.

Surge, así, lo que pudiéramos denominar el *contracontrol*, esto es, la utilización de los instrumentos del control parlamentario del gobierno

⁶ Este mecanismo fue utilizado, por ejemplo, por el Primer Ministro británico, Tony Blair, para hacer pública, nada más tomar posesión de su cargo, la prohibición de las minas antipersonales: ver *The Guardian* de 22 de mayo de 1997.

⁷ Véanse, por ejemplo, las preguntas formuladas en el Pleno del Congreso de los Diputados por los Diputados del grupo Parlamentario Popular Sres. López-Medel Bascones, Milián Mestre y Fernández de Mesa (Diario de Sesiones del Congreso, VI Legislatura, n.ºs 57, 75 y 81, respectivamente).

⁸ Ver *El País* de 24 de mayo de 1997. Las afirmaciones citadas vienen entrecomilladas.

para impedir que dicho control parlamentario pueda llevarse a cabo o para, subsidiariamente, equilibrarlo políticamente —seguramente sería más preciso decir *mediáticamente*— con una suerte de control paralelo ejercido desde la mayoría hacia la, o las, minorías parlamentarias. Pero ocioso es decir que los instrumentos de control parlamentario no están concebidos para tal fin, sino para controlar al gobierno precisamente en su calidad de tal, esto es, en cuanto que investido por el Congreso de los Diputados, como representante del titular de la soberanía, para desarrollar las funciones que constitucionalmente tiene asignadas.

II. EL PARLAMENTO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. *La perspectiva clásica: la comunicación como medio*

El fenómeno más llamativo de los últimos tiempos es precisamente el de una nueva relación entre los medios de comunicación y la actividad política en general y parlamentaria en particular.

La relación entre actividad parlamentaria y comunicación, es cierto, ha existido siempre. De hecho, la obtención de publicidad es no ya un ingrediente imprescindible de las actuaciones parlamentarias, sino su misma finalidad. Hace ya casi noventa años que MICELLI señaló que la publicidad, y no otra cosa, era lo que confería fuerza a preguntas e interpelaciones⁹. De hecho, la publicidad de sus actuaciones es, con carácter general, una de las principales garantías que el Parlamento aporta al sistema democrático. Aunque no falten optimistas que piensen que alguna vez, en algún debate de algún Parlamento, algún parlamentario podrá llegar a convencer a algún colega de otro grupo diferente al suyo, es de sobra sabido que los argumentos de la minoría difícilmente conmoverán a la mayoría, y es por eso mismo claro que tales argumentos están, sobre todo, destinados a tener repercusión en el exterior de la Cámara¹⁰ y es, por lo tanto, su capacidad de conmover a la opinión pública lo que permite mensurar su eficacia¹¹. Los instrumentos parlamentarios serían, así, útiles en la medida en que, a través de los medios de comunicación, sirven para transmitir al electorado información sobre la actividad del gobierno, y sobre la valoración que ello merece a la oposición, a la que, de otra forma, no se tendría acceso¹².

La vinculación entre actividad parlamentaria y publicidad alcanza su culminación, probablemente, con la presentación de la moción de censura que se sabe de antemano condenada al fracaso, dada la relación de fuerzas vigente en la Cámara: si se presenta no es, evidentemente, para forzar

⁹ Cfr. Vincenzo MICELLI, *Il diritto d'interpellanza*, S.E.L., Milán, 1908, pág. 56.

¹⁰ Cfr. Quentin HOGG, *The purpose of Parliament*, Blandford Press, Londres, s. f., pág. 145.

¹¹ Cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, pág. 814.

¹² Cfr. Giorgio RECCHIA, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1979, pág. 337.

la imposible caída del Gobierno, sino para activar un mecanismo que permite una indudable repercusión en la opinión pública de la crítica al Gobierno¹³. De ahí, de la publicidad que alcanzan el debate y el programa alternativo deriva, seguramente, el carácter de «arma nuclear estratégica» que la moción de censura reviste, así como la resistencia a utilizar este mecanismo, aun cuando las circunstancias parezcan exigirlo, si no se desea afrontar un debate público sobre el candidato y el programa alternativos.

En la perspectiva clásica, en fin, el Parlamento tenía como principal finalidad el procurar difusión pública de las actividades políticas; el Parlamento operaba, como CRICK expresó muy plásticamente, «como el tono y el amplificador de un sistema de comunicación»¹⁴.

2. *Una fase de transición: la comunicación como fin*

Esta perspectiva tradicional parece claramente superada en los últimos tiempos, al menos en España. En efecto, la realidad clásica, tradicional, situaba al Parlamento como centro de producción de la política y, por consiguiente, de la actualidad política, y a los medios de comunicación como elemento de transmisión de esa producción política al público. Pero ahora hay datos para sostener que esa relación ha variado radicalmente: los medios de comunicación parecen, más bien, el centro de la producción política, y el Parlamento el lugar de formalización institucional de la política así producida.

Había habido ya, ciertamente, una época de transición, caracterizada porque la comunicación dejó de ser un medio de difusión de las políticas y pasó a ser su finalidad: no se elaboraban ya políticas que luego fuesen difundidas, sino que se elaboraban políticas *para* ser difundidas y, por consiguiente, sólo se elaboraban las políticas que pudiesen ser objeto de difusión. El Parlamento dejó, así, de ser un foro de producción de política destinada a hacerse pública para convertirse en un *lugar de encuentro* entre políticos y periodistas, donde aquellos suministraban, y éstos hallaban, con una gran economía de medios, titulares. La decisión, a mi juicio dudosamente positiva para el funcionamiento del sistema y, sobre todo, para el del Parlamento, de permitir que los periodistas puedan circular libremente por las sedes parlamentarias produjo un desplazamiento del centro de gravedad política, que dejó de estar situado en el foro de debates políticos, que es el hemiciclo, y pasó a ubicarse en los pasillos: allí, en un principio, los periodistas —grabadoras y cámaras incluidas— buscaban a los políticos y, después, como era inevitable, éstos perseguían a aquellos. Lo relevante no era ya el debate, sino la ocasión que el pasillo brindaba para obtener un titular.

¹³ Como ya muy pronto pusiera de relieve José Ramón MONTERO, «La moción de censura y la simbolización del control parlamentario: los preliminares del caso español», en Manuel RAMÍREZ (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Barcelona, 1978, *passim*.

¹⁴ Bernard CRICK, *The reform of Parliament*, Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1968, pág. 82.

Todo ello se plasmó, bien pronto, en una desertificación del salón de Plenos que contrastaba con la superpoblación de los pasillos, hasta que se alcanzó el punto en que los oradores despachaban el debate con faenas de alifío esperando el momento de poder explicarse con rotundidad, sin necesidad de precisiones, sujeción a las reglas parlamentarias ni posibilidad de contradicción, ante periodistas que ni siquiera habían atendido el debate. Lo político-parlamentario, que antes se servía de lo informativo, pasó a tener lo informativo como única finalidad y, por ende, a ser instrumento de ello; y al serlo, el Parlamento y los partidos en él representados perdieron su autonomía para elaborar las políticas y se vieron obligados a realizarlas en función de lo informativo, como se demostró sobradamente en no pocas ocasiones¹⁵.

Un fenómeno de este tenor tenía, forzosamente, que tener consecuencias, y las tuvo. La primera de ellas fue la disminución del rigor de los debates y de las propuestas mismas: ya que el debate en sí no era objeto de atención, su curso era irrelevante; por el contrario, ante los medios de comunicación se puede decir cuanto se desee sin temor a réplica, pues la función de los medios es recoger la opinión del entrevistado, no debatir con él la solidez de sus afirmaciones o el rigor o la viabilidad de sus propuestas¹⁶. La segunda consecuencia fue el incremento de la virulencia de las manifestaciones a la prensa: ante el superávit de información obtenido por los cronistas parlamentarios, la única manera de obtener un lugar al sol en las portadas era comunicar algo realmente llamativo, de manera que cada parlamentario iba superando al precedente.

La finalidad exclusivamente publicitaria de las posiciones políticas redundaba inmediatamente en un incremento del voltaje de los términos de la confrontación política. Por último, ese debate no directo, sino a través de intermediarios, no sólo habría de provocar las distorsiones inevitablemente ínsitas en toda intermediación sino que, además, eliminaba una de las funciones más relevantes de los órganos parlamentarios, la del conocimiento directo de los dialogantes, con sus habituales efectos pacificadores: la necesidad de debelar, para obtener eco informativo, al adversario político se vio complementada por la posibilidad de hacerlo sin verle la cara ni temer su réplica.¹⁷ La ausencia de diálogo directo y el incremento de las

¹⁵ El punto álgido de esta evolución puede encontrarse probablemente, por ahora, y parlamentariamente formalizado, en un debate seguido en el Parlamento de Andalucía: Izquierda Unida presentó una enmienda a la totalidad con texto alternativo; ante el anuncio del Partido Popular de que votaría a favor de la enmienda, y la seguridad de que, dada la correlación de la Cámara, saldría aprobada, intentó retirar la enmienda y, fracasado el intento, votó contra su propia enmienda.

¹⁶ Los ejemplos de falta, no ya de rigor, sino de la más elemental preparación de los debates, enfocados exclusivamente a la publicación de su rótulo, y no de su contenido, podrían ser numerosos. Baste señalar uno muy reciente: un Diputado preguntó por la razón de que se hubiese elevado el plazo de concesión de una autopista, cuando esa prolongación obedecía a la contrapartida necesaria para que la concesionaria rebajase el peaje... tal y como había solicitado el mismo diputado, que lo consideraba excesivo.

¹⁷ Algunos lo han dicho más claramente; así, Gianni VATTIMO señala (en Norberto BOBBIO, Giancarlo BOSETTI y Gianni VATTIMO, *La sinistra nell'era del karaoke*, Reser, Milán, 1994, pág. 37) que «allí donde no hay palabra escrita no hay comunicación democrática sino, ¿cómo decirlo?, una especie de *empanamiento*»; lo mismo puede aplicarse al fenómeno que nos ocupa.

cotas de espectacularidad precisas para ser objeto de la atención informativa incrementaron la agresividad y, en suma, los polos de las respectivas formaciones políticas se transformaron en la opinión dominante, en perjuicio del conveniente protagonismo de los sectores más centrados.

3. *El Parlamento como foro de la producción política de los medios de comunicación*

Esa fase parece, hoy, una mera transición hacia otra en la que actualmente nos hallamos. En ella, el Parlamento y los partidos en él representados parecen haber perdido no ya su autonomía para la elaboración de la política sino, incluso, su misma capacidad de producción política, que se ha desplazado a los medios de comunicación o, al menos, a algunos de ellos.

En efecto, un mero observador de la política española puede percibir que el centro del debate político no reside ya, ni mucho menos, en el Parlamento, ni siquiera en los partidos políticos en sede extraparlamentaria, un reproche históricamente frecuente a, por ejemplo, la política italiana. No, los debates políticos surgen de informaciones periodísticas o de actuaciones judiciales. Son estas informaciones las que concitan la atención pública, las que son debatidas por la clase política y las que, a su vez, generan nuevas informaciones, en un proceso de retroalimentación del todo peculiar. El proceso de producción de la política se ha alterado radicalmente: son los medios de comunicación los que suscitan los debates políticos, los que elaboran la agenda política, establecen las prioridades de atención y hasta construyen el orden del día de las sesiones parlamentarias, y son luego el Parlamento y el Gobierno quienes aportan sus opiniones o reacciones al respecto.

Se ha producido, pues, una inversión total de la relación clásica entre Parlamento y comunicación: si antes la publicidad era el objetivo de las actuaciones parlamentarias hoy es, más bien, su premisa, el factor desencadenante. Es la aparición en los medios de comunicación lo que realmente genera efectos políticos, y de ello da cuenta que los gobernantes, hoy en día, temen mucho más un titular de prensa que una iniciativa parlamentaria, entre otras cosas porque aquel desencadena ésta, y lo contrario no es seguro¹⁸ y porque es igualmente claro que los ciudadanos prestan, hoy, mucha más atención a lo publicado que a lo parlamentariamente debatido. Podría afirmarse que esto es así ahora, debido a circunstancias coyunturales y, por lo tanto, transitorias; sin embargo, y más allá de la especial espectacularidad, la inversión de la relación que liga Parlamento y comunicación se había producido tiempo atrás, y parece verosímil que se prolongue.

En suma, el Parlamento parece haber perdido totalmente la iniciativa, y desempeña ahora una función consistente en *institucionalizar*, dar estado

¹⁸ Es seguro que puede demostrarse estadísticamente una estrecha relación entre las iniciativas parlamentarias y noticias difundidas en los medios de comunicación; más difícil sería, hoy, demostrar lo contrario.

en sede parlamentaria, a lo que ya es público. Su papel es, pues, secundario: secundario cronológicamente, porque entra a actuar cuando ya otros lo han hecho, y secundario políticamente, porque la iniciativa política está ahora en otras sedes. Ello no quiere decir, sin embargo, que no cumpla función alguna. Sí que la cumple, pues institucionaliza —vale decir, lleva a la sede de las instituciones democráticas— la producción política de los medios de comunicación y, cuando así lo hace, otorga un plus de veracidad a lo que puede parecer —y tal vez lo es— increíble: el tratamiento parlamentario confiere seriedad, viabilidad, verosimilitud y hasta la razonabilidad que se espera de las instituciones democráticas a propuestas o afirmaciones de las que cabe desconfiar, y de las que en efecto se desconfiaría si no fuese porque son debatidas en la institución representativa por excelencia. Además, el debate parlamentario acumula relevancia política a informaciones que pueden no poseerla, o tenerla en escasa medida. Y, sobre todo, como es manifiesto que los medios de comunicación no poseen legitimidad democrática para elaborar políticas, el reflejo parlamentario de éstas las confiere la legitimidad de la que inicialmente carecen.

Todo ello supone, en definitiva, una alteración radical, estructural, de la función parlamentaria. El Parlamento no es ya, en puridad, una institución donde se controla al gobierno esperando que lo controlado llegue a la opinión pública: ha delegado ese papel en los periodistas —y ahora en los fiscales y jueces instructores— y se limita a utilizar esa información, que él no ha generado, en la Cámara. A su vez, los medios de comunicación no son ya recolectores de información, sino generadores de ella, que esperan de los parlamentarios que institucionalicen la información que suministran.

4. *El tiempo parlamentario y el tiempo informativo*

La razón de por qué sucede todo esto es muy sencilla: el Parlamento no funciona en tiempo real, y los medios de comunicación sí. Existe una notable diferencia entre el tiempo parlamentario y el tiempo informativo: cuando el Parlamento aborda una materia, esa materia ha dejado ya de ser noticia. Lo fue tiempo atrás, quizá, y la sociedad está, cuando el Parlamento trata esa materia, absolutamente informada al respecto, tanto que ya ha formulado sus propias conclusiones, esas conclusiones que, precisamente, el Parlamento debería contribuir a forjar. De manera que cuando las Cortes tratan un asunto, la sociedad —al menos, la sociedad informada— está ya en una fase posterior: la de extraer las conclusiones, analizar las derivaciones, etc. El Parlamento camina, en definitiva, varios pasos por detrás de la sociedad a la que, teóricamente, debe ofrecer las propuestas que en él se debaten; es «el primado del tiempo mediático, convertido en la medida de todas las cosas»¹⁹.

¹⁹ Alain MINC, *L'ivresse démocratique*, Gallimard, París, 1995, pág. 84.

Si eso es así, es porque el Parlamento es, estructuralmente, del todo reacio a adaptarse a lo que podríamos denominar la realidad mediática. Sus pautas de comportamiento unen lo burocrático —es preciso formular la iniciativa, que algún órgano la incluya en algún orden del día de algún otro órgano, que se celebre la sesión de este órgano— a lo reflexivo, y ambos elementos son del todo incompatibles con el ritmo informativo. Resulta, por eso, inevitable que las sesiones parlamentarias, aun las más candentes, tengan un innegable aroma de *déjà vu* en cuanto al fondo del debate y los argumentos. Eso es, probablemente, lo que explica el interés institucional —en nada parejo al social— por ese préstamo tomado del presidencialismo norteamericano que es el «Debate sobre el estado de la Nación»: es la única ocasión en que los medios de información no han sustraído al Parlamento el hecho noticiable, por la sencilla razón de que nada hay en ese debate de noticiable.

No lo hay porque en el «Debate sobre el estado de la Nación» priman los elementos no mediáticos. En efecto, se trata de un debate de carácter general; no centrado, por lo tanto, en lo actual. Los medios de comunicación pierden, así, la ventaja que, en el terreno de lo cotidiano, tienen ganada sobre el Parlamento: la de la explotación de lo noticioso. Porque lo que está claro es que, en el susodicho terreno de lo cotidiano, el Parlamento se encuentra en una posición de absoluta desventaja respecto de los medios de comunicación. Desde luego, se encuentra en inferioridad de condiciones por algo tan obvio como la inmediatez en la propalación: cualquier hecho que sea noticia y que, por ende, sea políticamente relevante, habrá sido tratado como noticioso en los medios de comunicación antes de serlo en el Parlamento, hasta tal punto que casi cabría decir que si se aborda en el parlamento es porque ha ocupado protagonismo informativo, y no por otra cosa. Pero es que, además, el Parlamento se encuentra en peor situación que los medios de comunicación, incluso, en lo referente no ya a la difusión del hecho informativo, sino también en su tratamiento en profundidad: cualquier emisora de radio o televisión medianamente dinámica está en condiciones de propiciar un debate sobre un hecho noticioso cualquiera en el tiempo en que los grupos parlamentarios empiezan a considerar la posibilidad de formular una iniciativa al respecto. Lo que es aún más grave: la mayoría de los parlamentarios conferirán —justificadamente— más interés a ese debate en una emisora que al debate parlamentario, toda vez que la audiencia de un debate televisivo o radiofónico es, sin duda, mucho mayor que la de un debate parlamentario: como ha señalado MINC, «a democracia representativa, procedimientos tradicionales; a democracia de opinión, nuevos mecanismos»²⁰.

La inferioridad de condiciones en la que el Parlamento se encuentra respecto de los medios de comunicación a efectos de obtener la atención pública se intensifica, además, por la diferente situación de uno y otros en

²⁰ *Ibid.*, pág. 83.

su mercado interno. En efecto, mientras el Parlamento es una institución cuyas funciones no pueden ser suplidas por ninguna otra, los medios de comunicación se mueven en un mercado caracterizado por una fuerte competencia, que les inyecta fuerte dosis de agresividad y les impulsa a suministrar, antes que los medios de la competencia, noticias más espectaculares que las de la competencia. La agresividad comunicativa se plasma en la competencia por el titular estruendoso y éste, a su vez, se caracteriza por la simplificación y la eliminación de los matices inherentes, sin embargo, a todo discurso parlamentario que se quiera bien construido. La consecuencia es una especie de ley de bronce de la actividad política, en virtud de la cual el discurso simplificado y llamativo susceptible de plasmación en un titular —la moneda mala— sustituye al discurso elaborado, reflexivo y matizado, que por su propia naturaleza es de difícil condensación en una sola frase²¹.

La política no se hace hoy, en definitiva, en el Parlamento, sino en los medios de comunicación. Se hace, si acaso, a través del Parlamento, en cuanto que éste sirve para formalizar las decisiones a través de los diferentes instrumentos parlamentarios y, muy singularmente, mediante las normas con fuerza de ley, pero el debate político real tiene lugar, generalmente, antes de que el Parlamento entre en acción. Es muy significativo, a este respecto, que tras el asesinato de Miguel Ángel Blanco, sin duda el evento político que más ha conmocionado a la sociedad española desde el golpe de Estado de 1981, las instituciones parlamentarias —tanto las Cortes Generales como el Parlamento Vasco— fueron incapaces de reaccionar de ninguna manera, de suerte que la primera manifestación parlamentaria al respecto, la de las Cortes Generales, tuvo lugar varios días después de que finalizase la efervescencia popular; aún más revelador, si cabe, es que esa clamorosa ausencia parlamentaria no fuese ni siquiera advertida.

El resultado es que quienes realmente marcan la agenda política, a través de la selección de las actividades políticas con repercusión informativa, no son los actores políticos, sino los actores informativos; aún más, son ellos quienes sientan los términos del debate político en sí, pues este debate gira en torno a los titulares previamente difundidos, y de los cuales resulta extremadamente difícil sustraerse a los actores políticos. Se plantea, con ello, un efecto inducido de la mayor relevancia, que es el del protagonismo político desempeñado por quienes no están sujetos a ningún tipo de control democrático.

²¹ Se produce, así, el fenómeno que Régis DEBRAY ha denominado el «Estado-Kodak» o «Estado-Polaroid», prisionero del culto de la instantaneidad: *Cours de médiologie générale*, Gallimard, París, 1991, pág. 36; *cit.* en MINC, *cit.*, pág. 97.

III. EL PODER JUDICIAL ENTRA EN ESCENA

1. *La insatisfacción por la eficacia del control parlamentario y la huida hacia los juzgados*

Al menos en los países latinos, el último lustro está marcado por la brusca aparición del poder judicial en la escena política y por la progresiva suplantación del Parlamento por algunos órganos judiciales como foco principal de la actualidad políticamente relevante. Primero en Italia, luego en Francia y más tarde en España, diversas investigaciones judiciales se han situado en el centro mismo de la actividad política, han marcado la agenda política y la información y han repercutido muy directamente en el funcionamiento de todas las instituciones en general y de los Parlamentos en particular. Se ha abierto claramente, en suma, un escenario en el que la arena política parece haberse trasladado del Parlamento a los órganos judiciales.

Está claro que si una cosa así ha sucedido tiene que haber causas muy diversas. Una de ellas es, sin duda, la insuficiencia, en la sociedad actual, de los mecanismos parlamentarios: bien por los instrumentos en sí —que, ciertamente, de tan antiguos que son encuentran dificultades para acoplarse a la realidad actual—, bien por la forma en que se utilizan, bien por su deficiente proyección pública, bien por sus insatisfactorias consecuencias, los parlamentarios los encuentran políticamente deficientes y prefieren recurrir a otros. Su actividad de control cambia de naturaleza y se desplaza, pues de sede: de control político pasa a serlo jurídico, y abandona la sede parlamentaria para acudir a la judicial. Una cosa es clara: la insatisfacción por el control parlamentario, y la tentación por acudir al judicial, deben ser notables, ya que son universales. Igualmente, es evidente que la tentación no sólo la experimenta el controlante, sino también el controlado, pues, al menos en los últimos tiempos, ha sido frecuente que éste supeditase su responsabilidad política a la penal.

Puede, igualmente, argüirse que ese recurso a la vía judicial es consecuencia de que la oposición no encuentra forma de hacer valer sus pretensiones en sede parlamentaria. Pero es que la oposición, en la medida en que es minoría, rara vez podrá imponer parlamentariamente su criterio: no es en realidad el dominio que la mayoría impone sobre la Cámara lo que la impide obtener satisfacción, sino la propia lógica de la representación parlamentaria, ya que aquel dominio deriva de esta lógica representativa articulada sobre mayorías y minorías. Este argumento es, por lo tanto, inconsistente, salvo que aceptemos como un mecanismo de uso normal en una democracia parlamentaria que la minoría puede, si no se asumen las responsabilidades políticas que exige, acudir a la vía penal.

Claro es que la patología del frecuente recurso político a la vía judicial no puede ni debe buscarse en el afán de perseguir los delitos cometidos por quienes ostentan cargos públicos, algo, indudablemente, obligado

desde todas las perspectivas. Lo que de nuevo hay en este fenómeno no es la persecución de cualesquiera delitos y el enjuiciamiento de sus autores, sean éstos los que sean; tampoco es nuevo, naturalmente, que la persecución de los delitos sea instada por el Ministerio Fiscal, y que su enjuiciamiento corresponda a los Tribunales: lo nuevo es el comportamiento *político* que, ante estos supuestos, han tenido los *actores políticos*. Sin duda, los órganos competentes —es decir, el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial— deben perseguir, ya se ha dicho, cualesquiera actuaciones presuntamente delictivas de que tengan noticia; pero mucho más dudoso es que ese cometido sea propio de la función que corresponde a los partidos políticos y los grupos parlamentarios. Nos movemos aquí en terreno resbaladizo, porque tampoco cabe dudar de que sí se integra en tal función política la denuncia pública de las actuaciones presuntamente delictivas, así como el debate sobre ellas; pero todo eso permanece en el terreno de lo político, es decir, debiera permanecer en el terreno del debate parlamentario, sin desplazarse al judicial. La presentación de querellas, la personación en las actuaciones en trámite, la solicitud de pruebas sobre extremos relativos a las actividades de otros partidos o, en definitiva, las calificaciones —jurídico-penales— provisionales o definitivas, y la solicitud de penas más elevadas que las requeridas por el fiscal no se incardinan ya, sin embargo, en el plano político, sino que son actuaciones típicamente procesales que se ubican en el terreno de la más neta persecución jurídico-penal. Suponen, en suma, la renuncia al debate político reconduciéndolo al judicial o, lo que es lo mismo, la decisión de utilizar el judicial como el marco preferente de la acción política, con olvido del marco parlamentario, e implican la sustitución del Parlamento por los órganos judiciales como los protagonistas de la acción política. Lo cuestionable es, en definitiva, la consideración del Parlamento, por los propios sujetos políticos, como un escenario político secundario, y la configuración de los órganos judiciales, por parte de esos mismos sujetos políticos, como la principal arena política.

Hay ejemplos sobrados de todas esas conductas. La renuncia al debate político y la reconducción al jurídico se ha practicado con frecuencia en España. Los actores políticos renuncian a utilizar los instrumentos políticos —parlamentarios o extraparlamentarios— o los utilizan sólo como primera instancia, sustanciada la cual, como si de un trámite previo se tratase, se acude a la vía judicial; en algunos casos, incluso, se invierte el proceso, practicándose primero la vía judicial, para explotar después, en sede política, su tramitación. El caso más claro y llamativo es, sin duda, los importantes partidos de ámbito nacional que actúan como acusación particular en procesos penales contra dirigentes de otros partidos.

Cuando así se actúa la controversia se desplaza del terreno político al judicial, vale decir, en un sistema parlamentario, del terreno parlamentario al judicial, lo que desnaturaliza forzosamente el carácter del debate que, de político, esto es, de confrontación programática, pasa a ser jurídico, es decir, sobre las normas y la aplicación de las mismas. Si tal cosa po-

dría tener justificación cuando se trata de perseguir actuaciones abiertamente delictivas, de las que desgraciadamente no faltan ejemplos, carece de toda explicación funcional cuando resulta manifiesto que lo que se pretende es perseguir judicialmente un comportamiento político, censurable o no, pero cuyo debate y sanción deberían ser exclusivamente políticos²².

Suele apuntarse como justificación de esa huida de lo político hacia el terreno judicial la resistencia del ejecutivo a ser controlado en sede parlamentaria, y se señala como ejemplo definitivo a este respecto la negativa a constituir Comisiones de Investigación²³. Pero este argumento, generalmente asumido como cierto sin contrastarlo, no es tan sólido como la generalizada aquiescencia en torno a él podría dar a entender.

En efecto, a pesar de la generalizada creencia de la imposibilidad de constituir Comisiones de Investigación, es lo cierto que en las cinco Legislaturas se han creado en el Congreso numerosas Comisiones de Investigación sobre materias que pudiésemos denominar «sensibles»: dos —sobre un total de tres constituidas— en la I Legislatura (RTVE y síndrome tóxico); tres en la II Legislatura (RUMASA, catástrofes aéreas y financiación

²² Ejemplo claro de lo que aquí se dice son, por ejemplo, además del ya citado de la utilización de los fondos reservados, los procesos instados por responsables políticos socialistas contra el Sr. Hormaechea por publicar, con cargo a los fondos públicos —pero en su calidad de Presidente del ejecutivo cántabro— unos anuncios en los diarios. Dicho sea incidentalmente, resulta de interés la tendencia de nuestra jurisprudencia a catalogar como delito de prevaricación actuaciones que, al menos a mi juicio, son constitutivas de una típica desviación de poder. La consecuencia inevitable es la desproporción de las penas respecto del delito, lo que da lugar a situaciones como que la propia sentencia condenatoria solicite la conmutación de la pena o, aún más, que un Gobierno del mismo partido que persiguió judicialmente al condenado indulte a éste, como sucedió con el Sr. Hormaechea... provocando la protesta del Presidente del Tribunal sentenciador.

²³ La situación relativa a la creación de Comisiones parlamentarias de Investigación ha sido uno de los más evidentes supuestos de confusión generalizada. Por ejemplo, se menciona persistentemente el caso de la RFA, donde el art. 44 de la Ley Fundamental —art. 56.1 del Reglamento del *Bundestag*— permite que la cuarta parte de los miembros del *Bundestag* acuerde la constitución de una Comisión de Investigación, pero no se señala, *sensu contrario*, el de Grecia, cuyo Reglamento exige para la constitución de una Comisión de Investigación el voto favorable de tres quintas partes de los Diputados, que se rebaja a la mayoría absoluta si se trata de investigar asuntos de política exterior o de defensa nacional (art. 27.1 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Grecia). En ambos casos se exige, pues, mayoría cualificada, hasta de tres quintos para los asuntos «generales». Otro supuesto de confusión es la reforma llevada a cabo en el Parlamento de Castilla y León, de cuya Junta fue Presidente el Sr. Aznar, y que supuestamente permitiría a la minoría decidir por sí misma, al estilo de la RFA, la creación de las Comisiones: lo cierto es que la minoría —dos grupos parlamentarios o un quinto de los miembros de las Cortes— puede, sí, pedir las, y se constituyen si en plazo de quince días ningún grupo parlamentario se opone; pero si tal cosa sucede, es el Pleno —es decir, la mayoría— la que decide, de suerte que es en definitiva la mayoría quien tiene la decisión, como acaba de demostrarse en la práctica, al impedir la mayoría la constitución de una Comisión de Investigación sobre las adjudicaciones contractuales a una empresa de comunicación (ver *Reglamento de las Cortes de Castilla y León*, arts. 50 y 59; puede verse, también, Rosario GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional español*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 292 y ss., donde se pone de relieve como este mecanismo dista de configurar la creación de las Comisiones como un derecho de la minoría, al estilo alemán, y, en realidad, endurece las condiciones de la iniciativa, pues exige la concurrencia de dos grupos parlamentarios o de un quinto de los miembros de la Cámara). También puede ser de interés al respecto el art. 138 C del Tratado de la Unión Europea, que prevé que el Parlamento Europeo pueda constituir Comisiones de Investigación, pero lo impide si «de los hechos alegados está conociendo un órgano jurisdiccional, hasta tanto concluya el procedimiento jurisdiccional».

de partidos políticos); una en la III (vigilancia sobre el tráfico de influencias o utilización de información privilegiada), y dos en la IV (proceso electoral y compra de terrenos por RENFE-EQUIDESSA); en lo que ha transcurrido de la V Legislatura se han constituido cinco (Asuntos FILESA, Naseiro y «otros», BANESTO, Roldán y Rubio y, por último, INTELHORCE). En la Legislatura en curso, por su parte, ya se ha creado una Comisión de Investigación, sobre la supuesta prescripción de los expedientes tributarios. Puede observarse, pues, que al menos gran parte de los escándalos que han conmovido a la opinión pública han dado lugar a Comisiones de Investigación.

No es, por tanto, cierto —por lo menos, no en la rotunda medida en que se afirma— que sea imposible controlar al ejecutivo; las causas de la judicialización habrán de buscarse, por tanto, en otros argumentos. Probablemente pueden encontrarse dos. En primer lugar, las Comisiones de Investigación no resultan a la postre tan rentables políticamente para la oposición como en principio parece. En efecto, conseguido el primer resultado, su creación, pues es indudable que esa sola creación estigmatiza, la rentabilidad se limita al desfile de los llamados a comparecer... durante los primeros días. Por eso, Comisiones de Investigación como las de los asuntos Roldán o Rubio, que generaron inicialmente una notable expectación, pasaron después a la opacidad informativa. Los titulares procedentes de un Juzgado tienen, sin embargo, mucha mayor repercusión, por al menos dos motivos: el primero, que la justicia penal estigmatiza, desde luego, mucho más; el segundo que en la mente del destinatario del mensaje —medios de comunicación y electorado— la imagen del juez goza, lógicamente, de una imparcialidad, objetividad y credibilidad mucho mayores que las de los actores parlamentarios en general y la oposición en particular. Nace así la nueva «santa trinidad»: el juez, los medios de comunicación y la opinión²⁴.

Hay, aún, una segunda razón, derivada de la propia lógica parlamentaria. La lógica parlamentaria lo es, por definición, política, y por tanto esencialmente parcial, y definida por la relación entre mayorías y minorías. Quien está en minoría tendrá, por ende, pocas o ninguna posibilidades de que sus posiciones prosperen, salvo, claro está, que cuenten con el consentimiento de la mayoría. La lógica judicial es, por el contrario, la de la imparcialidad, la de los argumentos relativos a la aplicación de la norma jurídica, con independencia de lo que piense la mayoría; es, también, la lógica de la igualdad entre las partes del litigio, una igualdad rota desde el momento mismo de las elecciones en la institución parlamentaria. En el foro, la mayoría pierde, sin embargo, las ventajas derivadas de su mayor peso político, y los actores políticos, que en la lógica parlamentaria estarán siempre en una relación de mayoría-minoría, pasarán, en la lógica procesal penal, a someterse al principio constitucional de igualdad entre las par-

²⁴ MINC, *cit.*, págs. 77 y ss.

tes. El desplazamiento de la sede parlamentaria a la judicial permite a la minoría, pues, equilibrar su posición respecto de la mayoría. Es, por eso, cierto que, desde una perspectiva intuitiva, la lógica parlamentaria se corresponde, sobre todo, con la de los mecanismos de adopción de decisiones, en tanto que la lógica judicial encaja mejor en las tareas de control o, dicho con otras palabras, que la función de control resulta intuitivamente más susceptible de ser ejercida adecuadamente por un órgano ajeno, externo e imparcial, como lo son los órganos judiciales, que por un órgano, como el los parlamentarios, dominado por la dialéctica de la mayoría y en el que, además, la mayoría está *de facto* supeditada al órgano controlado. El problema es que el Parlamento, y desde luego su mayoría, cuentan con legitimación democrática, en tanto que la legitimación democrática de los órganos judiciales proviene exclusivamente de la ley a la que están sometidos, por lo que los órganos judiciales son, desde luego, del todo idóneos en cuanto aplican la norma, incluso en las numerosas ocasiones en las que la aplicación de la norma se traduce en funciones de control de la actuación del poder ejecutivo en cuanto a su sometimiento a la propia norma se refiere, pero también del todo inidóneos cuando se trata de adoptar manifestaciones de voluntad no previstas por la norma ni, seguramente, previsibles por ella.

El resultado de ese desplazamiento es, forzosamente, la judicialización de lo político y la politización de lo judicial. Lo primero, porque la determinación de la oportunidad de las actuaciones políticas se sustituye por la búsqueda de posibles elementos de antijuridicidad que posibiliten la actuación judicial. Verificado el primer fenómeno, la judicialización de lo político, es inevitable que se produzca la politización de lo judicial, esto es, que las actuaciones judiciales sean leídas en términos de confrontación política —vale decir, en términos de a quien favorecen o perjudican— y de sus efectos políticos. Con ello se produce una pérdida de legitimidad de ejercicio generalizada: por parte del Parlamento, porque es percibido como incapaz para realizar una de las funciones que, hace ya tiempo, fueron definidas como parámetro de la auténtica efectividad de un Parlamento²⁵; y, por parte de los órganos judiciales, porque se les llama a realizar una función ajena a la suya, en la que la ley pocas veces puede servir de referente y en la que, por tanto, privados de la aplicación de la ley que les otorga su legitimidad, la pierden.

2. *La suplantación del Parlamento por los Tribunales*

En eso consiste la auténtica politización de la Justicia: en la suplantación del Parlamento, en las funciones que a él, y sólo a él, toca constitucionalmente desempeñar, por otros órganos; aún más, por órganos en

²⁵ Así, Michael RUSH, *Parliament and the public*, Longman, Londres, 1976, pág. 13.

cuya configuración constitucional los principios de oportunidad y pluralismo están manifiestamente excluidos.

Porque una cosa es la persecución de las actividades delictivas, consustancial a la función jurisdiccional, y otra la declarada funcionalización, a efectos políticos, de la función jurisdiccional. En otros términos, una cosa es cumplir la propia función y, por tanto, perseguir los delitos, y otra bien diferente perseguir los delitos porque con ello se cumple una función política²⁶ que, con toda evidencia, corresponde a otros órganos. A lo primero nadie podría poner objeciones. Pero lo cierto es que, para algunos, la auténtica función del poder judicial no es la jurisdiccional, sino la de suplente de los órganos que constitucionalmente tienen atribuida la función de ejercer el control político cuando éstos no quieren, no saben o no pueden ejercer tal función.

Esa función netamente política del poder judicial cuenta con no pocos, e importantes, teóricos y, sobre todo, con numerosos prácticos. Sin duda, los antecedentes de esa conceptualización auténticamente politizada del poder judicial deben encontrarse en la construcción italiana del uso alternativo del Derecho²⁷. Pero la acabada construcción teórica de esa doctrina ha tenido lugar en España en tiempos recientes. Así, en lo que respecta al control, se ha escrito recientemente que el poder judicial tiene reservado un papel como «reactivador de las funciones de *control político*»²⁸, en buena medida incumplidas, por parte de las instancias que las tienen constitucionalmente asignadas en primera persona²⁹, de donde sin duda se deduce que el poder judicial tiene atribuida tal función de control *político* en segunda persona; también se ha sostenido que «la labor del poder judicial habrá de centrarse en el control de los otros poderes»³⁰. Igualmente, se ha afirmado que se ha producido el «ingreso del poder judicial en el “sistema político”», de forma que aquel poder «debe interaccionar *de forma políticamente relevante* con agentes de otros poderes y, *muy intensamente*, con la opinión pública»³¹.

²⁶ El fenómeno parece, si bien que con prudencia, estar extendiéndose también a Gran Bretaña: ver, al respecto, Mark GOULD, «M. v. Home Office: Government and the Judges», en *Public Law*, winter (1993), donde se analiza la condena del Secretario del *Home Office* por negarse a readmitir en Gran Bretaña a un zaireño, solicitante de asilo, que había sido expulsado del país.

²⁷ Por increíble que hoy pueda parecer, fue el PSOE, que sepamos, el primero en utilizar los órganos judiciales con propósitos políticos: la primera manifestación práctica conocida de este fenómeno es la demanda que se presentó en 1978 contra la dimisión del entonces Director General de RTVE, que posteriormente dio lugar a la STC 62/82. Posteriormente, puede encontrarse otro antecedente en la demanda civil que el conocido cantante Lluís Llach presentó contra el Presidente del Gobierno por incumplimiento de contrato electoral cuando se celebró el referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN y el Gobierno y el PSOE postularon la permanencia. La demanda fue al final desestimada, pero no sin ser admitida y sin dar lugar a un *obiter dicta* de varios folios sobre los principios que deberían regir las relaciones entre políticos y ciudadanos y la validez de las promesas efectuadas en la campaña electoral.

²⁸ En esta cita y las subsiguientes las cursivas son mías; el entrecomillado alto, cuando existe, del autor.

²⁹ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, «El poder judicial en momentos difíciles», *Claves de razón práctica*, n.º 56 (1995), pág. 4.

³⁰ Baltasar GARZÓN REAL, en el «Prólogo» a Joaquín NAVARRO, *Manos sucias. El poder contra la Justicia*, Temas de Hoy, Madrid, 1995, pág. 43.

³¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *cit.*, pág. 4.

Por lo que respecta a la sujeción del juez a la ley de la que deriva su legitimidad, se postula por algunos «un nuevo concepto de “validez” (de la ley), entendida ya no como mera “vigencia”, resultante de la regularidad en el proceso parlamentario de elaboración de la ley», vale decir, no ya como “mera” expresión de la voluntad de la mayoría expresada en un Parlamento libremente elegido (y, además, sometida a diversos controles de constitucionalidad) y, por tanto, como “mera” consecuencia del principio democrático, «sino como adecuación de ésta a determinadas exigencias de valor de rango constitucional»³², adecuación que, ocioso es decirlo, valora el juez llamado a esa nueva función. Y, en suma, hay quien predica que «la vinculación del juez a la ley se entiende igualmente como vinculación sólo a la “ley válida” según el criterio aludido»³³, y no como la sola vinculación a la ley válida según el criterio constitucional.

Así pues, los jueces están, según estas opiniones, llamados a desempeñar funciones de control político y a determinar cuando la ley se adecúa a esas «determinadas exigencias» que la confieren validez y vinculan al juez. Deben resignarse, pues, a cargar con las funciones legislativa y de control del gobierno que el art. 66. 2. de la Constitución atribuye a las Cortes Generales; resignarse, sí, pues son otros los que «han obligado al poder judicial a extender su actuación a la resolución de conflictos sociales, económicos o políticos, con carácter, si no general, sí generalizado»³⁴. Están, pues, abocados a cumplir todas las funciones estatales. Esta, la de resolver todos los conflictos, es la «nueva función *política* actual que corresponde servir a la Justicia en la *confrontación* con los demás poderes del Estado»³⁵. Pero si la justicia ha de cumplir funciones, como la legislativa o la de control del gobierno, por definición políticas es inevitable que «lo judicial... en cierta forma, sustituya al discurso político»³⁶.

IV. LA REPARLAMENTARIZACIÓN DE LA POLÍTICA

1. *La base de partida: ajustar lo formal a lo real*

Mientras la sociedad y los medios tecnológicos han evolucionado vertiginosamente, el Parlamento sigue actuando de la misma forma, y con los mismos instrumentos, que se utilizaban en el siglo pasado, si exceptuamos algunas tímidas innovaciones. Aún más, la racionalización del parlamentarismo —que en España, más que racionalización es una auténtica es-

³² *Ibid.*, pág. 9. Seguramente es este innovador concepto de validez de la ley, supeditada a la confirmación del juzgador, el que está en la base de la insumisión de los jueces que se negaron, por ejemplo, a aplicar las normas legales, meramente *vigentes*, pero no *válidas*, que sancionan la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria.

³³ *Ibidem.*

³⁴ GARZÓN, *cit.*, pág. 42.

³⁵ *Ibid.*, pág. 46.

³⁶ *Ibid.*, pág. 38.

tructuración— ha alcanzado las superestructuras, pero no los métodos de trabajo. De ahí derivan, con seguridad, no pocos de los problemas que se han señalado en las páginas anteriores, fundamentalmente la inversión de la relación comunicacional, que provoca que los medios de comunicación, al proporcionar una difusión más rápida y penetrante que el control realizado en el Parlamento, sean los objetos de la atención preferente de los partidos en general y de la oposición en particular y la judicialización, en cuanto que forma efectiva, en contraste con la parlamentaria, de erosionar al adversario político.

Es evidente que los instrumentos constitucionales o parlamentarios, como, más en abstracto, los jurídicos, tienen un límite de elasticidad, lo que impide que puedan hacerse variaciones significativas; pero el poder legislativo sigue operando, salvo la audaz introducción de los marcadores electrónicos, como siglo y medio atrás. Y algunas modificaciones sí pueden hacerse.

Probablemente el objetivo debiera ser devolver al hemiciclo lo que de él ha salido camino de los medios de comunicación o los Juzgados: volverle a convertir —a él, al hemiciclo, no a los parlamentarios en los pasillos— en el centro de la atención de los medios. Si bien se mira, se trata de mantener la atención actual, pero desplazando el escenario hacia donde debe estar: en la institución parlamentaria. Todo se resume en eso. Y para eso es menester revitalizar el debate celebrado en el hemiciclo. En defecto de lo anterior, será preciso lograr que las cámaras fotográficas y televisivas presten más atención al hemiciclo que a los pasillos. Para ello hay que conseguir que el debate parlamentario sea realmente vivo e interesante, al menos durante algunos períodos de tiempo.

La revitalización del papel del Parlamento necesita, para empezar, un acoplamiento del funcionamiento cotidiano de la institución a los datos que suministra la realidad. Sin duda, una reformulación de los postulados actualmente vigentes debe partir de la base de ubicar decididamente, con todas sus consecuencias, el fenómeno de los partidos políticos dentro de los Parlamentos. La plasmación de la dinámica y la mecánica partidista en los Parlamentos, que constituyen el lugar natural para su actuación normada y normalizada, es aún deficiente y contradictorio. Un claro ejemplo de ello es la contradicción entre la igualdad formal y la diferencia funcional o material entre los parlamentarios de los Grupos que disfrutan de capacidad decisoria —esto es, los que pertenecen a la mayoría— y aquellos otros que forman parte de las minorías.

Sólo un intento de superación de las contradicciones entre la realidad y la plasmación jurídica puede evitar un peligro que cada vez se presenta como más real: que la paulatina extensión de la idea de la inoperancia del Parlamento reconduzca las pulsiones políticas hacia sedes y foros extraparlamentarios. La aún corta experiencia española demuestra con creces que la instalación de esa idea —sea o no cierta— en la conciencia social conduce a que proliferen, extramuros del Parlamento, mecanismos de agrupa-

ción y defensa de los distintos intereses, sea por medio de la Prensa —que puede, como de hecho ha ocurrido, llegar a operar como sustitutivo del Parlamento— del poder judicial o de grupos de presión más o menos definidos. Para evitar este peligro reviste extremada importancia acertar en la definición y cualificación del papel y la posición de las minorías. Es la inoperancia de éstas, generalmente provocada por la carencia de expectativas para su actuación, lo que puede devaluar al Parlamento como foro de decisión política en beneficio de otros polos menos transparentes y, desde luego, menos legitimados.

2. *Algunas atrevidas propuestas para reparlamentarizar la política*

Para ello, es preciso redefinir, y plasmar normativamente, la función de las minorías. Estas se encuentran particularmente necesitadas de un *locus* institucionalizado. De ahí que parezca preciso levantar un nuevo alzado jurídico-parlamentario partiendo de este dato esencial. Como se dijo más arriba, la lógica parlamentaria, la que provoca que las posiciones de las minorías no prosperen sin el concurso de la mayoría y las impide desencadenar la exigencia de responsabilidad, no es desviación ni accidente, sino derivación inevitable de las exigencias del sistema. Y puesto que mayoría y minorías representan intereses distintos, y su función es precisamente esa, resulta también preciso reacondicionar el Parlamento como institución idónea para la confrontación y la negociación. Para ello, es menester reordenar la actual concepción procedimentalista. Ello supone, en resumen, reorganizar la vida parlamentaria atendiendo al peso relativo de las diferentes opciones políticas representadas, otorgando a cada una de ellas una irradiación funcional también diferenciada. Tal cosa implica, por ejemplo, poner fin al evidente sinsentido de que la mayoría disponga de mayores cuotas en la distribución de iniciativas de control que la minoría siendo así que la función de control público corresponde, sobre todo, a ésta, y no a aquélla. Es literalmente absurdo que la mayoría pueda disponer de instrumentos de control del gobierno que son obviamente utilizados con finalidades hagiográficas y, por ende, privan de todo interés el debate parlamentario; y aún más absurdo es que, aplicando un mecánico criterio numérico, disponga de más posibilidades de utilizar este instrumento de control que las minorías.

Es preciso, también, actualizar el ejercicio de la función legislativa, acomodándolo a la realidad y haciendo compatible la deliberación política y la publicidad con el principio de eficacia. Para ello, es menester consagrar la división técnico-política del trabajo legislativo. Esta división se produjo *de facto* hace ya tiempo y existe hoy en la realidad, por más que se quiera ocultar o minusvalorar. La racionalización no ha llegado, sin embargo, a las pautas de comportamiento que impregnan el trabajo legislativo, las cuales siguen siendo las mismas que hace 50 años, cuando el núme-

ro de leyes producidas por el Parlamento era bajo y la complejidad técnica de las normas no tenía parangón con las que hoy se tramitan.

Carece por completo de sentido que diputados elegidos por el pueblo en función de sus opciones políticas dediquen su tiempo a sumergirse en procelosas cuestiones técnicas en las que jamás —aunque sólo sea por la cantidad de ellas de las que tienen que conocer— llegarán a ser especialistas; carece igualmente de fundamento, y constituye de hecho una subversión de la función parlamentaria, que esa dedicación a las materias técnicas relegue a un segundo plano la función política que es de suyo propia de la institución parlamentaria y de los que forman parte de ella. Las pautas de comportamiento legislativo tienen forzosamente que adaptarse a la realidad de los tiempos, una realidad que viene definida por los factores cuantitativos y cualitativos antes señalados y por la primacía del factor temporal.

El Parlamento es una institución política llamada a desempeñar una función también política en un sistema político. Nada obsta, por supuesto, para que se convierta en un órgano de carácter técnico, pero no parece dudoso que no se creó confiando en su capacidad técnica para elaborar normas muy perfeccionadas, sino en su capacidad política para aprobar normas susceptibles de responder a las demandas sociales. Parece preciso, pues, elegir. Si se quiere mantener el carácter del Parlamento como órgano político es necesario que el elemento centrípeto de su actuación sea lo político, aunque ello suponga hacer dejación de intervenciones de carácter técnico. En el campo de la producción legislativa, ello se traduce en aceptar en el terreno de lo formal lo que sucede en la práctica en el terreno de lo cotidiano, esto es, la incapacidad del Parlamento para abordar a fondo y en toda su complejidad muchas de las cuestiones que hoy se tramitan a su través. Ello supone la intensificación de la utilización de los procedimientos legislativos hoy considerados especiales, en particular la utilización de la legislación delegada.

Es necesario, por otra parte, reforzar los espacios de transacción no vergonzante, ni tampoco excepcional, sino fluida, flexible, pragmática y ágil. Resulta del todo absurdo que, por ejemplo, las Comisiones, que son sin duda los foros idóneos para esta transacción, estén sometidas a un procedimiento rígido, a estrictos turnos de palabra y de explicación de votos sobre presupuestos que son del todo decimonónicos. La adecuación de la teoría a las exigencias de lo real y, sobre todo, a las necesidades de una sociedad como la presente, obliga a la superación de esos presupuestos trasnochados: obliga a ofrecer alternativas, a dotar de los instrumentos para que esas transacciones sean públicas y lo sean al margen de los pasillos y de las confidencias personales. Obliga también, puesto que de lo que se trata es de propiciar la transacción, a ampliar el margen objetivo de la negociación y a dotar a los Grupos Parlamentarios de turno amplios y flexibles que les permitan rectificar sus posiciones acercándolas a las de otros Grupos.

Igualmente, parece necesario actualizar la proyección pública de las actividades parlamentarias. Los Parlamentos se van convirtiendo paulatinamente en marcos en los que los medios de comunicación tienen una ocasión especialmente propicia para encontrar a los componentes de la élite política y conseguir que se les suministre información. Ello conduce a una devaluación de las actividades parlamentarias, que acaban revistiendo progresivamente un papel secundario en relación con las comparecencias de sus propios protagonistas ante los medios de comunicación pública. La superación de esta situación sólo puede acometerse otorgando más vigor y, sobre todo, más interés informativo a las intervenciones parlamentarias en sí, trasladando formal y materialmente a éstas lo que ahora es objeto de conversación en el Salón de los Pasos Perdidos.

Por último, la vida parlamentaria debe rendirse a la evidencia de que la política es hoy, sobre todo, una actividad comunicacional: es lo difundido, provenga de quien provenga, lo políticamente relevante; y, a su vez, lo comunicativamente relevante es lo espectacular, lo llamativo. Si se desea reparlamentarizar la política habrá que adaptarse a esta realidad, y adaptarse significa albergar el debate comunicativamente relevante. Viene todo esto a cuento de las más atrevidas de entre las sugerencias que podrían estudiarse para actualizar el control parlamentario. La primera de ellas pretende sincronizar los tiempos parlamentarios con los comunicativos.

La diacronía entre el tratamiento de los objetos de la atención social y de la atención parlamentaria constituye uno de los más importantes obstáculos que el Parlamento afronta para responder a las demandas de la sociedad actual. Lo habitual es que el tratamiento parlamentario de los asuntos se retrase varios días, o hasta semanas, respecto de que el asunto de que se trate se hiciese público. Esta diacronía presenta, al menos, dos graves inconvenientes: el primero, que fuerza a los actores políticos a debatir la materia en sede extraparlamentaria, conocedores de que el debate parlamentario se producirá tiempo después, cuando ya, muy probablemente, haya perdido protagonismo en el plano social; por tanto, se estimula la extraparlamentarización del debate político. En segundo lugar, devalúa la estimación social del Parlamento, ya que presenta una imagen de las Cámaras como lugares que tratan asuntos ya anticuados comunicacionalmente; además, condiciona la actividad parlamentaria, ya que el debate en esta sede vendrá delimitado por el previamente producido.

Aunque se han hecho esfuerzos reglamentarios para agilizar la actividad parlamentaria, no parecen suficientes. Para solucionar este problema podría pensarse en la posibilidad de agilizar aún más nuestras sesiones de control, al menos en el Congreso, aplicando con las necesarias matizaciones el sistema británico de *question time*, de suerte que sea posible, al inicio de cada sesión, o al menos de dos ellas —a principio y fin de semana— presentar algunas preguntas sin comunicación previa, o con una comunicación de apenas alguna hora. Ello añadiría a las sesiones

parlamentarias el interés por lo imprevisto, hoy del todo inexistente, y de la posible sorpresa, y podría abrir cauce para duelos dialécticos de interés.

Pero, naturalmente, nada de esto resultará de utilidad si los actores políticos siguen pretendiendo hacer política con la justicia y si algunos jueces persisten en hacer lo mismo, o en hacer justicia a través de la política. Como ambas patologías tienen, en el fondo, un mismo origen, pues la segunda no resultaría viable si no concurre la primera, es en el comportamiento de los actores políticos donde hay que incidir. Y es evidente que no caben, a este respecto, medidas legales o reglamentarias: sólo es posible un pacto tácito, una convención, en razón de la cual los partidos políticos se autolimiten, y renuncien a la utilización de la justicia como parte de sus estrategias políticas o, al menos, a utilizar, directamente o por personas interpuestas, las iniciativas procesales. Sería de desear que este convenio entre caballeros llegue antes de que suceda lo que, de otra forma, será inevitable: que la política pierda el carácter parlamentario que debe tener en nuestro sistema.

Aproximación al Derecho Penal parlamentario: inviolabilidades

Josè L. González Cussac
Catedrático de Derecho Penal

M.^a Luisa Cuerda Arnau
Titular de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—3. SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CASO DE LAS FALSEDADES DE LOS SENADORES.—4. UN APUNTE SOBRE LA NATURALEZA PENAL DE LA INVIOABILIDAD.

1. PLANTEAMIENTO

Las inviolabilidades, junto a las inmunidades, las exenciones y los fueros, constituyen los llamados *límites personales a la ley penal*¹. En nuestro ordenamiento alcanzan a diversas personas en razón del cargo que desempeñan, desde los parlamentarios, hasta al Jefe del Estado, pasando por los magistrados del Tribunal Constitucional, el Defensor del pueblo y sus Adjuntos, el personal diplomático extranjero, así como una interminable lista de otros funcionarios de diversa naturaleza, especialmente los integrantes del poder judicial.

¹ Siendo conscientes de la discusión terminológica existente, hemos optado, aun provisionalmente, por la que parece más asentada y extendida. Cfr. COBO/VIVES, *Derecho Penal. P. G.*, 4.^a ed., Valencia, 1996, págs. 211-216; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE, *Manual de Derecho Penal. P. G.*, 4.^a ed., Barcelona, 1994, págs. 183 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. P. G.*, Barcelona, 1996, págs. 148 y ss. Puede verse también J. M. PERIS RIERA, «Prerrogativas parlamentarias y Parlamentos Autónomos», *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Valencia, 1988, págs. 16 y ss.

Se trata de un conjunto de prerrogativas, privilegios o garantías que presentan una multitud de problemas ya desde sus orígenes, y no sólo en el ámbito del Derecho penal, sino que, de un modo directo, afectan también al Derecho constitucional y al Derecho procesal. De ahí que en esta materia se discuta casi todo, desde los conceptos, fundamento, naturaleza, ámbito o límites, hasta su misma necesidad en los sistemas democráticos actuales².

Esta complejidad del tema, que a la vez lo hace muy atractivo y sugerente, motivó que con algunos colegas y compañeros de universidad de las disciplinas antes mencionadas, iniciáramos un largo proyecto de investigación que, financiado por la CICYT, se halla todavía en curso de realización. Y precisamente deseamos exponer esta circunstancia porque, sin duda, condiciona de manera decisiva el presente trabajo. Y lo hace, porque por fuerza no puede tener carácter definitivo ni exhaustivo. De modo que, atendiendo a estas razones y al medio en que se publica, nos limitaremos a hacer algunas reflexiones acerca de la inviolabilidad de los parlamentarios, que es, por lo demás, la que mayor interés ha despertado, tanto en jurisprudencia como en doctrina.

Pero tampoco ésta va a ser abordada en su totalidad, limitándonos a plantear algunas cuestiones que, a nuestro juicio, y en este instante, merecen mayor atención. Recuérdese a este respecto que la inviolabilidad, junto a la inmunidad, la incompatibilidad y la retribución, conforman el *status* o estatuto del parlamentario³, pero es ésta, sin lugar a dudas, la que posee una más significativa trascendencia jurídico-penal. Pero al mismo tiempo, no debe olvidarse que la inviolabilidad *stricto sensu* —aunque no siempre con la misma intensidad— alcanza en Derecho español a otras personas, como son el Jefe del Estado, los magistrados del Tribunal Constitucional, y el Defensor del pueblo y sus Adjuntos⁴, aunque incomprensiblemente —habida cuenta de la incidencia de las instituciones afectadas en la configuración de nuestro Estado de Derecho— sea casi nula la atención que, de ordinario, se les depara.

² A título de ejemplo, y centrándonos en la inviolabilidad de los parlamentarios en Derecho español, pueden verse los trabajos de E. GARCÍA, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid, 1989; P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Madrid, 1990; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios», *Estudios en honor al prof. O. Pérez Vitoria*, vol. II, Barcelona, 1983, págs. 847 y ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, «La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria», *RFDUC*, 64, 1982; L. PORTERO GARCÍA, *La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*, Málaga, 1979; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Comentarios a las leyes políticas*, vol. VI, Madrid, 1982; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, 1984; y muy especialmente todos los estudios y el debate contenido en el número 46 de *Cuadernos y Debates*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales (1994).

³ Así, M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, Valencia, 1996, págs. 9 y ss.

⁴ Así lo entiende ya la doctrina penal mayoritaria, cfr. COBO/VIVES, *DPPG*, cit., pág. 211; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P. G.*, 2.^a ed., Valencia, 1996, pág. 190.

Como es sabido, la inviolabilidad parlamentaria encuentra asiento expreso en el artículo 71.1 de la Constitución, al señalar que: «*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*». Junto a este precepto, y al margen de lo dispuesto por los diferentes Estatutos de Autonomía para los miembros de sus respectivas Asambleas legislativas, debe mencionarse el artículo 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados, a cuyo tenor: «*Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*». Por su parte, el artículo 21 del Reglamento del Senado dispone que: «*Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo*».

Por lo que se refiere al Código Penal de 1995 —junto a los clásicos, aunque reformados, delitos contra las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, comprendidos en los artículos 492 y siguientes del Capítulo III (*De los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*), dentro del Título XXI (*Delitos contra la Constitución*)—, ha de destacarse el novedoso artículo 499, que, a modo de cláusula de cierre del sistema de tutela del poder legislativo que consagra el principio de separación de poderes, castiga a la autoridad o funcionario público que *quebrantare la inviolabilidad de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma*. No obstante, debe advertirse, como subraya la doctrina mayoritaria, que en este precepto se protege la inviolabilidad de las Cámaras como tales, y no la de sus miembros. Es decir, se refiere a la proclamada en el artículo 66.3 y no al 71.1 de la Constitución⁵.

2. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A diferencia de lo sucedido en relación con la inmunidad, existe un alto grado de acuerdo en elogiar el correcto y preciso desarrollo que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo de la inviolabilidad, coincidiendo a la vez con la doctrina constitucional mayoritaria, tanto española como extranjera⁶. No obstante compartir esta valoración positiva, tras una sintética exposición de esta doctrina, se expondrán algunos extremos que, en nuestra opinión, deberían corregirse o clarificarse.

⁵ Por todos, ver CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1978.

⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente M. ALBA NAVARRO, «Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional», *Cuadernos y Debates*, núm. 9, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 8 y ss.

2.1. El *concepto, contenido y naturaleza* de la inviolabilidad parlamentaria se ha trazado desde su entendimiento como *un privilegio de naturaleza sustantiva*, que en modo alguno puede concebirse como un *privilegio personal o un derecho personal*, sino que se conceden «*como derechos reflejados de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condiciones de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución*» (STC 9/1990, de 18 enero). Así pues, se vienen configurando como *privilegios o prerrogativas funcionales* (ATC 147/1982, de 22 abril) adscritas a una finalidad objetiva a la que, a continuación, haremos referencia. En suma, como categóricamente señala el ATC 526/1986, de 18 de junio, *no es un privilegio personal que transforme los desayunos del Ritz en actos parlamentarios, sino sólo un reflejo del que goza como miembro de la institución*. De todo ello naturalmente se infiere que no son disponibles, esto es, que el parlamentario no puede renunciar a estas garantías⁷.

2.2. Por otra parte, la *justificación o fundamento* último de su existencia, viene a su vez íntimamente ligado a su *finalidad*. Afirmandose que el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es *la libre discusión y decisión parlamentaria*, garantizando la «*freedom for speech*» genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales. Desde esta perspectiva «*se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión, sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado por ello el proceso de libre formación de voluntad del órgano*». De ahí que esta garantía posea un carácter *perpetuo*, cubriendo al parlamentario incluso una vez cesado su mandato⁸.

En definitiva, y como parece claro, la inviolabilidad se justifica por la necesidad de impedir la intromisión de los otros poderes públicos o de intereses particulares, en el transcurso del procedimiento de formación de voluntad del poder legislativo, así como de su exteriorización mediante la opinión y el voto, permitiendo una absoluta libertad de expresión, crítica, discusión y decisión, exclusivamente sometida al control de constitucionalidad y a la potestad disciplinaria de las propias Cámaras.

A nuestro entender, la inviolabilidad trata de garantizar la independencia del poder legislativo, y a la vez expresa la supremacía o preponderancia del Parlamento como depositario de la soberanía popular y como poder legítimo, fundamental y cuasi exclusivo en la creación del Derecho. Y precisamente lo rotundo de estas afirmaciones es lo que quizás echamos

⁷ Además de las resoluciones citadas en el texto, véanse las SSTC 36/1981, de 12 noviembre; 51/1985, de 10 abril; 90/1985, de 22 julio; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero; 22/1997, de 11 febrero; y 30/1997, de 24 febrero. Asimismo, AATC 147/1982, de 22 abril, y 526/1986, de 18 junio.

⁸ Así, SSTC 122/1983, de 16 diciembre; 51/1985, de 10 abril; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero; 206/1992, de 27 noviembre, y 22/1997, de 11 febrero.

de menos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Y no ya por su valor testimonial o ideológico —que no es poco— sino porque de la convicción de este planteamiento depende directamente el grado de equilibrio entre los diversos poderes, o sea, la separación de los mismos y la vigencia real del principio de división jurídica de poderes⁹. De todo ello se deriva, a su vez, el establecimiento de los límites reales del control del Tribunal Constitucional de los actos del Parlamento¹⁰, así como de la intervención de la justicia ordinaria en el enjuiciamiento de la actividad parlamentaria, esclareciendo qué ha de entenderse por *delitos parlamentarios o de los parlamentarios*¹¹. En conclusión, falta un mayor énfasis en la afirmación y defensa del principio y función representativa; carencia que quizás se deba a la intromisión o extralimitación en que el propio Tribunal Constitucional ha incurrido, sobre todo en materia de inmunidad¹².

2.3. En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional describe con nitidez los *efectos* de la inviolabilidad parlamentaria: los parlamentarios no pueden ser sometidos a procedimiento alguno por las opiniones ni por los votos que emitan en el seno de la Cámara de la que formen parte. Es decir, garantiza la *irresponsabilidad jurídica* por las opiniones manifestadas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, o, dicho en otros términos, alcanza tanto a la responsabilidad penal como a la civil y posee un carácter automático, que no precisa para poder aplicarse por los Tribunales de ninguna clase de autorización previa de las Cámaras respectivas. En este sentido no debe confundirse con la inmunidad¹³.

2.4. En cuarto lugar, ha de abordarse el problema del *ámbito de aplicación* de la inviolabilidad parlamentaria o, si se prefiere, responder hasta dónde llega y qué actuaciones cubre exactamente esta garantía. Empleando las palabras del Tribunal Constitucional, es el momento de fijar los límites de la inviolabilidad parlamentaria.

Concretamente, la jurisprudencia ha establecido una doble delimitación, la primera de carácter *material* y la segunda *funcional*.

La delimitación *material* supone que la inviolabilidad no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino únicamente alcanza a sus declaraciones de juicio o de voluntad, esto es, a sus *opiniones*¹⁴. *De ello se*

⁹ En este sentido, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Inmunidad parlamentaria y separación de poderes», *Cuadernos y Debates*, núm. 46, cit.

¹⁰ Al respecto resulta paradigmática la STC 90/1985, de 22 julio.

¹¹ A este respecto resulta a la vez que interesante muy discutible la tesis propuesta por F. ZAGREBELSKY, consistente en aplicar los delitos de los funcionarios públicos, lo que en este materia comportaría no pocas matizaciones; *Le immunità parlamentaria. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979.

¹² De nuevo nos remitimos a los trabajos y discusiones contenidos en el núm. 46 de *Cuadernos y Debates*.

¹³ Cfr. las SSTC 36/1981, de 12 noviembre; 243/1988, de 19 diciembre, y 9/1990, de 18 enero, así como ATC 340/1993, de 15 noviembre.

¹⁴ STC 51/1985, de 10 abril.

*deduce que alcanzará a cualquier clase de delitos cuya estructura típica descansa exclusivamente en la exteriorización de una opinión, o sea, en la manifestación de voluntad, pensamiento o conocimiento. Así, su ámbito de aplicación usual se centrará en los tipos de calumnias, injurias, amenazas, falsedades, y descubrimiento y revelación de secretos (intimidad), etc. Pero en ningún modo podrá extenderse a figuras donde además de una opinión se requiera otras actuaciones, como, por ejemplo, las coacciones, que precisan violencia*¹⁵. Mas allá de estas restricciones, que son las únicas que fija el texto constitucional, el intérprete no puede añadir ninguna nueva, pues ello comportaría restringir injustificadamente el fundamento y finalidad para los que se ha creado, debilitando la independencia del parlamento. De modo que tienen razón MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN al rechazar ciertos intentos doctrinales de limitar su cobertura a las expresiones sobre hechos cuestionables, pero negándola en supuestos de amenazas, injurias y calumnias¹⁶.

Probablemente, este intento de restringir en nuestro ordenamiento la operatividad de las inviolabilidades procede de un impulso reflejo del sistema alemán. Y ciertamente, tanto la Ley Fundamental (*GG*) en su artículo 46, como el Código Penal (*StGB*), en su § 36, excluyen expresamente de la cobertura de las inviolabilidades, las injurias calumniosas o difamatorias (*verleumderische Beleidigungen*). Pero lo cierto es que ni en nuestro texto constitucional, ni en el punitivo, se contienen estas excepciones; las cuales, incluso en el Derecho alemán se encuentran, por otra parte, mas limitadas de lo que pudiera parecer en un principio¹⁷.

En conclusión, la indemnidad abarca cualquier expresión o voto emitido en el ejercicio de su función. Como acertadamente ha puntualizado la doctrina mayoritaria alemana, por votos emitidos no debe entenderse la votación global necesaria para aprobar por mayoría la adopción de un proyecto, sino únicamente el voto de cada uno de los parlamentarios. Asimismo, el concepto de expresión u opinión, no sólo comprende las manifestaciones de opinión, sino también las afirmaciones de hechos y las declaraciones de voluntad, cualquiera que sea su medio de expresión. Por el contrario, no están amparadas por la indemnidad las meras vías de hecho¹⁸.

La segunda delimitación es de carácter *funcional*, y —como reconoce el propio Tribunal Constitucional— está plagada de dudas, pues se discute si la prerrogativa ampara todas las actuaciones de *relevancia política*, o,

¹⁵ Inexplicablemente lo acepta P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La inviolabilidad...*, cit., pág. 25.

¹⁶ *Derecho Penal*. P. G., 2.^a ed., Valencia, 1996, pág. 187.

¹⁷ Así, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., Munich, 1991, pág. 593, n.º marginal 4, donde se hace referencia al § 90.III, de injurias al Estado y sus símbolos; § 103, injurias contra órganos y representantes de Estados extranjeros; § 109.d, referido a propaganda subversiva contra las fuerzas armadas federales; § 187, sobre difamaciones o calumnias públicas, y § 187.a), ap. 2.º, concerniente a calumnias contra personas que desempeñan un cargo político y con aptitud para perjudicarles en su faceta política. Vid., asimismo, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 2.^a vol., Berlín-New York, 1985, n.º marginal 12.

¹⁸ Vid., TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, cit., n.º marginales 6 y 7; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 593, n.º marg. 4

por el contrario, sólo abarca aquellas en que se actúa como miembro del órgano colegiado, cesando cuando despliega su actividad fuera o al margen de sus funciones parlamentarias, y con independencia de su trascendencia política. Para la jurisprudencia el nexo entre inviolabilidad y ejercicio de las funciones propias de parlamentario aparece nítidamente en el propio artículo 71.1; salvo que el término *funciones* no se interprete jurídicamente, sino sociológicamente y en un sentido inespecífico. Así pues, garantiza las manifestaciones en el desempeño de las funciones propias de parlamentario, esto es, en la medida que participe en *actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales*.

Esta tesis se confirma con lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Constitución, que vincula los privilegios parlamentarios con el funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos, de suerte que la inviolabilidad queda sujeta a la disciplina parlamentaria, *«decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de político incluso) fuera del ejercicio de sus competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario»*. En este sentido, las funciones relevantes para el artículo 71.1 no son todas las realizadas por un parlamentario, sino que se extiende sólo a aquellas *«imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal»*. Debe pues prevalecer una interpretación estricta, que, no obstante, puede amparar *«actos exteriores a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción de un acto parlamentario»* (STC 51/1985 de 10 abril)¹⁹.

También la doctrina mayoritaria se ha manifestado a favor de una interpretación estricta de esta prerrogativa, señalando precisamente este segundo límite como el lugar apropiado para establecer las restricciones. En este sentido se dice que la función parlamentaria viene fijada en el artículo 66.2 de la Constitución, y consiste en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del Gobierno, ya sea en el Pleno, ya sea en las Comisiones²⁰.

Ahora bien, como señala la doctrina alemana, al decir la norma que sólo ampara las manifestaciones realizadas en el seno del órgano o de sus comisiones, no se refiere a que deban ser hechas dentro del edificio del Parlamento o de la sala de reuniones de la respectiva comisión. Lo que se quiere decir es que debe tener una relación directa con la tarea parlamentaria. A su vez, la doctrina germana maneja un concepto amplio de comisión, incluyendo no solo las parlamentarias en sentido estricto, sino también la denominada *Präsidium* y las comisiones de investigación referidas en el artículo 44 de la Ley Fundamental. Asimismo, existe acuerdo en incluir las reuniones de los grupos parlamentarios y las de sus grupos de trabajo. No obstante, excluyen, con todo acierto, la comparecencia de un

¹⁹ Ver SSTC 30/1986, de 20 febrero; 243/1988, de 19 diciembre; 9/1990, de 18 enero, y 206/1992, de 27 noviembre.

²⁰ Así, por todos, *vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P. G.*, cit., págs. 188-189.

parlamentario como testigo ante una comisión de investigación, incluso cuando su declaración versa sobre una cuestión relacionada con su tarea de diputado. Más dudoso es si resultan amparados por sus manifestaciones los miembros de las comisiones de mediación del artículo 77.2 GG, los de las comisiones electorales mencionadas en el artículo 95.2 GG, así como los de las comisiones conjuntas a que se refiere el artículo 53.a) GG. Por lo demás, comúnmente se admite que no están amparadas las declaraciones efectuadas fuera del Parlamento o de las comisiones, incluidas las realizadas por un parlamentario ante la prensa por encargo de su grupo, ni las vertidas en un acto electoral, ni, en fin, las conversaciones privadas entre los parlamentarios²¹.

2.5. La última cuestión a tratar hace referencia a la vinculación de la inviolabilidad con el artículo 23.2 de la Constitución, y por consiguiente con la correcta justificación en la interposición de un recurso de amparo por parte del parlamentario afectado. Tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha sostenido esta conexión, incorporando esta prerrogativa al contenido del derecho fundamental «*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes*» (art. 23.2 CE)²².

A nuestro juicio, este asiento de la inviolabilidad en el artículo 23.2 de la Constitución no resulta del todo convincente. Y aunque no es el momento idóneo para desarrollar esta idea —por las razones ya apuntadas en el apartado primero de este trabajo— sí vamos, cuanto menos, a enunciarla. Ello desde luego no significa que profusemos un entendimiento de las inviolabilidades como excepciones al principio de igualdad, pues es obvio que la diferencia de trato está más que justificada en razón del fundamento objetivo de la institución, que no es otro que garantizar la independencia y la libre decisión del Parlamento. De modo que, al no configurarse como privilegios personales sino funcionales, la especial posición de los parlamentarios en el ejercicio de su función justifica su desigual posición frente a la ley penal. En consecuencia, no vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución. Pero entonces no acaba de entenderse su vinculación al artículo 23.2, que, por imperativo de una interpretación que le conceda un margen de vigencia distinto al reconocido en el artículo 14, lógicamente tendrá un contenido diverso. Y este contenido no es otro que una genérica llamada a la igualdad en el acceso a la función pública. Y si la inviolabilidad consiste en una diferencia de trato —lo que, al menos conceptualmente, representa una desigualdad— no queda del todo claro cómo resulta compatible la pretensión de garantizar la igualdad en el acceso con el mantenimiento de una diferencia (desigualdad). O dicho al revés, no se comprende cómo la desigualdad-di-

²¹ Así, TRÖNDLE, *ob. cit.*, § 36, n.º marg. 8, 9, 10 y 11; cfr. LENCKNER, *ob. cit.*, § 36, n.º marg. 4.

²² Ver, por todas, la STC 22/1997, de 14 marzo, en cuyo FJ 2.º se citan otras muchas en este mismo sentido.

ferencia (inviolabilidad) se vincula al contenido del derecho a la igualdad de acceso. Así pues, aunque la inviolabilidad no atente al principio de igualdad, sí lo hace a la idea de igualdad, y por consiguiente no puede justificarse en este ámbito.

Estas contradicciones lógicas ponen al descubierto que quizá el lugar correcto para ubicar la inviolabilidad como derecho fundamental no sea el referido artículo 23.2, sino —como ya comienzan a sugerir algunas resoluciones— el derecho a la tutela judicial comprendido en el artículo 24.1 de la norma fundamental²³. Concretamente, es la STC 30/1997, de 24 de febrero, la que de un modo mas explícito se refiere a este precepto; en ella —tras calificar la inviolabilidad como un *verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto*, y aun sin cerrar por completo la vulneración del artículo 23.2— se afirma que *«también, en relación con sus efectos procesales, el del demandado a la tutela efectiva, puesto que en estos casos su prerrogativa constitucional determina la carencia absoluta de jurisdicción del órgano ante quien aquel proceso se plantea. El interés legítimo del parlamentario en la tutela de un valor constitucional se materializa así en la inviolabilidad de sus opiniones y, por consiguiente, en la exclusión de la jurisdicción respecto a ella»*. Y no ha de sorprender que se afirme la conexión con el derecho a la tutela judicial en supuestos como la inviolabilidad, donde el juez protege al parlamentario mediante su no intervención. Y no ha de sorprender porque en estos casos la tutela judicial consiste justamente en rechazar la demanda, pues es así como salvaguarda el interés constitucional.

Todo lo dicho hasta el momento respecto a los integrantes de las Cortes Generales, es perfectamente aplicable a los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, pues —como ha reiterado el Tribunal Constitucional— aunque la Constitución guarde silencio sobre la inviolabilidad de estos parlamentarios, son los Estatutos de Autonomía, *en cuanto norma institucional básica* de cada Comunidad, los encargados de regularla²⁴. Por regla general, en ellos no se extiende la inviolabilidad más allá del tenor del artículo 71.1, salvo la inclusión expresa, junto a las opiniones, de los votos emitidos.

3. SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CASO DE LAS FALSEDADES DE LOS SENADORES

En términos generales, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo discurre, en materia de inviolabilidad, dentro de los cauces trazados por el Tribunal Constitucional, y que acabamos de examinar. No obstante, y como hasta cierto punto es lógico, sus pronunciamientos

²³ Cfr. las SSTC 205/1990, de 13 diciembre, y 140/1995, de 28 septiembre.

²⁴ Así ya desde las SSTC 36/1981, de 12 noviembre (art. 26 Estatuto de Euskadi), y 122/1983, de 16 diciembre (art. 11.3 del Estatuto de Galicia).

son muy escasos, y en ellos, generalmente, se ha abordado esta cuestión en relación a la inmunidad, por lo que existe un escaso cuerpo de doctrina, y el existente no deja de ser excesivamente genérico.

En este contexto, tanto de la inviolabilidad como de la inmunidad, se afirma que «*no constituyen unos privilegios, sino los instrumentos técnico-jurídicos que se han considerado necesarios para, como acaba de decirse, proteger con eficacia el ejercicio de las funciones antes señaladas*»; es decir, aquellas por cuya virtud los Diputados y Senadores «*forman las Cortes Generales y ejercen la potestad legislativa del Estado, además del resto de las funciones que les encomienda el artículo 66 de la Constitución*». De ahí que el fundamento y finalidad de esta prerrogativa consista en salvaguardar y garantizar el ejercicio libre de tan importantes tareas en todo Estado de Derecho. Por otra parte, su entendimiento como prerrogativas, y no como privilegios personales, permite a la jurisprudencia sostener que *no son renunciables*, puesto que pertenecen a la Institución y no a cada uno de los parlamentarios aisladamente considerados. Será consecuentemente la Cámara, y no individualmente cada uno de sus miembros, la que decide y custodia estos derechos. Y, en todo caso, siempre ha de operarse con una interpretación en sentido estricto de estas prerrogativas²⁵. Por último, reiteradamente se afirma que «*el fuero sólo se extingue con el mandato respecto a la inmunidad, pero acompaña al diputado más allá de su cese en cuanto a la inviolabilidad*»²⁶. De modo que se configura como una garantía absoluta y con efectos perpetuos.

Corresponde ahora examinar el caso de *las falsedades de los Senadores*. Y se cree oportuno hacerlo, por cuanto, sin ser el único²⁷, sí es el más significativo exponente de una línea jurisprudencial que —quizá por falta de convicción en la institución de la inviolabilidad, o justamente por todo lo contrario, esto es, por su *santificación*, o simplemente por evitar suspicacias o recelos en la opinión pública— no acude a su invocación para resolver algunas causas aparentemente claras, y *huye* en pos de otros mecanismos más comunes, como la ausencia de elementos típicos del delito correspondiente para terminar decretando el archivo de actuaciones.

Pero este heterodoxo modo de proceder no es tan inocuo como pudiera parecer, aunque *materialmente* se alcance la misma solución absolutoria a que se llegaría mediante la estimación sin más de la inviolabilidad. Y no lo es, porque esa huida de la inviolabilidad representa, en primer lugar, dejar de aplicar un precepto constitucional, transmitiendo una sensación de *culpabilidad o vergüenza* por adjudicar un privilegio. En segundo lugar, porque se despoja de protección al interés constitucional consistente en la

²⁵ ATS 15 diciembre 1993 (Causa Especial n.º 240/92).

²⁶ AATS 26 febrero 1991 (Causa Especial n.º 240/89) y 15 diciembre 1993 (Causa Especial n.º 240/92).

²⁷ Ver el ATS 26 febrero 1991 (Causa Especial n.º 240/89), donde se analiza un supuesto de delito de injurias y calumnias cometidos por una Diputada contra la Iglesia de la Cienciología, en unas declaraciones ante la prensa en sede parlamentaria.

independencia y libertad de expresión y decisión del poder legislativo. En tercer término, porque mediante el recurso a este tibio expediente, pudieran socavarse derechos fundamentales del parlamentario, y de forma especial el derecho a la tutela judicial, que le permite reclamar sin más el reconocimiento de su derecho a la *excepción de jurisdicción*, sin necesidad de verse sometido al examen de la concurrencia de los requisitos de una figura delictiva determinada y no tener que esperar, casi como un favor personal o en consideración a su *status*, alguna interpretación favorable que, forzando las exégesis ya consolidadas, le conceda la absolución. Y la cuarta razón para afirmar la nocividad de esta orientación jurisprudencial, enlaza justamente con la anterior, por cuanto en ocasiones la Sala Segunda se ve abocada a forzar interpretaciones de figuras delictivas, o llanamente a cambiarlas, para lograr en el caso concreto una solución acorde con la tan socorrida *justicia material*. Naturalmente, estos giros interpretativos no son extendidos luego a otros supuestos en los que los implicados no son parlamentarios.

Con todo, aun existe una última razón para reclamar un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. Y ésta descansa en la necesidad de que este órgano jurisdiccional deje de actuar en una peligrosa frontera, que es la que separa sus competencias y funciones con las propias del poder legislativo, abandonando determinadas extralimitaciones en el control del Parlamento y de sus miembros. Con otras palabras, y reiterando lo ya dicho respecto al también excesivo intervencionismo del Tribunal Constitucional, ha de proclamarse sin rodeos el principio jurídico de separación de poderes y la supremacía e independencia absoluta del poder legislativo. Y la inviolabilidad es precisamente un mecanismo creado a tal efecto; de ahí la necesidad, incluso *educativa*, de su explícito uso por el Tribunal Supremo.

Pues bien, el caso en cuestión²⁸ comenzó con una denuncia contra tres Senadores por presuntos delitos de falsedad en documento público, cometidos, al parecer, por votar desde su escaño, con manos y pies, por otros compañeros de grupo parlamentario ausentes. El objeto de la presunta falsedad fue el Proyecto de Ley del IRPF, dictaminado por el Pleno del Senado en sesión celebrada el 9 de mayo de 1991. Comprobado el número excesivo de votantes respecto al de senadores presentes, por acuerdo unánime de la Mesa del día 13 de mayo del mismo año, se anularon las votaciones, celebrándose otras nuevas el día 16 de mayo. Pues bien, comparando las votaciones de los días 9 y 16 de mayo se observa que el resultado es el mismo.

Hasta aquí el relato de hechos probados. Respecto a los fundamentos jurídicos, la Sala asume los aducidos por el Ministerio Fiscal. Y éstos son muy claros: el exceso numérico detectado en la primera votación en nada pudo influir en lo sometido a debate, ya que los resultados se repitieron en

²⁸ ATS 21 septiembre 1992 (Causa Especial n.º 690/91).

la segunda sesión. A partir de ahí, se estima que no concurre uno de los principales requisitos del delito de falsedad, consistente en variar «*la esencia, sustancia o genuidad del documento pretendidamente alterado en sus extremos fundamentales y que la acción falsaria tendiera y, en definitiva, consiguiera una modificación de la real eficacia del destino o finalidad para lo que el documento fue creado*». En definitiva, se dice que no son de apreciar ni el elemento objetivo del tipo, ni tampoco el intencional o doloso, pues es difícil evidenciar la intencionalidad falsaria de los denunciados. Por todo ello se decreta el archivo de actuaciones.

No es éste el lugar para cuestionar la ausencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de falsedad en el presente supuesto, pues existen muchas dudas al respecto. Pero esto es una cuestión secundaria, cuya discusión ni siquiera se debería haber producido, pues la Sala Segunda tenía que haber rechazado la demanda alegando, sin más, el artículo 71.1 de la Constitución. Por ello, no deja de sorprender que la jurisprudencia ordinaria no aplique la prerrogativa de la inviolabilidad en un supuesto donde, ni más ni menos, se entra a enjuiciar penalmente la esencia de la función parlamentaria, que consiste en emitir el voto. El Tribunal Supremo no puede juzgar ni las opiniones ni los votos emitidos por los parlamentarios porque están exceptuados a su control, representando *límites a la ley penal*. Pero aún es más grave su intromisión en los resultados de la votación global, lo que sitúa su actuación al borde del quebrantamiento de la inviolabilidad de las Cortes Generales (art. 499 CP).

Mayor es el relieve que cobra esta *huida* de la inviolabilidad parlamentaria, si se compara con la agilidad que el Tribunal Supremo la estima —ahora sí *ad limine*, directa y expresamente— cuando afecta al Jefe del Estado²⁹.

4. UN APUNTE SOBRE LA NATURALEZA PENAL DE LA INVOLABILIDAD

A estas alturas, es de sobra conocido por todos la discusión acerca de la naturaleza juríco-penal de la inviolabilidad en general, y de la parlamentaria en especial. La polémica es tan antigua como irreconciliables las posturas, hasta el extremo de haber monopolizado el debate, orillando el análisis de otras cuestiones quizás más relevantes. No tiene sentido pues, en este lugar, reproducir unas y otras. Y más cuando en el trabajo que GÓMEZ BENÍTEZ publicara en 1982³⁰ se contiene una espléndida exposición del estado de opinión de la doctrina alemana, italiana y española. Por ello es suficiente, para los fines aquí perseguidos, añadir dos ideas, y

²⁹ Así, ATS 17 febrero 1992 (Causa Especial n.º 1970/91), que acude sin más al art. 56.3 de la Constitución, declarando que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

³⁰ «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria», *RFDUC*, núm. 64, 1982, especialmente págs. 51 a 67.

después apuntar los argumentos que nos hacen inclinarnos por una de las soluciones posibles.

La primera observación pretende recordar sintéticamente las cuatro opciones existentes. En las tres primeras se le otorga una naturaleza material, mientras que en la cuarta se le atribuye una naturaleza exclusivamente procesal. Entre las concepciones materiales, se encuentran: a) la que la considera una *causa de justificación*, que remite al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP); b) su entendimiento como una *causa personal de exclusión de la pena* (excusa absolutoria); y, c) se disciplina como una *causa de inimputabilidad*. Por último, hay quienes le atribuyen un carácter meramente procesal, configurándola como meros obstáculos procedimentales³¹. Sin duda, han sido las dos primeras las que han contado con mayores seguidores, hasta el extremo de haberse prácticamente abandonado en la actualidad las dos últimas, pues, como resulta obvio, resultan difícilmente defendibles.

La segunda matización consiste en recordar que, desde el trabajo antes reseñado de 1982, la doctrina mayoritaria española sigue defendiendo su naturaleza de *causa personal de exclusión de la pena*, como lo atestiguan las obras más recientes³². De igual forma, también la doctrina mayoritaria alemana sigue conceptuando la inviolabilidad como *causa personal de exclusión de la pena* (*Strafausschließungsgründe*)³³. Semejante concepción de la prerrogativa permite la posibilidad de sancionar a los partícipes y de ejercitar la legítima defensa frente al parlamentario, pues —y ésta es la cuestión central— su opinión o voto no dejaría de ser ilícito, aunque el ordenamiento jurídico le eximiera de responsabilidad. De modo que, como recientemente se ha vuelto a señalar por JAKOBS³⁴, su consideración como *causa personal de exclusión de la pena* sigue presentando una importante grieta, pues, al no alcanzar su eficacia a los partícipes, posibilitando su sanción, indirectamente se limita la libertad del parlamentario. De ahí que para el autor citado se trate de una *causa de exclusión del injusto por falta de tipicidad*.

Y ciertamente, ésta es una de las críticas tradicionalmente efectuadas a su entendimiento como *causas personales de exclusión de la pena*. Pese a ello, la debilidad de configurarlas como *causas de justificación* no es me-

³¹ Cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. y loc. cit.

³² Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Inviolabilidad...», cit., págs. 847 y ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Manual de Derecho Penal*. P. G., cit., pág. 183; COBO/VIVES, *Derecho Penal*. P. G., cit., pág. 213; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*. P. G., cit., pág. 188; QUINTERO/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal*. P. G., cit., págs. 148-149.

³³ Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., trad. J. L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 501; E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. I, Parte general, 6.ª ed., 1995, § 36, n.º marg. 5; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, ob. cit., § 36, n.º marg. 2; T. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch...*, cit., n.º marg. 1. Para una visión de conjunto, vid. R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín, 1976, págs. 58-87.

³⁴ G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, págs. 413-414, n.º marg. 15 y 16.

nor, pues ello supone afirmar que el hecho realizado por el parlamentario —una calumnia, injuria, amenaza o falsedad, por ejemplo— deja de ser considerado como ilícito, transformándose misteriosamente en ajustado a Derecho. O dicho de otra forma, que el parlamentario tenía *derecho* a injuriar, calumniar, amenazar o falsear. Y esto es, como insistentemente explica la doctrina mayoritaria, lo que de ningún modo resulta admisible.

Probablemente la razón para mantener su entendimiento como *causas de justificación* se deba a dos clases de argumentos utilizados incorrectamente, junto al deseo de extender la exención a los partícipes, bien sea con la intención de preservar la libertad del parlamentario, o por razones de justicia material.

A continuación, y para concluir este trabajo, expondremos someramente las objeciones que, a nuestro juicio, cabe oponer a ese planteamiento.

El primer argumento utilizado incorrectamente gira en torno a la idea de *interés preponderante*. Así, con toda razón se afirma, como aquí también se ha hecho, que la independencia y libertad del Parlamento constituye un interés superior y preponderante sobre los otros bienes jurídicos en juego. Dicho interés constitucional justificaría —según ese razonamiento— la lesión de los otros intereses, transformando la conducta típica del parlamentario en ajustada o conforme a Derecho, esto es, convirtiéndola en lícita. Pero en esa argumentación se olvidan dos cosas esenciales. La primera que también los otros intereses en juego poseen reconocimiento en la Constitución, y además como derechos fundamentales (v. gr., honor e intimidad). Y en segundo lugar, que no ha de confundirse la preponderancia del Parlamento —algo indiscutible— con el hecho de que la acción lesiva cometida por el parlamentario represente el interés preponderante. De suerte que los términos de comparación se establecen entre la acción de injuriar, calumniar o amenazar, y como éstos no realizan ningún bien, mal puede afirmarse su valor superior. En definitiva, para no continuar deslizándose por un trazado equívoco, es menester distinguir entre el interés preponderante del Parlamento y otra cosa muy distinta, cual es la concreta acción típica y antijurídica llevada a cabo por el parlamentario, que no puede nunca considerarse como interés preponderante, porque sencillamente no salva ningún bien jurídico.

El segundo argumento que conduce a la confusión proviene de transformar en una paradoja lo que en realidad no lo es. Así se resalta la contradicción de configurar como *causa de justificación* la libertad de expresión y crítica de todo ciudadano extraparlamentario, mientras que se degrada a simple *causa de exclusión de la pena* la misma actividad cuando es practicada por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones. Y así expuesto no deja de constituir, efectivamente, una contradicción. Pero, como advertíamos, la aparente paradoja tiene su origen en un defectuoso planteamiento de la cuestión o —lo que sería peor— en una deliberada manipulación del problema. La solución descansa en negar, como es obvio, la premisa mayor: también los parlamentarios gozan de idéntico derecho a la

libertad de expresión, y cuando transitan dentro de sus límites, naturalmente se encuentran amparados por una *causa de justificación*. Pero la inviolabilidad no consiste en reafirmar este derecho fundamental, pues entonces resultaría superflua. La inviolabilidad se configura como un plus, pero no del derecho de expresión personal —que entonces atentaría al principio de igualdad—, sino por razón del interés en la independencia del Parlamento. Así pues, podríamos trasladar aquí la interpretación que VIVES ANTÓN ha ofrecido de la *exceptio veritatis* en relación al conflicto entre los derechos al honor y a la libertad de expresión³⁵. Y es que, ciertamente, para evitar el efecto indeseable de desalentar al parlamentario en el ejercicio de sus funciones («*Chilling effect*»), el ordenamiento jurídico —en aras de ese interés superior— le ampara, además de con la *causa de justificación*, con una *causa de exención de la pena*, de tal suerte que la prerrogativa opera más allá de la *causa de justificación*, asegurando una absoluta impunidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de su función.

En resumen, nada parece oponerse a su entendimiento como *causa de exclusión de la pena*. Es más, no parece existir otro mejor fundado. Ahora bien, si se cree conveniente extender su eficacia a los partícipes, nada impide hacerlo si, en lugar de configurarse como una *causa personal*, se le atribuye la naturaleza de *causa objetiva* de exclusión de la pena. Esta posibilidad —sin perjuicio de que deba ser objeto de ulteriores reflexiones— podría fundarse en dos consideraciones. De un lado, no sólo no existen obstáculos dogmáticos para ello, sino que el recurso a dicha fórmula está cada vez más extendido. Baste citar ahora dos ejemplos: la *exceptio veritatis* en los delitos de calumnias e injurias (arts. 207 y 210 CP) y la novedosa regularización fiscal espontánea (arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP). De otro lado, y como ya se ha dicho, no se trata de privilegios personales, sino de prerrogativas de carácter objetivo, y esa es razón suficiente para proyectar su eficacia a los partícipes, que es —como es sabido— el efecto que se deriva de otorgar naturaleza objetiva a las causas de exclusión de la pena.

³⁵ Con buenos argumentos ha mostrado este autor por qué la *exceptio veritatis* no constituye en nuestro ordenamiento una técnica de solución del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, y que su operatividad es meramente residual: excluye la punición en aquellos supuestos en que, aun concurriendo el tipo —esto es, incluso habiendo actuado el sujeto con inveracidad subjetiva o con temerario desprecio hacia la verdad— se acredita en el juicio la verdad objetiva de las imputaciones. Vid. T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, con BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSAC, Valencia, 1993, págs. 683 y ss.; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1, Valencia, 1996, págs. 1033-1034.

PROBLEMAS ACTUALES

Los resultados de la Conferencia Intergubernamental de 1996: claves de una reforma

Ana Gemma López Martín

*Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. LAS RAZONES DE LA REFORMA.—II. LAS FASES DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 1996.—III. LA CONFERENCIA DE AMSTERDAM Y EL NUEVO TRATADO DE LA UNIÓN: Sección I: Libertad, seguridad y justicia. Sección II: La Unión y el ciudadano. Sección III: Una política exterior coherente y eficaz. Sección IV: Las instituciones de la Unión. Sección V: Cooperación más estrecha-flexibilidad. Sección VI: Simplificación y consolidación de los Tratados.

En 1957, el *Tratado de Roma* creó la Comunidad Económica Europea. En 1985, el *Acta Única* dio un nuevo impulso al mercado interior. El *Tratado de Maastricht* de 1992 trazó la vía de la Unión Económica y Monetaria, introdujo un principio de política exterior europea y la voluntad de crear un espacio de libre circulación dentro de la seguridad.

En esta línea, el 29 de marzo de 1996 da paso a una nueva fase en la «construcción europea», al poner en práctica los Estados miembros de la Unión Europea (UE) lo preceptuado en el art. N, apartado 2, del *Tratado de Maastricht*¹, y dar el pistoletazo de salida a una Conferencia Intergubernamental (CIG) cuya finalidad no es otra que la de revisar aquellas cuestiones del TUE excluidas en la anterior conferencia de 1991, así como aquellas otras necesitadas de reexamen a corto o medio plazo. El

¹ Dice así: «En 1996 se convocará una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros para que examine, de conformidad con los objetivos establecidos en los artículos A y B de las disposiciones comunes, las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea una modificación».

punto «y aparte» de la misma debemos situarlo en la reciente Conferencia de Amsterdam, celebrada en el mes de junio, que ha elaborado un nuevo Tratado para Europa.

I. LAS RAZONES DE LA REFORMA

El período que se extiende desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, 1 noviembre 1993, y la fecha de revisión prevista por el mismo, 1996, es ciertamente muy breve; de ahí que nos planteemos, en primera instancia, cuáles son las razones que han motivado tal imperiosa reforma. En este sentido, entendemos² que son fundamentalmente los cambios operados en la situación política y económica el principal motor de esta revisión.

El primero de estos cambios está marcado por la evolución de la situación en Bosnia, que ha puesto de manifiesto la extrema debilidad de la política exterior de la Unión, así como el riesgo de contradicciones graves entre los miembros de la Unión.

El segundo es el notable éxito de la unificación alemana, realizada bajo el estandarte de Europa, que exige, asimismo, una respuesta europea a los envites de esta unificación.

El tercer elemento se refiere al desempleo. La Unión ha hecho propuestas de gran envergadura en materia de fortalecimiento de las infraestructuras del transporte y de la comunicación, pero los obstáculos nacionales se oponen a la plena y rápida realización de estas propuestas.

El cuarto afecta a las crisis monetarias, favorecidas por políticas nacionales insuficientemente convergentes y por las incertidumbres sustentadas por algunos en relación a la fecha de creación de la moneda única y de los criterios de convergencia.

El quinto viene motivado por el desarrollo acelerado del progreso tecnológico, sobre todo en materia de comunicación e información, que refuerza la necesidad de una cooperación entre los países europeos.

Finalmente, entendemos que el problema principal radica en la crisis de las relaciones entre los ciudadanos y las Instituciones, el paro, la inseguridad cara a la criminalidad, la corrupción que asola a un gran número de países miembros, la dificultad de organizar la inmigración, la falta de capacidad de las clases políticas para elaborar proyectos de futuro; elementos, todos ellos, que empecen el «pacto de ciudadanía», cimiento de toda sociedad, y que, sin embargo, se dan en todos los Estados miembros.

² Recogemos, en este sentido, la opinión del comisario europeo Marcelino Oreja (*vid. Revue de Marché Unique Européen*, 3, 1995, págs. 6-7).

II. LAS FASES DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 1996

El *proyecto de Tratado de Amsterdam*, aprobado el 17 de junio de 1997, no es el simple resultado de dos días de encuentro, sino que es el fruto de un importante esfuerzo conciliador de las posturas divergentes mantenidas por los distintos Estados miembros, así como por las respectivas instituciones comunitarias, que ha necesitado de un sinnúmero de reuniones y debates, de documentos e informes, imprescindibles para llegar a Amsterdam³. Resulta inevitable la referencia expresa a aquellos que entendemos como más relevantes.

El punto de arranque de la CIG'96 (sexta Conferencia Intergubernamental en cuarenta y seis años de existencia comunitaria) debemos situarlo en el Consejo Europeo de Corfú de 24 y 25 de junio de 1994, el cual decidió la creación de un Grupo de Reflexión —integrado por representantes de los 15 ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, un representante de la Comisión, así como por dos representantes del Parlamento Europeo— cuya misión era la de preparar la CIG'96, mediante la elaboración de un informe que identificara las cuestiones principales a tratar por ésta. Este *Informe* se presentó finalmente en el Consejo Europeo de Madrid de diciembre de 1995, dividido: 1) «Una estrategia para Europa», en la que se trataban de forma concisa los grandes temas de la CIG; 2) «Un orden del día comentado», que en 177 puntos exponía las opciones mayoritarias y minoritarias expresadas en el Grupo en relación con cada una de las cuestiones anteriores⁴. En síntesis, el Informe del Grupo de Reflexión propuso la actuación de la CIG en tres ámbitos principales:

1. Hacer de Europa una empresa de los ciudadanos, centrándose en resolver los problemas que más les preocupan, como el respeto a los derechos humanos, una mayor seguridad, la solidaridad, el empleo y el medio ambiente. Asimismo, se estimó que la Conferencia debía lograr una Unión más transparente y el respeto al principio de subsidiariedad.

³ No debemos olvidar el papel jugado en este ámbito por la doctrina, que ha elaborado ininidad de trabajos, no sólo recogiendo todo lo realizado por los Estados y las instituciones, sino planteando, incluso, sus propias reformas. *Vid.*, entre otros, David O'KEEFFE, «From Maastricht to the 1996 Intergovernmental Conference: The Challenges facing the Union», *Legal issues of European Integration*, 1994, 2, págs. 135-151; Jean-Victor LOUIS, «La CIG. Vers quelle Europe?», *Cahiers de droit européen*, 1996, 3-4, págs. 249-255; Javier DIEZ-HOCHLEITNER, «La simplificación, objetivo prioritario de la CIG'96», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, B-115, págs. 5-16; Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, «La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea en la perspectiva de la reforma de 1996», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, B-111, págs. 5-14.

⁴ Los trabajos de este grupo comienzan en Taormine (Italia) el 3 de junio de 1995, y terminan el 5 de diciembre en Bruselas con la elaboración de un Informe en el que se recogen las orientaciones de trabajo propuestas por el Consejo de Cannes de junio de 1995 (*cf.* *Boletín de la Gaceta jurídica de la CE y de la Competencia*, n.º 108, noviembre-diciembre 1995, págs. 63-92). Para un estudio en profundidad del Informe del Grupo de reflexión, *vid.* Angel BOIXAREU CARRERA, «Perspectivas de la CIG 96. El informe del Grupo de Reflexión», *Gaceta jurídica de la CE y de la Competencia*, serie D-25, págs. 7-111.

2. Mejorar el funcionamiento de la Unión y prepararla para la futura ampliación, lo que requeriría cambios en la estructura y funcionamiento de las Instituciones.

3. Dotar a la Unión de mayor capacidad de acción exterior, proponiéndose para ello la creación de una unidad de planificación y análisis de la política exterior común, capacidad para decidir en común y para ejecutar sus acciones exteriores con mayor visibilidad (quizá a través de un Sr. PESC). Igualmente es necesario el desarrollo de la política de seguridad y defensa, una opción es el fortalecimiento de la relaciones entre la UE y la UEO.

Este documento constituye el punto de referencia imprescindible sobre el cual debía trabajar la CIG'96 que se inició durante el Consejo Europeo de Turín (marzo 1996)⁵, y cuyo funcionamiento se desarrollaría siguiendo el plan estructurado en las conclusiones del Consejo Europeo de Madrid: celebración de reuniones mensuales de los Ministros de Asuntos Exteriores (han sido necesarias hasta un total de quince) y reuniones semanales de los representantes de los Ministros con el representante de la Comisión Europea, Marcelino Oreja (cuya cifra asciende a cuarenta), para preparar las deliberaciones ministeriales. Los debates fueron programados para ser llevados a cabo sobre la base de una triple documentación:

A. Los documentos de síntesis preparados bajo la responsabilidad de la Presidencia del Consejo.

B. Las contribuciones de las delegaciones de los Estados miembros.

C. Los informes y resoluciones de las instituciones u órganos de la Unión.

A. *Presidencia del Consejo*

En esta línea de actuación, y dentro del período de Presidencia italiana, el Consejo Europeo de Florencia fijó como objetivos de trabajo de la CIG: acercar la Unión a sus ciudadanos; reforzar y ampliar el alcance de la política exterior y de seguridad común; garantizar, teniendo en cuenta la ampliación, el buen funcionamiento de las instituciones. Por su parte, el Consejo Europeo de Dublín (diciembre 1996) subrayó que en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior era necesaria una mayor capacidad de acción en lo referente a los visados, la ayuda, la inmigración, el

⁵ Este mismo Consejo fija el plazo de un año para la finalización de la Conferencia, así como las modalidades de asociación del Parlamento Europeo a los trabajos de la CIG: las sesiones ministeriales comenzarán con un cambio de impresiones con el Presidente del Parlamento Europeo, asistido por representantes de este último, y que la Presidencia organizará, al margen de las sesiones ministeriales, reuniones de trabajo con el fin de fomentar un cambio de impresiones pormenorizado con los representantes del Parlamento Europeo.

paso de las fronteras exteriores, la lucha contra la droga y la delincuencia internacional, así como una mayor cooperación entre Europol y las autoridades nacionales. Asimismo, hizo un llamamiento para que se garantizara en mayor medida la coherencia y la eficacia de la acción exterior de la Unión Europea.

B. *Contribución de las delegaciones de los Estados miembros*

Todas ellas aparecen recogidas en el *White Paper on the 1996 Intergovernmental Conference*, vol. II⁶. Dado lo conciso de este estudio, sólo vamos a sintetizar los puntos más destacados de la *Posición Española*, la cual se estructuró en torno a las tres grandes materias apuntadas en el Informe del Grupo de Reflexión:

1. *El ciudadano y la Unión*. En este ámbito, España propuso: hacer más operativo el principio general de respeto a los Derechos fundamentales (art. F.2), con la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales o la adhesión a la Convención Europea y otro de derechos socio-económicos, así como de algún mecanismo sancionador en caso de incumplimiento; inclusión de una cláusula de no discriminación; profundización en los derechos concretos del ciudadano; reforzamiento del concepto de servicios públicos de interés general; prioridad absoluta de la lucha contra el terrorismo; cooperación policial y judicial por la vía intergubernamental; comunitarización del tercer pilar en lo referente al cruce de fronteras exteriores; necesidad de tratamiento de la creación de empleo; mantenimiento del *statu quo* en lo referente al medio ambiente; mayor transparencia de la Unión, favoreciendo la accesibilidad y comprensión de sus asuntos y la simplificación del texto del Tratado; aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. *Una Unión más eficaz y democrática*. España consideró prioritario una reforma institucional adecuada que consolidara el marco institucional único en todo el conjunto del Tratado de la Unión y respetara el equilibrio institucional en su conjunto; mantenimiento del art. 235 en su redacción actual; establecimiento de procedimientos simplificados de ejecución; mayor eficacia en el control de ejecución de las normas comunitarias, así como en la lucha contra el fraude mediante un mejor control financiero del presupuesto comunitario y de un reforzamiento del Tribunal de Cuentas; no debe abordarse el sistema de recursos (1999); respecto de las nuevas políticas de energía, turismo y protección civil, pareció más adecuado prever una cooperación reforzada entre los Estados miembros.

⁶ Su título es: «Summary of positions of the Member States of the European Union with a view to the 1996 Intergovernmental Conference», European Parliament, Intergovernmental Conference Task Force, 29 marzo 1996.

3. *La acción exterior de la Unión.* En este ámbito España propuso: dotar a la Unión de personalidad jurídica internacional para que pueda concluir acuerdos internacionales en las materias de los títulos V y VI; supresión de la estructura en pilares; precisar la diferenciación entre posiciones y acciones comunes; clarificar la relación entre el Coreper y el Comité Político; crear una instancia o célula de análisis (localizada en la Secretaría General del Consejo) en la fase preparatoria de la política exterior común; utilización del voto de mayoría cualificada en la adopción de decisiones; reforzamiento de la coordinación entre la Presidencia y la Comisión, que se encargarían de conducir los asuntos de la PESC (frente a la idea de un Sr. PESC); mejora de relaciones UE-UEO, con una progresiva integración de la UE en la UEO.

C. *Documentos institucionales*

Desde este punto de vista⁷, resulta especialmente reseñable el informe favorable a la CIG emitido por la Comisión el 28 de febrero de 1996 (solicitado por el Consejo Europeo de Corfú) titulado «Reforzar la unión política y preparar la ampliación»⁸, basado estrictamente en el análisis del funcionamiento del Tratado de la UE. Un breve análisis del título del dictamen nos permite situarnos: la Comisión preconizó una CIG ambiciosa que se apoyara en una auténtica voluntad política por parte de todos para reforzar la Unión y preparar las condiciones para la ampliación. Para ello, propuso un proyecto político basado en tres cuestiones fundamentales:

1. *La ciudadanía:*

— promover el modelo europeo de sociedad, reforzando la defensa de los derechos humanos (siendo la solución más adecuada, en este sentido, la adhesión al *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950*), consolidando la Unión de Derecho, poniendo más énfasis en la dimensión social (principalmente a través de la reintegración del Protocolo Social en el Tratado), incluyendo un capítulo específico sobre el empleo en el Tratado y concediendo mayor importancia al desarrollo sostenible;

— establecer un espacio de libertad y seguridad mediante la corrección de las insuficiencias del Tratado en los ámbitos de justicia e interior (en particular a través de su comunitarización);

⁷ Además de los referidos, existen otros documentos institucionales que hacen igualmente relación con la CIG'96: dictamen favorable del Consejo de 25 de marzo de 1996; resolución del Tribunal de Justicia sobre la función del juez en la UE de mayo de 1995; contribución del Tribunal de Primera Instancia de 17 de mayo 1995; opinión del Comité Económico y Social de 23 de noviembre de 1995; Declaración del Comité de las Regiones de 3 de octubre de 1996.

⁸ Cf. COM (96) 90.

— simplificación del Tratado y revisión del sistema de adopción de decisiones (limitación de los procedimientos a tres tipos: dictamen, dictamen conforme y codecisión, extensión y simplificación del procedimiento de codecisión, ampliación del dictamen conforme del Parlamento Europeo y revisión de los procedimientos de ejecución).

2. *El ámbito exterior.*

— garantizar la coherencia de la acción exterior, reforzando las disposiciones del Tratado que otorgan la responsabilidad de la misma al Consejo y a la Comisión;

— reforzar la acción comunitaria exterior, consiguiendo que la Unión se exprese al unísono, incluso en los ámbitos de competencia mixta;

— consolidar la política exterior y de seguridad, disponiendo que la Presidencia del Consejo y la Comisión se encarguen conjuntamente de hacer patente dicha política;

— construir una identidad de seguridad y de defensa, introduciendo en el Tratado cometidos de mantenimiento o de restablecimiento de la paz, incrementando la capacidad de la Unión en materia de seguridad mediante una participación adecuada de los Ministros de Defensa en el Consejo y revisando el papel de la UEO con miras a integrarla en la UE.

3. *Las instituciones.*

— adaptar las instituciones mediante la revisión de su composición y funcionamiento;

— generalizar el voto por mayoría;

— articular la flexibilidad de modo que sea posible instaurar formas de cooperación o integración reforzadas, respetando determinados principios.

Posteriormente, la Comisión aprobó un informe dirigido al Consejo relativo a la posible introducción en el Tratado CE de títulos relativos a la protección civil, al turismo y a la energía, y otro posterior sobre el ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión⁹.

Por su parte, el Parlamento Europeo adoptó el 13 de marzo de 1996 una resolución en la que establecía que la Conferencia había de respetar las siguientes prioridades:

⁹ *Cfr.* Bol. 4-1996, punto 1.1, y Bol. 7/8-1996, puntos 1.1 y 2.3.1. En este último informe la Comisión opta por ampliar el procedimiento de codecisión al conjunto de las actividades de carácter legislativo de la Comunidad, suprimir el procedimiento de cooperación y recurrir al dictamen conforme del Parlamento Europeo para los acuerdos internacionales y los ámbitos de orden «constitucional», y al dictamen simple para las demás medidas. El Parlamento Europeo, por su parte, acogió favorablemente este enfoque en una resolución de 14 de noviembre (*cfr.* Bol. 11-1996, punto 1.1).

- definir mejor el concepto de ciudadanía europea y respetar mejor los derechos humanos;
- responder de modo más eficaz a las preocupaciones de los ciudadanos relativas a la seguridad interior, en particular mediante la comunitarización de determinados aspectos de la política en materia de justicia y asuntos de interior y, en cuanto a los demás aspectos, recurriendo con mayor frecuencia a las instituciones y procedimientos comunitarios;
- fomentar las dimensiones social y ecológica y la política de empleo en el mercado interior y reforzar la cohesión económica y social;
- fortalecer el papel exterior de la UE, especialmente en cuanto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, mediante la aplicación plena y real de la política exterior y de seguridad común;
- incrementar la apertura y la transparencia;
- democratización mediante la generalización del voto por mayoría cualificada y el establecimiento de un procedimiento de codecisión simplificado y reforzando el papel del Parlamento;
- lucha eficaz contra el uso fraudulento de los recursos financieros comunitarios a todos los niveles;
- simplificación del Tratado¹⁰.

III. LA CONFERENCIA DE AMSTERDAM Y EL NUEVO TRATADO DE LA UNIÓN

El 17 de junio de 1997 marcó el final de la CIG'96, al llegar los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE a un acuerdo político sobre un nuevo Tratado para Europa, el *Tratado de Amsterdam*. El siguiente trámite es la firma oficial del texto, para dar paso a la aprobación del mismo por todos los electores, ya sea mediante referéndum, ya sea por decisión parlamentaria.

El Tratado de Amsterdam (proyecto provisional) consolida cada uno de los tres grandes «pilares» que han sustentado la actuación de la UE desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht: las Comunidades Europeas (primer pilar), la PESC (segundo pilar) y la cooperación en los ámbitos de justicia e interior (tercer pilar); y lo hace sobre la base de cuatro grandes *objetivos*:

- hacer del empleo y de los derechos de los ciudadanos el eje de la Unión;

¹⁰ Cfr. DO C96, 1-4-96. En una resolución sobre los resultados del Consejo Europeo de Turín (marzo 1996), el Parlamento expuso el 19 de abril sus principales preocupaciones sobre la CIG (cfr. DO C141, 13-5-96). Asimismo, con anterioridad a la reunión del Consejo Europeo de Florencia, el Parlamento adoptó el 19 de junio una resolución en la que invitaba a la CIG a iniciar verdaderas negociaciones y señalaba que esperaba que el Consejo Europeo imprimiera el impulso necesario a tal efecto; precisaba que cualquier hipótesis de flexibilidad había de respetar el acervo comunitario y el marco institucional único (cfr. DO C198, 8-7-96). En una resolución de 23 de octubre, el Parlamento reafirmó su deseo de que la Conferencia diera lugar a una amplia reforma institucional (cfr. DO C347, 18-11-96).

- suprimir los últimos obstáculos a la libre circulación y reforzar la seguridad;
- hacer que la voz de Europa se oiga mejor en el mundo;
- hacer más eficaz la arquitectura institucional de la Unión con miras a la próxima ampliación.

Con esta visión de futuro, las novedades que introduce el nuevo Tratado pueden exponerse siguiendo la estructura recogida en dicho documento.

Sección I. Libertad, seguridad y justicia

— Se insiste en la necesidad del respeto a los derechos fundamentales y aparece en el Preámbulo del TUE, por primera vez, la referencia al respeto de los *derechos sociales fundamentales*, definidos en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989.

— Obligación de respeto de los derechos fundamentales, nuevo requisito convencional para formar parte de la Unión.

— Asimismo, se establece un catálogo de actuación de las instituciones en el supuesto de una violación por un Estado Miembro de los principios en que se basa la Unión.

— Se incluye una nueva cláusula de no discriminación (art. 6 A del TCE), y otra relativa a la protección del individuo respecto del tratamiento y de la libre circulación de los datos personales (art. 213 *ter* del TCE).

— Se da un paso adelante en la comunitarización del tercer pilar, con la creación de un nuevo título en el TCE que, bajo el epígrafe «libre circulación de personas, asilo e inmigración», viene a sustituir la «pasarela» que suponen los arts. 100 C y 100 D TCE y el art. K.9 del TUE, y que afecta a las materias de política de visados, condiciones de expedición de permisos de residencia a los inmigrantes, procedimientos de asilo y normas en materia de cooperación judicial civil. Para garantizar el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el marco comunitario, se prevé un período transitorio de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado. Durante este período, el Consejo seguirá decidiendo por unanimidad, después pasará al ámbito del art. 189B TCE, esto es, de los procedimientos comunitarios.

— Se reconoce, por primera vez, la competencia del TJCE en el ámbito de justicia e interior, si bien limitándose al marco de la cuestión prejudicial y sólo en relación a las cuestiones abordadas en este nuevo título. Esta competencia no se extiende a todos los Estados, pues Reino Unido, Irlanda y Dinamarca quedan excluidos de la misma por sendos Protocolos.

— El Título VI del TUE se simplifica, recogiendo sólo las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, mejorándose los mecanismos e instrumentos para hacer más eficaz esta cooperación.

— El acervo de «Schengen»¹¹ se integra en el marco de la UE, a través de un Protocolo, poniendo así fin a las contradicciones resultantes de dos sistemas separados. De esta forma, aplicando el sistema de la cooperación reforzada, los trece Estados implicados proseguirán su cooperación dentro del marco jurídico del nuevo Tratado. Reino Unido e Irlanda podrán participar en la estructura común, y se prevé un régimen especial para Dinamarca.

— Se añade también un Protocolo del TCE sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la UE.

Sección II. La Unión y el ciudadano

— Destaca, sobre todo, la incorporación del empleo como uno de los objetivos básicos de la Unión, de tal forma que los Gobiernos se comprometen a orientar sus políticas de empleo en consonancia con la política económica de la Comunidad y a promover una mano de obra cualificada y capaz de adaptarse, así como mercados de trabajo que puedan reaccionar rápidamente ante los cambios económicos.

— Se crea un nuevo título relativo al empleo que deberá introducirse tras el título VI del TCE, y en el que destaca la creación de un sistema de vigilancia multilateral de las políticas nacionales, así como de un Comité de Empleo que asistirá a las instituciones en este trabajo. La estrategia coordinada para el empleo se llevará a la práctica anualmente de la siguiente forma:

- * en primer lugar, los Jefes de Estado y de Gobierno examinarán la situación del empleo;
- * el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, elaborará las líneas directrices para los Estados miembros;
- * al final del año, el Consejo examinará la aplicación de las líneas directrices y, si lo estima oportuno, formulará recomendaciones a los Estados miembros. El Consejo y la Comisión remitirán un informe anual conjunto a los Jefes de Estado y de Gobierno, que examinarán las nuevas orientaciones a seguir;

¹¹ Dicho acervo está constituido por los siguientes instrumentos:

- Acuerdo de Schengen, 14 junio 1985, firmado por los países del Benelux, Alemania y Francia.
- Convenio de aplicación de Schengen, 19 junio 1990, firmado por Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Países Bajos.
- Protocolos y acuerdos de adhesión al acuerdo de 1985 y al Convenio de 1990 con Italia (1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995) y Dinamarca, Finlandia y Suecia (1996).
- Decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como otros actos adoptados para la aplicación del Convenio.

- * por último, se prevén medidas de estímulo para la financiación de proyectos pilotos en temas de empleo.

- En el título dedicado a la política social se incluye lo relativo a los derechos sociales fundamentales y se deroga el Protocolo n.º14 sobre política social y el Acuerdo anexo al mismo.

- Integración de la protección del medio ambiente en todas las políticas sectoriales (art. 3 D del TCE).

- Introducción de un nuevo artículo en relación a la actuación para el fortalecimiento de la cooperación aduanera.

- Aplicación del TCE a los departamentos franceses de Ultramar, las Azores, Madeira y las Islas Canarias, si bien con un trato específico en atención a sus características particulares.

- Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se adjuntará al TCE.

- En aras de la transparencia de la Unión, se añade un nuevo artículo que facilita el acceso de los ciudadanos a los documentos de las instituciones comunitarias (191 A del TCE).

Sección III. Una política exterior coherente y eficaz

- La representación de la Unión en la PESC la ostenta el Presidente del Consejo, quien se verá asistido en esta tarea por un Secretario General que contribuirá a la aplicación de las decisiones. La Comisión participará plenamente en este proceso.

- Una nueva cédula de análisis y previsión se encargará de vigilar el desarrollo de los acontecimientos internacionales y sus posibles efectos sobre la Unión, así como de proponer iniciativas, alertando al Consejo ante la aparición de situaciones de crisis. Esta célula estará compuesta por especialistas procedentes de los Estados miembros, del Consejo, de la Comisión y de la Unión Europea Occidental (UEO).

- También se modifica el procedimiento de adopción de decisiones. Es posible que un Estado miembro adopte una postura de *opting-out* en decisiones individuales de política exterior argumentando públicamente sus razones sin que necesariamente se bloquee la acción para el resto de sus miembros. Se introduce una nueva técnica de actuación en el art. 7.2., la de las «estrategias comunes».

- El proyecto constata las obligaciones de la mayoría de los Estados miembros en el marco de la Alianza Atlántica y el hecho de que otros miembros no forman parte de esta organización. No obstante, todos consideran que la política exterior y de seguridad común implica todos los aspectos relacionados con la seguridad de la Unión, entre los que irán incluyendo, progresivamente, las cuestiones de defensa. En este sentido, se ve como deseable un acercamiento a la UEO, de la que todos son miembros

excepto Dinamarca y los países tradicionalmente neutrales (Austria, Finlandia, Irlanda y Suecia).

— Se inscribe una referencia a las misiones de mantenimiento de la paz y las acciones humanitarias, que podrían ser llevadas a cabo por la UEO con la participación de los Quince o sólo de alguno de ellos, según los casos.

— El proyecto contempla la extensión de las disposiciones de la política comercial común a ámbitos tan importantes como la propiedad intelectual y los servicios.

— Se añade un acuerdo interinstitucional en materia de financiación que establece que la fórmula normal de financiación será a cargo del Presupuesto de las Comunidades y que los gastos operativos de la PESC se consideran gastos no obligatorios.

Sección IV. Las instituciones de la Unión

— Parlamento Europeo:

* Se amplía el procedimiento de dictamen conforme al ámbito de las sanciones en el caso de una violación grave y persistente de los derechos fundamentales por parte de un Estado miembro.

* Se simplifica el procedimiento de codecisión y se extiende a las siguientes materias: empleo (medidas incentivadoras), política social (igualdad de oportunidades y de trato), salud pública (requisitos mínimos de calidad y seguridad de órganos; medidas veterinarias y fitosanitarias, con el objetivo directo de proteger la salud pública), principios generales de transparencia, lucha contra el fraude contra los intereses financieros de la Comunidad, cooperación aduanera, estadísticas y establecimiento de una autoridad consultiva independiente para la protección de datos.

* Se fija el número máximo de parlamentarios, cuya cifra no podrá exceder de setecientos.

— Consejo:

* Se amplía considerablemente las materias adoptadas por mayoría cualificada: directrices y medidas incentivadoras de empleo, exclusión social, igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, salud pública, transparencia, lucha contra el fraude, estadísticas, establecimiento de una autoridad consultiva independiente para la protección de datos, regiones ultraperiféricas y cooperación aduanera.

— Comisión:

* El nombramiento del Presidente de la Comisión, designado por los Jefes de Estado y de Gobierno, deberá ser aprobado por el Parlamento Europeo para que sea efectivo.

- * El número máximo de comisarios no excederá de veinte, lo que supondrá que los Estados con dos comisarios tendrán que perder uno, circunstancia que será paliada con una revisión de la ponderación del voto en el Consejo.

— Tribunal de Justicia:

- * Ampliación de su competencia «prejudicial» respecto de las materias reguladas por las disposiciones del nuevo título del TCE: «Libre circulación de personas, asilo e inmigración», relacionadas con el Título VI del TUE.

— Tribunal de Cuentas:

- * Se reconoce su legitimación para interponer recursos de incompetencia, vicios sustanciales de forma y controles de legalidad de los actos comunitarios.

— Comité Económico y Social:

- * Deberá ser consultado sobre las nuevas disposiciones de empleo (orientaciones y medidas incentivadoras), asuntos sociales (legislación y aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato) y salud pública.

— Comité de las Regiones:

- * Incompatibilidad con el cargo de parlamentario europeo.
- * Deberá ser consultado en relación a las materias de empleo, asuntos sociales, salud pública, medio ambiente, fondo social, formación profesional y transporte.
- * Alienta una mayor participación de los Parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión. Para que éstos puedan debatir desde el principio con sus respectivos gobiernos las propuestas legislativas presentadas por la Comisión, se establecerá un plazo de inscripción de seis semanas antes de llegar al Consejo.

Sección V. Cooperación más estrecha-Flexibilidad

— Se incluirán una serie de cláusulas generales en este sentido como nuevo título en las disposiciones comunes del TUE, que tienden a la utilización de las instituciones y procedimientos comunitarios por parte de los Estados miembros para instituir una cooperación más estrecha entre sí.

— En idéntico sentido, se insertan sendos artículos específicos en el TCE (art. 5 A) y TUE (art. K.12).

Sección VI. Simplificación y consolidación de los Tratados

Esta cuestión se deja aparcada, pensando en una segunda parte del Tratado que recogerá las disposiciones necesarias para la simplificación de los Tratados.

Para concluir esta sucinta exposición de la reforma del TUE operada a través de la CIG'96, queremos simplemente reseñar que es patente que las modificaciones recogidas en el Proyecto de Tratado de Amsterdam son importantes; baste mencionar el reforzamiento que se produce respecto del Parlamento Europeo, la cuestión de los derechos fundamentales, el empleo, la «comunitarización» del Tercer Pilar, o la especial consideración de las regiones ultraperiféricas. Aunque algunas de ellas, si bien nos parecen interesantes, no nos merecen todo nuestro entusiasmo; es el caso de la ampliación de la cuestión prejudicial, pero respecto de la cual quedan excluidos tres Estados, ¿cómo construir una jurisprudencia coherente si están fuera tres Estados y, en cambio, sus jueces están dentro? Además, existen numerosas cuestiones (las cuales parecen de vital importancia) que han sido aplazadas o, tal vez, aparcadas. En este sentido, resulta especialmente mencionable la tan esperada reforma institucional, imprescindible de cara a las previsibles nuevas ampliaciones o la necesaria concesión de personalidad jurídica a la UE, para que desarrolle satisfactoriamente su acción en el marco del Título V y del Título VI. Sin olvidar que han pasado desapercibidas las propuestas españolas en lo referente a la limitación del derecho de asilo y al tema del terrorismo, así como la relativa a la supresión de la estructura en pilares en aras a una mayor clarificación y simplificación de los Tratados (también sustentada por otros Estados e incluso desde el ángulo institucional). Tan notables ausencias nos crean la impresión de que el Proyecto de Tratado está inacabado; por no mencionar el «sinuoso» camino que le queda aún por recorrer a este Proyecto para convertirse en una realidad jurídica práctica.

Todas estas cuestiones nos hacen pensar que, quizá, el mecanismo de la Conferencia Intergubernamental está agotado y sea necesario contemplar nuevos instrumentos de actuación.

Supletoriedad, delegación legislativa y derogación.

A propósito de la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992

José Luis Peñaranda Ramos
Letrado de las Cortes Generales
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.—III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA SOBRE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA.—IV. LOS EFECTOS DEROGATORIOS DE LAS NORMAS IMPUGNADAS.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1. No parece necesario resaltar en exceso la gran importancia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, ha tenido y va a seguir teniendo sobre la determinación del ordenamiento urbanístico vigente, así como sobre la formulación del futuro. Y es que los efectos que de la Sentencia parecen derivarse hablan por sí mismos: el Tribunal Constitucional ha anulado, total o parcialmente, las dos terceras partes de los preceptos del Texto Refundido de 1992, decidiendo, al mismo tiempo, «recuperar» la legislación urbanística del Estado anterior a la Ley 8/1990, de 25 de julio, en su gran mayoría, preconstitucional.

La Sentencia ha aportado, además, una definición de lo que por urbanismo haya de entenderse en el Texto Constitucional, ha delimitado los títulos —fundamentalmente el derivado del artículo 149.1.1.^a— y la intensidad con que el Estado puede condicionar la legislación urbanística de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas, y ha culminado, en fin, una línea interpretativa sumamente restrictiva de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución, cuando afecta a materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia de *todas* las Comunidades Autónomas. De ahí que se haya señalado con acierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 cierra «...claramente el período abierto por la reforma-refundición legislativa de 1990-92, convirtiéndolo, así y por su doctrina y consecuencias, en uno de transición hacia el definitivo modelo legislativo urbanístico postconstitucional»¹.

2. Pero la importancia de esta Sentencia trasciende el plano puramente urbanístico al fijar también doctrina respecto de otros ámbitos y hacer referencia a instituciones o categorías pertenecientes a la teoría general del Derecho que tienen, por ello, repercusión más general.

Este breve trabajo pretende hacer una lectura no estrictamente urbanística de la doctrina establecida por la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional centrado en algunos aspectos que la Sentencia analiza, a mi juicio, no siempre con demasiada fortuna. Se trata de examinar, en particular, qué entiende la Sentencia por supletoriedad y qué efectos extrae de esa concepción para colmar el ordenamiento urbanístico; cómo utiliza el Tribunal la figura de la delegación legislativa, especialmente en el caso de la habilitación para refundir textos legales; y, finalmente, cómo interpreta la función derogatoria que cumplen las diferentes normas sometidas a su enjuiciamiento.

La valoración que merecerá la argumentación del Tribunal sobre esos aspectos será desigual. Pero conviene advertir desde este momento que mi opinión será claramente negativa respecto de la conexión que establecerá entre las tres categorías (consecuencias que se derivan de la supletoriedad del Derecho estatal sobre la función derogatoria de un texto refundido, en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una buena parte de éste), y que esa conexión tendrá una indudable importancia en el fallo del Tribunal, no tanto respecto de la cuestión de fondo, que es el reparto constitucional de competencias en materia de urbanismo, como en la concreta fórmula utilizada para determinar el Derecho vigente tras la publicación de la Sentencia.

¹ L. PAREJO ALFONSO, «Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; en particular la regla de la supletoriedad del Derecho general-estatal», *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 14 al 20 de julio de 1997, pág. 572.

3. No he de ocultar que el interés por realizar este tipo de análisis de la Sentencia 61/1997 me ha surgido, en gran medida, por la gran conmoción que el fallo de la misma ha producido, y que puede resumirse en la sensación de incertidumbre respecto de cuál haya de ser la legislación estatal aplicable en materia urbanística, sea con carácter directo o supletorio, tras la decisión del Tribunal².

Es claro que esa sensación de desconcierto se debe, en buena medida, al sentido anulatorio del fallo y a la entidad del mismo, al resultar eliminada la mayor parte de la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Y ello, pese a que el Tribunal, plenamente consciente de los efectos de su decisión, ha pretendido evitar, en todo caso, que se generara un vacío normativo insuperable, como paradójica consecuencia de su restrictiva doctrina sobre la supletoriedad del Derecho estatal en materia urbanística.

Pero, a mi juicio, las dudas se han acentuado por la concreta solución adoptada por el Tribunal Constitucional para determinar cuál haya de ser el Derecho vigente tras la Sentencia 61/1997, y que ha consistido en «redactar» de nuevo la Disposición derogatoria del Texto Refundido de 1992 para poder recuperar la legislación estatal anterior a la Ley 8/1990, y hacerlo, además, de forma sumamente equívoca al contener una remisión condicionada a la doctrina contenida en el fundamento jurídico 12, d), de la Sentencia. Conviene hacer una breve mención a estos dos aspectos.

En efecto, y en primer lugar, la forma concreta en que se ha redactado de nuevo la Disposición Derogatoria del Texto Refundido de 1992 admite diferentes interpretaciones, puesto que, conforme al mismo número 3.º del fallo, aquélla debe decir: «Queda derogada la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del suelo» *en los términos precisados en el fundamento jurídico 12, d)*». Parece, por tanto, que lo que se ha perseguido con ello es entender derogada tan sólo la Ley 8/1990 y expresamente vigentes las demás normas que contenía la disposición derogatoria anulada³.

² «... El Tribunal Constitucional ha puesto fin a un largo período de incertidumbre en relación con la legislación urbanística común y, como consecuencia del mismo fallo, se ha abierto un período con otro tipo de incertidumbre: *cómo queda la ordenación urbanística tras la misma*». A. DE ASÍS ROIG, estudio introductorio en la obra, dirigida por este autor, *Legislación del Suelo: Análisis comparativo, incidencia de la STC 61/1997*, La Ley-Actualidad, 1997, pág. 5. Más que de incertidumbre propiamente, se ha hablado de desconcierto y preocupación por el futuro para subrayar la crítica a la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia, a la vista de sus «olvidos», su concepción transitoria de la supletoriedad del Derecho estatal y la carga que impone al legislador autonómico. Véase, en este sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, págs. 189-201.

³ El texto completo del número tercero del fallo de la Sentencia 61/1997 es el siguiente: «Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado primero de la Disposición derogatoria única en el inciso "las siguientes normas de rango legal: El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; el Real Decreto-Ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística; el Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana", y viniendo, por tanto, a decir: "Queda derogada la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo", en los términos precisados en el fundamento jurídico 12, d)».

Sin embargo, los «términos precisados en el fundamento jurídico 12, d)» no son de comprensión tan sencilla por cuanto la «recuperación» de aquellas normas se entiende «en la medida en que dichas disposiciones no se extiendan a materias sobre las que el Estado no ostente competencias, y sin perjuicio del efecto derogatorio tácito que puedan desplegar las disposiciones del T.R.L.S. dictadas por el Estado en el marco de sus competencias». No sería, por ello, de extrañar que pudieran suscitarse diversas interpretaciones, no coincidentes entre sí, sobre cuál haya de ser el Derecho urbanístico subsistente tras la Sentencia, lo que resultaría paradójico como consecuencia de una decisión del máximo intérprete de la Constitución que se ha preocupado tanto, además, de este preciso problema.

Pero, quizás, tenga más entidad el otro aspecto señalado con anterioridad y que resulta decisivo para «manipular» el tenor de la disposición derogatoria. Y es que, en segundo lugar, parece muy claro que el Tribunal entiende que la única manera de evitar que su fallo genere un vacío normativo y pueda recuperarse la legislación estatal prevista en la Ley 8/1990 era proceder a la anulación parcial de la disposición derogatoria del Texto Refundido de 1992⁴.

Resulta, sin embargo, muy dudoso que esta solución sea la más acertada y que sirva, incluso, para lograr el resultado perseguido. Y ello, porque, sin perjuicio de hacer más adelante referencia detallada a estos extremos, el Tribunal deja de lado al adoptar tal solución, al menos, dos aspectos decisivos para el resultado perseguido. De una parte, que ha reputado derogada la Ley 8/1990, motivo por el cual no va a entrar en su enjuiciamiento, perdiendo de vista, quizás, que esta opción no era neutra en cuanto a los efectos producidos, (pues al no proceder a la anulación de la Ley 8/1990, no quedaba garantizada la eliminación de los efectos derogatorios que esta Ley tuvo respecto de su Derecho precedente). De otra parte, tampoco parece tener suficientemente en cuenta el Tribunal que el Decreto Legislativo cuya constitucionalidad enjuicia, anulando una buena parte de sus preceptos, no es un texto articulado sino un texto refundido. Y ello tiene su importancia porque, además de incidir en los efectos derogatorios, como se verá, influye netamente en el contenido normativo, puesto que el Texto Refundido no agota su contenido con el de la Ley delegante (la Ley 8/1990, que es una más de las refundidas), sino que alcanza también a la legislación estatal anterior que el Tribunal parece haber querido recuperar en bloque.

⁴ La argumentación contenida en el fundamento jurídico 12, d), de la Sentencia es bien elocuente: «... la consecuencia de todo ello, a nuestros efectos, no es sino la de que, una vez declarada la ilegitimidad de la legislación supletoria sobre urbanismo llevada a cabo por el Estado con apoyo en una comprensión errada de la supletoriedad, debemos, al mismo tiempo, declarar nula y sin efecto la simultánea derogación expresa de la legislación urbanística previa a la constitución de los órganos de poder de todas las Comunidades Autónomas llevada a cabo por el legislador estatal. *De no hacerlo así, si nos limitásemos a la declaración de nulidad del citado apartado tercero de la Disposición final única, vendríamos a ocasionar por obra de nuestra propia Sentencia, un resultado contrario al señalado sentido de la cláusula de supletoriedad establecido en el inciso tercero del artículo 149.3 CE*». La cursiva no figura en el original.

El resultado de todo ello va a ser tan sorprendente como contradictorio: el Tribunal Constitucional va a enjuiciar la constitucionalidad de todos los preceptos del Texto Refundido de 1992 que fueron impugnados, sin reparar a la hora de tomar su decisión en si procedían de la Ley 8/1990 o de la legislación anterior a la «constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas»; va a declarar la inconstitucionalidad y, por ello, la nulidad de muchos de ellos atendiendo únicamente a su calificación supletoria, ya que «el Estado no puede dictar normas supletorias con tan exclusivo propósito allí donde carece de competencia sobre la materia, como es el caso del urbanismo»; y, pese a lo anterior, y como consecuencia de la opción del fallo, va a hacer «revivir» los textos idénticos o prácticamente coincidentes del Texto Refundido de 1976 que fueron incorporados al Texto Refundido de 1992⁵.

4. La explicación, a mi juicio, de por qué se producen tan insatisfactorios resultados exige analizar la utilización realizada por la Sentencia de la supletoriedad del Derecho estatal y de las consecuencias que extrae de la misma, de la delegación legislativa y muy especialmente del valor de los textos refundidos, y del juego de los efectos derogatorios de las normas enjuiciadas.

Precisamente a ello se dirige la exposición subsiguiente. Nótese, por último, y antes de hacerlo, que con este planteamiento no se pretende complicar más aún la solución adoptada por el Tribunal, sino más bien lo contrario. A mi juicio, la decisión habría sido más sencilla si al plantearse la elección de la norma que debía ser enjuiciada, el Tribunal hubiese optado por la Ley 8/1990, en lugar de por el Texto Refundido. Fue aquella Ley la que modificó sustancialmente la legislación urbanística estatal precedente y la que al haber sido impugnada inicialmente debió constituir el objeto del proceso constitucional, para determinar si su regulación era acorde con el orden constitucional de competencias en materia urbanística y si era admisible constitucionalmente en 1990 como legislación supletoria. Una vez decidido lo anterior y declarada la inconstitucionalidad de los correspondientes preceptos, hubiera bastado ya con trasladar tal deci-

⁵ Así, por ejemplo, la Sentencia declara inconstitucionales, sólo por su calificación supletoria, puesto que el Estado «no puede dictar normas supletorias con tan exclusivo propósito allí donde carece de competencias sobre la materia, como es el caso del urbanismo», los apartados b), d), e), g), i), j) y k) del artículo 3.2 del Texto Refundido de 1992, que son idénticos a los apartados c), e), f), h), i), j) y k), respectivamente, del artículo 3.1 del Texto Refundido de 1976 de los que proceden. En otros supuestos se «recupera» una redacción que debe entenderse modificada, dado su carácter preconstitucional, precisamente en los mismos términos que introducía el precepto declarado inconstitucional. Este es el caso del artículo 26 del Texto Refundido de 1976 cuyo tenor es el siguiente: «Los Organismos públicos, los concesionarios de servicios públicos y los particulares prestarán su concurso a la redacción de Planes de Ordenación y al efecto, *facilitarán a las Corporaciones Locales, Comisiones Provinciales y Dirección General de Urbanismo* los documentos e informaciones necesarios». Por su parte, el artículo 101 del Texto Refundido de 1992, declarado inconstitucional por el mismo motivo expuesto con anterioridad, sustituye la expresión en cursiva por la de «*facilitarán a los Organismos encargados de su redacción*», manteniéndose en el resto exactamente igual, lo que resulta mucho más respetuoso con el orden constitucional.

sión a los correspondientes preceptos del Texto Refundido de 1992, excluyendo en el análisis de la constitucionalidad de éste, los preceptos impugnados exclusivamente en tanto que supletorios, que procedían de la legislación anterior a 1990.

Las consideraciones que se hacen a continuación pretenden avalar la afirmación anterior.

II. SOBRE LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

1. Es bien conocido que el Tribunal Constitucional ha cambiado sustancialmente su doctrina sobre la supletoriedad del Derecho estatal a que se refiere el artículo 149.3 de la Constitución. Ello no es, sin embargo, debido a la Sentencia 61/1997 objeto de este trabajo, sino a una jurisprudencia constitucional anterior de la que aquélla no es sino su colofón.

Hay que destacar, no obstante, que el giro interpretativo del Tribunal ha resultado muy influido por el debate sobre los criterios de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como lo muestra el hecho de que la modificación doctrinal haya afectado más a la determinación de los casos en que el Estado puede dictar legislación que tenga efectos supletorios, que a la concepción misma sobre la función supletoria que a la legislación del Estado corresponde conforme al artículo 149.3 de la Constitución.

Haré referencia primero a la evolución doctrinal para ocuparme después de este segundo extremo.

En efecto, inicialmente el Tribunal admitió que el Estado podía aprobar legislación incluso en materias en las que carecía de competencia (la llamada legislación «exclusivamente» supletoria) atendiendo al diferente grado de asunción de competencias por las Comunidades Autónomas, y, desde luego, aceptó que el Estado modificara la legislación estatal supletoria preexistente, porque, en caso contrario, aquélla adquiriría «una rigidez absoluta, de indiscernible fundamento material»⁶.

⁶ Como sostiene la STC 95/1986, de 10 de julio, en su fundamento jurídico sexto: «el reconocimiento de la competencia de la Generalidad de Cataluña no obliga, sin embargo, a declarar la nulidad de los preceptos que la desconocen, sino sólo su no aplicación directa en el territorio de la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto. La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, recogida en el artículo 149.3 de la Constitución, permite sostener la validez de aquéllos, si bien su aplicación o eficacia será supletoria o de segundo grado dentro del territorio de dicha Comunidad Autónoma». La Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, defenderá, en su fundamento jurídico vigésimo octavo, la posibilidad de que el Estado modifique la legislación estatal prestatutaria sosteniendo que «... lo contrario llevaría a la consecuencia de que hasta tanto legisle el Parlamento de Galicia sobre las materias de su competencia, la legislación del Estado quedaría indefinidamente congelada, singular y paradójico efecto éste que, como razonado queda, no se desprende en modo alguno de aquella norma transitoria, que carece de fuerza para enervar la potestad de modificar o derogar las leyes del Estado que las Cortes Generales ostentan y que pueden ejercer según el modo que en cada momento estimen más oportuno». En el mismo sentido, la Sentencia 103/1989, de 8 de junio, afirmará, en su fundamento jurídico tercero, que «... la tesis mantenida por los recursos en este punto sólo conduciría al otorgamiento de una rigidez absoluta, de indiscernible fundamento material, a las leyes estatales vigentes al tiempo de la adopción de cada Estatuto». Una completa y certera referencia de la evolución

Sin embargo, pronto se advertirán ciertas correcciones a la doctrina anterior. Una primera visión crítica surgirá con la STC 15/1989, de 26 de enero, en la que se pondrá énfasis en lo que de ningún modo puede ser la supletoriedad, una «... cláusula universal atributiva de competencias sobre cualquiera materias en favor del Estado»⁷. La Sentencia 147/1991, de 4 de julio, dará un paso más adelante, puesto que, pese a mantener todavía la posibilidad de que el Estado modifique su Derecho supletorio aplicable a materias de competencia autonómica, se precisará que tal doctrina «... no puede ser entendida en el sentido absoluto de que las normas que el Estado dicte con la específica finalidad de servir de Derecho supletorio en las Comunidades Autónomas, en todo caso y cualquiera que sea su contenido, no invaden nunca las competencias de esas Comunidades». Especialmente preocupado por el problema del reparto constitucional de competencias, e intentando conciliar su doctrina con la anterior de signo contrario, sentada en las SSTC 15/1984 y 103/1989, el Tribunal en la Sentencia 147/1991 distinguirá los supuestos de competencia exclusiva autonómica de los de competencia compartida, para afirmar que «...será, por consiguiente, ilegítima por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la *competencia exclusiva de todas y cada una* de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales el Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias»⁸.

La culminación de la doctrina anterior será llevada a cabo por la Sentencia 118/1996, de 26 de junio, que, partiendo de la argumentación de la Sentencia 147/1991, establecerá tres conclusiones fundamentales. La primera «... que la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes, y por imperativo de la última frase del artículo 149.3 CE es preciso “reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinarse a partir de la norma reguladora del ámbito material en que se va a aplicar el Derecho supletorio”». La segunda «... que el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva en competencias». Y, en tercer lugar, de todo lo anterior se extraerá la doctrina ya fijada en la Sentencia 147/1991, se-

de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad del Derecho estatal puede encontrarse en A. DE ASÍS ROIG, *op. cit.*, págs. 11 y ss.

⁷ Fundamento jurídico primero de la STC 15/1984.

⁸ Continúa la Sentencia «... puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas, no sólo el poder de oponerse a que las normas del Estado incidan en estas materias someridas a competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser someridas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento puede hacerse». Fundamento jurídico séptimo de la STC 147/1991.

gún la cual deberán ser consideradas «... viciadas de incompetencia, y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el *único propósito de crear Derecho supletorio* del de las Comunidades Autónomas *en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas*».

Las aportaciones fundamentales de la Sentencia 118/1996 en la doctrina constitucional sobre la supletoriedad son, de este modo, tres: en primer lugar, codifica y sistematiza la línea jurisprudencial anterior depurando alguna de sus incoherencias; en segundo término, extiende los efectos de la doctrina a los supuestos en que el Estado ostente competencias compartidas en una materia⁹; y, finalmente, aporta una detallada motivación de las razones que han justificado el cambio doctrinal realizado por el Tribunal y que aluden básicamente a circunstancias de hecho referidas al grado de consolidación y desarrollo del Estado autonómico¹⁰.

⁹ «... Aquí se trata sólo, por lo tanto, de extraer las consecuencias lógicas de tal afirmación, que entonces no llegaron a formularse: Si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, *tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias*, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias». Fundamento jurídico sexto de la STC 118/1996. La cursiva no obra en el original. Esta doctrina ha sido, sin embargo, muy criticada: «... porque es un error pretender buscar un "título" específico atributivo de una competencia especial para que el Estado pueda dictar normas con carácter de supletorias del Derecho autonómico; el Estado tiene una competencia universal para dictar Leyes en general, según el artículo 66 de la Constitución, y no podrá hacerlo sólo y únicamente en las materias que la Constitución y los Estatutos hayan reservado a las Comunidades Autónomas respectivas; pero no es éste el caso del Derecho supletorio del Derecho de estas últimas que, justamente, el artículo 149.3 ha reservado, "en todo caso", al Derecho del Estado proscribiendo, pues, que las Comunidades Autónomas puedan regular por sí mismas el régimen de la supletoriedad de su propio Derecho. (Estas Sentencias invierten, incomprensiblemente, el sistema constitucional de distribución de competencias: el título específico de atribución de competencia normativa lo requieren las Comunidades Autónomas, pues sólo esas atribuciones específicas limitan la competencia universal del Estado)». E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, pág. 411.

¹⁰ «... La necesidad de garantizar la plenitud del ordenamiento dado que el ejercicio pleno de las distintas competencias es un proceso que, inevitablemente, se prolonga en el tiempo, determinó, como veremos inmediatamente, un entendimiento de la supletoriedad condicionado por la situación embrionaria del Estado de las Autonomías... la razón por la cual el Tribunal ha venido salvando la validez de numerosas disposiciones estatales, a pesar de haber sido dictadas en ámbitos asumidos como competencia exclusiva de Comunidades Autónomas... estriba, simplemente, en que el Tribunal partía de una premisa determinada: la "potencial heterogeneidad" que tienen en el sistema español, los ámbitos competenciales de las distintas Comunidades Autónomas... esto es, los "diferentes niveles competenciales" en una materia entre una y otra Comunidades Autónomas» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 1, *in fine*, y 214/1989, fundamento jurídico 30). Por ende, pareció razonable admitir la existencia de normas estatales de valor supletorio, siempre que la materia competencial en litigio no hubiera sido «competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad». «... Sólo en la STC 103/1989 se admitió que el Estado, en virtud de la cláusula que analizamos, pudiese dictar Derecho supletorio en materias atribuidas, en régimen de competencia exclusiva, a una o incluso a todas las Comunidades Autónomas —fundamento jurídico 4, a)—, pronunciamiento que fue corregido ulteriormente por las SSTC 214/1989, 133/1990 y 147/1991». Fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la STC 118/1996. Un interesante estudio sobre la doctrina contenida en esta Sentencia puede verse en J. BARNÉS, «Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE a propósito de la STC 118/96. ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, págs. 83-97.

La Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, es claramente tributaria de la doctrina anterior que aplica en su integridad. Sin embargo, extrae alguna conclusión adicional que resulta relevante en tanto que acentúa la radicalidad de sus efectos y la sensación de oposición a la primera línea doctrinal de Tribunal. La principal de ellas —que afecta igualmente más al presupuesto de aplicación del Derecho supletorio que a la concepción misma en la supletoriedad— es la que el Tribunal califica como vertiente «negativa» de la supletoriedad: «... si, como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo». Según el Tribunal, la competencia para modificar o derogar esta normativa estatal «ya no es suya» con lo que se inmortaliza la legislación supletoria estatal que adquiere, así, un carácter intemporal, justamente lo contrario que señalaba la Sentencia 103/1989¹¹.

2. La doctrina constitucional anteriormente expuesta es plenamente coherente y resulta, a mi juicio, convincente en lo que se refiere a la concepción de la supletoriedad como función aplicable del Derecho estatal, pese a incurrir en algunos excesos semánticos. Resulta, sin embargo, más discutible en lo relativo a la determinación del presupuesto de aplicación del Derecho supletorio y a la precisión de los supuestos en que cabe dictar legislación estatal que pueda desplegar efectos supletorios. Ello es especialmente claro en la denominada vertiente «negativa» de la supletoriedad que al fundamentarse en un mero criterio de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas tiene un apoyo mucho más débil y unas consecuencias muy negativas.

a) En efecto, la doctrina constitucional de referencia califica con fortuna la supletoriedad del Derecho estatal como una función y no como un título atributivo de competencias, que, en cuanto tal, corresponde al aplicador del Derecho precisar cuándo debe operar por concurrir el supuesto de hecho necesario: la ausencia de regulación o laguna¹². Y ello

¹¹ «... De otro modo, si el legislador estatal suprimiera, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia *ya no es suya* sino de las Comunidades Autónoma, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de órganos con poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y *prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal*». Fundamento jurídico 12, d), de la Sentencia 61/1997. La cursiva no figura en el original.

¹² «La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la CE que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el orde-

porque la supletoriedad es una cualidad o función que se predica del ordenamiento entero y no de una norma, y menos aún, de determinados preceptos de la misma, y que persigue satisfacer el dogma de la completud del ordenamiento jurídico. Así concebida es claro que corresponde al aplicador jurídico determinar si opera o no la supletoriedad y nunca a quien dicta la legislación supletoria que no está en condiciones de decidir aquella solución.

De ahí que difícilmente puede el legislador estatal determinar que algún precepto tendrá «exclusivo carácter supletorio»¹³. Tal afirmación podrá ser simplemente inútil puesto que la norma será o no supletoria, independientemente de aquella decisión; corresponderá, en todo caso, al intérprete decidir, si existe laguna y si se colma con esa norma o con otra existente. En el caso de que la afirmación del valor exclusivamente supletorio de una norma pretendiera configurarse como una decisión del legislador estatal, entraría en el ámbito indisponible del legislador autonómico condicionando el ejercicio de la potestad legislativa por éste. Porque es siempre el legislador autonómico el que, al aprobar su norma, puede fijar o desplazar, en su caso, el alcance supletorio de una normativa estatal determinada. Por ello, el problema al final siempre será el de si el Estado tiene competencia para legislar en esa materia o si carece por completo de ella, no pudiendo utilizar como título la supletoriedad cuando el proceso de asunción de competencias y de desarrollo normativo esté ultimado.

b) La determinación de los supuestos en que el Estado puede dictar legislación susceptible de producir efectos supletorios, merece, en cambio, un juicio menos positivo. Y ello, por dos motivos esenciales: porque valora incorrectamente el supuesto de hecho a que debe aplicarse el ordenamiento urbanístico y que exige que, pese a la doctrina, deba seguir existiendo legislación estatal en esta materia; y, porque se deja llevar demasiado por su decisión sobre la atribución de competencias dando a su argumentación unos efectos innecesariamente restrictivos.

En efecto, el Tribunal no ha tenido en cuenta, a la hora de expulsar la legislación urbanística estatal que califica de «exclusivamente supletoria»,

namiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna». Fundamento jurídico octavo de la STC 118/1996. Una fundada crítica de la interpretación del Tribunal que impide al Estado crear Derecho supletorio que resultaría condicionada por el «prejuicio de raíz jurídico-civil que preside la interpretación del TC» sobre el concepto de supletoriedad, puede verse en A. BETANCOR RODRÍGUEZ, «La cláusula constitucional de supletoriedad: creación y aplicación del Derecho estatal supletorio en defecto del Derecho autonómico», en L. Parejo Alfonso (coord.), *El urbanismo hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal*, Instituto Pascual Madoz, U. Carlos III, Madrid, 1977, págs. 167 y ss.

¹³ Es de destacar, por cierto, que el Tribunal Constitucional ha aceptado, acriticamente, la calificación de determinados preceptos como supletorios realizada por el legislador estatal, sin revisar, en modo alguno, el fundamento de tal calificación, en contradicción con la concepción que de la supletoriedad como función utiliza la Sentencia, y con el modo en que ha venido entendiendo sus competencias en supuestos análogos.

que es la propia distribución constitucional de competencias vigente la que imposibilita semejante resultado en términos absolutos. Aun cuando todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas en materia urbanística y están en condiciones de dictar su propia legislación que desplace, parcial o totalmente, el Derecho supletorio del Estado, existen aún determinados territorios que requieren de una legislación urbanística que no pueden proporcionales las Comunidades Autónomas. Este es el caso de Ceuta y Melilla, constituidas en Ciudades Autónomas no dotadas de potestad legislativa y sí únicamente de la normativa reglamentaria precisamente «en los términos que establece la legislación general del Estado» (arts. 21.2 de las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995 por los que se aprueban, respectivamente, los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla)¹⁴. Al menos, pues, para estas ciudades deberá existir legislación estatal *pro futuro* sin que parezca muy razonable para las mismas considerar inmutable la legislación del Estado anterior a la «constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas» por utilizar la expresión empleada por el Tribunal.

Pero es que, además, la perspectiva del reparto de competencias en materia urbanística adoptada por el Tribunal Constitucional hace que el mismo prácticamente no se ocupe de títulos competenciales de inequívoca incidencia sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, como es el referido al medio ambiente¹⁵. Y éste es, precisamente, uno de los excesos argumentales en que incurre la Sentencia 61/1997 puesto que el que la cláusula de supletoriedad no sea un título de atribución de competencias no significa que en las materias asumidas en exclusiva por todas las Comunidades Autónomas el Estado carezca de un «título específico», en el sentido en que los emplea la Sentencia del Tribunal 118/1996, para producir normas susceptibles de ser aplicadas como Derecho supletorio. La supletoriedad no es un título sino una función predicable del ordenamiento y, por ello, no puede excluirse *a priori* que la legislación que dicte el Estado en base a un título que sí ostenta (como los de los arts. 149.1.1; 8; 18 y 23 de la CE), ya se traten de competencias exclusivas o compartidas, no puedan desplegar eficacia supletoria en otro ámbito distinto, como es, en este caso, el urbanístico.

No mejor valoración merece, a mi juicio, la vertiente «negativa» de la supletoriedad aportada por la Sentencia del Tribunal Constitucional

¹⁴ «... Al menos para Ceuta y Melilla, pues debe poder y puede desde luego seguir produciéndose legislación general del Estado, también y precisamente en las materias asumidas como competencia exclusiva para las Comunidades Autónomas en el resto del territorio nacional... La razón es simple: en el territorio de las citadas ciudades no se ha cumplido la asunción por instancia territorial dotada de autonomía (inclusive de la potestad de autodisposición mediante normas con rango y fuerza de Ley) para la correlativa pérdida de competencia por las Cortes Generales; competencia que, en principio y en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE, se extiende a todas las materias». L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pág. 582.

¹⁵ El análisis de L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, págs. 572 y ss., demuestra la incidencia de la ordenación constitucional del medio ambiente en la delimitación, por razón territorial, de las competencias normativas relativas al urbanismo.

61/1997 y conforme a la cual, una vez constituidos los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, el Estado queda desapoderado absolutamente para alterar de cualquier forma y en cualquier sentido la legislación precedente, porque ya no es «suya» y debe permanecer indefinidamente inmutable. Entiendo que tal solución poco tiene que ver con la función constitucional del Derecho estatal como Derecho supletorio, y que, además, en los términos en que se formula, tampoco tiene en cuenta la realidad a la que debe aplicarse, pese a que fue, precisamente, esta valoración la que justificó para la Sentencia 118/1996 el cambio de doctrina del Tribunal Constitucional.

Los efectos que la propia Sentencia 61/1997 extrae de su doctrina son tan radicales que permiten sostener no sólo que la legislación estatal urbanística preconstitucional es eterna, sino que lo es, además, conforme a la redacción, estructura y numeración originales, puesto que ni siquiera cabe depurarla mediante una refundición. Así lo llega a afirmar el Tribunal con claridad ya que «... la imposibilidad de dictar normas supletorias con tal exclusivo propósito allí donde el Estado carece de competencias sobre la materia, como en el caso de urbanismo, trae también *como consecuencia que la refundición de textos legales no sea la técnica legislativa más adecuada en manos del legislador estatal, puesto que, a menos que tal refundición se circunscriba a aquellos textos legales o normas sobre las que el Estado sí ostente algún título, incurriría en vicio de incompetencia*»¹⁶.

De ahí que esta argumentación no me parezca, ni derivada de la concepción de la supletoriedad sostenida ni, desde luego, aceptable, porque, además de atender incorrectamente al valor normativo de los textos refundidos, como se verá más adelante, produce resultados simplemente absurdos ya destacados más arriba: anular un precepto del Texto Refundido de 1992 —sólo por haberse refundido en esta fecha— y salvar el mismo texto que se refunde en su redacción originaria que, en algunos casos, es incompatible con el texto constitucional.

III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA SOBRE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

1. Junto a su doctrina sobre la supletoriedad, y estrictamente ligada a ella, la Sentencia 61/1997 contiene numerosas referencias a la delegación legislativa. No es extraño si se tiene en cuenta que las normas impugnadas fueron la Ley 8/1990 que contenía una habilitación para dictar un Decre-

¹⁶ «... En el caso del T.R.L.S., además se ha perseguido llevar a cabo la refundición de textos legales anteriores a la Constitución —con una pretensión evidentemente codificadora merced a un entendimiento de la supletoriedad como título atributivo— siendo así que, tras su promulgación, la materia ha sido atribuida sustancialmente a las Comunidades Autónomas. Como es obvio, *la delegación legislativa debe ser igualmente respetuosa con el orden constitucional de competencias*». Fundamento jurídico 12, d), de la Sentencia 61/1997.

to Legislativo, y el correspondiente texto refundido, y que, además, uno de los motivos de impugnación fue, precisamente, el de si la delegación se encontraba en vigor cuando se dictó la legislación delegada.

La mayor parte de la argumentación del Tribunal sobre el régimen jurídico de la delegación legislativa se realizará con motivo de cuestiones previas suscitadas por las partes en el curso del proceso. En esta exposición se hará referencia a cuatro aspectos de los que se ocupa la sentencia: el plazo de la delegación, la distinción entre «norma» y «texto legal» formulada por el Tribunal para desestimar una excepción procesal, la competencia del mismo para enjuiciar los excesos de la delegación y el valor jurídico de los textos refundidos.

2. La primera cuestión de la que se ocupa la Sentencia en su fundamento jurídico primero es, precisamente, la del límite temporal de la delegación. Ello es debido a que, aun cuando la Disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, autorizaba al Gobierno para aprobar, en el plazo de un año, un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre la materia, «... la refundición no se llevó a efecto en el meritado plazo», y una vez expirado el mismo la Disposición final quinta de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, autorizó la refundición en los primeros seis meses de ese año.

El tenor de esta última delegación era, sin duda, singular puesto que mediante la misma se disponía que durante ese período «... el Gobierno *podrá hacer uso* de la autorización *establecida* en la Disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, para aprobar el texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana». De ahí que no fuera extraño que se suscitara en torno a esta habilitación la polémica de si suponía la prórroga de un plazo ya expirado o la concesión de un nuevo plazo¹⁷.

Las dos posiciones pueden encontrarse en el seno de la propia Sentencia. Mientras que el Voto Particular se pronunciará por la primera, entenderá caducada la primera habilitación y considerará inconstitucional la segunda por la concreta forma en que se realiza¹⁸, la posición mayoritaria se

¹⁷ La imagen de la prórroga de un plazo expirado vendrá acentuada por la propia Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que hablará de «rehabilitación»: «...estas dificultades justifican que el plazo de un año concedido para hacer la refundición se haya mostrado insuficiente. Por tal motivo, la Disposición final quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, rehabilitó aquella autorización para aprobar el Texto Refundido con el mismo contenido, durante los primeros seis meses de 1992». El fundamento jurídico primero de la Sentencia 61/1997 calificará, en cambio, esta autorización como concesión de un «nuevo plazo».

¹⁸ «... La Disposición final quinta de la Ley 31/1991 *podría haber acordado una nueva delegación legislativa* a favor del Gobierno, cumpliendo todo lo exigido por el artículo 82.3 CE. Si así se hubiere hecho, nada tendríamos ahora que objetar. Sin embargo, lo que en esa Disposición final quinta se lleva a cabo es una autorización al gobierno para hacer uso de la autorización establecida en la Disposición final segunda de la Ley 8/1990, *ya caducada*. A mi entender, la decisión de resucitar a un muerto,

pronunciará por la segunda interpretación, entendiendo que lo que la Ley 31/1991 hizo fue conceder una nueva delegación. Pese a que la argumentación del Voto Particular parece difícilmente rebatible en términos formales, el Tribunal se inclinó por la posición más favorable para el enjuiciamiento de la norma en el proceso, al interpretar que el legislador quería y podía conceder una nueva delegación, aunque se concretara en la forma de un segundo plazo para ejercer una delegación cuyo contenido se precisaba mediante un reenvío a la anterior¹⁹.

3. Bastante confuso resulta el segundo de los aspectos enunciados en relación con la delegación legislativa. Al hilo de la excepción de extemporaneidad de un recurso formulada por la representación del Estado²⁰, el Tribunal, para rechazarla, va a sentar una curiosa doctrina consistente en distinguir entre «norma» y «texto legal», entendiendo que «... el objeto del proceso constitucional es, en principio el texto legal y no la norma cuyo mandato el texto expresa»²¹.

Con independencia de lo difícil que resulta admitir esa distinción desde un punto de vista puramente conceptual, la argumentación del Tribunal parece equívoca y, sobre todo, innecesaria. Si a lo que se quiere aludir con «norma» es al contenido concreto de la habilitación para refundir contenida en la Disposición final segunda de la Ley 8/1990 y por «texto legal» al Texto Refundido de 1992, esto es, a la «ley delegante» y a la «ley delegada», parece claro que la competencia del Tribunal alcanza a las dos y que el objeto del proceso se extiende a ambas pues, una y otra, fueron impugnadas. Si, en cambio, con esa distinción quiere hacerse referencia al contenido de la Ley 8/1990 en cuanto «norma refundida» y al Decreto Legislativo como «texto legal» que expresa la refundición, la solución ha de ser también la misma, puesto que la competencia del Tribunal se entiende igualmente a las dos y la primera constituye el parámetro para el enjuiciamiento del segundo.

Parece por ello más conveniente para resolver las cuestiones que se susciten con las relaciones existentes entre ambas normas acudir a la doctrina

como es reactivar una delegación caducada, puede ser ingeniosa, pero, desde luego, resulta inconstitucional». Voto Particular que formula el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga, 1.º B. La cursiva no figura en el original.

¹⁹ «... Aunque *no quepa hablar, en rigor, de una rehabilitación de una delegación* legislativa, que reitera la autorización que había sido otorgada en su día, año y medio antes, ciertamente no puede entenderse aislado de sus precedentes, pues con ellos alcanza su pleno sentido y significación constitucional. Las Cortes delegantes *no hacen sino reiterar su voluntad de que el Gobierno apruebe un texto refundido, habilitando un segundo plazo para llevar a cabo la labor encomendada*». Fundamento Jurídico segundo.b) de la Sentencia. La cursiva no figura en el original.

²⁰ «... En opinión de la representación estatal, quien no haya recurrido en su día contra la Ley 8/1990 no puede aprovechar la publicación del texto refundido para impugnar los preceptos de aquella Ley que, sin alteración, aparecen en la norma refundidora». Fundamento jurídico cuarto, a), de la Sentencia 61/1997.

²¹ La Sentencia se remite a otra anterior, la STC 11/1981, en cuyo fundamento jurídico cuarto se afirma que «... Si se admite la distinción entre normas como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero».

que el propio Tribunal establece, en otras partes de esta misma Sentencia, sobre el alcance de sus competencias de control de constitucionalidad en el supuesto de delegación legislativa.

4. En efecto, la Sentencia se ocupa también del alcance de su control de constitucionalidad en relación con los Decretos Legislativos. Y en este punto la doctrina es sumamente clara y acertada. Como señala la Sentencia, «...la impugnación en tiempo del Decreto Legislativo permite denunciar contra el mismo, ante esta jurisdicción, cualesquiera quiebras de la Constitución y, entre ellas, como aquí ocurre, la de la falta o defecto del presupuesto del ejercicio en tiempo de la delegación legislativa» (art. 82.3 CE).

Por tanto, ha de ser posible, en un proceso constitucional en que se estima la validez de la Ley delegada, enjuiciar también los motivos de inconstitucionalidad que sean atribuibles a la ley de delegación²². Es claro, pues, que la competencia del Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de los Derechos Legislativos alcanza también a sus presupuestos habilitantes y, por ello, a la ley de delegación misma. Por eso, no parece necesario acudir a una distinción tan confusa y discutible como la anteriormente analizada entre «norma» y «texto legal».

Pero la doctrina sobre la competencia del Tribunal en el enjuiciamiento de los Decretos Legislativos alcanza, como sostiene la Sentencia, también a la determinación de los eventuales «excesos» de delegación. Y ello, tanto si el resultado del juicio es positivo como si es negativo. Así, la Sentencia enjuicia con naturalidad las alegaciones de exceso de delegación en que podría haber incurrido el Decreto Legislativo respecto de la Ley 8/1990, rechazando tal hipótesis y teniendo plena consciencia el Tribunal de que con ello no está haciendo otra cosa que enjuiciar la constitucionalidad de una norma con rango de Ley²³.

La concepción extendida en nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual el Tribunal contencioso-administrativo que enjuicia los excesos de delegación de un Decreto Legislativo «no controla el poder legislativo, sino la actividad de la Administración»²⁴, ni incurre en incompetencia de jurisdicción puesto que si el exceso existe enjuicia una mera disposición reglamentaria²⁵, recibe aquí un duro embate lo mismo

²² Fundamento jurídico segundo, a), de la Sentencia 61/1997.

²³ «...No puede prosperar, sin embargo, el pretendido exceso de delegación en que, a juicio del representante de la Generalidad, habría incurrido el artículo 94.1 y 2 T.R.L.S. respecto de los artículos 30.1 y 2 de la Ley 8/1990, puesto que, en contra de lo que afirma el recurrente, el citado artículo 94.1 y 2 T.R.L.S. no contiene ninguna referencia explícita a las Normas Subsidiarias». Fundamento jurídico vigesimocuarto, a), de la Sentencia 61/1997.

²⁴ V. gr., SSTs de 27 de enero y 14 de octubre de 1979, Ar. 45 y 3444; de 2 de julio de 1980, Ar. 3098; y de 30 de diciembre de 1986, Ar. 7708.

²⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1979, Ar. 45, encuentra un respaldo a la tesis de la degradación de rango en la expresión «Tribunales» empleada por el artículo 82.6 CE. Señala esta sentencia «...que entra dentro de la función revisora atribuida por la Ley a los Tribunales de la Jurisdicción examinar si la Administración, al elaborar un texto refundido, procedió con arreglo a Derecho o incidió en infracciones de procedimiento y si la refundición se halla ajustada al mandato legis-

que la doctrina de la «degradación del rango» construida al amparo del artículo 11 de la Ley General Tributaria, por más que esta concepción se haya podido trasladar al artículo 82.6 de la Constitución que emplea el término «tribunales» en plural. Aquella concepción constituyó una aportación histórica indiscutible en un momento en el que no existía un auténtico control de constitucionalidad de las leyes, pero resulta abiertamente insostenible con una verdadera justicia constitucional que debe ser la única competente para enjuiciar la relación entre ley delegante y ley delegada en términos de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 82 a 85 de nuestro Texto Máximo. Pretender que un tribunal ordinario enjuicia un mero problema de legalidad cuando el exceso se ha cometido en el ejercicio de la legislación delegada, y que el problema es de constitucionalidad cuando el exceso no ha existido, constituye una ficción insostenible porque, en ambos casos, el tribunal de que se trate tendrá que pronunciarse en un sentido o en otro y, para ello, deberá haber enjuiciado ya la norma. Es pues al Tribunal Constitucional al que corresponde controlar la constitucionalidad del ejercicio de la legislación delegada²⁶.

lativo, ya que con ello no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración; que el valor de Ley formal del texto refundido está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido, o, lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación, siendo de destacar cómo el artículo 11 LGT confiere carácter de meras disposiciones administrativas a estos textos en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación, con lo cual es visto que no se produce incompetencia de jurisdicción en relación al rango de texto refundido, que, por la razón aludida, es sin duda impugnante ante esta Jurisdicción en lo que pudiera contradecir a la legalidad; y que al enjuiciar los Tribunales de esta Jurisdicción el contenido de un texto refundido confeccionado por el Poder ejecutivo refiriéndolo al de una Ley, producto ésta y no aquél del órgano único facultado para emitir textos legales propiamente dichos, para nada vienen a inmiscuirse en la esfera de lo legislado, sino que, antes al contrario, se colocan a su lado, velando por la genuinidad de su obra, esto es, porque en la actuación de lo gubernativo o administrativo no venga a verse desvirtuado lo que la voluntad del legislador dejó concedido o reconocido en forma de leyes; doctrina que en adelante, además de contar, en materia fiscal, con el apoyo del citado artículo 11 LGT y con el genérico del artículo 26 LRJAE, que prohíbe a la Administración dictar disposiciones contrarias a las leyes, contará en todo caso con el respaldo de la CE, cuyos artículos 82 y 85 regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas Decreto legislativo, y sin perjuicio de que en las Leyes de delegación puedan establecerse en cada caso fórmulas adicionales de control, asientan la competencia propia de los Tribunales como sistema básico de tal control».

²⁶ Esta solución y la crítica a la tesis de la «degradación de rango» es sostenida por la, a mi juicio, mejor doctrina: «...Tras la promulgación de la CE, esta tesis resulta *abiertamente insostenible*: no ya sólo por la manifiesta insuficiencia de rango de la LGT (como de cualquier otra ley formal) para atribuir o negar fuerza de ley a determinadas normas, sino por razones mucho más simples. En el caso de infracción del plazo establecido por la ley delegante, la nulidad global del decreto legislativo es la consecuencia inevitable del carácter temporalmente limitado de la potestad legislativa delegada, unida a la forma de ley (rotulación como Real Decreto legislativo) que la disposición asume. La potestad delegada se extingue, total e irrevocablemente, por el transcurso del plazo; tras dicha fecha, no hay potestad delegada, dicho lisa y llanamente, por lo que el decreto legislativo que se dictase adolecería de la misma irregularidad que el que hubiera sido aprobado sin previa ley delegante de ningún tipo: mas que de manifiesta incompetencia, de lo que adolecería es de ausencia absoluta de potestad. Considerar a tal norma, empero, como un reglamento, equivale a desconocer el carácter estrictamente formal que en nuestro sistema posee el mecanismo de producción normativa, en el que el nombre es un elemento esencial de la norma: las normas son lo que son y como se llaman; y si no son lo que se llama, no

5. Finalmente, la Sentencia se ocupa de la figura de los textos refundidos como modalidad concreta de legislación delegada y lo hace en unos términos sumamente correctos aunque, como consecuencia de su doctrina negativa de la supletoriedad, extraiga unos efectos demasiado complejos para el objeto del proceso.

En efecto, como señala la sentencia el «...texto refundido carece técnicamente de capacidad innovadora» (argumento que esgrime, paradójicamente, para pronunciarse sobre el enjuiciamiento del Decreto Legislativo y no sobre la norma refundida). De ahí que afirme que el Texto Refundido de 1992 más que derogar «sustituye» a la Ley 8/1990²⁷.

Avanzando más aún en esta línea, la Sentencia reconocerá la peculiaridad derogatoria de los textos refundidos al señalar que «la ley de delegación, desde el punto de vista sustantivo o de contenido material, sólo puede ser derogada por el texto refundido en la medida en que, por lo que aquí interesa, haya incorporado los textos legales que debe refundir, sin que tampoco pueda olvidarse que, aun habiendo sido derogado, habrá de actuar siempre —mientras siga vigente el texto refundido— como parámetro para medir las eventuales extralimitaciones en que haya podido incurrir la refundición»²⁸.

De ahí que resulte sumamente sorprendente que precisamente de esta argumentación deduzca el Tribunal la conveniencia de entender derogada la Ley 8/1990, y la necesidad de alterar la disposición derogatoria del texto refundido.

Si el texto refundido carecía de capacidad innovadora, lo capital en un proceso en el que se estima la competencia del Estado para alterar su legitimación precedente, era atender a las normas refundidas y, en particular, a la Ley 8/1990 cuyo contenido normativo era el único susceptible de ser reputado inconstitucional, conforme a la doctrina del Tribunal sobre la supletoriedad, ya que únicamente la Ley 8/1990 innovaba la legislación precedente. Si, como señala la propia Sentencia, las normas refundidas «subsisten» siempre como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la refundición, tampoco resultaba excesivamente congruente entender derogada una de las normas refundidas y derogar el resto de la disposición derogatoria del Texto Refundido para poder recuperar las restantes. Además, el hecho de que el Texto Refundido de 1992 unificara más normas que la sola Ley 8/1990, relativizaba sumamente la afirmación del Tribunal

son otra cosa: no son, simplemente. Un principio de seguridad y de rigor en la composición del sistema normativo exige afirmar que un decreto legislativo publicado cuando la delegación ya ha caducado no es un reglamento: es una norma nula, tan nula como si el Gobierno la publicase como ley aprobada por las Cortes. *Y lo mismo debe decirse de los supuestos de infracción material por exceso, en los que la intensidad del fraude es aún mayor, si cabe, al insertarse preceptos carentes de cobertura legal entre otros dotados de fuerza de ley: todo ello sin contar con el extraño híbrido de ley y reglamento que resultaría de aceptarse la tesis que el art. 11.3 LGT expresa»*. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, CEURA, 1988, pág. 681.

²⁷ Fundamento jurídico tercero de la STC 61/1997.

²⁸ Fundamento jurídico segundo, a), de la STC 61/1997.

de que «la controversia competencial podía trasladarse, prácticamente en sus propios términos» de una norma a otra (de la Ley 8/1990 al Texto Refundido de 1992)²⁹.

Así se comprende el sinsentido de anular preceptos del texto refundido procedentes de leyes anteriores a la del 90 (por ejemplo, del Texto Refundido de 1976) para recuperarlos después con su redacción originaria mediante la anulación de la derogación del Texto Refundido de 1992.

Los resultados anteriores no son necesarios para sostener la doctrina contenida en la Sentencia sobre el reparto de competencias en materia de urbanismo y tampoco resultan congruentes con la concepción que de la delegación legislativa se expone en aquélla. Parecen, más bien, motivados por la radicalidad con que se expone la doctrina de la supletoriedad del Derecho estatal en sentido negativo y que se traduce, en lo que ahora interesa, en la ilegitimidad de la operación misma de refundir el Derecho estatal supletorio, en opinión del Tribunal. Era necesario, a su juicio, anular en todo caso, el Texto Refundido de 1992 en cuanto tal y no sólo como consecuencia de la anulación de la Ley de 1990. De ahí que, una vez decidido esto, resultase necesario encadenar una serie de efectos derogatorios para evitar que se generase un vacío en el ordenamiento.

Sucede, sin embargo, que el Tribunal no emplea siempre con corrección la eficacia derogatoria de las normas en presencia.

IV. LOS EFECTOS DEROGATORIOS DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

1. Los casi siete años que median entre la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y el pronunciamiento de la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, por el Tribunal Constitucional, se explican no sólo por la complejidad de la cuestión sometida a la consideración, sino también por la prolongación en el tiempo del proceso de producción de las normas que constituyen el objeto del proceso constitucional. Así, se impugnó primero la Ley 8/1990³⁰ y, posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana³¹. A su vez, la dilación en el pronunciamiento de la Sentencia determinó que sobre el proceso se proyectaran también los efectos del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de

²⁹ Fundamento jurídico tercero de la STC 61/1997.

³⁰ Recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2.447/90, 2.479/90, 2.486/90, 2.487/90 y 2.488/90, interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias.

³¹ Recursos de inconstitucionalidad, acumulados a su vez a los anteriores, interpuestos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales que modificó algunos preceptos del Texto Refundido y que fue derogado, posteriormente por la Ley 7/1997, de 14 de abril.

No es extraño, por ello, que este proceso normativo pesara sobre la Sentencia y que una de las cuestiones suscitadas en la misma fuera la de la determinación misma de la norma a enjuiciar y la de los efectos derogatorios que habrían tenido unas normas sobre otras. En este punto, la Sentencia adoptó dos soluciones que no fueron, a mi juicio, acertadas: optar por enjuiciar el Texto Refundido de 1992, entendiendo derogada la Ley 8/1990 y obviar los efectos derogatorios del Real Decreto-Ley 5/1996. Se trata, ahora, de analizar la incidencia derogatoria de estas normas.

2. La segunda cuestión previa que plantea la Sentencia (inmediatamente después de la del plazo de la delegación) es la de si el objeto del proceso lo ha de constituir la Ley 8/1990 o el Texto Refundido de 1992 por haber quedado derogada aquélla por éste.

El Tribunal se va a inclinar por esta última opción pese a que, como ya se ha señalado con anterioridad, la derogación de la Ley 8/1990 se produce «en la medida en que (el texto refundido) haya incorporado los textos legales que deba refundir», con lo que más que derogada la Ley de 1990 haya de entenderse «sustituida» con la refundición. La decisión se adopta también a pesar del carácter inequívocamente competencial de este proceso lo que, conforme a su doctrina, excluiría la regla general según la cual «la derogación, por lo común, extingue el objeto» del proceso³². Por ello, el argumento que parece resultar decisivo para adoptar dicha solución es el de que al sustituir un texto a otro «la controversia puede trasladarse prácticamente en sus propios términos», con lo que «al enjuiciar las impugnaciones relativas al T.R.L.S., se resolverán las cuestiones en torno a la ley delegada»³³.

Ya se ha visto más arriba que dicho argumento —que parece ser más pragmático que doctrinal— incurriría en un error: el de colegir del carácter no innovador de un texto refundido la identificación entre este último y una sola de las normas refundidas como si se estuviese analizando la relación existente entre una Ley de Bases y un Texto Articulado respecto de los que sí es posible predicar una identidad de contenido en todo caso.

³² «...Como hemos declarado en otras ocasiones, aunque es cierto que en el recurso de inconstitucionalidad «la derogación, por lo común, extingue el objeto» del proceso (cfr. SSTC 111/1983, fundamento jurídico 2; 385/1993, fundamento jurídico 2)... como excepción a este principio, hemos admitido la pervivencia del objeto del recurso de inconstitucionalidad cuando la controversia relativa a un precepto derogado tiene un contenido competencial». Fundamento jurídico tercero de la STC 61/1997.

³³ «...Tal texto refundido carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia competencial puede trasladarse, prácticamente en sus propios términos, a sus disposiciones, como así ha ocurrido efectivamente. Por consiguiente, la necesidad de delimitación de los ámbitos competenciales en relación con la Ley 8/1990 no puede estimarse subsistente, habida cuenta de que será satisfecha al analizar, desde la perspectiva constitucional, la norma que la ha sustituido y que, a la vez, al enjuiciar las impugnaciones relativas al T.R.L.S. se resolverán las cuestiones en torno a la Ley delegada. En consecuencia, debe concluirse que ha desaparecido el objeto de los recursos de inconstitucionalidad deducidos contra la Ley 8/1990». Fundamento jurídico tercero de la STC 61/1997.

Pero importa analizar en este momento dos razones por las que la opción de la Sentencia resulta criticable: porque la solución no va a ser la misma en el caso del Decreto-Ley 5/1996, y porque se van a desconocer los efectos derogatorios de la Ley 8/1990.

En efecto, el Tribunal, nada más afirmar que la derogación de la Ley 8/1990 hace desaparecer del objeto del proceso los recursos deducidos contra la misma, va a afirmar que aunque el Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, ha derogado a su vez algunos preceptos del Texto Refundido de 1992 no cabe predicar, en cambio respecto de los mismos igual solución, porque, además de afectar a pocos preceptos de aquél la derogación, «la disputa sigue viva y a la luz de las circunstancias concurrentes»³⁴. No es fácil comprender cuál es la fundamentación jurídica de tal desigualdad de trato y la enigmática referencia transcrita tampoco ayuda demasiado.

Pero, fundamentalmente, la opción de considerar derogada la Ley 8/1990 no va a calibrar adecuadamente sus efectos derogatorios. Como es sabido, el concepto moderno de derogación comprende tanto la voluntad de eliminar la existencia de una norma, como la consecuencia de esa eliminación —la norma está derogada—, bien sea por virtud de aquella manifestación, bien como consecuencia de la resolución de un conflicto de normas, cuando se impone la norma posterior sobre la anterior. En la medida en que el segundo aspecto englobe el primero, modernamente es usual definir la derogación como el «efecto que produce un acto legislativo respecto de otro preexistente poniendo fin a su eficacia»³⁵. La derogación es, pues, siempre un efecto producido por las normas, aunque puede ser además, el contenido único de las mismas.

Pues bien, hay que recordar en el presente caso que la Ley 8/1990 contenía una regulación extensa de la legislación urbanística que si bien no la modificaba completamente sí introducía numerosos cambios sustanciales, y disponía, además, de una disposición derogatoria expresiva de lo anterior³⁶. Es claro, por tanto que dicha Ley derogó, parcialmente, la

³⁴ «...Debe advertirse, finalmente, que el Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, no impugnado, ha derogado algunos preceptos del T.R.L.S. Al margen de que esa derogación puntual afecte sólo a algunos de los artículos del T.R.L.S. impugnados, como se verá más adelante, ello no supone la pérdida de objeto de los recursos deducidos contra éste, habida cuenta de que la disputa sigue viva y a la luz de las circunstancias concurrentes». Fundamento jurídico tercero de la STC 61/1997. La disputa seguirá viva no sólo respecto de los artículos que no modifica el Decreto-Ley, sino también respecto de los cambiados por éste que serán enjuiciados por el Tribunal en su versión originaria del Texto Refundido y derogada por el Decreto-Ley.

³⁵ S. PUGLIATTI, voz «Abrogazione», *Enciclopedia del Diritto*, t. I, pág. 142. Véase, igualmente, J. L. PEÑARANDA RAMOS, «Las Disposiciones Derogatorias de las Leyes», *La Calidad de las Leyes*, Parlamento Vasco, 1989, págs. 235 y ss.

³⁶ El contenido de la Ley 8/1990 afecta al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (título I); a las valoraciones (título II); a las expropiaciones (título III); a los supuestos indemnizatorios (título IV); a los derechos de tanteo y retracto (título V); y al patrimonio municipal del suelo (título VI), además de a los aspectos afectados por las disposiciones adicionales, transitorias y finales. Además, la Ley contenía un Disposición Derogatoria del siguiente tenor: «Quedan derogados los preceptos de la vigente Ley del Suelo y Reglamento de su desarrollo y demás disposiciones de carácter general que se opongan a lo establecido en esta Ley. En especial quedan derogados los preceptos sobre valoración del suelo contenidos en la legislación expropiatoria».

legislación estatal urbanística precedente por lo que la Sentencia habría debido tener en cuenta dichos efectos derogatorios.

Pese a ello, sin embargo, el Tribunal se pronunciará por la derogación, a su vez, de la Ley 8/1990, aunque era plenamente consciente de que sólo con la anulación de una norma podían evitarse los efectos derogatorios de la misma³⁷. Y ello, porque tanto si la derogación es el contenido de una norma que deroga otra anterior (derogación expresa) como si es el efecto que se deriva de la resolución de determinados conflictos normativos con base en el criterio cronológico (en el caso de las llamadas derogaciones tácitas), su alcance se agota con la eliminación de la norma de que trata. No hay que confundir derogación con mandato de omisión de un comportamiento, puesto que aquéllas no prescriben un mandato o prohíben un comportamiento; no establecen un deber ser, sino que imponen un «no deber ser». De ahí que haya podido afirmarse que las derogaciones no son derogables: «...no producirá ningún resultado el intento de derogar la validez de una norma que deroga otra mediante una simple norma derogante de esta norma derogada. La norma cuya validez ha sido derogada por la primera norma derogatoria, no recobrará su vigor a través de la segunda norma derogatoria»³⁸.

De este modo, si el legislador quisiera poner en vigor la norma originariamente derogada podría obviamente hacerlo, pero esta decisión sería expresión de una voluntad legislativa nueva, puesto que la norma que permitiría el restablecimiento de aquélla, contendría un deber ser, prescribiría un comportamiento, y no sería por tanto una norma derogatoria. Este es el alcance que cabe dar al inciso final del apartado segundo del artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil cuando establece que «...por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado»³⁹.

No sucede lo mismo con la anulación que conforme a la doctrina general sobre la nulidad despliega sus efectos *ex tunc* al no poderse derivar de lo nulo ningún efecto igualmente inválido, si bien suele atemperarse esta doctrina atendiendo a las situaciones constituidas al amparo de la buena fe que suelen ser consensuadas o indemnizadas⁴⁰. De ahí que si se quiso evitar el efecto derogatorio de la Ley 8/1990 debería haberse procedido a su derogación o, recorriendo el camino en sentido inverso, si se entiende que los preceptos de aquella Ley no han derogado la legislación anterior es porque —pese a decir que han sido simplemente derogados— se ha procedido a su anulación, al declarar inconstitucionales los correspondientes preceptos del Texto Refundido de 1992.

³⁷ «...Si el entero T.R.L.S. hubiera incurrido en causa de nulidad, entre otras consecuencias, habría que entender que la Ley 8/1990 no habría sido derogada». Fundamento jurídico segundo de la STC 61/1997.

³⁸ H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, Turín, 1985, págs. 172 y 173.

³⁹ J. L. PEÑARANDA RAMOS, *ob. cit.*, pág. 236.

⁴⁰ Un sugerente análisis sobre los efectos anulatorios de las Sentencias del Tribunal Constitucional puede verse en A. DE ASÍS ROIG, *ob. cit.*, págs. 33 y ss.

3. El segundo momento en el que la Sentencia del Tribunal Constitucional se ocupa de los efectos derogatorios en el proceso es al examinar las consecuencias que de la derogación del Texto Refundido se derivan para la completud del ordenamiento urbanístico. Ya se observó más arriba cómo el Tribunal está plenamente persuadido de que la Disposición Derogatoria del mismo deroga absolutamente la legislación precedente — pese a que en otros puntos de la sentencia atenúa ese valor derogatorio — y este razonamiento está en la base de su decisión de manipular completamente el tenor de la Disposición Derogatoria para evitar un vacío en el ordenamiento que sería incompatible con el principio de supletoriedad del Derecho estatal, conforme al artículo 149.3 de la Constitución⁴¹.

Y, sin embargo, no parece que eso resultase claramente necesario, como el propio Tribunal da a entender en otras fases de su argumentación recogidas más arriba, por cuanto los Textos Refundidos constituyen un particular caso en el que las normas refundidas constituyen el límite mismo de la delegación. «...Ello da lugar a una aparente paradoja: las normas del texto refundido sustituyen a las en él refundidas; pero esa sustitución está condicionada al respeto material de las normas objeto de la refundición (salvo claro está las potestades que al Gobierno pueda haber conferido la ley delegante para “regularizar, aclarar y armonizar tales normas”). De esta forma, el “efecto sustitutivo” de los textos refundidos no consiste en una derogación pura y simple de las normas legales refundidas, sino en una restricción cualitativa de su eficacia: dejan de poseer valor como parámetros para el control de la observancia de los límites de la delegación y, por supuesto, como elemento interpretativo de las normas del texto refundido»⁴². Por eso, precisamente, en la doctrina italiana ha comenzado a hablarse de «innovación o renovación de las normas refundidas», y se niega, en general, valor derogatorio a los llamados «textos únicos»⁴³.

La ausencia de virtud derogatoria de los Textos refundidos es también recogida por nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo con base en el carácter puramente técnico y no creador de la función desempeñada por los mismos, razón por la cual, en caso de conflicto, «ha de prevalecer la norma a refundir sobre el texto refundido»⁴⁴. Así pues, en los supuestos de refundición de textos legales no cabe pensar en una voluntad derogatoria autónoma y expresa, supeditándose la derogación a la correcta reali-

⁴¹ Nótese que aquí sí que el Tribunal procede a anular, parcialmente, la disposición derogatoria del Texto Refundido de 1992 para evitar que produzca efectos derogatorios.

⁴² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.*, pág. 679.

⁴³ *Vid.*, en este sentido, PUGLIATTI, *ob. cit.*, pág. 144.

⁴⁴ SSTs de 25 de septiembre de 1981 (R. Art. 3294), y de 5 de marzo de 1980 (R. Art. 820). «No faltan pronunciamientos que reconocen un mayor valor creativo a la labor de la refundición que supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de las reglas refundidas, lo que implica con frecuencia la explicitación de normas subsidiarias allí donde existían lagunas legales y siempre una depuración técnica, una armonía de preceptos, una eliminación de discordancias y antinomias». STS de 4 de noviembre de 1997 (R. Art. 4318). Ello no supone, sin embargo, que en estos casos el Tribunal modifique su juicio acerca del nulo valor derogatorio en caso de conflicto.

zación de la tarea. Ello convierte a las disposiciones derogatorias de los textos refundidos en *raras avis* que se limitan a enumerar las disposiciones refundidas en las tablas derogatorias lo que no significa que las mismas hayan de producir necesariamente efectos. En definitiva, la opinión expresada lleva a la conclusión de que los textos refundidos constituyen, a efectos derogatorios, el negativo de las demás normas legales: sólo producen efectos derogatorios respecto de las normas refundidas si no entran en contradicción con ellas. El rango legislativo del principio *lex posterior* permite una derogación tan singular del mismo como la producida en este supuesto.

De ahí que resulta discutible la necesidad de proceder a la anulación, parcial, de la derogación operada por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. En lo que tiene de parcial, en cuanto que salva a la Ley 8/1990, porque con ello se ratifican los efectos derogatorios de ésta que no son, desde luego, queridos por el Tribunal y, en lo que se refiere a las restantes normas porque sólo cabría entenderlas derogadas en tanto que la refundición fuese plenamente acorde con la delegación y con el ordenamiento constitucional, de manera que la anulación significaría simplemente negar la validez a la refundición en sí misma ya que la recuperación del tenor originario de las normas refundidas resultaría igualmente afectado por el valor normativo de la propia Constitución.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La doctrina que el Tribunal Constitucional establece en la Sentencia 61/1997 sobre la supletoriedad del Derecho estatal resulta, en general, muy coherente para el momento de desarrollo constitucional en que se encuentra nuestro Estado. Incurre, sin embargo, en algún error de valoración del supuesto que justifica la aplicación del Derecho estatal, tal y como se ha señalado, y, desde luego, resultan excesivos algunos de sus efectos como es buena prueba la interdicción que el propio Tribunal hace de la mera posibilidad de refundir el Derecho estatal preexistente aunque no se innove en lo más mínimo.

Ello fuerza al Tribunal a optar por el enjuiciamiento del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y explica una interpretación de las relaciones entre la Ley 8/1990 y aquel que no parece a mi juicio acertada. El resultado es un proceso sumamente complejo de derogaciones y anulaciones sucesivas que no controlan los efectos queridos y que generan una indeseada inseguridad jurídica.

La solución formal, a mi juicio, debió ser más sencilla si se quisieron extraer los efectos expresados en la Sentencia de su doctrina sustancial sobre la supletoriedad: haber anulado los correspondientes preceptos de la Ley 8/1990 y haberlos excluido, consecuentemente, del Texto Refundido de 1992. Los demás preceptos no procedentes de esta ley no deberían ha-

ber sido anulados por la mera aplicación de la doctrina de la supletoriedad, al resultar la actualización de unos textos cuya vigencia la misma Sentencia quería salvar.

Por el contrario, la opción consistente en manipular la disposición derogatoria del Texto Refundido de 1992 que persigue el mismo resultado, hace todo más confuso e impreciso al obligar a tejer y destejer los mismos cuerpos legales. La interpretación que hay que hacer de la Sentencia para asegurar sus efectos deseados es en el fondo la misma, desandar parte del camino recorrido considerando anulados, a través del Texto Refundido, los correspondientes preceptos de la Ley 8/1990.

El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997

Juan Luis Requejo Pagés
*Profesor
Universidad*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS ANTECEDENTES DEL NUEVO ENTENDIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD.—II. EL ESTADO AUTONÓMICO COMO MODELO DE ESTADO.—III. ¿EL ESTADO AUTONÓMICO COMO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD HACIA UN MODELO FEDERAL?—IV. LA NUEVA DOCTRINA DE LA SUPLETORIEDAD COMO SOLUCIÓN A UN PROBLEMA IMPOSIBLE.

I. INTRODUCCIÓN. LOS ANTECEDENTES DEL NUEVO ENTENDIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD

La STC 61/1997, de 20 de marzo, puede contarse entre las resoluciones más señeras —y contestadas— de la jurisprudencia constitucional. Su trascendencia más inmediata se ha dejado sentir ya en el ámbito del urbanismo, cuya disciplina normativa ha quedado apenas reconocible tras la anulación de más de doscientos preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y con la revivificación de textos normativos derogados, alguno de ellos preconstitucional. A esos sus

efectos sustantivos han de sumarse otros, a mi juicio, de mayor alcance. Me refiero a los que acaso cabría calificar de *efectos constituyentes*¹; quiero decir, aquéllos que de algún modo vendrían a confirmar la sospecha de que el Título VIII de la Constitución no es, técnicamente, otra cosa que una Disposición Transitoria y, al tiempo, ponen en evidencia que el Pleno del Tribunal parece dispuesto a aplicarse a la tarea de concluir lo que el constituyente sólo pudo dejar apuntado; y aplicarse, quizás, más allá de lo que le es posible a un poder constituido². La interpretación de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 auspiciada por la mayoría del Pleno representaría, sencillamente, el punto de partida de una redefinición de nuestro modelo de Estado que, en principio, no parecía figurar entre las variantes que cabía presumir contenidas en el modelo —tan voluble como se quiera— esbozado en la Constitución. A esta específica cuestión quiero ceñirme en lo que sigue³.

El arranque de esa redefinición no se encuentra, sin embargo, en la STC 61/1997. Hay que buscarlo en las SSTC 147/1991 y 118/1996; esta última es, en realidad, si no el primer antecedente de la nueva doctrina, sí la expresión de la decidida y renovada voluntad del Tribunal de abundar en la línea que tímidamente se había anunciado en 1991 y abandonado en 1992. En la STC 147/1991 quedó ya dicho, en efecto, que era preciso «reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación» (FJ 7.º). Este planteamiento llevó entonces a «considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen

¹ Calificativo del que se sirve el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera en su voto particular a la STC 118/1996, precedente inmediato de la STC 61/1997.

² Esta es la crítica sustancial del Magistrado Jiménez de Parga en el voto particular antes señalado.

³ Al margen de las referidas específicamente a la materia de urbanismo, la STC 61/1997 se ocupa de muchas otras cuestiones de singular importancia desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Dejo aquí sólo apuntadas las siguientes: posibilidad de que mediante una Ley de Presupuestos se prorrogue una delegación legislativa (FJ 2.º); eventual pérdida sobrevenida del objeto de un recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de que la norma impugnada haya sido derogada por otra que reproduce su contenido y no ha sido recurrida por quienes impugnaron aquella (FJ 3.º); reviviscencia de normas derogadas por normas que posteriormente son declaradas inconstitucionales (FJ 12.º, *in fine*). Además, y atravesando el cuerpo de la Sentencia, el problema del alcance y contenido del art. 149.1.1 de la Constitución.

a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad» (*ibid.*).

Esta doctrina rompía claramente con una línea jurisprudencial más que consolidada, que partía de la compatibilidad entre competencias autonómicas exclusivas, por un lado, y adopción por el Estado de normas de aplicación supletoria, por otro⁴. El camino que parecía abrirse en 1991 no tardó en cerrarse unos meses después; la STC 79/1992, pretendiendo matizar las afirmaciones de la STC 147/1991, supuso —se ha dicho— una verdadera corrección⁵. Es probable que sólo se hubiera querido flexibilizar la rígida doctrina de la STC 147/1991 para cubrir su flanco más expuesto: la imposibilidad de suplir la inactividad de las Comunidades Autónomas cuando de ella pueda derivarse un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Unión Europea; pero lo cierto es que el nuevo entendimiento de la supletoriedad pareció quedar en el olvido, pues en los años posteriores ni siquiera volvió a insinuarse.

Cinco años después, el Tribunal decidió desbrozar el camino cerrado en 1992. La STC 118/1996 retomó la línea de la STC 147/1991. Lo hizo, además, decidida y enérgicamente, sin la unanimidad con la que se pronunció el Pleno en 1991⁶ y suscitando un debate doctrinal que —con excepciones como la antes señalada de R. PUNSET BLANCO— no se dio cuando el Tribunal sentó las bases sobre las que se erigió la STC 118/1996⁷. En esas circunstancias, consciente —por tanto— de las reacciones que la posición mayoritaria del Tribunal había despertado en la doctrina (casi todas críticas), el Pleno ha decidido, al cabo de unos meses, insistir en lo que ya parece un viaje sin retorno. No estamos, pues, ante la simple insinuación de una doctrina aún titubeante, sino frente a la confirmación de que el Tribunal ha dado un giro definitivo en una cuestión capital. Veremos, sin embargo, que aunque ese giro, por su radicalidad, parezca ahora de 180 grados, no puede descartarse que termine siendo de 360 y acabemos, al final, donde empezamos. En el mismo sitio, aunque acaso en otra circunstancia, lo que es tanto como decir que en el camino puede quedarse buena parte del ser propio del modelo de Estado.

⁴ Se trataba de una línea consolidada, ciertamente, aunque nunca faltó la crítica de algunos autores al modelo acogido por el Tribunal. Como exponentes de las dos posiciones principales de la doctrina sobre el particular, *cfr.* I. DE OTTO, *Estudios de Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986, e I. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991. También, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II. Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos autonómicos)*, Madrid, 1992.

⁵ Así lo entendió R. PUNSET BLANCO en su comentario a la STC 79/1992 publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 5 (1993), págs. 201 y ss.

⁶ Sería más correcto decir, simplemente, que en 1991 la unanimidad no fue del Pleno, sino de los Magistrados presentes; en el encabezamiento de la STC 147/1991 no figura el Magistrado Rubio Llorente. La unanimidad se contrajo, pues, a once Magistrados.

⁷ Entre los muchos comentarios que va mereciendo la STC 118/1996 ha destacarse el de J. BARNES VÁZQUEZ, «Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE a propósito de la STC 118/1996», *REDA*, 93 (1997), págs. 83 y ss.; asimismo, *cfr.* P. BIGLINO CAMPOS, «La cláusula de supletoriedad: una cuestión en perspectiva», *REDC*, 50 (1997) (en prensa).

II. EL ESTADO AUTONÓMICO COMO MODELO DE ESTADO

El modelo autonómico, como tercera vía entre el centralizado y el federal, parecía llevar camino de constituirse en un modelo dotado de personalidad definida y propia frente a las de aquéllos; un modelo, en pocas palabras, que, susceptible de evolucionar hacia cualquiera de los dos extremos de la línea en cuyo punto medio quiso situarse, se antojaba anclado definitivamente a medio camino de ambos polos.

Las indefiniciones del Título VIII nunca han llegado a resolverse por entero, pues mal podría hacerse tal cosa con un modelo cuya nota más sustantiva —también, en perspectiva histórica, su mejor virtud— es, justamente, la indefinición. Así, quedará siempre abierto el interrogante acerca del máximo competencial asumible por las Comunidades Autónomas, pues el art. 150 de la Constitución (bien que por vía de la delegación o la transferencia) relativiza el alcance del *techo* aparentemente insuperable señalado por el art. 149; tampoco es posible la certeza en relación con el mantenimiento de la actual *asimetría* competencial entre las Comunidades Autónomas; ni siquiera es posible descartar *involuciones* hacia formas más centralizadas, consecuencia lógica en un sistema que ha *desconstitucionalizado* la definición del modelo de distribución territorial del poder público. Son, éstos y otros, interrogantes que sólo se disiparían con una reforma de la Constitución dirigida, precisamente, a *constitucionalizar* lo que en su día hubo de confinarse en el marco de la legalidad⁸.

En ese magma de indefiniciones —inherentes, repito, al sistema— había, sin embargo, alguna cosa que a estas alturas se tenía por cierta y acabada: la lógica de las relaciones entre la pluralidad de sistemas normativos generada con la descentralización del Ordenamiento. Esa lógica se resumía sustancialmente —como recordaba el Magistrado Jiménez de Parga en su voto particular a la STC 118/1996— en «la conjunción de dos categorías de sistemas normativos: a) El del Estado, por definición general y completo (esto es, habilitado para la producción de todo tipo de normas); b) Los autonómicos, limitados territorial y materialmente, esto es, consreñidos en el espacio y sólo habilitados para la producción de determinadas normas. A diferencia del modelo federal (en el que el ordenamiento como un todo completo resulta de la conjunción de varios sistemas nor-

⁸ Son aquí de cita obligada dos trabajos de P. CRUZ VILLALÓN: «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 4 (1982), págs. 53 y ss., y «La Constitución territorial del Estado», en *El Estatuto de Andalucía (I. Las competencias)*, Barcelona, 1990, págs. 9 y ss. Siguiendo a este autor, son varias las respuestas ofrecidas por la legalidad —y contrastadas en su eficacia— que debieran dotarse del rango constitucional que en propiedad les corresponde; por ejemplo, la existencia obligada (no potestativa) de las Comunidades Autónomas. Al tiempo, la reforma habría de servir para expurgar preceptos procedimentales ya consumados en sus efectos, caso de los que disciplinan las vías de acceso a la autonomía. En la misma línea, más recientemente, M. ARAGÓN REYES, «El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?», *Autonomías*, 20 (1995), págs. 187 y ss. F. RUBIO LLORENTE insiste, en cambio, en lo que aún resta por hacer antes de revisar la Constitución, «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de reformarla», en *La forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 165 y ss.

mativos incompletos), el modelo autonómico parte de la generalidad de un sistema (el estatal) y la particularidad de cada uno de los autonómicos. Si en el modelo federal la conjunción entre los distintos sistemas se verifica a partir del criterio de la validez (la norma de un sistema es válida en la medida en que se ciña al ámbito de competencias atribuido al sistema del que forma parte), en el modelo autonómico la conjunción se lleva a cabo con arreglo a dos criterios: a) La validez (con normas autonómicas ceñidas a un ámbito competencial limitado), y, b) La aplicación (con normas estatales aplicables como subsidiarias allí donde la competencia normativa correspondiente a una Comunidad Autónoma)» (apdo. 8.º)⁹.

En términos maximalistas, el modelo podría culminar en un agregado de Comunidades Autónomas dotadas todas ellas de cuanta autonomía permite el art. 149 de la Constitución; incluso, apurando las posibilidades del art. 150, con algún poder de disposición sobre competencias exclusivas del Estado. Un agregado, al cabo, situado en un límite que, rebasado, haría muy difícil seguir hablando de las Comunidades Autónomas como partes integrantes de un Estado¹⁰. Pero, aun en ese supuesto, era claro que esa diversidad apurada hasta el extremo estaría siempre atravesada por un principio insoslayable: la supletoriedad, «en todo caso», del Derecho estatal. Esta cláusula parecía ideada para proveer a la unidad del conjunto del Ordenamiento allí donde no pueden operar los elementos de unificación cifrados en competencias exclusivas del Estado, es decir, allí donde la unidad no se pone en cuestión con actuaciones normativas, sino con su omisión. Y no siendo, como con insistencia ha declarado el Tribunal, una cláusula atributiva de competencias en favor del Estado, sí presuponía en éste una competencia originaria para disciplinar cualquier materia, por más que el ejercicio de las competencias autonómicas implicara su preterición en el ámbito de la aplicabilidad, no siempre —por tanto— directa o inmediata.

Quizás no falten razones para sostener que también esta cláusula —y, con ella, la competencia del Estado para dictar, en todo caso, normas válidas que no son aplicables directamente más que en determinados supuestos (los de su competencia)— tiene un valor meramente transitorio; el Tribunal, desde luego, las ha encontrado. Y tienen, además del peso que les atribuye la autoridad de una Sentencia del Pleno, el que les dispensan no pocos argumentos de *Constitutione ferenda*. El problema, sin embargo, es que en este punto, a mi juicio, no puede eludirse una prescripción constitucional inequívoca: la supletoriedad debe operar «en todo caso»; también, por tanto, en aquéllos que el Tribunal excluye. Cuáles son esos casos y cuáles las razones del Tribunal en la STC 61/1997 son los puntos a

⁹ La teorización del modelo en estos términos puede encontrarse en I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, págs. 247 y ss.

¹⁰ La dificultad sólo se presentaría en la vertiente funcional. Jurídicamente no habría dificultad alguna en tanto los Estatutos de Autonomía continuaran siendo, formalmente, leyes orgánicas; normas, pues, subordinadas jerárquicamente a la Constitución, única y exclusiva en su especie.

tratar en el próximo apartado. Antes, con todo, quiero insistir en la afirmación de que la lógica del modelo parecía definitiva, una de las pocas cuestiones sustraídas a la indefinición y a la transitoriedad. Eso era, justamente, lo que permitía catalogar al Estado autonómico como un *tertium genus* entre los modelos tradicionales de distribución territorial del poder público. La (relativamente) nueva doctrina del Pleno, al imbuir a la cláusula de un carácter transitorio que, a mi juicio, le es impropio, ha producido como efecto más inmediato el de convertir también en transitorio al modelo autonómico en cuanto tal. Deja de ser, así, un fin para convertirse en estación de tránsito al modelo federal. No obstante, como veremos, esa transición no puede verificarse con la sola revisión del alcance de aquella cláusula. Intentarlo sin más haría del tránsito un *via crucis* que, como todos, siempre conduce a un calvario¹¹.

III. ¿EL ESTADO AUTONÓMICO COMO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD HACIA UN MODELO FEDERAL?

La supletoriedad no es, desde luego, un principio atributivo de competencias; antes al contrario, sólo opera sobre la base de competencias ya atribuidas, ordenando las relaciones entre normas derivadas de la actuación de una pluralidad de sujetos normativos competentes. La ordenación operada con la supletoriedad sólo se verifica, sin embargo, en el ámbito de la aplicabilidad, nunca en el de la validez; precisamente porque la validez de cada norma depende de la competencia de quien la ha dictado. Con todo, el hecho de que el Derecho del Estado sea «en todo caso» supletorio del autonómico evidencia que aquél es siempre el resultado del ejercicio de una competencia ilimitada en términos de validez: sólo desde esta premisa es posible la existencia de normas estatales susceptibles de aplicación supletoria en *todos* los ámbitos materiales. Esta circunstancia está en el origen de la característica más señalada del modelo autonómico frente al federal. El Ordenamiento no es el resultado de la integración de una serie de sistemas normativos circunscritos a sectores materiales en los que sólo pueden incidir normas dictadas por un solo sujeto competente, sino la consecuencia de la articulación de un sistema competente para regular cualquier materia y otros sistemas ceñidos en sus facultades normativas a ámbitos materiales determinados. En el federal, la norma dictada por un sujeto incompetente es siempre inválida, pues la validez depende de la competencia y no hay ninguna que se extienda más allá de ámbitos particulares; en el autonómico, por el contrario, la norma autonómica incom-

¹¹ Si antes no se toman desvíos que lleven a otro sitio; quizás, incluso al punto de partida. El desvío, en nuestro caso, puede pasar por la competencia del Estado sobre las bases, concepto acomodaticio, donde los haya, al que será imprescindible recurrir en el futuro con frecuencia que posiblemente no sea del gusto de las Comunidades Autónomas, beneficiadas sólo aparentes de la nueva doctrina sobre la supletoriedad.

petente es nula en todo caso, pues la competencia de las Comunidades Autónomas se contrae también, siempre, a sectores específicos. Sin embargo, las normas estatales nunca pueden ser inválidas por exceso competencial, pues el sujeto del que derivan es, por definición, universalmente competente. Serán, cuando más, *inaplicables* con carácter inmediato, pero «en todo caso» susceptibles de una aplicación supletoria. Si la aplicabilidad supletoria siempre es posible, lógico es pensar que a esa aplicabilidad —por indirecta que sea— le antecede la imprescindible validez que es presupuesto de toda norma aplicable. Y esa validez sólo puede ser fruto de una competencia universal.

El Tribunal Constitucional interpreta ahora lo anterior en términos muy distintos: el Estado sólo puede dictar Derecho supletorio en el marco de sus competencias, bien entendido que éstas se circunscriben, como las autonómicas, a ámbitos materiales específicos, no existiendo, por tanto, una competencia estatal universal. Las normas dictadas por el Estado con exclusiva voluntad supletoria son, así, nulas, de suerte que no puede ya hablarse de la coexistencia de un sistema normativo completo y una pluralidad de sistemas normativos incompletos, sino sólo —como en el modelo federal— de sistemas siempre incompletos. La unidad sólo se alcanza con la articulación de todos los sistemas.

Esta conclusión se alcanza respecto de aquellos sectores materiales en los que «todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad» [STC 61/1997, FJ 12.º c), con cita de la STC 147/1991, FJ 7.º]¹². Esto es, en aquéllos —los menos— en los que la distribución constitucional de competencias ha seguido el sistema federal de reparto de sectores materiales en conjunto, sin operarse distribución alguna de distintas competencias normativas por relación a un mismo ámbito de materias. Con ese limitado alcance, el Pleno entiende llegado el momento de someter el principio de supletoriedad «a sus correctos términos de función» [SSTC 147/1991 y 61/1997, FJ 12.º c)]. Parece, pues, que su entendimiento tradicional no era el *correcto*, sino sólo el obligado por razón de la circunstancia de que era preciso servirse del Derecho estatal para suplir la inexistencia de normas autonómicas dictadas en el ejercicio de competencias asumidas por todas ellas con carácter exclusivo. Se habría tratado, por tanto, de un entendimiento excepcional. Si el correcto es el que ahora se predica, habrá de concluirse que el Título VIII mismo encerraba desde el principio una lógica federal, bien que reducida a los sectores de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas una vez que éstas las hayan ejercido. Esa reducción, con todo, en cuanto redundante en la negación de la posibilidad de que exista un sistema normativo completo,

¹² En el caso del urbanismo, sin embargo, no parece haberse reparado en los Estatutos de Ceuta y Melilla, que excluirían el presupuesto mismo del que parte el Pleno. Así lo apunta M. TEROL BECERRA en la crónica sobre «Estructura territorial del Estado» contenida en «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 1997», *REDC*, 50 (1997) (en prensa).

implica suponer que el constituyente enquistó en el Título VIII un modelo originario de corte federal que sólo saldría a la luz con la metamorfosis del centralizado a través del autonómico, simple tránsito impuesto por la creación *ex novo* de los sujetos que habrían de asumir competencias hasta entonces sólo reconocidas al Estado. La alternativa encerrada en el art. 2 de la Constitución no sería *Estado centralizado/Estado autonómico*, sino *Estado centralizado/Estado federal*, pasando por una solución de continuidad autonómica¹³.

Me parece, sin embargo, mucho suponer. Tampoco creo que el Tribunal haya querido adivinar en el Título VIII una lógica como la descrita. Más bien, ésta se le ha impuesto como consecuencia de la solución que ha ideado para un problema muy específico, a saber, la necesidad de garantizar la autonomía cuando ésta se sustancia en la omisión —querida— de normas reguladoras de materias que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Este es, en realidad, el problema que el Pleno ha querido resolver en la STC 61/1997 y en las dos Sentencias que la han precedido en esa línea. A mi juicio, el problema en cuestión es artificioso y no queda solventado con la fórmula ideada por el Tribunal, de la que —con lógica propia— resultan efectos que posiblemente van más allá de lo pretendido y alteran el modelo constitucional en un punto en el que el constituyente ha sido —me parece— tan claro que no serían posibles conclusiones como la que aquí se comenta.

IV. LA NUEVA DOCTRINA DE LA SUPLETORIEDAD COMO SOLUCIÓN A UN PROBLEMA IMPOSIBLE

El problema al que acabo de referirme ya se había vislumbrado en la STC 118/1996: «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, *sin más*¹⁴, la falta de regulación autonómica de una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho» [FJ 8.º, reproducido en el FJ 12.º c) de la STC 61/1997]. En mi opinión, lo que quiso entonces expresarse es que se hace preciso asegurar la libertad de legislación negativa (desregulación) de las Comunidades Autónomas; libertad que quedaría abortada de plano si el espacio libre así creado se colma automáticamente, vía supletoriedad, con la normativa del Estado. Una Comunidad Autóno-

¹³ En términos de sistemas normativos, la opción no sería entre *sistema único universalmente competente/Ordenamiento integrado por un sistema universal y varios de competencia limitada*, sino entre *sistema normativo único/Ordenamiento integrado por varios sistemas incompletos*, pasando por un proceso de distribución de las competencias del Ordenamiento entre todos los sistemas, operándose en los comienzos del período transitorio —como cláusula de salvaguardia— con la idea de que el sistema estatal no podía dejar de ser universalmente competente en tanto los autonómicos no asumieran las competencias exclusivas que el bloque de la constitucionalidad les reconoce.

¹⁴ La cursiva es mía.

ma podría decidirse, en efecto, por no regular una materia de su exclusiva competencia, de manera que en ese ámbito no opere otra disciplina que la que resulta de la libertad. El ejercicio de su competencia se traduciría, precisamente, en la ausencia de normación. Como es obvio, esa decisión se vería frustrada si el vacío normativo —querido por la Comunidad Autónoma— se suplía con normas estatales. En ese caso, la competencia autonómica se reduciría a una competencia de normación, no a una competencia de desregulación; más precisamente, se contraería a una competencia de normación *expresa*, sin extenderse a la de normación *implícita* que resulta de la inexistencia de normas positivas expresas.

Se trata, sin duda, de un problema real y en absoluto menor. Va en él nada menos que la definición de la naturaleza de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, ¿cómo es posible distinguir entre «la ausencia de regulación» y «la presencia de una laguna detectada como tal»? Para el Tribunal, la supletoriedad únicamente opera en los supuestos de «presencia de una laguna»; pero ¿qué es una laguna si no el resultado de una «ausencia de regulación»?; ¿cómo determinar si un vacío normativo constituye una laguna o es el resultado de una ausencia de normación consciente y querida? No es fácil hacer semejante distinción. En realidad habría que hablar de *distingo* antes que de distinción, pues en un Ordenamiento nunca puede haber lagunas, sino sólo ausencias de regulación que serán interpretadas como vacíos necesitados de sustancia a capricho del intérprete: cuando éste entienda que el silencio no puede interpretarse como lo que en buena lógica significa (que el Ordenamiento nada dice, de lo que se deduce que ni impone ni prohíbe cosa alguna), sino como lo que conviene a su espuria voluntad legisladora (un *olvido* que el aplicador debe subsanar creando lo que el legislador no ha reparado en que era necesario crear; obviamente, esa necesidad sólo es sentida como tal por el aplicador, que por principio tiende a considerarse más avisado que el legislativo). En cualquier caso, la ficción de las lagunas permite en todo Ordenamiento la existencia de una función creativa allí donde en propiedad sólo cabe la aplicación. También en el nuestro esa ficción hace posible la *aplicación creativa*. Y prueba de que la ficción es perfectamente operativa la constituye, precisamente, la existencia de la cláusula de supletoriedad, que no tendría sentido en el supuesto de que la ausencia de norma debiera siempre interpretarse como el resultado de una voluntad de no regulación.

Precisamente porque la laguna sólo puede ser localizada (*rectius*: creada, pues la laguna es una ausencia de normación cualificada a partir de un juicio de valor proyectado sobre ese vacío) por el aplicador del Derecho, es éste quien decide en qué casos nos hallamos ante una u otras cosas y, en consecuencia, cuándo procede la aplicación supletoria del Derecho del Estado. Así se admite en la STC 61/1997 al recordar, en palabras de la STC 118/1996, que «la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de in-

interpretación pertinentes» [FJ 12.º c)]. Si ello es así, habrá de admitirse que el Tribunal incurre de seguido en una grave contradicción: es el aplicador quien ha de determinar cuándo un vacío normativo es una ausencia de regulación querida y cuándo constituye una laguna; sin embargo, al hacer imposible que el Estado dicte Derecho supletorio priva al aplicador del medio necesario para suplir las lagunas con las que se encuentre. La conclusión parece obvia: si la laguna no puede suplirse subsistirá un vacío que sólo podrá calificarse de *ausencia querida*, aunque ahora no querida ya por las Comunidades Autónomas, sino por el Tribunal Constitucional, que, queriendo evitar la identificación gratuita de las ausencias voluntarias de normación con las lagunas necesitadas de contenido, acaba eliminando la posibilidad de que surjan lagunas; éstas sólo tienen sentido si antes hay normas a las que acudir para colmarlas (normas creadas, además, por el legislador; la creatividad del aplicador ante una laguna se reduce a la aplicación de normas legales fuera del ámbito expresamente querido por el legislador; se trata, pues, de una creación por remisión, de una extensión —operada con técnicas interpretativas— del alcance de una norma creada por el legislativo. Si, en nuestro caso, ya no hay —no puede haber— Derecho estatal al que acudir... ¿debe concluirse que, dado que el Tribunal sigue pensando en la posibilidad de lagunas, éstas han de suplirse con normas creadas *stricto sensu* por el aplicador del Derecho autonómico?).

El Tribunal Constitucional, en mi opinión, reprocha al legislador estatal algo que éste no tiene en su mano: le imputa servirse de la supletoriedad para laminar la libertad negativa de normación de las Comunidades Autónomas. La imputación es, me parece, infundada e injusta. Infundada, porque el legislador del Estado se limita a declarar que determinados preceptos de la Ley del Suelo se aplicarán con carácter supletorio, siendo claro que esa aplicación sólo será posible en los supuestos de lagunas y que éstas únicamente pueden ser detectadas y declaradas tales por los órganos de aplicación del Derecho autonómico. Injusta, porque el legislador, a fin de cuentas, ha hecho uso de la técnica de calificación de los preceptos de sus textos normativos exigida de antiguo por el propio Tribunal. Este es, a la postre, el que ha creado el problema que ahora, me parece, no acierta a resolver.

El legislador, en efecto, no es quien para decir cuál ha de ser el régimen de aplicación de sus normas¹⁵. Ese régimen sólo puede ser el decidido por el constituyente; en ningún caso puede el legislador decidir cuestiones que, como la aplicabilidad de sus normas o la ubicación de éstas y sus contenidos en la estructura del Ordenamiento, vienen ya resueltas, en

¹⁵ Tampoco para pronunciarse sobre la naturaleza *orgánica* u *ordinaria* de cada uno de los preceptos integrados en una Ley Orgánica. La crítica que se hace en el texto a las Disposiciones Finales que se pronuncian sobre la aplicabilidad del Derecho estatal son extensibles a las que lo hacen sobre la calificación que merecen las normas de una Ley Orgánica desde el punto de vista de la reserva establecida en el art. 81 de la Constitución.

términos indisponibles, por la Constitución a la que el legislador está sujeto. Que en una ley del Estado se declare que ciertos preceptos son de aplicación directa y otros lo son de aplicación supletoria sólo puede interpretarse, en el mejor de los casos, como una redundancia (si esa declaración coincide, a juicio de quien debe aplicar las previsiones constitucionales, con lo que resulta del régimen de aplicación establecido por el constituyente), o, en el peor, como una infracción de la Constitución que no impide la eficacia de lo en ésta dispuesto y que se corrige, simplemente, con la nulidad de aquella declaración. El Derecho estatal será aplicable de manera directa o supletoria con independencia de lo que el legislador diga al respecto. Importa aquí únicamente, como no podía ser menos, lo que diga la Constitución. Y ésta claramente dice que el Derecho del Estado será supletorio «en todo caso». *En todo caso* en el que el aplicador del Derecho autonómico interprete una ausencia normativa como constitutiva de una laguna que es preciso colmar¹⁶.

El Tribunal, como es sabido, ha impuesto al Estado la obligación de especificar, entre sus normas, cuáles son, por ejemplo, básicas; también, y a los mismos efectos de facilitar a las Comunidades Autónomas el conocimiento del terreno que les quedaba asignado para el ejercicio de sus competencias, la de especificar el carácter con el que dictaba normas en materia atribuida a la competencia de algunas —no todas— las Comunidades Autónomas. Esa imposición puede explicarse en razón de la conveniencia de proveer alguna certeza, siquiera provisional, en cuestiones sobre las que no puede haber una seguridad definitiva en tanto el Tribunal Constitucional no trace el límite exacto de los ámbitos competenciales del Estado y de cada una de las Comunidades Autónomas. Pero la fórmula se desnaturaliza por completo si a esas calificaciones se les confiere otro valor que el puramente indicativo y se las convierte en lo que nunca pueden ser: pronunciamientos sobre cuestiones que el constituyente ya ha resuelto mediante previsiones que sólo cumple aplicar en cada caso. Un precepto calificado como básico por el Estado sólo será tal cosa si así se infiere —por el Tribunal— desde la Constitución; si se desprende lo contrario será *no básico* y deberá decretarse la nulidad del precepto que así lo califica (y sólo de ese precepto). Otro tanto sucederá con la indebida calificación como orgánica de un precepto (constitucionalmente) ordinario.

En la STC 61/1997 se ha ido, a mi juicio, demasiado lejos. De un lado, se declara la nulidad del apartado 3.º de la Disposición Final Única por declararse en ella que determinados preceptos son de aplicación supletoria. Habida cuenta de que el legislador no puede pronunciarse sobre esa cuestión —ya decidida en el art. 149.3—, el precepto únicamente merecería ser declarado nulo por constreñir la supletoriedad

¹⁶ Por lo mismo, un precepto integrado en una Ley Orgánica será calificable de orgánico u ordinario en función de lo que resulte del art. 81 de la Constitución en la interpretación de esta norma por el Tribunal Constitucional. Cuanto diga al respecto el legislador orgánico es por completo irrelevante; incluso para el legislador ordinario posterior.

a determinados preceptos cuando la Constitución la predica de toda norma del Estado y «en todo caso». Pero, aun admitiendo que a partir de ahora el Estado no puede dictar normas con vocación exclusivamente supletoria (lo que no comparto), lo lógico habría sido decretar la nulidad de la Disposición Final, no —como se hace en la Sentencia— la de los preceptos mismos de los que se declara la aplicabilidad supletoria; al menos, no sin antes comprobar que efectivamente esas normas inciden en la materia reservada con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas. Y ese examen, sencillamente, no se ha hecho en la STC 61/1997. Se anulan así más de ciento setenta normas por lo que de su aplicabilidad se dice en la Disposición Final, no porque se haya constatado que en sí mismas —y una por una— son el resultado del ejercicio de una competencia que no corresponde al Estado. La nulidad de una norma sobre la aplicación se traduce automáticamente en la nulidad de las normas aplicables.

El efecto más inmediato de la STC 61/1997 es, evidentemente, el vacío normativo, la imposibilidad de que el aplicador del Derecho autonómico disponga de normas de las que servirse para suplir lagunas; más exactamente, disponiendo sólo, por sorprendente que pueda parecer, de normas preconstitucionales. Estas, en efecto, se constituyen en una suerte de *lex perpetua*¹⁷, pues la negación de competencias estatales para incidir normativamente en el ámbito de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas es tan tajante que no se le permite derogar las leyes anteriores a la Constitución. Puede parecer una ironía, pero ahora las lagunas autonómicas sólo pueden colmarse con Derecho preconstitucional: «si (...) la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su Derecho propio (...), pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal» [STC 61/1997, FJ 12.º d)]. ¿Acaso quiere decirse con esta última afirmación que la supletoriedad del art. 149.3 se predicaba, ya desde el principio —y para siempre—, del Derecho estatal

¹⁷ Así, J. JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV. AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 39.

vigente al tiempo de constituirse las Comunidades Autónomas y no del que desde entonces viene dictando el Estado central? Desde luego, a la vista de la parte dispositiva de la STC 61/1997, no faltan razones para sostener esa idea.

* * *

Toda forma, decía Pla, es la liberación de la tensión que la ha construido. La que haya de tener el Estado español ha quedado apenas esbozada en la Constitución y aún habrá de esperarse para ser testigos de la liberación de las tensiones que siguen construyéndola. La nueva doctrina de la supletoriedad, con todas las incertidumbres y perplejidades propias de lo novedoso, supondrá una alteración en el precario equilibrio de las tensiones partícipes en ese proceso de alumbramiento. El inmediato reajuste entre las mismas no tardará en hacer patentes algunas de las debilidades de la nueva doctrina, como ya sucedió en su momento con ocasión de la STC 147/1991, pronto corregida con la STC 79/1992. Quizás, uno de los primeros efectos será el de la ampliación de las competencias estatales a través de un entendimiento más generoso para con el Estado del concepto de lo básico¹⁸. De otro modo no será factible en muchos casos la actuación frente a las lagunas que hasta ahora se hacía posible con la cláusula de supletoriedad.

Con independencia de cuál haya de ser la evolución inmediata del proceso de definición de la forma de Estado, me parece que la inflexión que aquí se comenta tiene un punto de partida extraordinariamente vulnerable, pues se fundamenta en una premisa a la que se opone un mandato constitucional concluyente: el Derecho estatal será supletorio «en todo caso», vale decir *siempre*; también, por tanto, en los supuestos que el Tribunal excluye. La única forma de entender que ese mandato se respeta en la nueva doctrina pasa por identificar el Derecho del Estado al que se refiere el art. 149.3 con el Derecho preconstitucional. Por ese camino, sin embargo, los interrogantes se multiplican, al tiempo que se confirma una sospecha: la Constitución de 1978 no ha constituido un nuevo Estado; sólo ha sentado las bases para la progresiva remoción —desde la continuidad antes que con la ruptura— del anterior. Los actores del Título VIII no serían sólo el Estado central y las Comunidades Autónomas. Se sumaría a ellos, inesperadamente, la sombra —supletoria— de un espectro.

¹⁸ J. BARNES VÁZQUEZ, *op. cit.*, advierte que al Estado no le queda desde ahora otro camino que *recuperar* a través de las bases lo que se le niega con la supletoriedad.

Un comentario sobre las medidas liberalizadoras en materia de colegios profesionales

José Manuel Sánchez Saudinós
*Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: 1. BREVE APUNTE SOBRE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL DERECHO POSITIVO ANTES DE LAS RECIENTES INICIATIVAS LEGISLATIVAS.—2. LAS SUCESIVAS INICIATIVAS DESDE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN PARA REFORMAR LA LEY DE COLEGIOS PROFESIONALES Y SU CULMINACIÓN CON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL.—3. EL SOMETIMIENTO DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES COLEGIADAS AL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA.—4. EL PRINCIPIO DE COLEGIACIÓN ÚNICA.—5. LA SUPRESIÓN DE HONORARIOS MÍNIMOS, DE LA OBLIGATORIEDAD DE PERCIBIR DETERMINADOS HONORARIOS A TRAVÉS DEL COLEGIO Y DE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS DEL VISADO COLEGIAL.—6. LA INCIDENCIA DE LAS MODIFICACIONES EN EL PRINCIPIO AUTONÓMICO.—7. CONCLUSIÓN SOBRE EL SENTIDO DE LA REFORMA OPERADA POR LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS LIBERALIZADORAS EN MATERIA DE SUELO Y DE COLEGIOS PROFESIONALES.

A la memoria de Enrique Cueto

1. BREVE APUNTE SOBRE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL DERECHO POSITIVO ANTES DE LAS RECIENTES INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Los colegios profesionales, entidades de carácter y finalidad social que en el caso de algunas profesiones hunden sus raíces en épocas incluso anteriores al tránsito a la modernidad, reciben por primera vez un tratamiento jurídico unitario por el legislador español en las postrimerías del régimen franquista con la promulgación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (en adelante, Ley 2/1974). La propia Ley

2/1974 es una norma un tanto exótica en lo que al Derecho comparado y al Derecho histórico español se refiere, que no han contemplado la existencia de normas equivalentes¹, por lo que debe recordarse que no existe una ley *general* de colegios o corporaciones profesionales en los países de nuestro entorno², ni tampoco fue esta materia objeto de regulación en España, con el rango de ley votada en Cortes, hasta la promulgación de la Ley 2/1974. Próximos a cumplirse los veinte años de la aprobación de la Constitución de 1978, el texto legal a la luz del cual hay que analizar el régimen jurídico de los colegios profesionales continúa siendo fundamentalmente la Ley 2/1974, modificada y en parte derogada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, de normas reguladoras de los Colegios Profesionales (en adelante, Ley 74/1978) y objeto nuevamente de atención por el legislador en fecha reciente, lo cual motiva este trabajo, que pretende comentar las modificaciones operadas en la regulación de los colegios profesionales por la ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales³.

La razón de la promulgación de la Ley 2/1974 se encuentra, según su exposición de motivos, junto a la consideración política de que son los colegios cauce orgánico para la participación de los españoles en las funciones públicas de carácter representativo, en la existencia de una regulación dispersa y de distinto rango. Se pretendía así incluir en una sola disposición legal los principios jurídicos básicos y garantizar «la autonomía de los Colegios, su personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de los fines profesionales, así como las funciones de la Administración en orden a la regulación de las profesiones dentro del necesario respeto del ordenamiento jurídico general», como dispone su exposición de motivos. No obstante, no parece que fuera ésta la auténtica razón. SÁINZ MORENO recuerda como «a finales del año 1972 un grave incidente producido con motivo de las elecciones en el Colegio de Abogados de Madrid [se refiere

¹ García de Enterría, en una serie de artículos publicados en la prensa de la época —que fueron citados en las sesiones de las Cortes Españolas en que se discutió el proyecto de ley de colegios profesionales— ironizaba manifestando que el intento de encuadramiento y control político de los colegios profesionales «sólo aparentemente puede sorprender en un sistema de democracia orgánica, que proclama el carácter “natural” de todas las corporaciones representativas de intereses, por diferencia sobre las asociaciones ordenadas sobre ideas o programas políticos, anatematizadas como suplantadoras de las verdaderas aspiraciones de los ciudadanos. Ahora resulta que ese “iusnaturalismo” corporativo necesita también ser tasado y medido, encauzado y no sólo reconocido por el Derecho positivo. Paradójicamente, nada parecido encontramos en el Derecho comparado de las democracias inorgánicas» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Proyecto de ley sobre colegios profesionales», en *Ya*, 5 de mayo de 1973, págs. 7-8).

² De los colegios profesionales en el Derecho de los países de nuestro entorno se han ocupado recientemente Carro Fernández-Valmayor y Del Saz (*vid.* José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado (Francia, Italia, Alemania)», en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 19-66; y Silvia DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, Madrid, Marcial Pons-Colegio de Abogados de Madrid, 1996, págs. 33-50).

³ Un estudio del marco normativo regulador de los colegios profesionales puede encontrarse en José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, 1996, págs. 119-243.

al veto ministerial a José María Gil-Robles] dio origen a la preparación de un proyecto de ley del que surgiría la norma actualmente vigente⁴.

En cuanto al contenido general de la Ley 2/1974, su artículo 1 cumplía en su origen una cierta función cardinal, puesto que condensaba en su seno la definición, el ámbito, los fines y la función institucional de los colegios profesionales en el régimen político anterior. Sin embargo, los apartados correspondientes al ámbito y a la función institucional fueron derogados, mientras que el correspondiente a los fines sufrió una leve modificación; por el contrario, el apartado primero, que proclama que los colegios profesionales son «Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines», se ha mantenido. Esta declaración ha sido muy discutida doctrinalmente, como lo fuera en el seno de las Cortes Españolas durante la tramitación de la Ley. Parece opinión asentada doctrinalmente que esta configuración se debe a que, aun cuando el propio carácter del régimen político hubiera podido propiciarlo, el legislador no ha optado decididamente por incluir a los colegios profesionales en el seno de la Administración pública, sino que se limita a conformarlos como *corporaciones de Derecho público*, manteniendo así la incertidumbre doctrinal acerca de cuál sea en nuestro Derecho la naturaleza jurídica de estas entidades⁵.

⁴ Fernando SÁINZ MORENO, «Artículo 36. Colegios profesionales», en Óscar ALZAGA (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1983, tomo III, pág. 568. Incluso en el propio seno de las Cortes Españolas se alzaron numerosas voces denunciando la falta de oportunidad del proyecto, reconocida hasta por los procuradores integrantes de la Ponencia designada para informar del mismo, que se refirieron al «lastre de origen que pesaba sobre él» (sr. Calvo-Sorelo Bustelo), provocado por «el veto que el Gobierno acordó a una candidatura que se había presentado» (sr. Solís Rufz) a las elecciones al Colegio de Abogados de Madrid; con lo que «se había creado una tensión, esta tensión había producido unas reacciones y se había motivado la conveniencia de utilizar una norma para lograr determinados fines; es decir, con una concreta intención» (sr. Cabanillas Gallas) [*Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, X Legislatura, apéndice núm. 227, *Diario de las Sesiones de Comisiones* (Comisión de Leyes Fundamentales y Presidencia del Gobierno), 11 de diciembre de 1973, págs. 3, 25 y 36, respectivamente].

⁵ Tomás-Ramón Fernández se ha referido a esta cuestión señalando que «la Ley comienza ratificando, en efecto, la tradicional calificación de los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público, calificación que no dice nada concreto... desde un punto de vista jurídico (...), que no indica siquiera si son o no Administraciones públicas (...) y que, sin aportar nada positivo, deja flotando en el ambiente un problema ya viejo, impidiendo además, o, por lo menos, dificultando gravemente la evolución que acababa de iniciarse» (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *En torno a la Ley de Colegios Profesionales*, San Sebastián, Ilustre Colegio Provincial de Abogados de San Sebastián, 1974, págs. 21-22). Por el contrario, para Baena del Alcázar, que ya se había referido a la cuestión de la naturaleza jurídica de los colegios profesionales inclinándose por la opinión de que su personalidad es jurídica pública (*vid.* Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid, Montecorvo, 1968, págs. 37-63), esta calificación dogmática —que califica de «terminante»— arroja luz a la cuestión, puesto que «sale al paso de determinados planteamientos doctrinales [se refiere, entre otros, al propio Tomás-Ramón Fernández] por los que se había utilizado como argumento la ausencia o ambigüedad de los pronunciamientos legales» [Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, «Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 74, 1974, pág. 74]. No creemos que del tenor literal de la ley quepa obtener una conclusión tan *terminante* puesto que, como resalta Garrido Falla, precisamente los colegios profesionales estaban configurados, hasta la aprobación de la Ley 2/1974, como entes encuadrados en la organización estatal, «pero justamente ésta es la situación que viene a cambiar la Ley de 1974».

A finales del año 1978 se procedió por las Cortes Constituyentes a adecuar los aspectos más claramente *políticos* de la Ley 2/1974 a la Constitución que esas mismas Cortes habían aprobado. El origen de la Ley 74/1978 se encuentra en una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, que, sin embargo, no era una proposición de modificación de la entonces vigente legislación sobre colegios profesionales, sino de pura y simple derogación de la Ley 2/1974⁶. Destaca en la exposición de motivos de esta Ley, respecto a la redacción original dada en la proposición de ley de la Minoría Catalana, la desaparición de la mención al necesario carácter *total* de la derogación de la Ley 2/1974. Nótese además la continua y general referencia a la necesidad de elaborar una *adecuada regulación global* de los colegios profesionales, que contrasta con la tenaz y victoriosa resistencia que se ha mostrado durante los años transcurridos a tal deseo de aquel legislador.

2. LAS SUCESIVAS INICIATIVAS DESDE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN PARA REFORMAR LA LEY DE COLEGIOS PROFESIONALES Y SU CULMINACIÓN CON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL

Desde la reforma de la Ley 2/1974 operada por la Ley 74/1978, en varias ocasiones los poderes públicos se plantearon la necesidad de la refor-

(Fernando GARRIDO FALLA, «Los Colegios profesionales como Corporaciones de Derecho Público», en *Anales de Mecánica y Electricidad*, 1979, pág. 10), puesto que —a juicio de este autor— desde la promulgación de la Ley 2/1974, y con mayor fundamento después de su reforma de 1978, los colegios profesionales, aun cuando continúen configurados como corporaciones de Derecho público, hoy no forman parte del Estado. En este sentido, Del Saz apunta que «los Colegios se configuran por la Ley de Colegios Profesionales según la más genuina y pura tradición, es decir, como Corporaciones de Derecho Público de base privada» (SAZ, *Los Colegios Profesionales*, cit., pág. 140), advirtiéndole a este respecto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, lo verdaderamente determinante de la naturaleza de los Colegios es que tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas. Una clara síntesis de las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales puede encontrarse en Antonio FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 31-38. También de este mismo autor, en Antonio FANLO LORAS, «Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 92-98.

⁶ En efecto, su único artículo decía taxativamente: «Se deroga la Ley de 13 de febrero de 1974 sobre normas reguladoras de los Colegios Profesionales» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 12 de abril de 1978, núm. 41, pág. 1436). Sin embargo, este artículo único que agotaba la proposición de ley formulada por la Minoría Catalana resulta notablemente transformado tras su paso por la Comisión de Presidencia del Congreso de los Diputados, puesto que el dictamen de dicha Comisión relativo a la proposición de ley sobre normas reguladoras de los colegios profesionales se compone de dos artículos: el primero, se destina a enumerar los (escasos) apartados de la Ley 2/1974 que quedan derogados; el segundo, da nueva redacción a otra serie de preceptos de la misma Ley. Finaliza el dictamen incluyendo una exposición de motivos, en la que se subraya que «el actual proceso constitucional, así como la propia dinámica de la sociedad en lo relativo a la asociación y problemática de las capas profesionales, hace aconsejable la derogación parcial de la expresada Ley, removiéndose con ello el obstáculo que la misma supone para la necesaria autonomía organizativa de dichos Colegios Profesionales, sin perjuicio de proveer en su día a una adecuada regulación global» (*Boletín Oficial de las Cortes*, 2 de octubre de 1978, núm. 154, pág. 3345).

ma del régimen jurídico de los colegios profesionales. Durante la II Legislatura (1982-1986), el Gobierno elaboró sucesivamente dos borradores de proyectos de ley de colegios profesionales, fuertemente contestados desde los sectores afectados, por lo que ninguno de ellos llegó a ser presentado ante las Cortes Generales, aunque sí se realizaron al respecto preguntas parlamentarias con respuesta escrita al Gobierno⁷. En la IV Legislatura, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentó en 1991 una proposición no de ley por la que instaba al Gobierno a que, en el plazo de cuatro meses, remitiera al Congreso de los Diputados un proyecto de ley que regulase las peculiaridades del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas⁸, proposición no de ley que fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados⁹. Asimismo, también el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentó en 1992 una proposición de ley de reforma de la Ley 2/1974¹⁰, en relación a la supresión de la colegiación obligatoria de los profesionales que presten sus servicios con dedicación exclusiva al servicio de las Administraciones Públicas, proposición que fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados¹¹. Finalmente, con fecha 20 de noviembre de 1992, el Gobierno remitió a las Cortes Generales un Proyecto de Ley por la que se pretendía modificar la Ley 2/1974 para adecuar el ejercicio de las profesiones colegiadas a la legislación en materia de competencia, Proyecto de Ley basado en un *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*¹², emitido en junio de 1992 por el Tribunal

⁷ Se trata de las preguntas realizadas por los diputados sres. Montesinos García y Elorriaga Fernández (ambos del Grupo Parlamentario Popular) acerca de la existencia y contenido de estos proyectos de Ley. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 28 de junio de 1983, serie F, núm. 27; 5 de agosto de 1983, serie F, núm. 31; 8 de octubre de 1983, serie D, núm. 4, y 10 de noviembre de 1983, serie D, núm. 11.

⁸ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 24 de mayo de 1991, serie D, núm. 187.

⁹ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 14 de noviembre de 1991, serie D, núm. 235.

¹⁰ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 18 de marzo de 1992, serie B, núm. 133-1.

¹¹ La proposición de ley fue rechazada en el trámite de toma en consideración en el Pleno del Congreso de los Diputados de 10 de noviembre de 1992. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 11 de noviembre de 1992, serie B, núm. 133-2.

¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, Madrid, junio 1992. El *Informe* se compone de una introducción, tres apartados y un apéndice. En la introducción se explicita su objeto: analizar las restricciones a la competencia en las profesiones colegiadas y propone una reforma para adecuar la prestación de servicios profesionales al régimen económico al que ya están sometidas la mayoría de las actividades del país: el régimen de libre competencia propio de la economía de mercado. En el primer apartado se realiza una descripción y evaluación de las principales restricciones que afectan a la competencia en el mercado de servicios profesionales, para lo cual se distingue entre barreras de entrada, restricciones no relacionadas directamente con precios y restricciones relacionadas con precios. El segundo apartado se refiere a la necesidad de la reforma. Para ello hace hincapié en el desfase entre la legislación económica aplicable a las profesiones colegiadas y la que se aplica al resto de la economía, desfase que en algunos colegios ha sido superado por la expeditiva vía de no cumplir la normativa de 1974. El tercer apartado consiste en

de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) como consecuencia de un encargo del Gobierno motivado por el Plan de Convergencia y que —como podrá comprobarse— es inspirador de algunas de las reformas introducidas por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales (en adelante, Ley 7/1997). La reforma propuesta por el TDC fue tenida en cuenta por el Gobierno, que propuso en el Proyecto de Ley de 1992 una reforma de los colegios profesionales limitada a sujetar el régimen económico de las actividades profesionales a la legislación en materia de competencia¹³.

una limitada propuesta de reforma que, manteniendo buena parte de las restricciones apuntadas, propugna la supresión de «aquellas prácticas que perjudican al cliente —empresas o consumidores—, disminuyen la innovación o impiden que nuestros profesionales puedan competir eficazmente entre sí y con los extranjeros»; es decir, el *Informe* propone mantener el sistema de barreras de entrada actualmente vigentes, por tanto, mantener la exigencia de titulación, la obligatoriedad de colegiación y la unicidad colegial; por el contrario, respecto a las restricciones a la competencia no relacionadas directamente con precios, se propone la supresión de las restricciones a la actividad por razones territoriales y las limitaciones a la estructura del negocio, así como la mayoría de las restricciones a la publicidad, remitiendo esta cuestión a la legislación general sobre publicidad y competencia desleal, como en el resto de las actividades del mercado; en cuanto a las restricciones a la competencia relacionadas con precios, se propugna la más amplia libertad para la fijación de éstos, por considerarla capital para asegurar la competencia, negando absolutamente que el caso de los servicios profesionales constituya una excepción al resto de las actividades del mercado, por lo que la fijación de un precio mínimo no se considera el instrumento adecuado para garantizar la calidad de los servicios. Sobre este *Informe* puede consultarse José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS, «Una reflexión acerca del impacto de la Unión Europea sobre el régimen de ejercicio de las profesiones tituladas en España: el “Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones” del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm 18, monográfico, 1994, págs. 355-367.

¹³ El Proyecto de Ley de 1992 proponía trece modificaciones de la Ley 2/1974, que enumeraremos para que el lector pueda comparar con las que aporta la Ley 7/1997: 1) Daba nueva redacción al artículo 2.1 con un doble objetivo: de una parte, añadir a la cláusula de garantía estatal del ejercicio de las profesiones colegiadas una mención a que dicha garantía sería prestada también por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias; de otra, proclamar explícitamente el sometimiento del ejercicio privado de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia; 2) Suprimía de entre las materias enumeradas en el artículo 2.2, cuya regulación requerirá informe preceptivo de los consejos generales o de los colegios profesionales de ámbito nacional, la mención al «régimen de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles»; 3) Introducía un apartado cuarto en el artículo 2, al objeto de resaltar la vinculación de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los colegios profesionales a la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivos establecida en la Ley de Defensa de la Competencia, aun cuando se preveía la posibilidad de que los colegios solicitaran la autorización singular de exención de dicha prohibición; 4) Modificaba el artículo 3.2 para establecer la colegiación única; 5) Introducía un apartado tercero en el artículo 3, correlato de la modificación anterior, por el que se establecía la posibilidad de que los estatutos profesionales exigieran la comunicación obligatoria al colegio correspondiente de las actuaciones realizadas en su demarcación por colegiados de otros colegios, «a efectos de quedar sujetos a las correspondientes competencias de ordenación y control»; 6) Introducía un apartado cuarto en este mismo artículo 3 para establecer la libre asociación de los profesionales para el ejercicio de su actividad, saliendo así al paso de ciertas limitaciones establecidas corporativamente; 7) Añadía un último inciso a la función colegial de impedir la competencia desleal recogida en el artículo 5 k), mediante el cual se canalizaba el ejercicio de esta función a través de las acciones legales pertinentes; 8) Modificaba la función colegial de reprimir el intrusismo profesional establecida en el artículo 5 l), canalizándola —como la anterior— mediante el ejercicio de las acciones legales oportunas; 9) Suprimía la función colegial de regular los honorarios mínimos de las profesiones, contenida en el artículo 5 ñ); 10) Modificaba el artículo 5 p) para suprimir la posibilidad de que los colegios puedan encargarse con carácter general del cobro de los honorarios profesionales devengados por los colegiados, manteniéndose que pudieran hacerlo, pero sólo a petición de los interesados; 11) Añadía la exigencia de autorización legal para el establecimiento del visado colegial de los trabajos

Sin embargo, la disolución anticipada de las Cortes Generales impidió la culminación del procedimiento parlamentario, por lo cual este Proyecto de Ley caducó en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Celebradas elecciones legislativas el 6 de junio de 1993, la formación de un nuevo Gobierno socialista —aunque en minoría en ambas Cámaras—, permitió volver sobre la cuestión en el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social que *acompañaba* al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1996, reproduciendo en buena medida los términos del Proyecto de Ley caducado. No obstante, la devolución al Gobierno del Proyecto de Ley de Presupuestos y la nueva disolución de las Cortes llevaron a un nuevo intento fallido¹⁴.

Con fecha 7 de junio de 1996, el nuevo Gobierno formado por el Partido Popular dictó el Real Decreto-Ley 5/1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales¹⁵, desmarcándose así de las posiciones mantenidas desde la oposición contra las iniciativas de este género de los Gobiernos anteriores¹⁶. En cualquier caso, las medidas adoptadas con el objetivo de liberalizar la oferta de servicios profesionales difícilmente justificaban, en nuestra opinión, la utilización como instrumento normativo del decreto-ley, al que el artículo 86 de la Constitución exige, como es sabido, la existencia de un presupuesto habilitante. El Gobierno sí que estimó, obviamente, la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad a que se refiere el mencionado artículo de la Constitución, anunciando en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley que la justificación del empleo de esta técnica normativa se encuentra en «la ne-

profesionales, contemplado en el artículo 5 q), excluyéndose además expresamente que el visado colegial pudiera revestir una naturaleza económica o de control de las condiciones contractuales; 12) Modificaba el artículo 6.3, donde se fijan las materias que regularán los estatutos generales, para añadir respecto a la adquisición de la condición de colegiado la prohibición de que los estatutos condicionen la colegiación a la prestación de fianzas, garantías u otras cargas análogas, excepto que la Administración competente decidiera imponerlas; 13) Daba nueva redacción al artículo 6.3 j), de donde se suprimía como materia susceptible de ser regulada en los estatutos generales el régimen de cobro de honorarios, para añadir la regulación en dichos estatutos del régimen de la nota-encargo o presupuesto que los colegiados deberán presentar o exigir a los clientes.

¹⁴ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A, núm. 137-1, 13 de octubre de 1995, págs. 43-44.

¹⁵ *Boletín Oficial del Estado* núm. 139, de 8 de junio de 1996; corrección de errores en el núm. 147, de 18 de junio de 1996.

¹⁶ Las críticas del Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley presentado en 1992 fueron denodadas; su portavoz —el diputado sr. Fernández-Miranda y Lozana— comparó este Proyecto de Ley y al Gobierno que lo presentaba con el general Pinochet, puesto que —según manifestó— los colegios profesionales sólo existen en los países democráticos y desarrollados, en los que los gobernantes y los legisladores confían en la sociedad civil, «exigiéndoles la autorregulación, en que los propios profesionales titulados, asociados obligatoriamente en corporaciones de Derecho público, cuiden del respeto de los derechos constitucionales del resto de los ciudadanos (...) conscientes de la casi imposibilidad de hacerlo el propio Estado» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, IV Legislatura, núm. 257, 18 de marzo de 1993, pág. 13134). A juicio del Grupo Parlamentario Popular, el Proyecto de Ley era una reforma constitucional encubierta del artículo 36 CE, que el Gobierno trataba de ejecutar para que los colegios profesionales «pasen a estar secuestrados por su Tribunal de Defensa de la Competencia» (*ibidem*; la cursiva está en el *Diario de Sesiones*).

cesidad de implementar medidas en la dirección referida con carácter urgente, a fin de aprovechar los efectos sobre la capacidad de crecimiento de la economía española y eliminar los innumerables perjuicios generados por esta sobrerregulación de la economía». En relación con la posible utilización abusiva del decreto-ley, el Tribunal Constitucional¹⁷ ha destacado que si bien corresponde al propio Gobierno apreciar la existencia o no de la necesidad urgente y extraordinaria con un amplio margen de discrecionalidad, ello no excluye la concurrencia del requisito, es decir, como señala Ignacio de OTTO, «que haya realmente *necesidad* y que sea *extraordinaria*, en el sentido de imprevisible, y *urgente*, en el de no encontrar remedio por los cauces ordinarios»¹⁸. Entre las razones que nos inclinan a considerar que no concurre el presupuesto habilitante para dictar un decreto-ley en este caso se encuentra la fijación por la disposición adicional única del Real Decreto-Ley de un plazo de un año para que los colegios profesionales adapten sus estatutos a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley, lo cual no parece conciliarse demasiado bien con la idea de *urgencia* con que las medidas pretenden presentarse. Asimismo abona esta tesis la propia posición mantenida por el Grupo Parlamentario que sostiene al Gobierno en todos los debates producidos sobre esta materia con anterioridad a su llegada al poder, debates en los que su portavoz habitual en esta cuestión, el diputado señor Fernández-Miranda y Lozana, negó sistemáticamente en nombre de su grupo la necesidad de adoptar medida alguna de liberalización. Un supuesto que guarda alguna similitud con el presente fue resuelto en la STC 60/1986, de 20 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante en la adopción de determinadas medidas de orden administrativo por un Gobierno que acababa de formarse tras la celebración de elecciones. En dicha STC el Tribunal aceptó la concurrencia del presupuesto basándose en la extraordinaria y urgente necesidad que el nuevo Gobierno sentía de adecuar el aparato administrativo a los nuevos objetivos de la política gubernamental, pero advirtiendo también de que en la medida en que se trata de una disposición legislativa provisional, y poniendo en relación la urgencia con la provisionalidad, no cabe apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante si se permite la posposición en el tiempo de los efectos del decreto-ley, lo que creemos que puede entenderse que ocurre cuando se otorga el plazo de un año para que los colegios profesionales adapten sus estatutos a las modificaciones introducidas por el presente Real Decreto-Ley¹⁹.

¹⁷ Entre otros pronunciamientos, en las tempranas SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 6/1983, de 4 de febrero, y 111/1983, de 2 de diciembre.

¹⁸ Ignacio de OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pág. 198. Las cursivas son de este autor.

¹⁹ Sobre esta cuestión de la dilación de los efectos del decreto-ley no ha sido éste el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional: también la ya citada STC 29/1982, de 31 de mayo, o la STC 29/1986, de 20 de febrero, han analizado la cuestión. Interesantes consideraciones a éstas y otras SSTC que se han ocupado de controversias suscitadas por decretos-leyes se realizan en Pablo

Tampoco puede obviarse la cuestionable decisión gubernamental de agrupar en un solo Decreto-Ley dos cuestiones a todas luces distintas, suelo y colegios profesionales, lo que provocó que el debate producido en el Pleno del Congreso versara separadamente sobre cada una de ellas²⁰, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta la nula relación entre ambas cuestiones. Esta *pareja de hecho* resulta difícilmente comprensible cuando el Real Decreto-Ley 5/1996 no es sino uno más de la *batería* de decretos-leyes sobre distintas materias aprobados por el Gobierno del Partido Popular formado en 1996, algunos de ellos centrados también en la liberalización, por lo que consideramos que habría sido más adecuado técnicamente el desglose de estas cuestiones en dos normas distintas. El propio Gobierno parece no encontrar nexo de unión alguno entre las cuestiones, fuera de la rúbrica del Real Decreto-Ley: dedica separadamente un capítulo a cada materia y párrafos distintos de la exposición de motivos; la disposición adicional única se ocupa sólo de los colegios profesionales; la disposición transitoria única sólo de urbanismo y suelo; la disposición final primera únicamente de urbanismo y suelo; la disposición final segunda únicamente de los colegios profesionales; sólo la genérica referencia a la utilización del decreto-ley como técnica normativa, la disposición derogatoria, que también es genérica («Quedan derogadas las normas legales o disposiciones administrativas que se opongan a lo previsto en el presente Real Decreto-Ley»), y la disposición final tercera, que tiene el mismo carácter genérico («El presente Real Decreto-Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*»), se ocupan a la vez de ambas materias del Real Decreto-Ley. Inclusive, cuando en el debate parlamentario para la convalidación del Decreto-Ley corresponde el turno al Grupo Parlamentario Popular, principal defensor de la norma dictada por el Gobierno, toman la palabra portavoces distintos para defender la materia de suelo y la de colegios profesionales. No obstante, hay que recordar que finalmente la responsabilidad no recae en exclusiva en el Gobierno, puesto que la tramitación como proyecto de ley por las Cortes Generales del Decreto-Ley no ha subsanado la cuestión y la Ley 7/1997 se

SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid, Tecnos, 1988, especialmente págs. 103-141.

²⁰ En la defensa del Decreto-Ley en el trámite de convalidación o derogación en el Congreso de los Diputados, el Ministro de Fomento centró su atención en la parte de suelo, aludiendo brevemente a los colegios profesionales, lo que le reprochó la portavoz del Grupo Socialista, la diputada sra. Narbona Ruiz, que añadió que ni el Decreto-Ley contenía medidas realmente liberalizadoras en materia de colegios profesionales, ni concurría el presupuesto habilitante para la utilización de esta técnica normativa, recordando además el debate suscitado por el Proyecto de Ley enviado por el Gobierno socialista a la Cámara en 1992 y resaltando la oposición frontal mantenida en aquella ocasión por el principal grupo de la oposición, promotor ahora desde el Gobierno de las medidas liberalizadoras (vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, núm. 15, 20 de junio de 1996). Tras el debate, el Congreso de los Diputados convalidó el Decreto-Ley por un estrecho margen: 165 votos a favor, 149 en contra y cuatro abstenciones, adoptando además la Cámara por casi unanimidad la decisión de tramitarlo como proyecto de ley (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 154, de 26 de junio de 1996).

ha promulgado ocupándose también de suelo y colegios profesionales, en sendos capítulos para cada una de las materias.

Las escasas alteraciones que aporta la Ley 7/1997, de 14 de abril, respecto al texto del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, nos excusan de prestar atención ahora al contenido de este último²¹. En consecuencia, estudiaremos las modificaciones que introduce la Ley 7/1997 en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, advirtiéndolo al lector en el momento correspondiente de los escasos puntos de discrepancia entre ambas normas. El 15 de abril de 1997 fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, que traía causa de dicho Real Decreto-Ley 5/1996. El proyecto de ley fue tramitado por el procedimiento de urgencia por decisión casi unánime de la Cámara, como se ha dicho; sin embargo, la unanimidad ha estado lejos de presidir las deliberaciones de las Cámaras, hasta el punto de que estamos ante una de esas ocasiones en que el Senado introduce un cierto número de enmiendas al texto aprobado por el Congreso de los Diputados, enmiendas que esta última Cámara no acepta o acepta en pequeña medida, pese a la homogeneidad de las mayorías parlamentarias de ambas Cámaras²².

La incidencia de las modificaciones que introduce la Ley 7/1997 en la Ley 2/1974 se centra en cuatro ámbitos: en primer lugar, el sometimiento del ejercicio de las profesiones colegiadas al principio de libre competencia y la sujeción a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal; en segundo lugar, el establecimiento de la colegiación única para el ejercicio profesional; en tercer lugar, la supresión de los honorarios mínimos fija-

²¹ Un interesante análisis de este Real Decreto-Ley puede encontrarse en Javier GÁLVEZ, «Las medidas liberalizadoras del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, en materia de Colegios Profesionales», en VV.AA., *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 91-120.

²² El Senado modificó en buena medida el texto remitido por el Congreso de los Diputados como consecuencia del acuerdo parlamentario entre los principales grupos parlamentarios de la Cámara: el Popular y el Socialista. Las cesiones del Grupo Parlamentario Popular, que cuenta con la mayoría absoluta en el Senado, a las propuestas socialistas desencadenaron las presiones corporativas, que arreciaron después para el ulterior pronunciamiento del Congreso de los Diputados sobre las enmiendas introducidas por el Senado. El texto aprobado finalmente por el Congreso refleja en lo fundamental los postulados del texto aprobado originalmente por esta Cámara, aunque la votación de las enmiendas del Senado por el Pleno del Congreso de los Diputados no fue precisamente modélica para lo que debe ser la actividad de la institución parlamentaria. Quizás en esto se encuentre la causa del largo plazo transcurrido desde la aprobación definitiva del proyecto de ley por el Congreso de los Diputados (20 de febrero) hasta su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (9 de abril) y la sanción y promulgación de la Ley 7/1997 por el Rey (14 de abril). Todo ello sólo a duras penas podemos aceptar que dé cumplimiento al artículo 91 de la Constitución, que dispone que «El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación», aun cuando a propósito de esta cuestión, Solozábal Echavarría entiende que este plazo «comienza a contar no tras el momento en que finaliza la tramitación del proyecto en las cámaras (...), sino a partir del momento en que el presidente del Gobierno, que es quien por convención constitucional refrenda en este caso la actuación del monarca, someta a la firma regia el instrumento legal correspondiente» (Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *La sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 119).

dos por los colegios profesionales, de la obligatoriedad de percibir determinados honorarios a través del colegio y de los aspectos económicos del visado colegial; por último, cuestiones relacionadas con la organización territorial del poder, como son la atribución a las Comunidades Autónomas de un papel de co-garantizadoras del ejercicio de las profesiones colegiadas y la declaración de legislación básica de la casi totalidad de las modificaciones introducidas en la Ley 2/1974.

3. EL SOMETIMIENTO DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES COLEGIADAS AL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Creemos que a estas alturas del trabajo la comprobación de ambos textos permite afirmar el carácter precursor que el *Informe* del TDC ha tenido sobre la reforma realizada en el régimen de los colegios profesionales. No hay que olvidar tampoco la existencia de otro informe que, bajo el título *Política de Competencia y Profesiones*, elaboró en 1985 la O.C.D.E., así como la influencia que sobre profesiones y competencia tuvo la incorporación de España a la Comunidad Europea. El informe de la O.C.D.E. hace una serie de recomendaciones sobre esta materia, entre las que destaca una fundamental: los países deben asegurar que las excepciones de las leyes de competencia no vayan más allá de lo necesario y sólo sirvan para alcanzar objetivos de interés público. Aunque respecto a la incorporación a la Comunidad Europea ya el *Informe* del TDC destaca que, a diferencia con lo ocurrido en los sectores industriales y agrícolas, no ha habido presiones de los países de la Comunidad para la liberalización del sector de servicios profesionales, limitándose hasta ahora las intervenciones de la Comunidad a garantizar la igualdad de trato con los españoles a los nacionales de la Unión Europea²³.

El sometimiento del ejercicio de las profesiones colegiadas al principio de libre competencia constituye el principal objetivo de la Ley 7/1997: se trata de someter a dicho principio a los colegios profesionales, a los profesionales mismos y al ejercicio profesional. Los intentos de adoptar una medida de esta naturaleza han sido varios, pero no se habían visto hasta la fecha coronados por el éxito, como hemos visto, bien por la propia resistencia corporativa, bien por las circunstancias cambiantes de la vida política, que llevaron al fracaso el intento de 1992-1993 por la disolución anticipada de las Cortes Generales y el de 1995 por la devolución al Gobierno del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1996, al que había unido su suerte. No obstante, la adopción de un texto legisla-

²³ Sobre la relación entre las profesiones colegiadas y el principio de libre competencia véase especialmente Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales en la experiencia constitucional española», en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 243-287; también se han ocupado de esta cuestión SAZ, *Los Colegios Profesionales*, cit., págs. 101-124, e Isaac IBÁÑEZ GARCÍA, *Defensa de la competencia y colegios profesionales*, Madrid, Dykinson, 1995.

tivo sobre esta materia era inevitable —y así lo ha sabido ver el Gobierno, en contra de los planteamientos que había sostenido desde la oposición—, puesto que no constituye sino un eslabón más en la política de liberalización de la economía por la que camina nuestro país, en parte por las exigencias de la Unión Europea, pero también como consecuencia de las circunstancias económicas internacionales y de los dictados de nuestra propia economía.

Aun cuando es cierto que la reserva de ley y la mención constitucional del artículo 36 de la Constitución singularizan a los profesionales respecto al resto de los operadores económicos, ello no implica que el constituyente haya establecido una excepción con los colegios profesionales para que sus actividades y las de sus colegiados se realicen fuera del marco económico general. Por tanto, consideramos que el artículo 36 de la Constitución no constituye un obstáculo para que el legislador se ocupe de regular los aspectos económicos del ejercicio profesional, por cuanto que los profesionales ejercitan en su actividad la libertad de empresa en una economía de mercado (artículo 38 de la Constitución). De otro lado, la trascendencia de estos aspectos económicos del ejercicio profesional en el funcionamiento de la economía tiene su importancia y requiere por consiguiente de la adaptación al marco en el que se desenvuelve la actividad económica en España y en Europa: el principio de libre competencia.

Así, la Ley 7/1997 dispone que «el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal», así como que «los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley». La consecuencia principal de la modificación es, pues, que resulta eliminado el obstáculo que impedía la aplicación del Derecho de la Competencia a los colegios profesionales y a sus colegiados, en la medida en que la excepción se encontraba amparada en las previsiones del artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que establece la no aplicación de las previsiones del artículo 1 de dicha Ley a aquellas actividades que resulten de la aplicación de una ley.

El texto adoptado por la Ley 7/1997 limita, sin embargo, el sometimiento a la legislación en materia de competencia a aspectos del ejercicio profesional tales como la oferta de servicios y la fijación de su remuneración, exceptuándose el resto de los aspectos, «que continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable», en una redacción oscura y poco afortunada. En este mismo sentido, el Congreso de los Diputados ha suprimido la mención que la enmienda del Senado pretendía introducir para que la publicidad de los profesionales colegiados se rigiera por la Ley 34/1988, de

11 de noviembre, General de Publicidad, así como se ha introducido una excepción (a la que se oponía el Senado) a la regla general del sometimiento a la legislación en materia de defensa de la competencia para los «convenios que voluntariamente puedan establecer, en representación de sus colegiados, los Colegios profesionales de Médicos, con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria, para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios». Aun con todas estas salvedades y matizaciones, el paso adelante que supone la modificación que en esta materia opera la Ley 7/1997 en el contenido de la Ley 2/1974 supone sin duda un importante cambio de perspectiva en la regulación de la materia, en la línea señalada por el TDC en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, que hemos citado.

4. EL PRINCIPIO DE COLEGIACIÓN ÚNICA

El principio de colegiación única para el ejercicio de la profesión en ámbitos territoriales que correspondan a distintos colegios profesionales, cuando la respectiva profesión se organice en varios colegios territoriales —como hacen en la actualidad la práctica totalidad de las profesiones— constituye la supresión de un obstáculo tradicional para la libre circulación de los profesionales en el territorio nacional. Aunque pueda parecer insólito, en un momento en que no parecen discutirse las libertades comunitarias de libre circulación y libre establecimiento de profesionales en el territorio de la Unión Europea, no ha sido hasta 1997 cuando finalmente el legislador se ha decidido a adoptar esta medida largamente demandada, aun cuando es preciso hacer notar que este fundamental principio ya se encontraba recogido en los Proyectos de Ley presentados a las Cortes en 1992 y en 1995.

No obstante, advertimos en la regulación adoptada por la Ley 7/1997 alguna cautela que tiende a desnaturalizar la plena vigencia de este principio general: así, se dispone que «cuando los Colegios estén organizados territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia para la prestación de los servicios, la colegiación habilitará solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponda». Consideramos que se trata de una cautela exagerada, puesto que permite la introducción subrepticia de obstáculos al principio general de colegiación única en la medida en que se acepte que los propios colegios puedan determinar la necesidad del deber de residencia como medida imprescindible para el ejercicio de la profesión. Sin embargo, la adopción de una medida de aparente sencillez como es la colegiación única para solventar algunos de los problemas que se han venido suscitando hasta la fecha por las cortapisas que plantean los colegios, denegando la colegiación a los no residentes, so pretexto de la disminución de la calidad de los servicios, pero con el objetivo inconfesable —en nuestra opinión— de limitar la competencia, no ha

sido algo que no haya planteado problemas en sede jurisdiccional. En efecto, como destaca LÓPEZ RAMÓN, el Tribunal Supremo dictó en su momento sentencias contrapuestas a propósito de la admisibilidad del ejercicio profesional en lugar distinto al de residencia, refiriéndose todos estos pronunciamientos a la profesión de odontólogo: la STS de 30 de marzo de 1990 declaró inadmisble la prohibición de establecerse por falta de residencia, exigiendo además ley formal para el establecimiento de restricciones a la libertad profesional; la STS de 17 de diciembre de 1990, por el contrario, confirmó la denegación de la colegiación solicitada por falta de residencia; y la STS de 30 de enero de 1993 reafirmó la obligación de residencia estatutariamente impuesta para el ejercicio de la profesión²⁴.

Otra cuestión relacionada con la anterior, en el sentido de establecer cautelas que desnaturalicen la plena vigencia del principio general de colegiación única, consiste en la previsión de que «cuando una profesión se organice por Colegios de distinto ámbito territorial, los Estatutos generales o, en su caso, los autonómicos podrán establecer la obligación de los profesionales, que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación, de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos, con las condiciones económicas que en cada supuesto puedan establecerse, a las competencias de ordenación, visado, control dentológico y potestad disciplinaria». Este asunto plantea además dos problemas adicionales: por una parte, el de la doble sujeción en que queda el profesional en los aspectos señalados de ordenación, visado, control dentológico y potestad disciplinaria, doble sujeción al colegio de origen y al de ejercicio ocasional; por otra parte, se plantea el problema del encarecimiento del servicio profesional en la medida en que el colegiado que ejerce ocasionalmente debe hacer frente (y repercutir en el precio del servicio que pagará su cliente) a las cuotas correspondientes que exigen los colegios de recepción para este ejercicio ocasional²⁵.

Tanto en el caso de la exigencia de residencia en la demarcación territorial del colegio como requisito para aceptar el ejercicio por un profesional colegiado en otro colegio profesional (que, claro está, entonces no podría ejercer en su propio colegio por tener fijada su residencia en la demarcación del primero), como en el de la exigencia de habilitación para el ejercicio ocasional, estamos ante cautelas que, aunque tienden a garantizar la correcta prestación de los servicios, creemos que pueden permitir la introducción subrepticia de obstáculos no siempre justificados al principio general de colegiación única.

²⁴ Para un análisis más detallado de este asunto *vid.* LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales...», *cit.*, págs. 276-278.

²⁵ Por ejemplo, en el ejercicio ocasional de la abogacía en un colegio distinto del propio, es necesario el pago de la correspondiente cuota de habilitación, que oscila entre las 5.000 y las 50.000 pts. por asunto, en función de la cuantía del mismo, según dispone el Convenio Multilateral de los colegios de abogados españoles.

5. LA SUPRESIÓN DE HONORARIOS MÍNIMOS, DE LA OBLIGATORIEDAD DE PERCIBIR DETERMINADOS HONORARIOS A TRAVÉS DEL COLEGIO Y DE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS DEL VISADO COLEGIAL

La implementación de medidas liberalizadoras en materia de colegios profesionales ha tenido siempre como uno de los aspectos clave la necesidad de suprimir los honorarios mínimos fijados por los colegios. Algunos autores que se han ocupado de la sociología de las profesiones liberales han advertido a menudo acerca de cómo, bajo unos mecanismos de ensalzamiento e idealización de algunos aspectos altruistas o humanistas del trabajo profesional típico de las profesiones colegiadas, se disimulan los más aviesos instrumentos de defensa de privilegios. MARTÍN-MORENO y DE MIGUEL ponían de manifiesto ya en 1982 la *peculiaridad* que supone el cobro de los servicios profesionales mediante honorarios²⁶, palabra que obviamente contrapone ideas de *servicio y vocación* a la idea de beneficio de las actividades mercantiles: «las profesiones superiores no cobran sus servicios por consideraciones de mercado, sino de acuerdo con la situación de monopolio que les corresponde. Esa mediación necesita de la noción de *prestigio* que es como valoran los demás esa posición privilegiada»²⁷.

El artículo 5 º) de la Ley 2/1974 establecía, en su redacción original, que correspondía a los colegios profesionales «regular los honorarios mínimos de las profesiones». La propia existencia de honorarios mínimos, fijados o no por los colegios, resulta de dudosa constitucionalidad a la luz del artículo 38 de la Constitución (libertad de empresa); pero, sobre todo, parece inconciliable con la aplicación directa del Derecho Comunitario en virtud del artículo 93 de la Constitución. De cualquier modo, la Ley 7/1997 ha modificado este epígrafe, atribuyendo a los colegios profesionales la competencia para «establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo».

Era ésta una medida largamente demandada por algunos sectores doctrinales, pero no sabemos si la opción por dar nueva redacción al epígrafe en vez de su mera supresión ha sido la más adecuada. Entre la doctrina jurídica partidaria de esta medida, GÁLVEZ MONTES señala que «el principio de libre fijación de las retribuciones, característico de las organizaciones profesionales a partir de su resurgimiento en el siglo XIX, se ha visto atemperado, sin embargo, a las exigencias de los intereses corporativos»²⁸, lo cual no permite —a su juicio— considerar las tarifas de honorarios por

²⁶ El propio uso de la palabra *honorarios*, derivado de *honor*, muestra a las claras la pretensión de no remuneración, de no salarización, que subyace en la ideología del profesionalismo, según la cual los servicios profesionales no pueden pagarse, son *res extra commercium*, como los servicios de un sacerdote, sin que por ello deje de existir para el usuario un *precio* por los servicios realizados.

²⁷ Jaime MARTÍN-MORENO y Amando de MIGUEL, *Sociología de las profesiones en España*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1982, pág. 90. La cursiva es suya.

²⁸ Javier GÁLVEZ MONTES, «Colegios profesionales y tarifas de honorarios de ingenieros», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pág. 935.

el ejercicio libre de profesiones como tarifas o aranceles en sentido técnico, sino que se limitan a tener «una finalidad orientadora o supletoria de omisiones en cuanto a fijación de honorarios se refiere. Por este motivo, y porque no tienen un amparo legal suficiente al efecto, no pueden sustituir a la autonomía de las voluntades contractuales ni, en general, servir los cometidos de las tarifas de intervención»²⁹. En la misma línea, VICENT CHULIÀ, en un comentario a varias resoluciones del TDC sobre fijación de tarifas de honorarios por los colegios profesionales, comenzaba poniendo de manifiesto que con la expresión *profesionales liberales* se quiere distinguir, de entre el conjunto de los profesionales titulados universitarios, a aquéllos que ejercen libremente una profesión, una actividad económica autónoma de producción de servicios profesionales para el mercado, distinguiéndolos del resto de titulados universitarios que bien trabajan como funcionarios de sueldo al servicio de la Administración, bien como trabajadores por cuenta ajena de una empresa pública o privada o inclusive de otro profesional liberal. De este modo, considera este autor que los profesionales liberales «*ejercen la libertad de empresa en el mercado, compitiendo con otros profesionales liberales titulados —de su misma profesión colegiada o de otras—, se disputan una misma clientela* (...). Parece claro que, en tal sentido, de la misma manera que pueden invocar el artículo 38 de la Constitución en defensa de su derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado, *deben someterse al Derecho de la competencia*»³⁰. VICENT CHULIÀ concluye su comentario planteando la necesidad de que, en uso de la previsión establecida en el artículo 2.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia³¹, corresponde que el TDC realice una propuesta motivada al Gobierno para la presentación de un proyecto de Ley de reforma de la Ley 2/1974, puesto que no parece incuestionable que la facultad colegial de fijar tarifas de precios u honorarios se mantenga vigente salvaguardada por el artículo 36 CE, sino que, por el contrario, bien el propio artículo 38 CE —libertad de empresa— habría procedido a su implícita derogación, o más claramente aún, lo habría hecho la aplicación directa, en virtud el artículo 93 CE, del artículo 85.1 del Tratado CEE, de 25 de marzo de 1957, máxime cuando el artículo 36 CE no autoriza ex-

²⁹ GÁLVEZ MONTES, «Colegios profesionales y tarifas de honorarios...», *cit.*, pág. 948.

³⁰ FRANCISCO VICENT CHULIÀ, «La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a las resoluciones del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 y 16 de octubre y 12 de noviembre de 1990)», en *Revista General de Derecho*, núm. 558, 1991, págs. 1543-1544. Las cursivas son suyas.

³¹ El mencionado apartado 2 del artículo 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice así: «El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales». Este apartado del artículo 2 es correlato del anterior, puesto que al excluir en éste de todas las prohibiciones monopolísticas consignadas en el artículo 1 de la Ley a aquellas prácticas que estén amparadas en una norma con rango de ley, parece conveniente esta facultad otorgada al TDC para proponer las modificaciones legales oportunas al objeto de limitar el número de estas prácticas anti-competencia autorizadas a los casos estrictamente imprescindibles.

presamente a los colegios profesionales a fijar tarifas de honorarios, ni —añadimos nosotros— cabe desprender de su atento análisis que esta facultad constituya una de las *peculiaridades* a que se refiere el tan citado artículo 36 CE³². También OLIVENCIA se ocupa de esta cuestión para señalar que «los Colegios profesionales deben replantearse su régimen jurídico en el marco del nuevo Derecho y adaptarse a las exigencias para mantener lo mejor de su tradición (la deontología, velando por la honorabilidad y moralidad del ejercicio profesional), pero no inmiscuirse en el ámbito de la competencia económica con el signo de protección económica de intereses patrimoniales de sus miembros, en contra de la corriente histórica, que marcha en el sentido de la libre competencia y libre autonomía de la voluntad privada en la fijación de precios»³³.

La redacción que la Ley 7/1997 da a este precepto se separa de la línea marcada por los Proyectos de Ley de 1992-1993 y 1995, que optaban por la pura y simple supresión del epígrafe en cuestión. El legislador ha preferido, pues, mantener la competencia de los colegios profesionales para establecer baremos de honorarios, si bien dando a éstos la condición de «meramente orientativos». Resulta difícil justificar, en nuestra opinión, una previsión como la que recoge la nueva redacción del epígrafe, puesto que si se trata de suprimir una restricción a la libre competencia en materia de precios, carece de sentido que los colegios orienten sobre los precios de los servicios profesionales; si, por el contrario, estamos ante una medida tendente a mantener un cierto margen de influencia colegial en la fijación de los honorarios, nos encontraríamos con que se está desvirtuando el objetivo de la propia reforma.

Por otra parte, no es la cuestión de los honorarios mínimos la única vertiente puramente *económica* que Ley 7/1997 ha modificado. También ha procedido a reformar otras cuestiones más o menos conexas con la misma: mediante una doble enmienda introducida por el Senado y aceptada por el Congreso de los Diputados —que, por tanto, no se encontraba en el Real Decreto-Ley 5/1996—, se establece que, primero, el cobro de percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales de los colegiados por los colegios profesionales se realizará exclusivamente en los casos en que «el colegiado lo solicite libre y expresamente» y, segundo, que el visado colegial de los trabajos profesionales de los colegiados «no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes». Ambas medidas, que implican un claro aumento de la autonomía del profesional colegiado en menoscabo de los poderes corporativos, se encontraban presentes ya en el Proyecto de 1992-1993, como puede comprobarse en el lugar correspondiente de este trabajo, aunque debemos advertir que no se incluían en el Proyecto de 1995.

³² Vid. VICENT CHULIÀ, «La fijación de tarifas de honorarios...», *cit.*, págs. 1548-1552.

³³ Manuel OLIVENCIA, «Los Colegios profesionales ante las normas de defensa de la competencia», ponencia del Seminario *La empresa española y la libre competencia*, organizado por *La Ley*, Madrid, marzo 1992, pág. 19.

6. LA INCIDENCIA DE LAS MODIFICACIONES EN EL PRINCIPIO AUTONÓMICO

El inciso del artículo 2.1 de la Ley 2/1974, que establecía la obligación del Estado de garantizar el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes, se ve completado con una mención a las Comunidades Autónomas, que se convierten así en co-garantizadoras con el Estado —«en el ámbito de sus respectivas competencias», dice la Ley— de las profesiones colegiadas. Esta modificación no viene sino a reconocer una realidad que se ha ido imponiendo: la paulatina asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de colegios profesionales, *sin perjuicio* de la legislación básica dictada por el Estado.

Sin embargo, esta declaración expresa en la ley estatal, declaración que además ostenta el carácter de legislación básica al amparo del artículo 148.1.1.º y 18.º de la Constitución, impone además a las Comunidades Autónomas una obligación de vigilancia efectiva que asegure el ejercicio profesional de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes, es decir, entre otras cosas, con respeto al principio de libre competencia. En cualquier caso, es preciso señalar también que estamos ante una modificación ya propuesta en términos idénticos en el Proyecto de Ley de 1992-1993 y en el Proyecto de Ley de 1995.

Mayor importancia aún puede revestir la incidencia que en el principio autonómico puede tener la proclamación realizada por la disposición final segunda de la Ley 7/1997, que dispone el carácter de *legislación básica* de los artículos 2.1, 2.4, 3.2, 3.3 y 5 ñ), p) y q); es decir, todo el capítulo dedicado a los colegios profesionales de la Ley 7/1997, excepto el artículo 6.3 j). Dos críticas creemos que cabe hacer aquí: la primera, que con esta proclamación acerca de la legislación que cabe reputar *básica*, se produce la paradoja de que sabemos qué es *básico* de lo modificado por la Ley 7/1997, pero quedamos ayunos de información acerca de aquello que no ha sido reformado en esta ocasión, que deberá ser sometido a un estudio casuístico para deducir si se trata de materia básica o no; la segunda crítica es la extensión con la que el legislador estatal ha declarado el carácter básico, convirtiendo prácticamente toda la nueva regulación en materia básica.

7. CONCLUSIÓN SOBRE EL SENTIDO DE LA REFORMA OPERADA POR LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS LIBERALIZADORAS EN MATERIA DE SUELO Y DE COLEGIOS PROFESIONALES

Aunque compartimos el juicio de LÓPEZ RAMÓN cuando afirma que «la ordenación de las profesiones es una cuestión compleja, repleta de in-

cidencias, recovecos y matices, poco propicia para los remedios universales»³⁴, no podemos dejar pasar la ocasión sin realizar unas consideraciones de carácter general sobre las expectativas suscitadas por la modificación de la Ley 2/1974, que a nuestro juicio no se han visto satisfechas suficientemente con la nueva regulación. En este sentido, después de habernos referido a aquello que está en la Ley 7/1997, parece llegado el momento de aludir a lo que no está, a las cuestiones que creemos se echan de menos en la nueva regulación.

Aunque para quien escribe resulte sorprendente, una parte de la doctrina considera que no debería elaborarse una nueva regulación general de los colegios profesionales, limitándose las Cortes a realizar puntuales modificaciones en la mencionada legislación preconstitucional. Así, para SOUVIRÓN MORENILLA, «más que una auténtica “nueva” ley, diferente a la vigente —lo que supondría una normación muy extraña a la realidad de base—, se trataría, en su caso, de mejorar y reformar la vigente, pero a partir de su propio contenido, ya que un cambio absoluto significaría *de facto* poner en cuestión la propia realidad social e institucional del Colegio Profesional»³⁵. Reproduciendo casi literalmente el argumento, ARIÑO ORTIZ y SOUVIRÓN MORENILLA señalan: «Dudamos, ciertamente, que sea necesaria, al menos desde el punto de vista técnico, una legislación de colegios profesionales de nueva planta. (...) En suma, más que una auténtica “nueva” ley, diferente a la vigente —lo que supondría una normación muy extraña a la realidad de base—, se trataría, en su caso, de mejorar y reformar la vigente, pero a partir de su propio contenido, ya que un cambio absoluto significaría *de facto* poner en cuestión la propia realidad social e institucional del colegio profesional, con lo que ello significaría en el orden sociológico y jurídico-constitucional»³⁶.

La posición que aquí se mantiene es la contraria: consideramos que es precisa la elaboración por las Cortes Generales de una nueva ley de colegios profesionales que, partiendo de la regulación constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada sobre la materia, proceda al menos a delimitar un marco de actuación de los colegios más acorde con el carácter pluralista de la Constitución³⁷. Nos parece, pues, inex-

³⁴ LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales...», *cit.*, pág. 274.

³⁵ José María SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los Colegios Profesionales. Notas para una Ley Reguladora*, Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, pág. 54.

³⁶ Gaspar ARIÑO ORTIZ y José María SOUVIRÓN MORENILLA, *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, Unión Editorial, 1984, págs. 151-156.

³⁷ En la línea de considerar inexcusable la aprobación de una nueva ley de colegios profesionales cabe destacar la opinión de Baena del Alcázar, quien, a mayor abundamiento, destaca que la reforma realizada por la Ley 74/1978 supuso, con la supresión de los controles ministeriales, una alteración radical del sistema de la Ley 2/1974, «puesto que se mantenían en su integridad los aspectos del mismo favorables a los Colegios, pero en cambio quedaban exentos de los controles. Nótese el riesgo que ello supone, teniendo en cuenta que los intereses que gestionan son públicos sólo en parte y, en su mayoría, tienen carácter particular, mientras que los actos realizados respecto a las cuestiones clave son actos de poder público»; asimismo, destaca este autor que, en cierto modo, los colegios han sido asimilados, en cuanto a los actos públicos que realizan, a las corporaciones locales, a las que como

cusable que las Cortes Generales acometan la tarea de realizar una regulación de los colegios profesionales desde la Constitución de 1978, una regulación de nueva planta, no un mero retoque de mayor o menor calado de la preconstitucional Ley 2/1974, que cada vez parece más un rompecabezas.

Creemos que la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas debe partir de una interpretación integradora y sistemática del artículo 36 de la Constitución, que tenga en cuenta también su ubicación en la sección 2ª del capítulo segundo del título primero de la Constitución, reservada a los derechos y deberes de los ciudadanos, lo cual nos conduce a pensar que este precepto principalmente establece una reserva de ley para la regulación de las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones tituladas, incluso como una cierta limitación a la libre elección de profesión y oficio reconocida en el artículo 35, y que solamente en ese marco cabe hacer mención a los colegios profesionales, cuya posición constitucional está subordinada, por consiguiente, a la libertad profesional. Ahora bien, no puede desconocerse la existencia de una cierta tensión entre la libertad profesional y la libertad de configuración de las profesiones y los colegios profesionales por el legislador que ha defendido casi sin titubeos en múltiples pronunciamientos el Tribunal Constitucional³⁸.

Pero, ¿es posible que las Cortes Generales elaboren una nueva ley de colegios profesionales? El reconocimiento de la necesidad de efectuar una regulación de nueva planta de los colegios profesionales por el Grupo Parlamentario Popular³⁹, la minoría mayoritaria del Congreso de los Diputados y principal apoyo del Gobierno, no nos hace, sin embargo, concebir demasiadas esperanzas, por cuanto otras mayorías —inclusive disfrutando de una más sólida posición parlamentaria— también se comprometieron a hacerlo y, fuera por la necesidad de atender a otros asuntos que se reputaron más urgentes, fuera por la dificultad sobreañadida de la oposición colegial a todo intento de reforma, no fueron capaces de enviar a las Cortes Generales un Proyecto de ley de nueva planta.

Por otra parte, tampoco podemos dejar pasar la ocasión de señalar que la Ley 7/1997 ha pasado por encima de otros dos asuntos que iniciativas

consecuencia de la Constitución se les suprimieron los controles ministeriales y se estableció que el único control legítimo era el de los Tribunales, pero, apunta Baena, «no hay que olvidar que los entes locales disfrutan de una autonomía claramente reconocida por la Constitución, lo que no es en modo alguno el caso de los Colegios profesionales, que no tienen poderes públicos propios, ya que éstos les vienen atribuidos por el Estado». En este sentido, la falta de control administrativo de los actos públicos que por atribución del Estado realizan los colegios profesionales «justificaría por sí sola la promulgación de una nueva Ley de Colegios que, por otra parte, parece necesaria a la vista de la Constitución» (Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Europa y las profesiones liberales*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa & Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, 1989, pág. 54).

³⁸ En este sentido, resulta muy interesante la exposición de esta contradicción que plantea LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales...», *cit.*, especialmente págs. 245-254, 263-266 y 271-274.

³⁹ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, núm. 61, 20 de febrero de 1997, pág. 2983.

legislativas anteriores sí contemplaron. En primer lugar, la posibilidad de regular en el texto de la Ley el ejercicio profesional en grupo, saliendo así al paso de limitaciones establecidas corporativamente por algunos colegios. A esta cuestión dedicaba el Proyecto de Ley de 1992 —como hemos dicho— el correspondiente apartado⁴⁰, lo cual hubiera estado en consonancia con la regulación existente en otros países de nuestro entorno, que han llegado a promulgar incluso leyes formales dedicadas a las sociedades profesionales (así, en Francia o Italia), con cuyos profesionales se ven obligados en ocasiones a competir los profesionales españoles⁴¹.

En segundo lugar, la otra cuestión que a nuestro juicio debería haber sido objeto de reforma con la Ley 7/1997 es la exoneración de la obligatoriedad de colegiación a quienes ejerzan su profesión con exclusividad al servicio de las Administraciones públicas, las cuales pueden ejercitar por sí mismas en estos casos las facultades que el Estado ha *delegado* en los colegios en relación con los profesionales que ejercen su profesión libremente. Ello está aceptado ya corporativamente en determinados casos (por ejemplo, los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Abogados del Estado), pero no en otros (por ejemplo, los médicos integrados en los servicios públicos de salud)⁴². En este sentido, parece obligado referirse a la Ley canaria 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios Profesionales, que contempla una excepción a la regla general de colegiación obligatoria para los profesionales que, vinculados con alguna de las Administraciones públicas canarias mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, realicen funciones puramente administrativas o las actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquella, siempre que el destinatario inmediato del acto profesional sea exclusivamente la Administración. Esto supone que, aun en el caso de estos profesionales, la colegiación obligatoria será exigible cuando los destinatarios inmediatos del acto profesional sean el personal al servicio de la Administración o los ciudadanos, o cuando el profesional simultanee esta forma de ejercicio con el ejercicio privado de su profesión. Aunque se trata de una disposición de alcance muy limitado, incide en un asunto sin duda polémico, abordado en las

⁴⁰ Artículo 3, apartado 4 del Proyecto de Ley de 1992: «Los profesionales podrán asociarse bajo cualquiera de las formas previstas en el Ordenamiento, para el ejercicio de su actividad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional».

⁴¹ Acerca del ejercicio profesional en grupo puede consultarse una obra colectiva publicada como consecuencia de un congreso celebrado sobre esta cuestión en Granada en 1991. Vid. Bernardo MORENO QUESADA, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN y José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, Universidad de Granada, 1993. También en el Derecho francés, Annie LAMBOLEY, *La Société Civile Professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, Paris, Librairies Techniques, 1974.

⁴² Además de iniciativas legislativas autonómicas en este sentido, a este asunto dedicaba un apartado del siguiente tenor el Proyecto de 1995: «Quedan exonerados del requisito de la colegiación los titulados que ejerzan sus funciones con exclusividad como personal al servicio de las Administraciones Públicas». Un análisis de los problemas que esta cuestión plantea puede verse en Francisco Javier MONTERO Y CASADO DE AMEZUA, «La colegiación de los funcionarios públicos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 43, 1984, págs. 563-570.

SSTC 69/1985, de 30 de mayo; 131/1989, de 19 de julio, y 35/1993, de 8 de febrero, de manera un tanto contrapuesta⁴³.

A pesar de todo lo apuntado, queremos dejar clara aquí nuestra opinión favorable a la reforma adoptada, si bien creemos que puede achacársele un exceso de tibieza a la hora de implementar las medidas tendentes a garantizar el sometimiento del ejercicio de las profesiones colegiadas al principio de libre competencia. Esta *tibieza* creemos que se manifiesta, por ejemplo, cuando se exceptúan del sometimiento a la legislación en materia de competencia todos los aspectos del ejercicio de las profesiones colegiadas distintos de la oferta de servicios y la fijación de su remuneración, «que continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable»⁴⁴. También es manifestación de este carácter *tibio* la supresión de la enmienda del Senado destinada a garantizar que la publicidad de los profesionales colegiados se rija por lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, enmienda a la que la oposición sobre todo del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)⁴⁵ y del Grupo Parla-

⁴³ La primera de estas sentencias se refería a un caso similar al previsto en la Ley canaria 10/1990: la Junta de Andalucía promovió un recurso de amparo contra la inadmisión de un escrito que suscribía un letrado no incorporado al colegio correspondiente, pero al que la propia Junta había habilitado para su defensa en juicio y fuera de él conforme a lo previsto en una ley autonómica; el Tribunal Constitucional consideró que el letrado estaba suficientemente habilitado para actuar en defensa de la Junta de Andalucía, puesto que el requisito de colegiación obligatoria puede no resultar de aplicación ante el ejercicio de la profesión de manera exclusiva al servicio de la Administración, sin pretender ejercer privadamente la actividad profesional, con lo que «viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos». Por el contrario, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto en las Sentencias 131/1989, de 19 de julio, y 35/1993, 8 de febrero, que «aunque esa actividad profesional se preste en un régimen funcional o de dependencia de una organización pública, no por ello deja de ejercerse la profesión de Médico a la que, el legislador, en su libertad de configuración y las correspondientes normas estatutarias han anudado legítimamente la obligación de la colegiación». No obstante, la argumentación en que se fundan estas últimas Sentencias no es unánimemente aceptada ni en el seno del propio Tribunal Constitucional, si tenemos en cuenta que existió un voto particular formulado por el magistrado sr. Díaz Eimil a la Sentencia 131/1989, en el que se defiende que la actividad de aquellos profesionales que se limitan exclusivamente a prestar sus servicios a la Administración, sometidos a una relación administrativa de sujeción especial, es totalmente ajena al fin de ordenación y regulación del ejercicio privado de las profesiones propio de los colegios profesionales. En cualquier caso, es preciso señalar que el argumento jurisprudencial de la configuración legal de la obligatoriedad de colegiación cedería ante lo dispuesto *sensu contrario* en la Ley canaria 10/1990, siempre que no se considere, por otra parte, que estamos ante una cuestión con perfil de *básica* y en la que, en consecuencia, la ley autonómica no estaría facultada para actuar. Un interesante comentario de esta jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción ordinaria sobre la cuestión en LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales...», *cit.*, págs. 260-263 y 278-280.

⁴⁴ Es preciso destacar que la Ley 7/1997 se aparta en este punto de las iniciativas legislativas anteriores.

⁴⁵ Justifica esta posición el diputado sr. Homs i Ferret con las siguientes palabras: «No nos parece acertada la propuesta que nos hace el Senado, toda vez que regular la actividad publicitaria de los colegios profesionales o de la actividad profesional debe tener, señorías, excepciones, cautelas y debe tener algunas limitaciones y no se han podido regular por el Senado estas limitaciones (...) una habilitación tan abierta a autorizar sin límites cualquier publicidad de las actividades de los profesionales, no nos parece acertada» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, núm. 61, 20 de febrero de 1997, pág. 2979).

rio Popular⁴⁶ impidió prosperar. En todo caso, como sostiene DESCALZO GONZÁLEZ, la no inclusión de esta enmienda no implica que la publicidad de los profesionales colegiados no se encuentre sometida a las normas que sobre publicidad resultan de aplicación a la luz de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal⁴⁷.

⁴⁶ Su portavoz, el diputado señor Fernández-Miranda y Lozana, sostuvo en el debate que si «bien es cierto que, en aras de la competencia, es conveniente que los profesionales puedan darse a conocer en sus propias características y bondades, pero no exclusivamente a través de la Ley General de Publicidad, que nos llevaría a un comportamiento de los profesionales no deseable» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, núm. 61, 20 de febrero de 1997, pág. 2983).

⁴⁷ Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, *Competencial leal e información veraz en un mercado eficiente* (tesis doctoral inédita), Madrid, 1997, pág. 123n. Sostiene este autor que «en todo caso, a mi parecer, la exclusión en el texto definitivo de la mención expresa en favor de la Ley general de publicidad (...) no significa que la publicidad de los profesionales colegiados no goce de la protección de la competencia leal (...) la ausencia de la ley general de publicidad, insisto, no produce grave quebranto en el objetivo de lograr una efectiva sujeción de las actividades colegiales a libre y leal competencia. Pues ocurre, en efecto, que la Ley de competencia desleal consigue cubrir, incluso con mejor técnica, la entera constelación de casos susceptibles de alterar la competencia leal a través de la difusión de ofertas en el proceso económico». Sobre los problemas que se planteaban en torno a la publicidad de las actividades profesionales en el régimen jurídico de los colegios antes de esta Ley 7/1997 puede consultarse con provecho el apartado que le dedica Martín Rebollo con la colaboración de Calvo Sánchez: *vid.* Luis MARTÍN REBOLLO (con la colaboración de Luis CALVO SÁNCHEZ), «Régimen jurídico de los Colegios», en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, Civitas-Unión Profesional, 1996, págs. 219-235. Desde una perspectiva científica diferente, pero llegando a las mismas conclusiones que aquí se mantienen, se ha ocupado tempranamente de este asunto Santos Pastor en varios trabajos. Recomendamos especialmente su sugerente obra Santos PASTOR PRIETO, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas-Ministerio de Justicia, 1993.

DOCUMENTOS

Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina

Introducción

María José Eizaguirre Massé
Archivera Bibliotecaria de las Cortes Generales

El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina o Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, es el primer instrumento jurídico internacional con fuerza vinculante ideado para proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales contra eventuales usos abusivos de las nuevas técnicas médicas y biológicas.

Más conocido como Convenio europeo de bioética, se funda en la convicción de que es necesario un enfoque internacional de los problemas éticos ligados al desarrollo científico. La investigación es una actividad que se realiza a nivel transnacional y se pretende evitar la creación de «paraísos» en países sin regulación a los que pudiera dirigirse la investigación no permitida por el Derecho nacional.

El Convenio se hace cargo de la inquietud pública que generan las nuevas técnicas aplicadas por las ciencias biomédicas, que permiten la intervención sobre el genoma humano, la clonación, la investigación sobre embriones o la investigación genética. Ante la variedad de soluciones nacionales que van desde la regulación minuciosa, hasta la práctica ausencia de regulación en los países de Europa Central y Oriental, el Convenio pretende servir de protección mínima común.

A lo largo de su dilatado proceso de elaboración se ha limitado el ambicioso enfoque universal inicial para orientarse finalmente a los países miembros del Consejo de Europa y para los no miembros que han participado en su elaboración.

Si bien desde hace veinte años tanto la Asamblea Parlamentaria como el Comité de Ministros del Consejo de Europa se han interesado por diversos asuntos relativos a la bioética dando lugar a múltiples recomendaciones y resoluciones¹, la idea de elaborar un convenio internacional con fuerza vinculante para las partes, se encuentra en la Resolución n.º (90) 3 relativa a la bioética, acordada por la 17.ª Conferencia de Ministros europeos de justicia celebrada en Estambul los días 5 a 7 de junio de 1990.

En esta Resolución se recomendaba al Comité de Ministros encargar al Comité Ad Hoc para la Bioética o CAHBI —actualmente Comité Director para la Bioética o CDBI— el estudio de la posibilidad de elaborar un convenio marco abierto a Estados no miembros que estableciera normas generales comunes para la protección de la persona humana por considerar que «los derechos más fundamentales de la persona humana son susceptibles de ser afectados por el desarrollo de las ciencias biomédicas y que conviene por ello promover tanto como sea posible la armonización de las leyes nacionales en este campo».

En septiembre de 1991 la Asamblea Parlamentaria emite la Recomendación 1160 (91) relativa a la elaboración de un convenio de bioética teniendo como base el informe presentado en nombre de la Comisión de Ciencia y Tecnología por el Dr. Marcelo Palacios (Doc. n.º 6649). En ella recomendaba al Comité de Ministros elaborar un convenio marco que recogiera los principios generales y que se regularan los aspectos específicos mediante protocolos adicionales.

En noviembre y diciembre de 1993 en Estrasburgo tuvo lugar un Symposium sobre los aspectos éticos de la genética humana y en junio de 1994 se plantea ya el debate público de la primera versión del Convenio que se somete a la Asamblea en julio.

¹ Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa relacionadas con la Bioética: *Asamblea Parlamentaria*: Resolución 613 (1976) relativa a los derechos de los enfermos y de los moribundos; Recomendación 779 (1976) relativa a los derechos de los enfermos y de los moribundos; Recomendación 818 (1977) relativa a la situación de los enfermos mentales; Recomendación 934 (1982) relativa a la ingeniería genética; Recomendación 1046 (1986) relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, industriales y comerciales; Recomendación 1100 (1989) sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica; Recomendación 1159 (1991) relativa a la armonización de las reglas en materia de autopsia; Recomendación 1160 (1991) relativa a la elaboración de un Convenio de bioética; Recomendación 1213 (1993) relativa a los desarrollos de la biotecnología y a las consecuencias para la agricultura; Recomendación 1240 (1994) relativa a la protección de la patentabilidad de los productos de origen humano. *Comité de Ministros*: Resolución N.º (78) 29 sobre la armonización jurídica en materia de obtención, injertos y trasplantes de sustancias de origen humano (1978); Recomendación N.º R (79) 5 sobre el transporte y el intercambio internacional de sustancias de origen humano (1979); Recomendación N.º R (83) 2 sobre la protección jurídica de las personas afectadas por trastornos mentales y situadas como pacientes involuntariamente (1983); Recomendación N.º R (84) 16 sobre la notificación de los trabajos que implican al ácido desoxiribonucleico (ADN) recombinado (1984); Recomendación N.º R (90) 3 sobre la investigación médica en el ser humano (1990); Recomendación N.º R (90) 13 sobre el despistaje genético antenatal, el diagnóstico genético antenatal y el consejo genético correspondiente (1990); Recomendación N.º R (92) 1 sobre la utilización de los análisis de ADN en el marco del sistema judicial penal (1992); Recomendación N.º R (92) 3 sobre los tests y el despistaje genéticos con fines médicos (1992); Recomendación N.º R (97) 5 sobre la protección de datos médicos (1997).

Partiendo de los informes presentados respectivamente por los Sres. Palacios y Schwimmer (Docs. nos. 7210 y 7223) y de las diversas enmiendas presentadas, la Asamblea Parlamentaria elabora su Dictamen n.º 184 (1995), de 2 de febrero de 1995, en el que se señala la oportunidad del convenio para codificar los textos dispersos y llenar un vacío jurídico.

Apunta también la conveniencia de incorporar algunos principios al texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos que aunque limitado a los países miembros ofrece una protección más intensa a través del recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y recomienda al Comité de Ministros que revise en profundidad el texto propuesto señalando los aspectos que deben corregirse antes de abrirlo a la firma.

En junio de 1996, el CDBI adopta la versión final del proyecto rebautizado ya como Convenio relativo a los derechos humanos y de la biomedicina y lo somete de nuevo a la Asamblea.

Sobre la base del informe presentado en nombre de la Comisión de Ciencia y Tecnología por el Sr. Gian-Reto Plattner (Doc. n.º 7622)², el informe presentado por el Sr. Schwimmer en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de los Derechos Humanos (Doc. n.º 7654) y del informe presentado en nombre de la Comisión de Asuntos Sociales, de la Salud y de la Familia, presentado por el Sr. Daniel (Doc. n.º 7664), la Asamblea emite su Dictamen n.º 198 (1996), de 26 de septiembre de 1996, recomendando ciertas modificaciones y finalmente, el 19 de noviembre de 1996, el Comité de Ministros adopta el texto definitivo.

El Convenio establece grandes principios:

- * que afectan al individuo: consentimiento libre e informado previo a cualquier intervención (arts. 5 y 16), protección reforzada de las personas incapaces de dar su consentimiento (arts. 6, 17 y 20), respeto a la vida privada y derecho a la información y a la no información relativa a la salud (art. 10), prohibición de discriminación por causa del patrimonio genético (art. 11), pruebas predictivas de enfermedades genéticas sólo permitidas con fines médicos o de investigación médica (art. 12), protección de las personas que se prestan a experimentos o trasplantes (arts. 16; 17; 19 y 20), no comercialización del cuerpo humano o sus partes (art. 21);
- * que afectan a la sociedad: prevalencia del interés del individuo sobre el interés exclusivo de la ciencia o de la sociedad (art. 2), acceso equitativo a los cuidados sanitarios y respeto de las normas y obligaciones profesionales sanitarias (arts. 3 y 4), investigación asegurando la protección del ser humano (art. 15);
- * que afectan a la especie: las intervenciones sobre el genoma no pueden provocar modificaciones transmisibles a la descendencia (art.

² Incluye apéndice con texto comparado de las distintas fases de tramitación del proyecto de convenio.

13), no se admite la elección del sexo mediante técnicas de reproducción asistida, salvo para evitar una enfermedad hereditaria grave (art. 14), se prohíbe la constitución de embriones humanos sólo para la experimentación y cuando ésta esté permitida deberá garantizar una protección apropiada del embrión (art. 18).

El art. 31 prevé la elaboración de protocolos adicionales para desarrollar aspectos concretos —que no se citan expresamente en el texto del Convenio— como son la protección del embrión humano, la procreación asistida, el trasplante de órganos, la investigación genética y la investigación médica.

Actualmente, el Consejo de Europa trabaja en la preparación de un protocolo adicional prohibiendo la clonación humana; en julio, el Comité de Ministros ha enviado a la Asamblea Parlamentaria el texto de este proyecto y la Asamblea debe emitir su Dictamen antes del 22 de septiembre.

El Convenio entrará en vigor cuando sea ratificado por cinco Estados de los que cuatro deberán ser miembros del Consejo de Europa. Los procedimientos de ratificación varían según los países, pero normalmente deben ser aprobados por los Parlamentos nacionales.

El art. 28 establece la necesidad del debate público sobre las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina y según se establece en el art. 32.4, a los cinco años a partir de su entrada en vigor, el Convenio será reexaminado por el CDBI quien deberá asimismo preparar los protocolos de desarrollo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos sobre la interpretación de la Convención.

El Convenio se abrió a la firma en Oviedo el 4 de abril de 1997 a los países miembros del Consejo de Europa, así como a los países no miembros que han participado en su elaboración: Canadá, Japón, Estados Unidos y Santa Sede además de la Unión Europea.

Hasta el momento ha sido firmado por 22 países todos ellos miembros del Consejo de Europa: Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Moldavia, Noruega, Portugal, Rumanía, San Marino, Países Bajos, Suecia y Turquía.

Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997*

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, signatarios del presente Convenio;

Considerando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

Considerando el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950;

Considerando la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961;

Considerando el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966;

Considerando el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981;

Considerando igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es la de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Conscientes de los rápidos avances de la biología y la medicina;

Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad;

Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina;

* Versión española de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Afirmando que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras;

Subrayando la necesidad de una cooperación internacional para que toda la Humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la biología y la medicina;

Reconociendo la importancia de promover un debate público sobre las cuestiones planteadas por la aplicación de la biología y la medicina y sobre las respuestas que deba darse a las mismas;

Deseosos de recordar a cada miembro del cuerpo social sus derechos y responsabilidades;

Tomando en consideración los trabajos de la Asamblea Parlamentaria en este ámbito, comprendida la Recomendación 1160 (1991) sobre la elaboración de un Convenio de Bioética;

Decididos a adoptar las medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, para garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona;

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.—*Objeto y finalidad.*

Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.

Artículo 2.—*Primacía del ser humano.*

El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Artículo 3.—*Acceso equitativo a los beneficios de la sanidad.*

Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a los beneficios de una sanidad de calidad apropiada.

Artículo 4.—*Obligaciones profesionales y normas de conducta.*

Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso.

CAPÍTULO II

Consentimiento

Artículo 5.—*Regla general.*

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

Artículo 6.—*Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.*

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

Artículo 7.—*Protección de las personas que sufran trastornos mentales.*

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Artículo 8.—*Situaciones de urgencia.*

Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.

Artículo 9.—*Deseos expresados anteriormente.*

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

CAPÍTULO III

Vida privada y derecho a la información

Artículo 10.—*Vida privada y derecho a la información.*

1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.

2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.

3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2.

CAPÍTULO IV

Genoma humano

Artículo 11.—*No discriminación.*

Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

Artículo 12.—*Pruebas genéticas predictivas.*

Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

Artículo 13.—*Intervenciones sobre el genoma humano.*

Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o tera-

péuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

Artículo 14.—*No selección de sexo.*

No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

CAPÍTULO V

Investigación científica

Artículo 15.—*Regla general.*

La investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano.

Artículo 16.—*Protección de las personas que se presten a un experimento.*

No podrá hacerse ningún experimento con una persona, a menos que se den las siguientes condiciones:

- i. que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable;
- ii. que los riesgos en que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento;
- iii. que el proyecto de experimento haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objetivo del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético;
- iv. que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección;
- v. que el consentimiento a que se refiere el artículo 5 se haya otorgado expresa y específicamente y esté consignado por escrito. Este consentimiento podrá ser libremente retirado en cualquier momento.

Artículo 17.—*Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a un experimento.*

1. Sólo podrá hacerse un experimento con una persona que no tenga, conforme al artículo 5, capacidad para expresar su consentimiento acerca del mismo, cuando se den las siguientes condiciones:

- i. que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 16, párrafos i. a iv.;
- ii. que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para su salud;
- iii. que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo;
- iv. que se haya dado específicamente y por escrito la autorización prevista en el artículo 6, y
- v. que la persona no exprese su rechazo al mismo.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, podrá autorizarse un experimento cuyos resultados previstos no supongan un beneficio directo para la salud de la persona si se cumplen las condiciones enumeradas en los párrafos i., iii., iv. y v. del apartado 1 anterior, así como las condiciones suplementarias siguientes:

- i. el experimento tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno, o que presenten las mismas características;
- ii. el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.

Artículo 18.—Experimentación con embriones in vitro.

1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.
2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

CAPÍTULO VI

Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplantes

Artículo 19.—Regla general.

1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable.
2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

Artículo 20.—*Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos.*

1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i. si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento;
- ii. si el receptor es hermano o hermana del donante;
- iii. si la donación es para preservar la vida del receptor;
- iv. si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente;
- v. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

CAPÍTULO VII

Prohibición del lucro y utilización de una parte del cuerpo humano

Artículo 21.—*Prohibición del lucro.*

El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.

Artículo 22.—*Utilización de una parte extraída del cuerpo humano.*

Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados.

CAPÍTULO VIII

Contravención de lo dispuesto en el Convenio

Artículo 23.—*Contravención de los derechos o principios.*

Las Partes garantizarán una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el presente Convenio.

Artículo 24.—*Reparación de un daño injustificado.*

La persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley.

Artículo 25.—*Sanciones.*

Las Partes deberán prever sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Convenio.

CAPÍTULO IX

Relación del presente Convenio con otras disposiciones

Artículo 26.—*Restricciones al ejercicio de los derechos.*

1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

2. Las restricciones a que se refiere el párrafo precedente no podrán aplicarse a los artículos 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21.

Artículo 27.—*Protección más amplia.*

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de que limite o atente contra la facultad de cada Parte para conceder una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina que la prevista por el presente Convenio.

CAPÍTULO X

Debate público

Artículo 28.—*Debate público.*

Las Partes en el presente Convenio se encargarán de que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas.

CAPÍTULO XI

Interpretación y seguimiento del Convenio

Artículo 29.—*Interpretación del Convenio.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

- el Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes;
- el Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

Artículo 30.—*Informes sobre la aplicación del Convenio.*

Cualquier Parte, a instancias del Secretario General del Consejo de Europa, proporcionará las explicaciones requeridas acerca del modo en que su legislación interna garantiza la aplicación efectiva de todas las disposiciones del presente Convenio.

CAPÍTULO XII

Protocolos

Artículo 31.—*Protocolos.*

Podrán redactarse protocolos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, con el fin de desarrollar, en los ámbitos específicos, los principios contenidos en el presente Convenio.

Los protocolos quedarán abiertos a la firma de los signatarios del Convenio. Serán sometidos a ratificación, aceptación o aprobación. Un signatario no podrá ratificar, aceptar o aprobar los protocolos, sin haber ratificado, aceptado o aprobado el Convenio con anterioridad o simultáneamente.

CAPÍTULO XIII

Enmiendas al Convenio

Artículo 32.—*Enmiendas al Convenio.*

1. Las tareas encomendadas al «Comité» en el presente artículo y en

el artículo 29 se llevarán a cabo por el Comité Director para la Bioética (CDBI) o por cualquier otro Comité designado a este efecto por el Comité de Ministros.

2. Sin perjuicio de las disposiciones específicas del artículo 29, todo Estado miembro del Consejo de Europa, así como toda Parte en el presente Convenio que no sea miembro del Consejo de Europa, podrá hacerse representar en el seno del Comité cuando aquél desempeñe las tareas confiadas por el presente Convenio, y si dispone de voto en el mismo.

3. Todo Estado a que se refiere el artículo 33 o que haya sido invitado a adherirse al Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34, que no sea Parte en el presente Convenio, podrá designar un observador ante el Comité. Si la Comunidad Europea no es Parte, podrá designar un observador ante el Comité.

4. Con el fin de tener en cuenta los avances científicos, el presente Convenio será objeto de un estudio en el seno del Comité en un plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor, y en lo sucesivo, a intervalos que determinará el Comité.

5. Toda propuesta de enmienda al presente Convenio, así como toda propuesta de Protocolo o de enmienda a un Protocolo, presentada por una Parte, el Comité o el Comité de Ministros, será comunicada al Secretario General del Consejo de Europa y se transmitirá por mediación del mismo a los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte, a todo Estado invitado a firmar el presente Convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 33 y a todo Estado invitado a adherirse al mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 34.

6. El Comité examinará la propuesta no antes de dos meses a partir de que le haya sido transmitida por el Secretario General, conforme al párrafo 5. El Comité someterá a la aprobación del Comité de Ministros el texto adoptado por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Una vez aprobado, este texto será comunicado a las Partes para su ratificación, aceptación o aprobación.

7. Toda enmienda entrará en vigor, con respecto a las Partes que la hayan aceptado, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de un mes a partir de la fecha en que hayan comunicado al Secretario General su aceptación cinco Partes, comprendidos al menos cuatro Estados miembros del Consejo de Europa.

Para toda Parte que lo acepte posteriormente, la enmienda entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de un mes a partir de la fecha en que la mencionada Parte haya comunicado al Secretario General su aceptación.

CAPÍTULO XIV

Cláusulas finales

Artículo 33.—*Firma, ratificación y entrada en vigor.*

1. El presente Convenio queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y de la Comunidad Europea.

2. El presente Convenio será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha en que cinco Estados, que incluyan al menos a cuatro Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento en quedar vinculados por el Convenio conforme a lo dispuesto en el apartado precedente.

4. Para todo Signatario que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, el mismo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 34.—*Estados no miembros.*

1. Una vez entrado en vigor el presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a adherirse al presente Convenio, previa consulta a las Partes, a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa, mediante una decisión adoptada por la mayoría prevista en el artículo 20, párrafo d, del Estatuto del Consejo de Europa, y por unanimidad de los votos de los representantes de los Estados Contratantes que tengan derecho a estar representados en el Consejo de Ministros.

2. Para todo Estado adherente, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de adhesión ante el Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 35.—*Aplicación territorial.*

1. Todo Signatario, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio. Cualquier otro Estado podrá formular la misma declaración en el momento de depositar su instrumento de adhesión.

2. Toda Parte, en cualquier momento posterior, podrá extender la aplicación del presente Convenio, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio de-

signado en la declaración y del que asuma las relaciones internacionales o para el que esté habilitado para adoptar decisiones. El Convenio entrará en vigor con respecto a este territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración hecha en virtud de los dos apartados precedentes podrá ser retirada, en lo que se refiere a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 36.—*Reservas.*

1. Cualquier Estado y la Comunidad Europea podrán formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito del instrumento de ratificación, una reserva con respecto a una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley vigente en su territorio no sea conforme a dicha disposición. Las reservas de carácter general no se autorizan según los términos del presente artículo.

2. Toda reserva emitida conforme al presente artículo incluirá un breve informe de la ley pertinente.

3. Toda Parte que extienda la aplicación del presente Convenio a un territorio designado en una declaración prevista en aplicación del apartado 2 del artículo 35, podrá formular una reserva para el territorio de que se trate, conforme a lo dispuesto en los apartados precedentes.

4. Toda Parte que haya formulado la reserva indicada en el presente artículo podrá retirarla por medio de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de un mes a partir de la fecha de recepción por el Secretario General.

Artículo 37.—*Denuncia.*

1. Toda Parte podrá denunciar el presente Convenio, en cualquier momento, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 38.—*Notificaciones.*

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados Miembros del Consejo, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte y a cualquier otro Estado que haya sido invitado a adherirse al presente Convenio:

- a. toda firma;
- b. el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- c. toda fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus artículos 33 ó 34;
- d. toda enmienda o Protocolo adoptado conforme al artículo 32, y la fecha en la que dicha enmienda o protocolo entren en vigor;
- e. toda declaración formulada en virtud de lo dispuesto en el artículo 35;
- f. toda reserva y toda retirada de reserva formuladas conforme a lo dispuesto en el artículo 36;
- g. cualquier otro acto, notificación o comunicación que tenga relación con el presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a estos efectos, han firmado el presente Convenio.

Hecho en Oviedo (Asturias), el 4 de abril de 1997, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los Archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio y a todo Estado invitado a adherirse al presente Convenio.

Presentaciones

Estudios

Luciano Parejo Alfonso: *¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales*

Luis López Guerra: *La legitimidad democrática del juez*

Joaquín García Morillo: *El Parlamento en la era global*

Josè L. González Cussac y M.^a Luisa Cuerda Arnau: *Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades*

Problemas actuales

Ana Gemma López Martín: *Los resultados de la Conferencia Intergubernamental de 1996: claves de una reforma*

José Luis Peñaranda Ramos: *Supletoriedad, delegación legislativa y derogación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992*

Juan Luis Requejo Pagés: *El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997*

José Manuel Sánchez Saudinós: *Un comentario sobre las medidas liberalizadoras en materia de colegios profesionales*

Documentos

Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina. Introducción: María José Eizaguirre Massé. Texto del Convenio



Cuadernos de
**DERECHO
PUBLICO**

ISSN 1138-2848



9 771138 284808