

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 5 - Any 2007



Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 5 - Any 2007

**Revista d'Estudis
Autonòmics i Federals**

Núm. 5 - Octubre 2007

© Generalitat de Catalunya.
Departament d'Interior, Relacions
Institucionals i Participació.
Institut d'Estudis Autonòmics

Baixada de Sant Miquel, 8
08002 Barcelona
Tel. 933 429 800
Fax 933 429 801

reaf@gencat.net
www.gencat.cat/iea

Subscripcions

Publicacions de la Generalitat
Apartat de correus 2800
08080 Barcelona
Tel. 932 925 421
Fax 932 925 435

jrque@gencat.net

La REAF no s'identifica
necessàriament amb el contingut
dels articles.

Disseny gràfic

Marquès Art Gràfic, S.L.

Maquetació i impressió

El Tinter, SAL
(empresa certificada ISO 9001,
ISO 14001 i EMAS)

Dipòsit legal: B-15288/05

ISSN: 1886-2630



Directors

Carles Viver Pi-Sunyer
Miquel Caminal Badia

Secretari

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

Comitè de redacció

Alfredo Galán Galán
Markus González Beilfuss
Mireia Grau Creus
Eduard Roig Molés

Comitè científic

Eliseo Aja Fernández
Enoch Albertí Rovira
Miguel Ángel Aparicio Pérez
Xavier Arbós Marín
Enric Argullol Murgadas
Mercè Barceló Serramalera
Antoni Bayona Rocamora
Francesc de Carreras Serra
Marc Carrillo
Carlos Closa Montero
Pedro Cruz Villalón
Víctor Ferreres Comella
Joaquim Ferret Jacas
Tomàs Font Llovet
Enric Fossas Espadaler
Alain G. Gagnon
Manuel Gerpe Landín
Tania Groppi
Montserrat Guibernau
John Kincaid
Jesús Leguina Villa
Guillem López Casasnovas
Ramón Maiz Suárez
Isidre Molas Batllori
Ferran Requejo Coll
Cesáreo R. Aguilera de Prat
Cheryl Saunders
Joaquín Tornos Mas
Jaume Vernet Llobet
Jacques Ziller

Coordinació editorial

Jesús Solé Farràs

Índex

UNA LECTURA REPUBLICANA I FEDERAL DE L'AUTODETERMINACIÓ	
Miquel Caminal Badia	11
COMUNIDADES AUTÓNOMAS, TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO AUTONÓMICO DEL DERECHO COMUNITARIO. REFLEXIONES A PARTIR DE LA PRÁCTICA RECIENTE	
Manuel Cienfuegos Mateo	39
NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CON VIEJOS SISTEMAS ELECTORALES	
Miguel Ángel Presno Linera	101
LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA	
Enriqueta Expósito	147
LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS	
Ignacio Villaverde Menéndez	203
ADMINISTRACIÓN E INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA: VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA LEY DE LA CIENCIA	
Marcos Gómez Puente	241
LA PARTICIPACIÓ DE LA GENERALITAT EN L'EXERCICI DE COMPETÈNCIES ESTATALS A L'ESTATUT DE 2006: LES INFRAESTRUCTURES DEL TRANSPORT	
Mercè Corretja i Torrens	319

**EL PARLAMENT DE CATALUNYA
EN CLAU DE FUTUR**

Jordi Capó Giol / Joan Marcet Morera 349

**LAS COMPETENCIAS DE LA
GENERALITAT DE CATALUÑA EN
MATERIA DE PROTECCIÓN PÚBLICA
DE MENORES**

Ángeles de Palma del Teso 413

Miquel Caminal Badia

Catedràtic de Ciència Política a la Universitat de Barcelona. Els seus principals camps de recerca són el federalisme, el nacionalisme i el catalanisme polític. Entre les seves publicacions destaquen *El federalismo pluralista: Del federalismo nacional al federalismo plurinacional* (2002); *El nacionalisme i els partits nacionals a Catalunya* (1998), i "El pujolisme i la ideologia nacionalista de CDC", a Joan B. Culla (coord.), *El pal de paller: Convergència Democràtica de Catalunya 1974-2000* (2001).

Jordi Capo Giol

Catedràtic de Ciència Política i director del Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona. De les seves publicacions destaquen les dedicades a l'àmbit parlamentari, com ara "La institucionalización de las Cortes Generales" (1983), "La legislación estatal en la España democrática: una aproximación politológica" (1990), "Oposición y minorías en las legislaturas socialistas" (1994), i "The Spanish parliament in a triangular relationship" (2003).

Manuel Cienfuegos Mateo

Professor titular de Dret Internacional Públic (Institucions i Dret Comunitari) de la Universitat Pompeu Fabra. Màster en Dret Europeu per l'Institut d'Estudis Europeus de la Universitat Lliure de Brussel·les. Autor de diferents monografies i estudis sobre la integració europea, la participació regional a Europa i les relacions de la Unió Europea amb l'Amèrica llatina. Recentment ha publicat *La asociación estratégica entre la Unión Europea y el MERCOSUR, en la encrucijada* (2006) i *Las Comunidades Autónomas ante la integración europea* (2007).

Mercè Corretja i Torrens

Doctora en Dret, responsable de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autonòmics i professora associada de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra. És

advocada de la Generalitat en excedència. És autora de diversos articles i treballs sobre qüestions relatives als drets lingüístics, el dret autonòmic i el dret comunitari. Les seves publicacions més recents són "La projecció supraterritorial de la llengua catalana en el nou Estatut d'autonomia de Catalunya" (*Revista de Llengua i Dret*, núm. 47); "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña", a *La reforma del Estado Autonómico*, (L. Ortega, dir.) i, juntament amb Carles Viver, "La reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i les competències de la Generalitat" (*Activitat Parlamentària*, núm. 7).

Ángeles de Palma del Teso

Professora titular de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona. Quant a la seva tasca investigadora, a més a més de les qüestions generals del Dret Administratiu, ha dedicat una atenció especial a l'activitat de les administracions públiques en la protecció de la infància i, en particular, dels menors immigrants no acompanyats.

Enriqueta Expósito

Professora titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona. Ha treballat els àmbits de les institucions de l'Estat, els drets constitucionals (en especial, de l'àmbit educatiu i social) i l'Estat autonòmic. En l'actualitat, la seva recerca se centra en l'estudi dels drets constitucionals i la forma territorial d'Estat, així com els diferents nivells ordenamentals que conflueixen en el reconeixement i la garantia dels drets.

Marcos Gómez Puente

Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Cantàbria (i, abans, de la Universitat de La Rioja). Ha exercit de magistrat contenció administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria i de vocal assessor dels ministeris de Ciència i Tecnologia, i d'Administracions Públiques. La seva activitat investigadora recau sobre

l'organització administrativa i el règim jurídic de la recerca pública, la tutela ambiental i el transport aeri. Entre les seves publicacions destaquen *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, *La inactividad de la Administración* i *Derecho Administrativo Aeronáutico*.

Joan Marcet Morera

Professor titular de Dret Constitucional a la Universitat Autònoma de Barcelona i director de l'Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS). Ha combinat la dedicació política parlamentària amb l'activitat docent i investigadora, amb treballs com ara "Convergència Democràtica de Catalunya: El partit i el moviment polític"; "La posición de la mayoría en las relaciones entre las Cortes Generales y el Gobierno"; "Consenso y disenso de doce años de ley electoral"; "Regionalist parties in Western Europe"; "El Congreso de los Diputados", a *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*; "Constitució i partits polítics"; "El régimen electoral de Cataluña", i "La Constitution Européenne à Référendum".

Miguel Ángel Presno Linera

Professor titular de Dret Constitucional a la Universitat d'Oviedo. En l'actualitat és assessor del secretari d'Estat de Relacions amb les Corts. Les seves línies de treball són el règim constitucional dels partits polítics, el Dret electoral i parlamentari, la teoria dels drets fonamentals i l'estrangeria. Ha publicat *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia* (2000), *El derecho de voto* (2003), *Elecciones municipales y gobierno local* (2004) i, amb Daniel Sarmiento i Javier Mieres, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (2007). Ha coordinat les obres *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos* (2004) i, amb Benjamín Rivaya, *Una introducción cinematográfica al derecho* (2006).

Ignacio Villaverde Menéndez

Professor titular de Dret Constitucional de la

Universitat d'Oviedo. Ha estat lletrat del Tribunal Constitucional i actualment és vicerector de Relacions Institucionals de la Universitat d'Oviedo i conseller del Consell de la Comunicació del Principat d'Astúries. Ha estat investigador convidat a les universitats de Friburg, Roma, Florència, Edimburg i a la London School of Economics. És autor de diferents publicacions relatives a la llibertat d'expressió i informació, la teoria general dels drets fonamentals, la justícia constitucional, l'organització territorial de l'Estat i la protecció de dades personals.

UNA LECTURA REPUBLICANA I FEDERAL DE L'AUTODETERMINACIÓ

Miquel Caminal Badia

Catedràtic de Ciència Política
Universitat de Barcelona

SUMARI: 1. Introducció. – 2. Republicanisme i autodeterminació. 2.1. La comunitat ètica. 2.2. Pluralisme i diversitat. 2.3. L'autogovern. 2.4. El principi federal. – 3. Nacionalisme liberaldemocràtic i autodeterminació. – 4. El federalisme com a pont entre el nacionalisme liberaldemocràtic i el patriotisme republicà en el reconeixement i la regulació del dret d'autodeterminació. – *Resumen-Abstract.*

1. Introducció

L'autodeterminació és un concepte profundament democràtic i republicà, que fa imprescindible identificar el subjecte *poble* que té el dret a decidir en llibertat. Sempre que una societat, ciutat o estat, s'ha organitzat democràticament ha fet valer la seva *autodeterminació*, és a dir, la seva independència per decidir sobre els seus assumptes públics de govern.

En realitat l'origen de l'autodeterminació moderna es descobreix en el mateix moment en què s'afirma que tots els homes neixen lliures i iguals. No hi ha poble lliure si no ho són els seus membres entre ells, sense dominació dels uns sobre els altres. Quan Kant va definir la Il·lustració com l'abandó de la minoria d'edat per part de l'home, estava indicant un camí d'alliberament de les persones, de servir-se per si mateixes per conèixer, decidir i actuar, sense que ningú pogués imposar la veritat contra llur voluntat.¹ Aquest principi també és aplica-

1. Aquesta és la definició de Kant: "*Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo.* Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. *Uno mismo*

ble als pobles, a tots els pobles i nacions. Tanmateix, és cert que tan evident i immediat és identificar el subjecte persona com difícil i complex identificar i definir el subjecte poble o nació.

El procés històric que ha conduït a l'actual sistema d'estats nacionals és fruit de múltiples variables i circumstàncies resoltes mitjançant la força relativa entre els contendents. La combinació entre l'expansió del capital i la generació i defensa d'estructures polítiques adequades a l'ordre econòmic capitalista és en la base del model d'estat nacional vigent, dels seus orígens, evolució i expansió.² No es tracta aquí d'entretenir-se en aquesta anàlisi sinó de subratllar que l'origen de l'estat nacional és *no democràtic*. Les fronteres no s'han votat, més aviat s'han imposat. Al llarg de dos segles, des de les revolucions liberals, s'ha seguit un procés de democratització dels estats nacionals en successives fases (amb velocitats diferents i amb regressions autoritàries), que ha comportat la legitimació dels poders públics. Ha estat un procés lent i accidentat. Tal com ha escrit Robert Dahl,³ eren poquíssimes les democràcies l'any 1900. Cent anys després s'acosten al centenar els sistemes polítics que s'autonomenen democràtics, amb eleccions periòdiques i competitives. És clar que aquesta extensió de la democràcia obliga a preguntar-se quin és el grau d'intensitat i de qualitat en cada cas. I deixa obsoleta la famosa sentència de Winston Churchill, perquè en el segle XXI les democràcies ja no es comparen amb altres sistemes sinó entre elles. I això obre tot un món nou, o ens retorna al debat sobre la raó i sentit de la democràcia.

Quan tot pot tornar-se a discutir, encara que sigui més en la teoria que en la pràctica política, és natural que tornem a preguntar-nos qui és *poble*. És la primera pregunta entre les primeres, la més necessària perquè a partir d'ella i de la resposta que es doni tot el que segueix pot ser un error. L'axioma de partida, en aquest cas el subjecte poble, determina tota la lògica posterior, i totes les preguntes

es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. *Sapere aude!* ¡Ten valor para servirte de tu entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración" (Kant, I. *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 83).

2. Per a l'anàlisi de la formació de l'estat modern i la seva evolució, vegeu Perry Anderson, *El estado absolutista*; Charles Tilly, *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*, i, del mateix autor, *Las revoluciones europeas, 1492-1992*.

3. Dahl, A. R. *On Political Equality*. Yale University Press, New Haven, 2006.

que segueixen seran transcendents, però en comparació amb la primera no deixen de ser secundàries i dependents. Ja ho va escriure Ivor Jennings fa cinquanta anys: "The people cannot decide until somebody decides who are the people".⁴ Tanmateix, es pot contestar aquesta sentència amb una pregunta: Hi ha inconvenient que un grup humà pugui decidir democràticament que constitueix un poble sobre un territori determinat? Quins problemes planteja? Quines condicions se li poden demanar en el marc de la democràcia pluralista?

2. Republicanisme i autodeterminació

Un poble sobirà és aquell que no necessita remetre's a cap llei preexistent per actuar com a tal, sinó que es veu en si mateix com la font de la llei.⁵ És clar que un poble es vincula i obeeix les lleis, que emanen de la voluntat dels seus ciutadans o representants, ja que "per república s'entén la comunitat política de ciutadans sobirans fonamentada en el dret i en el bé comú".⁶ La vinculació i obediència al dret no ha de fer oblidar que en l'origen el poble és plenament sobirà i independent, i no constituït per decisió d'una altra sobirania mitjançant imposició legal o conquesta. Un poble dominat en l'origen de la seva existència roman igual, mentre no afirma la seva independència enfront de tota llei o poder preexistent dels quals era dependent. El republicanisme neix de la llibertat i no hi ha ciutadans lliures si el poble que conformen no ho és.

Tal com diu Maurizio Viroli, la llibertat vertadera consisteix a no dependre de la voluntat arbitrària i exigeix el respecte rigorós del govern de la llei, la igualtat dels drets civils i polítics. El mateix Viroli esmenta Rousseau per recordar que "un poble lliure obeeix però no serveix; té caps, però no amos; obeeix les lleis, però tan sols les lleis, i és gràcies a les lleis que no esdevé servidor dels homes".⁷ La llibertat dels ciutadans implica l'autodeterminació dels pobles dels quals for-

4. Jennings, Ivor. *The Approach to Self-Government*. Cambridge University Press, Cambridge, 1956, p. 56.

5. Taylor, Charles. *Imaginarios sociales modernos*. Paidós, Barcelona, 2006. Cap. 8: "El poble soberano", p. 136.

6. Viroli, Maurizio. *Republicanism*. Centre d'Estudis de Temes Contemporanis / Angle editorial, Barcelona, 2006.

7. Rousseau. "Contrat social". A: *Oeuvres complètes*, a cura de B. Gagnebin i M. Raymond. Gallimard, París, 1964, vol. III, p. 379-380.

men part. No hi ha llibertat sense autodeterminació, i no s'exerceix l'autodeterminació si no és en llibertat.

Aquest és un punt neuràlgic que el republicanisme ha desenvolupat poc, gairebé gens. Sorprèn, en part, la paradoxa per la qual el republicanisme hagi arribat lluny en la relació entre ciutadania i democràcia i, en canvi, pràcticament no s'hagi estrenat en el desenvolupament d'una concepció republicana de l'autodeterminació dels pobles. Sobta encara més que el federalisme no estigui molt més present entre els teòrics del republicanisme. Dos clàssics del federalisme del XIX, com Carlo Cattaneo i Pi i Margall no ho entendrien ni ho compartrien. Per a Cattaneo el federalisme representa el sistema institucional necessari perquè la llibertat es conservi enfront de la unitat indiferenciada i de la tirania. Era crític amb l'Estat sorgit de la Revolució Francesa, que qualificava d'il·liberal per causa de la seva estructura rígida unitària i fortament centralitzada. La llibertat neix de la diferència i del contrast d'idees, no hi ha llibertat en la uniformitat. El pluralisme és la mesura de la llibertat. L'autonomia local, la relació federal, la complementarietat entre democràcia representativa i democràcia directa, la multiplicitat d'instàncies de participació en la vida política constitueixen els pilars del govern democràtic i republicà. Igualment, el federalisme és l'instrument polític i institucional que permet la convivència humana més complexa, en la mesura que articula la diversitat d'energies socials i individuals.⁸ Alhora, per a Pi i Margall la república era federal o no era. L'adjectiu *federal* no és un complement secundari del substantiu *república*, sinó que forma part essencial d'un sistema democràtic, basat en la divisió central i territorial del poder, perquè la llibertat sigui possible i efectiva. Una república federal és, ha de ser molt diferent d'una república unitària, perquè "el federalisme té la virtut de preservar la llibertat i la personalitat de les regions o estats que es federen, i que sota un règim centralista decauen per a fer prosperar el centre".⁹

Tant l'autodeterminació com la unió federal formen part indispensable del republicanisme perquè els pobles (com els ciutadans)

8. Cattaneo, Carlo. *Antologia degli scritti politici a cura di Giuseppe Galasso*. Il Mulino, Bologna, 1978; Levi, Lucio. "Problematicità del significato del Federalismo". A: *Il Pensiero Politico Contemporaneo*, G. M. Bravo i S. Rota Guibaudi (comps.), Franco Angeli, Milà, vol. 3.

9. Discurs de Pi i Margall a l'Assemblea dels federalistes catalans, 6 de maig de 1901. Pi i Margall, F. *La Qüestió de Catalunya*. Alta Fulla, Barcelona, p. 128; Caminal, Miquel. *El federalismo pluralista*. Paidós, Barcelona, 2002, p. 65-74.

viuen inevitablement junts en la diferència. Mentre s'ha entès la comunitat política com un espai polític *interior*, sense ingerències externes i en el respecte de la sobirania de cada estat nacional, no hi ha hagut "necessitat" de plantejar el *fonament democràtic* de les fronteres estatals, dels límits territorials de la sobirania estatal. Però els processos d'unió econòmica i política supraestatal estan fent obsoleta la distinció política entre espai interior i exterior, estan exigint l'establiment de valors comuns, de normes compartides i vinculants en àmbits supraestatals. Les fronteres s'estoven i els pobles busquen altres fonaments de llur identitat, i, alhora, estableixen lligams estables que construiran identitats compartides.

Al mateix temps, aquest procés cap enfora, d'eixamplament de l'espai polític ha activat també el món local i regional, ha empès les distintes comunitats polítiques existents dins dels estats nacionals a tenir vida pròpia, i no dictada des de fora, des d'un ens superior i indiscutit. Una autonomia o autogovern dels seus assumptes propis. El centralisme estatalista s'està fent vell i antiquat davant d'un policentrisme interior i exterior, que afecta les vides quotidianes dels ciutadans, cada cop més necessitats de viure i sobreviure sobre unes bases noves més obertes i multiculturals. Els estats nacionals s'han format i consolidat imposant i exaltant una llengua, una cultura i una bandera. Paradoxalment, el futur democràtic exigeix el domini de més llengües, l'obertura a d'altres cultures, la creació de símbols compartits entre diferents. D'alguna manera el republicanisme ens impulsa cap als governs supraestatal i mundial i, alhora, ens retorna cap a la ciutat-estat, cap a la nació-estat.

Una construcció normativa en sentit republicà i federal de l'autodeterminació parteix de dues premisses i es concreta en quatre elements constitutius. La primera premissa és que no hi ha un concepte de poble o comunitat política al marge de la història, sinó que el mateix procés històric l'ha anat canviant, fruit de les circumstàncies històriques materials i culturals. Així, Gellner parla de la *necessitat* conceptual de l'estat modern en la civilització industrial, en comparació amb l'era agrària en la qual l'existència de l'Estat era una *opció*. En l'època moderna la *presència* de l'Estat és ineludible, la qual cosa es concreta en l'existència històricament contingent d'uns estats i no d'uns altres.¹⁰

10. Gellner, Ernest. *Naciones y nacionalismo*. Alianza Universidad, Madrid, 1988.

Mentre visquem en aquesta època històrica que definim com a *modernitat*, la necessitat conceptual i, alhora, l'existència contingent d'un estat o l'altre posa en permanent debat el perquè d'uns límits territorials estatals i no uns altres, o l'oportunitat de flexibilitzar aquests límits territorials mitjançant unions federals supraestatals, o també per mitjà de descentralitzacions federals. En qualsevol cas, un poble no és etern i la història ja s'encarrega de demostrar-ho. Per això, Norman, Máiz i altres autors l'encerten plenament, al meu parer, quan assenyalen l'assumpció axiomàtica de l'equivalència estat-poble i els silencis a l'entorn del principi federal per part de Rawls, Dworkin i altres filòsofs de la teoria de la justícia, tant en la tradició liberal com en la republicana.¹¹ Tal com diu Ramón Máiz, es cau en la *fal·làcia naturalista* quan es parteix de l'estat nacional com a premissa autoevident i indiscutida per a establir l'equació estat igual a nació o poble.¹² I hi insisteix: "No puede haber democracia sin acuerdo previo sobre el espacio de vigencia territorial del poder político".¹³ Aquesta encertada crítica cal estendre-la als autors que han enriquit la teoria política des del republicanisme. Així, de la mateixa manera que s'ha distingit en el debat liberaldemocràtic entre *liberalisme 1* i *liberalisme 2*, també es podria fer la mateixa distinció, en paral·lel, en el debat republicà.

La segona premissa sorgeix de la concepció de la llibertat republicana que és interdependent amb l'autogovern. No hi ha llibertat sense llei i no hi ha lleis legítimes sense autogovern. Des de Hobbes fins a Hayek, el liberalisme conservador ha entès la llibertat com l'absència d'oposició o impediment extern al pensament i l'acció individual, una idea de la llibertat que també ha recollit la tradició liberaldemocràtica de Constant a Berlin en distingir la llibertat dels moderns de la llibertat dels antics i en fer prevalent la llibertat negativa sobre la llibertat positiva. El pensament liberal en la seva pluralitat interna no deixa de concebre la societat com la reunió d'individus lliures en-

11. Máiz, Ramón. "Federalismo plurinacional: una teoría política normativa". *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 3 (2006). Institut d'Estudis Autònoms. Generalitat de Catalunya; Norman, Wayne. *Negotiating Nationalism*. Oxford University Press, Oxford, 2006.

12. *Ibidem*.

13. Máiz, Ramón. "Nacionalismo, federalismo y acomodación en estados multinacionales". A: Safran, W. i Máiz, R. (eds.). *Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales*. Ariel Ciencia Política, Barcelona, 2002, p. 76.

front del poder, un individualisme que promou com a valors superiors de la comunitat política la seguretat, la llibertat i la propietat. Tal com assenyala Andrés de Francisco, per a Berlín no hi ha una relació necessària entre llibertat i autogovern democràtic.¹⁴ Mentre l'esfera privada sigui respectada i els drets individuals garantits, és a dir, mentre el governant faci lleis que respectin i emparin els valors individuals abans esmentats o *no interfereixi* en el domini privat, importa menys qui governa i com ha accedit i es manté en el govern.

Per al republicanisme no hi ha divisió o prevalència entre llibertat individual i autogovern, sinó interdependència. La llei com a expressió de l'*interès* general ens fa lliures. Però aquesta llei no pot sorgir més que de la *voluntat* general, bé mitjançant la participació i decisió directa dels ciutadans, bé mitjançant representants. Per tant, no s'està parlant de qualsevol llei, sinó d'aquelles que s'infereixen d'una societat basada en la llibertat sense dominació, aquelles que són resultat no d'interessos particulars imposats (legalment) com a generals, sinó de la suma o fusió d'interessos particulars en l'interès general. No hi ha llei on hi ha arbitrarietat, no hi ha llibertat on hi ha dependència. La república neix i existeix allà on *ciudadà* i *demos* són conceptes igualment necessaris i interdependents. La democràcia republicana és el vincle que ho fa possible.

Des de la democràcia republicana tot ha de poder ser plantejable i, especialment, ha de poder ser impugnable allò que vulnera la llibertat i la igualtat entre les persones, la imposició, dominació o arbitrarietat en les relacions socials. En la concepció republicana només cal que caigui l'arbitrarietat o la dominació sobre un perquè la llibertat de tots en quedi afectada. De la mateixa manera que es diu fundacionalment que no hi ha contracte legítim d'estat allà on tots i cada un dels individus no han cedit a un tercer el poder de manar-los i de fer-se obeir, amb més raó diem que no hi ha república allà on tots i cadascun dels ciutadans no esperen rebre el mateix tracte de les institucions i de les lleis. Aquest és un punt essencial, en primer lloc, per legitimar tota comunitat política que es defineix com a nació. Només cal que una part dels ciutadans se sentin nacionalment discriminats dins d'un estat plurinacional com per tenir motiu per preguntar-se:

14. Andrés de Francisco. *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*. Catarata, Madrid, 2007, p. 182.

¿quina és la legitimació nacional d'aquest estat? La democràcia republicana comença en la identificació del subjecte poble. Els elements que ens poden ajudar a delimitar i explicar aquest subjecte són: 1) la comunitat ètica; 2) el pluralisme i la diversitat; 3) l'autogovern; 4) el principi federal.

2.1. La comunitat ètica

Quan Benedict Anderson defineix la nació com a *comunitat política imaginada, inherentment limitada i sobirana*,¹⁵ introdueix tres elements necessaris per a constituir una comunitat ètica. En primer lloc, un imaginari col·lectiu en el qual tots i cadascun dels membres de la nació se'n senten membres, amb independència que puguin establir o no una relació directa entre ells algun cop en les seves vides. En segon lloc, una comunitat limitada i, per tant, definida en un no-saltres en comparació amb uns altres, una nació que sigui petita o gran, té el perfil comunitari que la distingeix d'altres nacions. En tercer lloc, és una comunitat sobirana que té la voluntat de decidir amb independència i llibertat els seus assumptes col·lectius i públics. Una via paral·lela i complementària a aquesta definició de nació l'estableix David Miller¹⁶ amb els cinc elements interdependents que conformen la nacionalitat: a) una creença compartida i un compromís recíproc, b) que s'estèn en la història, c) actiu en caràcter, d) vinculat a un territori particular, e) distingible d'altres comunitats per una cultura pública comú amb perfil propi i distintiu.

Els tres elements (o cinc elements) conformen una *comunitat ètica* que es realitza mitjançant uns valors i unes institucions compartides. Una nació, concebuda com a comunitat ètica, és principalment un consentiment de vida en comú d'homes i dones lliures i iguals, un compromís de solidaritat, una complicitat, simpatia i corresponsabilitat en uns valors compartits, una acció col·lectiva i de participació en les institucions, una voluntat d'autogovern, una lleialtat amb la comunitat i les institucions que la representen. És especialment rellevant la vinculació entre la llibertat dels ciutadans i els dos fac-

15. Anderson, Benedict. *Comunitats imaginades*. Universitat de València / Editorial Afers, València, 2005, p. 24.

16. Miller, David. *Sobre la nacionalidad*. Paidós, Barcelona, 1997, p. 45.

tors clau que Rawls estableix en la constitució d'una societat justa: 1) que cadascú accepti i sàpiga que els altres accepten els mateixos principis de justícia; 2) les institucions socials bàsiques satisfan generalment aquests principis i se sap que ho fan.¹⁷ Una comunitat ètica implica necessàriament *valors i institucions* compartides. Sense els uns o els altres no és tal comunitat en sentit republicà, ni es realitza com a comunitat nacional. Per això crec equivocada la tesi defensada per John Gray a *Two faces of Liberalism*. Comparteix la diagnosi de Gray quan afirma que la modernitat no comença amb el reconeixement de la diferència sinó amb una demanda d'uniformitat, però discrepo profundament de l'exaltació que fa del *modus vivendi* com a alternativa i via de conciliació de la vida en comú entre individus. Gray considera necessària l'existència d'institucions comunes, però prescindeix de la necessitat de valors comuns: "No necessitem valors comuns per a viure junts en pau".¹⁸ És possible, però a canvi de la segregació, o bé de la confusió entre convivència i cohabitació en el que s'entén com a vida en comú. Una societat sense valors comuns no forma una comunitat ètica, i serà difícil (per no dir impossible) que tothom sigui igualment tractat sense discriminació a i per les institucions comunes allà on no hi ha necessitat de valors comuns. L'opció de Gray pot ser una sortida útil, però no justa en societats multiculturals i plurinacionals socialment dividides i objecte de discriminació. Podrà ser una bona mesura contra el dictat totalitari o les imposicions d'uniformitat, però es paga un preu mitjançant la desigualtat i la segregació.

La comunitat ètica no implica uniformitat, però sí l'assumpció d'uns valors comuns amb drets i deures que vinculen tots i cadascun dels ciutadans amb les institucions bàsiques de la comunitat nacional. La comunitat ètica es concreta en la declaració de drets i deures del ciutadà i en l'ordenament constitucional, basat en els valors generals de la llibertat, la igualtat, la justícia, el pluralisme i la fraternitat entre les persones, entre els pobles. La comunitat nacional no és solament la suma dels ciutadans, és també un subjecte ètic, una veu col·lectiva que es legitima mitjançant la democràcia i la participació ciutadana en els afers públics. Una comunitat política no és sense ins-

17. Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, p. 21.

18. Gray, John. *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Paidós, Barcelona, 2001, p. 15.

titucions pròpies i no funciona com a tal sense valors comuns. Són parts indispensables, les veritables dues cares d'una comunitat nacional amb voluntat de seguir essent en el futur.

2.2. Pluralisme i diversitat

La comunitat ètica entesa com la unió a l'entorn d'uns valors i d'unes institucions compartides no equival a construir uniformitats o a imposar identitats. No s'està constituint una comunitat ètica en sentit republicà allà on no es respecta la diversitat inherent a tota societat, o no es parteix i s'empara el pluralisme com a fonament de la comunitat política. La política republicana uneix les persones, no les fon. En aquest punt es troba la gran fal·làcia de la nació liberal, la que permet parlar de tothom en general sense parlar de ningú en particular. La diversitat es troba en el mateix individu, en la formació i manifestació de la seva personalitat, en la seva evolució i canvi en el marc d'un entorn social del qual rep influència i sobre el qual actua. Les societats lliures són diverses i plurals. La llibertat té una relació inversa amb la uniformitat. Una comunitat ètica formada per ciutadans lliures és inevitablement diversa perquè no hi ha una única manera de veure les coses, d'interpretar els fets, d'orientar les pròpies accions, de relacionar-se amb els altres. Perquè la vida social és la possibilitat permanent de relacions de conflicte, o bé de cooperació, a partir d'interessos o incentius particulars en competència, alhora que també existeixen o poden ésser promoguts incentius col·lectius o interessos generals. Perquè l'observació de tots i cadascun dels estats actuals ens fa veure llur diversitat interna, la pluralitat de llengües i cultures que hi són presents.

La història moderna s'ha caracteritzat per corregir aquesta diversitat, per imposar creences, cultures i llengües dominants, per conquerir territoris sotmetent, aniquilant o expulsant els nadius. Evidentment aquest és el passat i el model a batre; no pot ser en cap cas el referent a seguir, per més que continua present d'alguna manera en totes les variants del nacionalisme. En la mesura que s'avança en la cultura democràtica i pluralista més protegida es troba la llibertat dels ciutadans i el desenvolupament lliure de la seva personalitat, així com de la seva identitat cultural. Alhora, el reconeixement d'aquesta identitat, i dels drets col·lectius de tot grup o comunitat cultural específica, implica la creació d'un espai públic compartit, d'una

cultura pública comuna, d'uns deures de ciutadania que assegurin la pertinença activa a la comunitat ètica. Una comunitat nacional, per exemple, no té per què ser monolingüe, però l'existència d'una llengua comuna (o el comú coneixement i ús de més d'una llengua) facilita el desenvolupament d'una ciutadania activa i solidària, que es reconeix en la seva diversitat i en la identitat compartida d'una comunitat imaginada com a pròpia.

El pluralisme enriqueix la llibertat, lluny de posar-la en risc. Són la desigualtat i la dominació els reals obstacles a la llibertat dels molts. Com ja deia Ciceró, la llibertat veritable existeix "només en aquella república en la qual el poble té el poder màxim" i comporta "una igualtat absoluta de drets", per tal com "la llibertat [...] no consisteix a tenir amo just, sinó a no tenir-ne cap".¹⁹ Les societats profundament desiguals són políticament inestables, i l'expressió i manifestació dels conflictes pot prendre o utilitzar el color legitimador d'identitats culturals o religioses, malgrat que l'origen o causa es trobi en realitats materials ben fàcils de descobrir si es vol. S'escapa de la intenció i abast d'aquest article entrar en l'anàlisi de la relació entre llibertat republicana, democràcia i propietat;²⁰ tan sols es tracta aquí de subratllar que és la desigualtat, i no la diversitat, el real impediment per avançar cap a l'ideal republicà. Semblarà això molt evident, però vistes les aportacions d'influents analistes liberals conservadors com Huntington, Sartori i d'altres, sobre els perills de la diversitat en les societats multiculturals, caldrà concloure que la qüestió de la desigualtat ha quedat relegada a un segon pla, malgrat que sense afrontar-la com a repte cabdal no s'avançarà realment en la qualitat de la democràcia ni en la direcció del republicanisme.

Cal dir, també, que hi ha hagut una estesa confusió dins els diferents corrents esquerrans, socialistes i comunistes, en entendre que l'objectiu d'una societat d'iguals i lliures implicava un *estat fort*, com a instrument central i més eficaç de correcció de les desigualtats i des-

19. Citat per Maurizio Viroli a *Republicanisme*, p. 30.

20. A part de textos ja clàssics, com ara *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, de Philip Pettit, en aquest punt van més enllà en la crítica i paradoxes del pensament liberal (i renovació del pensament socialista) el text d'Antoni Domènech *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Crítica, Barcelona, 2004; i també el més recent (i ja esmentat) d'Andrés de Francisco *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*. Catarata, Madrid, 2007.

equilibris territorials.²¹ El risc no ja de centralització política, sinó de desviació autoritària que té aquesta concepció, ja ha estat a bastament comprovat al llarg del segle xx en els sistemes autodenominats “socialistes” o “democràcies populars”. L’objectiu de la igualtat no es guanya suprimint el pluralisme i estenent la uniformitat; així més aviat es retrocedeix cap a una societat gregària. Amb la bandera d’una proclamada i no guanyada igualtat, l’experiència socialista ha negat en un grau màxim el pluralisme i la diversitat d’opcions de vida.

2.3. L’autogovern

Charles Taylor ha escrit: “free people are self-governing people”.²² I aclareix que la llibertat no pot ésser simplement entesa com la independència del ciutadà enfront de la interferència de l’Estat o dels poders públics. L’autogovern implica una forta identificació i lleialtat dels ciutadans amb les institucions públiques. És clar que no hi ha identificació amb els poders públics allà on no existeix la nació com a comunitat ètica. No és probable la identificació voluntària amb institucions estranyes o vistes com foranes. El *patriotisme* republicà només pot sorgir quan el conjunt de la ciutadania se sent que forma part d’un poble representat legítimament a les institucions bàsiques de govern i de justícia.

Un poble governat per poders exteriors imposats és un poble colonitzat. No hi ha individus realment lliures si el poble del qual formen part no ho és, la qual cosa no vol dir que no es pugui exercir la

21. Continua molt estesa en les esquerres socialdemòcrates, socialistes i comunistes la idea que només des d’un centre fort s’assegura l’avenç cap a una major igualtat personal i territorial. Aquesta posició “antifederal” té una llarga tradició, i destacats autors han posat dubtes sobre la natural interdependència entre democràcia i federació. És una posició que té arguments sòlids, especialment quan la divisió territorial del poder serveix o és pretext per defensar privilegis i discriminacions entre uns territoris i uns altres. A títol d’exemple, Franz Neumann escrivia el següent: “But perhaps what is meant by saying that federalism maximizes freedom is that only in a democracy does the division of constitutional power among various autonomous territorial units effect a maximum of political liberty; in other words, that democracy and the federal state go together, even that federalism is necessary for democracy. Literally taken, this statement is most certainly untrue”. Neumann, Franz. *The Democratic and the Authoritarian State*. Nova York, The Free Press, 1957.

22. Taylor, Charles. *Reconciling the Solitudes*, McGill Queen’s University Press, Montreal-Londres, 1993, p. 41.

llibertat econòmica per part de qui té l'opció de fer-ho. El dualisme liberal permet imaginar la llibertat individual sota el domini de poders forans, però en el republicanisme això no és factible. La llibertat del ciutadà va de la mà de la llibertat de la comunitat política. Així, la reclamació i el dret d'autodeterminació de la nació és condició i pas previ a la constitució del poble que s'autogoverna mitjançant la llei.

La nació que vol la seva independència i exercir el dret d'autodeterminació no necessàriament esdevé un estat independent, però ha de poder decidir-ho. Com diu el mateix Taylor, la nació pot reclamar el dret a la independència i decidir una solució federal.²³ En aquest sentit, l'autogovern és la concreció institucional de la voluntat política independent de la nació. La interdependència entre ciutadania i democràcia passa per l'autogovern nacional. Alhora, aquest és l'expressió de la llibertat de la república que compta amb la virtut civil dels ciutadans, és a dir, la seva disponibilitat i capacitat de servir el bé comú.²⁴ Els ciutadans senten com a pròpia la nació, s'impliquen en el govern del que els és comú, a obeir les lleis que són l'expressió de la seva voluntat i de la seva llibertat.

El patriotisme republicà, en néixer de la ciutadania i en vincular-se amb l'autogovern, no pot ser més que la identificació de tots i cadascun dels ciutadans amb la república o pàtria i llur disposició a defensar-la. Per tant, no són els accidents geogràfics, ni les ètnies, ni els interessos faccionals, ni els valors d'uns pocs, ni el passat històric els que fan la nació republicana, sinó el consentiment de viure en comú i la llei com a expressió de l'interès general. No és el mateix el patriotisme nacionalista que el patriotisme republicà. El primer pot existir i existeix per sobre de la ciutadania i precedint la democràcia. El segon és impossible si no es fonamenta en la democràcia i en la ciutadania. El primer s'ha servit de la irracionalitat i el sentiment per guanyar-se els membres de la nació per a la causa nacionalista; el segon parteix de la racionalitat i crida a la racionalitat.

Viroli defensa la possibilitat d'un patriotisme sense nacionalisme quan diu: "Todos los teóricos que han argumentado a favor de un patriotismo basado en la idea de que amar a la patria significa amar

23. *Ibidem*, p. 42-43.

24. Viroli, Maurizio. *Republicanisme*, p. 97-109.

a la república como comunidad política basada en el principio de libertad común, con su propia cultura y forma de vida, están de hecho señalando la posibilidad de un patriotismo sin nacionalismo. Es un patriotismo que recalca que el amor del ciudadano puede y debe conseguirse principalmente por medios políticos; es decir, mediante la práctica del buen gobierno y mediante la justicia".²⁵ Tanmateix, no hi ha raó perquè no puguin confluïr el patriotisme nacional i el patriotisme republicà en la mesura que el primer es fonamenti en la ciutadania i en la democràcia. Les lleis no fan patriotes si no són resultat i expressió de la voluntat d'una comunitat política, on existeix un sentiment de pertinença, una identitat nacional en la qual es reconeixen els uns amb els altres, amb uns valors comuns i amb una llengua pròpia o comuna. El risc del patriotisme republicà és que sigui només una construcció racional, un model ideal sense referències empíriques on mostrar la seva factibilitat històrica, a partir de la transformació dels actuals estats nacionals i la superació del patriotisme nacionalista. En aquest sentit, és important no confondre el patriotisme republicà amb el patriotisme constitucional, quan aquest darrer esdevé la via o pretext de legitimació d'un estat nacional preexistent.

En realitat, el patriotisme republicà només pot sorgir des de la base, des de la primera comunitat política o ciutat, essent compatible amb un esglaonament o organització de les societats en cercles concèntrics cada cop de major abast territorial. Perquè és a la ciutat on pot expressar-se amb major grau la interdependència entre ciutadania, democràcia i autogovern. El patriotisme republicà comporta implicació ciutadana, *participació*, control ciutadà sobre els poders públics. Alhora suposa divisió, equilibri, col·laboració i control de i entre els poders públics territorials, igualment elegits i legitimats per la ciutadania. Tal com afirmava repetidament Jefferson,²⁶ les petites repúbliques o districtes eren l'inici del bon govern, el qual s'organitzava igualment en l'àmbit estatal i federal. El concepte d'autogovern inherent al republicanisme ens condueix indefectiblement a la necessitat d'introduir el principi federal com a via i forma territorial d'organització del poder de la república.

25. Viroli, Maurizio. *Por amor a la patria*. Acento Editorial, Madrid, 1997, p. 228.

26. Dewey, John. *Jefferson, con la mayor felicidad*. Losada, Buenos Aires, 2006.

2.4. El principi federal

Quan els ciutadans legitimen igualment, mitjançant eleccions lliures, governs i parlaments en distints àmbits territorials, de menor a major extensió, estan produint dos efectes immediats i duradors: 1) una identitat compartida, un imaginari que identifica tots els conciutadans en cada unitat territorial; 2) una lleialtat amb tots i cadascun dels poders públics legitimats per l'elecció. Aquesta és la virtut federal enfront del nacionalisme, que avantposa una lleialtat (nacional) primigènia, per davant de totes les altres. En la mesura que el ciutadà és més sobirà i la república més federal, perd relleu la identitat nacionalista i es divideix en una identitat múltiple, alhora que la identitat pren un sentit menys transcendent, perquè el que compta primerament en el patriotisme republicà i federal és la implicació i participació ciutadana en la *res publica*, sigui quin sigui l'àmbit territorial en el qual es concretin els assumptes públics corresponents. Així, tan important és, per exemple, el coneixement, l'opinió i el control dels ciutadans en matèries de govern que afectin la seva ciutat com ho és el govern continental.

El gran predomini de la cultura nacionalista en els darrers dos-cents anys, i molt especialment al llarg del segle xx, fa pensar que és impossible no tenir una identitat nacionalista, no estar en major o menor grau afectat pel patriotisme nacionalista. S'ha de tenir en compte que en tots els estats nacionals (en aquest punt no hi ha diferències en el que és bàsic), tots els ciutadans estan sotmesos a una educació nacionalista, a una informació nacionalista, a una simbologia nacionalista. En aquest context és quasi impossible imaginar que un altre món és possible. Elazar denunciava el jacobinisme i el nacionalisme ètnic com els grans adversaris del federalisme,²⁷ però en realitat és el nacionalisme en si mateix una concepció del poder territorial contraposada al federalisme. L'única manera de fer-los compatibles és la submissió de l'un a l'altre. Fins avui ha estat el federalisme qui s'ha sotmès al nacionalisme, servint com a tècnica jurídic-constitucional a l'estructura i el funcionament dels estats nacionals, que s'han organitzat com a federacions.²⁸ En realitat, la dialèctica centralització-

27. Elazar, Daniel. *Federalism and the Way to Peace*. Ontario, Institute of Intergovernmental Relations / Queen's University Kingston, 1994.

28. Caminal, Miquel. *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Paidós, Barcelona, 2002.

descentralització és la que ha guiat l'organització territorial del conjunt d'estats nacionals, tant dels sistemes federals com dels sistemes unitaris, que en el context i l'evolució de l'estat del benestar han tendit tots cap a la centralització amb un major o menor grau.

La recuperació del principi federal permet la unió republicana mitjançant el pacte entre diferents pobles per tal de constituir una comunitat política sense renunciar a les preexistents. La constitució d'un *demos* amb diferents *demosi* que decideixin formar-ne part mantenint la seva singularitat. És lògic que sigui així, perquè els pobles s'uneixen voluntàriament per romandre i no per desaparèixer. És també clar que la unió és possible (solament possible en sentit democràtic i republicà) en la diversitat i en el reconeixement. Alhora, el principi federal és la via que permet avançar cap a diferents àmbits de govern interdependents, des de la ciutat a la unió continental, la qual cosa implica una mutació del concepte d'autodeterminació en la direcció que aquesta ja no queda exclusivament referida a un poble i territori en sentit absolut i unilateral, ni circumscrita a una voluntat sobiranista, sinó que s'obre a la codeterminació i negociació amb altres comunitats polítiques. El nacionalisme es fonamenta en una concepció *dura i unilateral* de l'autodeterminació. El principi federal s'orienta cap a una concepció tova, emmotllable, bilateral i multilateral de l'autodeterminació.

Les claus que ens obren i concreten el principi federal com a forma, desenvolupament i articulació republicana de l'autodeterminació són les següents:

1) La *comunitat ètica* és la pedra angular del federalisme, entesa com el conjunt de ciutadans i institucions que conformen una comunitat social i política en l'exercici dels seus drets, deures i llibertats.

2) El *policentrisme federal* com a forma territorial de govern. En la concepció federal la *sobirania és compartida* i es divideix en distintes instàncies territorials de govern, les quals alhora compleixen el principi de la divisió i control entre els poders públics. La simetria i l'asimetria formen part del govern federal, en el benentès que l'asimetria és inherent al mateix procés polític de les distintes parts federades i, alhora, pot significar una regulació singular i diferenciada d'institucions i de competències de les parts federades dins del conjunt federal.

3) La *cultura federal* és consubstancial a la construcció federal. La federació implica la voluntat política de constituir unions polítiques més grans, preservant les més petites o preexistents; *cultura federal* vol dir conviure en la diversitat, i promou el reconeixement de les diferents opcions de vida, dels drets culturals col·lectius, de la igualtat entre les llengües.

4) El *reconeixement nacional i la igualtat entre nacions* com a base per a l'organització política de les societats plurinacionals. La superació de l'equivalència entre estat i nació, o bé la separació entre estat i nació oficial, i el reconeixement en l'equitat de totes les comunitats nacionals és punt de partida per a construir la unió federal. La federació plurinacional és horitzontal. No hi ha nivells sinó parts que formen el tot federal. No hi ha jerarquia sinó unió entre iguals.

Una interpretació republicana i federal de l'autodeterminació subratlla especialment dues coses: a) la nació és una comunitat ètica d'homes i dones lliures i iguals, que s'impliquen en el govern del que els és comú com a ciutadans; b) les nacions (com els ciutadans) es realitzen en la lliure convivència i interdependència entre elles, i és el principi federal la via adequada per a construir i fer perviure aquesta convivència plurinacional.

3. Nacionalisme liberaldemocràtic i autodeterminació

L'apartat anterior pot semblar allunyat del món real, una proposta oberta al debat normatiu però amb poca incidència sobre els processos polítics existents. Tanmateix, si és un objectiu de present i de futur millorar la qualitat de les democràcies liberals, no hi ha dubte que hauran de canviar en alguna mesura en la direcció apuntada o similar. La perspectiva *republicana i federal* és una possibilitat de futur; evidentment també pot quedar reduïda i circumscrita a la retòrica. Val la pena dir aquí que una de les grans mancances o buits del pensament modern ha estat l'autolimitació per "raons científiques" i de neutralisme metodològic en la definició de camps d'estudi, en la selecció de problemes a resoldre, en la projecció d'objectius científics. Sortosament, els fracassos d'una excessiva confiança científica i la comprovada limitació i abast dels problemes considerats com a resolts, han tornat a donar impuls a la teoria política. No es tracta ara de caure en el somni oníric o en l'especulació teòrica autorefe-

rencial, sinó d'introduir en el debat i en la recerca tots aquells problemes que demanen ésser tractats, amb independència de l'existència o no d'experiències empíriques on basar l'observació i l'anàlisi com a únic marc i mètode vàlid per a fer ciència.

Ara bé, la teoria política no és especulació teòrica únicament, sinó teoria sobre la base de fets reals i observables, valent-se de tècniques empíriques i, també, de l'anàlisi teòrica. Per exemple, la projecció d'una interpretació republicana i federal de l'autodeterminació no exclou, ans al contrari, una anàlisi de com el liberalisme democràtic tracta el problema i proposa solucions.

Què diu i proposa la teoria liberaldemocràtica sobre l'autodeterminació?

Per a Musgrave, l'origen de la noció d'autodeterminació és dual. D'una banda, s'inspira en les idees de la sobirania popular i el govern representatiu a l'Europa occidental i a l'Amèrica del Nord; de l'altra, es basa en la idea cultural o ètnica de nació a l'Europa central i oriental.²⁹ Ambdues conflueixen en el doble objectiu del *nation-building* i del *state-building*. Fins la Segona Guerra Mundial el dret d'autodeterminació va romandre com un concepte polític que es realitzava en funció de la correlació de forces entre els directes subjectes contendents i sota la influència del context i els interessos d'ordre internacional. Després, i en el marc de les Nacions Unides, hi ha hagut una voluntat de regulació normativa que no ha aconseguit sortir de la imprecisió, començant per la mateixa definició del subjecte *poble*.

Aquesta dificultat neix de la mateixa extensió del model d'estat nacional al llarg del segle xx. Kelsen ja va establir una equivalència entre estat, nació i poble en el sentit que a la Carta de les Nacions Unides només els estats poden tenir iguals drets en el dret internacional.³⁰ Fora de l'Estat és jurídicament complicat definir què i qui és nació o poble. La descolonització realitzada generalment sobre el reconeixement de la independència sense modificació dels límits terri-

29. Musgrave, Thomas D. *Self-Determination and National Minorities*. Oxford University Press, Nova York, 1997.

30. Kelsen, Hans. *The Law of the United Nations*. Londres, Steven and Sons, 1951.

torials heretats confirmava aquesta teoria de considerar l'Estat com el subjecte d'autodeterminació per naturalesa. És clar que això es feia per davant de dues qüestions no poc importants. Ni més ni menys que les nocions originals de l'autodeterminació. Perquè la immensa majoria dels estats s'han constituït al marge de tota teoria de la representació i no menys al marge de tota teoria de la nació cultural. Han estat decisions dictades per unes elits nacionalistes, en connivència amb interessos d'una o més potències internacionals, i en el marc d'una conjuntura internacional favorable a la independència i al reconeixement del nou estat sobirà. S'hi pot afegir, a més, tal com el mateix Musgrave ja afirmava a l'epíleg de l'obra esmentada, que el dret internacional protegeix la integritat territorial dels estats per davant del reconeixement dels drets del nacionalisme irredempt i dels grups ètnics.³¹

La paradoxa que vull denunciar és que es dona carta de legitimitat als estats, sigui quin sigui llur origen, quan la fonamentació i legitimació de la constitució d'un estat es trobava, com a mínim, condicionada per una o altra de les dues teories originals de l'autodeterminació. Podia haver-hi Estat allà on hi havia una clara i representativa voluntat política de constituir-lo; podia també haver-hi Estat allà on hi havia incontestablement una nació, que com a tal afirmava el seu dret a ser estat. El naixement dels Estats Units d'Amèrica o d'Alemanya són dos models que expressen aquesta naturalesa o legitimació fundacional. Més concretament: o el nou estat neix com a sistema liberaldemocràtic mitjançant constitució escrita, o bé neix sobre la base d'una contrastable identitat i cohesió nacional. Tots aquells estats on no s'ha produït una fonamentació constitutiva o una altra, hi ha raons per posar en dubte la seva carta de legitimitat fundacional. Fins i tot en els casos o models originals, el procés de democratització pot qüestionar i corregir legítimament decisions preses en un context polític predemocràtic o no democràtic.

¿Es pot considerar poble aquell estat que es compon d'una multibarraja de grups ètnics o culturals i al marge dels principis liberaldemocràtics de representació política? El sentit comú diu que no. El dret positiu no pot posar barreres o fer l'orni allà on la realitat política i el procés polític plantegen problemes que tard o d'hora la llei

31. *Ibidem*, p. 257.

haurà de reconèixer i regular en sentit democràtic. Això val indubtablement per als estats o sistemes autoritaris, però també per a les democràcies liberals. Perquè allà on pot tenir sentit i fonament el dret d'autodeterminació no hi ha carta magna, incloses les constitucions democràticoliberal, que ho puguin passar per alt, encara que no el contemplin i menys el reconeixin. El mateix Musgrave ja avança en aquesta direcció, després de mostrar un panorama gens favorable i més aviat entrebancador del dret d'autodeterminació. Així, esmenta Eleanor Roosevelt i la seva explícita negativa, el 1952, a incloure el dret de secessió inclòs dins del principi d'autodeterminació; o bé la subordinació del dret d'autodeterminació al dret prevalent de la classe treballadora al seu alliberament dins de les doctrines socialistes; o bé el nacionalisme dels estats del tercer món que s'apropia exclusivament i excloentment de l'autodeterminació per a negar tota tendència interna d'alteració de fronteres o d'afirmació del dret de secessió.³² Tanmateix, i en aquest escenari desfavorable Musgrave discrepa de Kelsen quant a l'equivalència entre estat i nació i obre vies interpretatives a partir de les resolucions de les Nacions Unides, que permeten comprendre el dret d'autodeterminació no únicament com el dret a decidir el propi status polític, sinó també a reivindicar un territori com a propi. Un dret d'autodeterminació que no es relaciona solament amb l'Estat, sinó també amb una concepció més àmplia de nació o poble. En aquest sentit, un grup ètnic o nació cultural pot ser concebut com a poble en segons quines circumstàncies polítiques.

Yael Tamir fa un important pas en introduir la *consciència nacional* com a factor determinant en l'existència de la nació. Distingeix entre nació i poble, en considerar que la nació implica consciència de pertinença, mentre que el poble, no. Les nacions s'autodeterminen, els pobles s'autogovernen. L'autodeterminació té dues cares: 1) el dret de tota nació a preservar la seva existència i singularitat; 2) el dret democràtic dels seus membres a participar directament o indirectament en el govern de la nació. El primer reflecteix la *nacional* essència del dret d'autodeterminació; el segon té el fonament i els ideals liberaldemocràtics. En el primer cas, ens referim al dret *to national self-determination*; en el segon cas ens referim al dret *to self-rule*.³³ Cal fer notar el

32. *Ibidem*, p. 205.

33 Tamir, Yael. *Liberal Nationalism*. Princeton (Nova Jersey), Princeton University Press, 1993.

punt de contacte entre les dues nocions originals de l'autodeterminació de Musgrave i les dues cares de l'autodeterminació de Tamir. Se'ns torna a presentar la doble legitimació nacional i liberaldemocràtica.

Aquest dualisme es troba també en d'altres aportacions sobre l'autodeterminació des de posicions liberaldemocràtiques.³⁴ Nielsen ho resumeix en dir que els nacionalismes concreten el principi general en dues direccions: a) es pot apel·lar a la història, identitat ètnica, llengua, religió, etc., per justificar el dret sobre un territori, o b) es pot apel·lar a la majoria democràtica del poble per reivindicar el dret d'autogovern sobre un territori determinat.³⁵ Evidentment, es pot també apel·lar a les dues conjuntament, com un tot que legitima un sol objectiu: l'autodeterminació.

Importa aquí subratllar aquesta doble fonamentació de l'autodeterminació per a plantejar el sentit i la necessitat de la interdependència entre l'una i l'altra. La construcció de les nacions i dels estats ho ha hagut de tenir en compte per reeixir. No hi ha nació sense consciència nacional i la nació no es fa poble si no és mitjançant el principi democràtic i el govern representatiu.

A quin grup humà se li pot negar el dret d'autodeterminació si compleix el doble requisit de sentir-se nació i de voler-se autogovernar com a poble? El dret no pot oposar-se al que és raonable; més aviat ho ha de regular per fer-ho possible sense violència i mitjançant la llei.

La realitat és que s'autodetermina qui pot, al marge de si vol. Així ha estat fins avui dia. El dret internacional té poc a dir sobre la constitució de nous estats, més enllà de constatar-ho. La secessió roman bàsicament com un fenomen no regulat pel dret internacional.³⁶ I les Nacions Unides són el que volen els seus estats membres, o més

34. Se'n poden destacar en la darrera dècada les següents: Margaret Moore (ed.). *National Self-Determination and Secession*. Oxford University Press, Oxford, 1998. Hurst Hannan / Elleen F. Babbitt (eds.). *Negotiating Self-Determination*. Lexington Books, EUA, 2006. Wayne Norman. *Negotiating Nationalism*. Oxford University Press, Oxford, 2006.

35. Nielsen, Kai. "Liberal Nationalism and Secession". A: Moore, Margaret (ed.). *National Self-Determination and Secession*, p. 154.

36. Tomuschat, Cristian. "Secession and Selfdetermination". A: Kohen, Marcelo G. (ed.). *Secession. International Law Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge / Nova York, 2006.

aviat alguns d'aquests estats. En aquest context és insuficientment vàlida la definició d'autodeterminació que fa Philpott, quan diu que és el procediment legal que permet a un grup independent tenir un Estat propi o poders d'autogovern.³⁷ Quin *procediment legal* si el dret internacional en diu poc i el dret dels estats res, o gairebé? Això no treu que pugui sorgir un procediment legal allà on hi ha voluntat política de resoldre pacíficament i mitjançant la llei, un conflicte nacional o una demanda d'autodeterminació. És possible, però convé tenir en compte el que costa fer néixer aquest procediment (si és que acaba naixent) en una de les democràcies més consolidades i avançades del món com és el Canadà.

La sentència de la Cort Suprema del Canadà, del 20 d'agost de 1998, quedarà com un fet històric i punt d'inflexió en la consideració i efectes del dret d'autodeterminació en establir que *de dret* no està contemplada ni regulada, tant en el dret interior com en el dret internacional, però que *de facto* té força democràtica i, per tant, legimitat una decisió per referèndum sobre l'autodeterminació (del Quebec en aquest cas). Té *força democràtica*, aquesta és la qüestió determinant en clau de futur. Però també una altra: la democràcia implica deliberació i negociació, no imposició unilateral quan són dos o més de dos els afectats. Requejo ho assenjala quan diu: "De fet, el Tribunal estableix la legitimitat del *dret d'autodeterminació*, però des de premisses més federals que no pas "nacionalistes"; el que constitucionalment està exclòs són les decisions unilaterals: d'una banda, la capacitat de la federació d'impedir la negociació constitucional, inclosa la secessió, i, de l'altra, la capacitat de les institucions del Quebec de proclamar unilateralment la secessió". I, poc més avall, rebla el clau dient: "El que s'estableix, en definitiva, és una forma de constitucionalisme en què el dret d'autodeterminació representa una manifestació de llibertat col·lectiva dels grups nacionals, tant en el seu aspecte negatiu de defensa de la personalitat col·lectiva com en el seu aspecte positiu de participació en un procés de presa de decisions general, que pot generar diferents resultats constitucionals, després de la negociació, amb els altres membres de la federació".³⁸

37. Philpott, Daniel. "Self-Determination in Practice". A: Moore, Margaret (ed.). *National Self-Determination and Secession*, p. 79.

38. Requejo, Ferran. *Federalisme plurinacional i estat de les autonomies*. Proa, Barcelona, 2003, p. 122.

L'autodeterminació en el marc del constitucionalisme democràtic haurà de ser regulada i, quan es faci, els principis federals es faran imprescindibles per davant de les posicions nacionalistes o unilaterals. El federalisme pot ser la via de reconeixement i acomodació de la plurinacionalitat, una via que no és necessàriament resolutiva, ja que dependrà de la capacitat que hi hagi en cada cas de desactivar les aspiracions nacionalistes mitjançant el pacte federal. Però de la mateixa manera que el federalisme ha servit en les democràcies liberals, com a forma d'evitar la tirania d'un centre mitjançant la divisió territorial del poder,³⁹ també pot ésser el mitjà que permeti el reconeixement de les minories nacionals, o dit d'una altra manera, la fi de l'equivalència entre estat i nació dominant.

4. El federalisme com a pont entre el nacionalisme liberaldemocràtic i el patriotisme republicà en el reconeixement i la regulació del dret d'autodeterminació

L'estat nacional i l'autodeterminació són conceptes interdependents, però parteixen d'un problema insoluble: el territori és limitat. Poden haver-hi 200, 300, 400 estats o més (avui sumen 200), però el territori a repartir és el mateix. Així, Israel i Palestina, com tants altres exemples que es podrien esmentar, tenen un problema sense solució si no troben la manera de compartir, o bé de dividir, el territori. Ara bé, l'estat nacional és sobirà sobre un territori delimitat i no admet compartir-lo amb ningú, sinó defensar-lo enfront d'un altre, sigui un o diversos estats nacionals, sigui una nació dins del mateix estat. L'única autodeterminació que concep l'estat nacional és la que es correspon amb la població vinculada territorialment a l'ordenament jurídic estatal. I si una part d'aquesta es defineix com a nació i reivindica el dret d'autodeterminació, no li serà fàcil exercir-lo. Haurà de confiar també en factors que escapen al seu control, com ara una crisi general del sistema polític, la caiguda d'un imperi, una guerra internacional o bé l'interès d'una potència mundial a donar suport a la centrifugació o dissolució d'un estat. Són factors polítics que poden influir a crear una correlació de forces favorable al naixement de nous estats,

39. Sobre les possibilitats i límits del federalisme com a via d'acomodació de la plurinacionalitat és particularment suggerent el text de Will Kymlicka *La política vernàcula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Paidós, Barcelona, 2003, p. 129-166.

l'accés a la independència de dominis colonials o inclús a l'autodeterminació d'una nació sense estat. Això és el que ha passat en el segle xx, especialment a partir de tres dates històriques: 1918, 1945 i 1989. Però aquest és un cercle viciós que no s'acaba mai, i alhora pervers perquè depèn més de la força relativa que de la raó.

Davant del segle XXI ha d'haver-hi, o bé s'ha d'intentar que hi hagi, formes més civilitzades i raonables de resoldre les demandes d'autodeterminació. La major part de conflictes nacionals existents al món en l'actualitat utilitzen la violència i la guerra com a continuació de la política per altres mitjans, tant des de l'estat nacional que defensa un territori considerat com a propi com des del moviment o grup nacional que lluita per la independència. Només en el marc de democràcies liberals consolidades (i no en tots els casos) s'està entrant en un estadi nou d'entendre que només la via democràtica i pacífica és la via legítima per resoldre els conflictes nacionals. Amb tot, cal distingir els conflictes nacionals i les causes secessionistes que tenen per origen flagrants violacions dels drets humans, genocidis, opressions de minories nacionals, sistemes autoritaris o dictadures,⁴⁰ dels conflictes nacionals que es produeixen dins de sistemes constitucionals liberaldemocràtics. En els primers tenen plena legitimació els objectius independentistes, perquè tant en la tradició liberaldemocràtica com en la republicana no hi ha Estat legítim que s'imposi per la força i en la negació de les llibertats bàsiques. Però l'objectiu central d'aquest article se centra en els segons, és a dir, en els conflictes nacionals en el context i marc constitucional liberaldemocràtic.

En aquest casos, la secessió hauria de ser el darrer recurs quan totes les altres vies intermèdies no han estat possibles. Tal com assenyala Norman, en els sistemes de llarga tradició democràtica, la majoria de la població vol solucions negociades i intermèdies entre la secessió i la integració. Es tracta d'aconseguir majors nivells d'autogovern que es contraposin alhora contra processos centrípets o bé, a la inversa, centrifugadors.⁴¹ Ara bé, aquest desig de la majoria de la població al marge de quina sigui la seva identitat nacional es mou dins d'un

40. Buchanan, Allen. *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*. Boulder (Colorado), Westview Press, 1991; "Democracy and Secession". A: Moore, Margaret (ed.). *National Self-Determination and Secession*; Norman, Wayne. *Negotiating Nationalism*. Oxford University Press, 2006.

41. *Ibidem*.

marc democràtic que compleix els següents requisits constitucionals amb relació a la realitat multinacional d'un estat: 1) reconeixement constitucional de la plurinacionalitat; 2) distribució horitzontal i no jeràrquica dels poders territorials entre el *demos* i els *demosi*.

Una teoria del reconeixement de la plurinacionalitat ha de partir de la igualtat entre les nacions lliurement associades, del seu dret i deure a promoure la seva cultura, de la necessitat d'assegurar la compatibilitat entre una identitat nacional i les altres, mitjançant una cultura pública comuna i la lleialtat a les institucions i a la unió federal.⁴² Alhora, no hi ha real reconeixement de la plurinacionalitat si l'*statcraft*, o l'art de dirigir els assumptes de l'estat i de la política, no atenen la real plurinacionalitat existent. Això implica que el poder de l'estat estigui horitzontalment distribuït i no jeràrquicament, que hi hagi seguretat en la igualtat entre nacions i no la superioritat d'una sobre les altres. En aquest sentit, un dels punts més importants del funcionament de la democràcia en estats multinacionals és que la regla de la majoria no derivi en tirania o imposició d'uns interessos nacionals sobre d'altres. Els drets de les minories nacionals en el *demos* no poden ser transgredits per majories polítiques, com tampoc ho poden ser les competències d'autogovern en els *demosi* per invasió de les institucions centrals. Són nombrosos els exemples que es poden esmentar en fer referència només a l'ordenament constitucional espanyol. La Constitució espanyola de 1978 no compleix el principi del reconeixement de la plurinacionalitat, regula desigualment els drets nacionals i discrimina les llengües nacionals en relació amb el castellà. A més, l'organització i distribució territorial dels poders és jeràrquica i vertical, la qual cosa explica la recurrent invasió de les competències de les autonomies i, també, l'aplicació de la regla de la majoria sobre assumptes que haurien d'exigir l'acord de les institucions de govern de les comunitats autònomes afectades. La llei de partits és, potser, l'exemple més clar del que s'acaba de dir. Una llei aprovada per majoria a les Corts Generals, que s'imposa a l'autonomia directament afectada (Euskadi), malgrat l'oposició de les majories polítiques d'aquesta comunitat.

42. Norman enumera els següents 7 principis de reconeixement: 1) Partnership. 2) Collective Assent. 3) Commitment and Loyalty. 4) Anti-assimilationism. 5) Territorially Autonomy as National Self-determination. 6) Equal Right of Nation-building. 7) Multiple and Nested National Identities. *Op. cit.*, p. 163-169.

Afeblir o desactivar les aspiracions autodeterministes, inclosa la secessió, comporta un canvi de cultura política estatal, de concepció del govern amb relació a un territori nacionalment i culturalment divers, de trencament amb tota una tradició estatalista i nacionalista, que ha identificat unió amb unitat i uniformitat, sota l'hegemonia de la nació majoritària, que s'identifica i confon amb l'estat. Igualment, i amb la mateixa força, cal canviar també la cultura nacionalista arrelada en un sobiranisme que vol guanyar en el present i futur, el que en el passat no s'ha tingut o s'ha perdut: un estat independent i sobirà. En la democràcia pluralista, ja no és temps ni és el lloc adequat per a les autodeterminacions unilaterals i sobiranistes. Les decisions unilaterals són més aviat pròpies d'un context o circumstàncies predemocràtiques o no democràtiques. En democràcia, fins i tot la secessió com a darrer recurs ha de ser negociada.⁴³ Una via d'entendre l'autodeterminació més flexible, consensuada, i no rupturista ni unilateral, pot tenir més capacitat d'obrir marcs polítics de negociació i consens, de solucions pactades i positives per a les parts implicades.⁴⁴

És clar que això exigeix un canvi de paradigma en comparació amb el passat. No es tracta ja de concebre l'estat nacional com a única via de realització plena de les nacions, sinó d'obrir la nova via de la construcció d'estats plurinacionals o, més exactament, d'*unions federals plurinacionals*. Quan un grup humà es considera nació, o té consciència nacional en el sentit en què ho expressa Tamir,⁴⁵ i manifesta democràticament la voluntat política d'autogovernar-se, la resposta democràtica per part del dret estatal i internacional no pot ser

43. Hannun, Hurst / Babbitt, Elleen F. *Negotiating Self-Determination*. Lexington Books, EUA, 2006.

44. *Ibidem*, p. 72.

45. És interessant fer notar que Wayne Norman distingeix tres teories o raons morals de secessió, que connecten novament en el doble fonament de l'autodeterminació (i, per extensió, i en el seu cas, de la secessió). La tercera es refereix a les teories de la secessió *just-cause*, és a dir, les que neixen de situacions de discriminació i explotació sistemàtiques o il·legals. Però tant la primera com la segona (*Nationalist theories of Secession, Choice theories of Secession*, respectivament) recuperen de nou la doble distinció de Musgrave, Tamir i altres, en fonamentar la primera en ser nació, com a raó suficient, i la segona en la voluntat política majoritària, també com a raó suficient. (Norman, Wayne. *Negotiating Nationalism*, p. 181-188. Per a l'autor d'aquest article, cal comptar alhora amb els dos elements –consciència nacional i voluntat política democràticament expressada– per avançar en el reconeixement i la regulació del dret a l'autodeterminació.

més que positiva. Caldrà regular la concreció d'aquest dret, però no es pot ja mirar cap a una altra banda, i menys encara negar-lo.

La perspectiva de donar una solució positiva al dret d'autodeterminació i de regular-lo constitucionalment és un pas ineludible en l'acostament entre la tradició liberaldemocràtica i el patriotisme republicà. Com més democràtiques són les societats, com més s'avança en la igualtat material, com més es reconeix la diversitat nacional més ens acostem a la cultura republicana i federal, perquè donem més la paraula a les nacions reals sense discriminació ni dominació internes i externes. S'està lluny d'aquest horitzó, fins i tot molt lluny, vist el risc d'involució autoritària i de regressió en l'estat de dret, en democràcies liberals de referència al llarg del segle xx tal com Richard Rorty ja va avisar poc temps després de l'11 de setembre de 2001. Ens movem encara en un món que en el millor dels casos està en el dilema enginyosament plantejat per Norman en el darrer capítol del seu darrer llibre esmentat en aquest article: "The only point of agreement among those who have spoken and written on these two «isms» (nationalism and federalism) is that one is the problem and the other is the solution. [...] I have argued that federalism *can be* a solution. I am more ambivalent about whether nationalism is a *problem*".⁴⁶ En el meu cas vaig una mica més enllà que Norman: el federalisme pot ser la solució en la mesura que s'alliberi del nacionalisme i estableixi un nou paradigma per a l'organització republicana, plurinacional i federal de la comunitat política.

46. Norman, Wayne. *Negotiating Nationalism*, p. 216.

RESUMEN

La perspectiva de ofrecer una solución positiva al derecho de autodeterminación y de regularlo constitucionalmente supone un paso ineludible en el acercamiento entre la tradición liberaldemocrática y el patriotismo republicano. Cuanto más democráticas son las sociedades, cuanto más se avanza en la igualdad material, cuanto más se reconoce la diversidad nacional, más nos acercamos a la cultura republicana y federal, puesto que damos la palabra a las naciones reales sin discriminación ni dominación internas y externas. Es necesaria una interpretación republicana y federal de la autodeterminación para conseguir dar un giro de ciento ochenta grados en el tratamiento de los conflictos nacionales dentro de las democracias liberales. El tiempo de las decisiones soberanistas y unilaterales ha pasado, en la medida en que las constituciones democráticas incluyen y regulen la plurinacionalidad y el principio federal, como el reconocimiento y la vía de acuerdo, respectivamente, entre naciones desde la igualdad.

ABSTRACT

The prospect of offering a positive solution to the right to self-determination and to regulate it constitutionally is an inevitable step in the convergence between the liberal democratic tradition and republican patriotism. As societies become increasingly democratic, and become more advanced in terms of material equality, the more national diversity is recognised and the closer we come to a republican and federal culture, given that we are allowing real nations to speak without internal or external discrimination or domination. A republican and federal interpretation of self-determination is necessary to succeed in reversing the treatment of national conflicts within liberal democracies. The time for unilateral decisions based on sovereignty is over, insofar as democratic constitutions include and regulate the multi-nation state and the federal principle, such as recognition and the means to agreement between nations based on equality, respectively.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS, TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO AUTONÓMICO DEL DERECHO COMUNITARIO. REFLEXIONES A PARTIR DE LA PRÁCTICA RECIENTE

Manuel Cienfuegos Mateo

Profesor titular de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: Introducción. – 1. Las Comunidades Autónomas ante los tribunales de la UE. 1.1. Legitimación directa ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. 1.1.1. Recurso de anulación. 1.1.2. Otras vías de acceso. 1.2. La interposición de recursos de incumplimiento contra España por actuaciones autonómicas. 1.3. Mecanismos internos de participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia. – 2. La responsabilidad autonómica por incumplimiento del Derecho comunitario. 2.1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones autonómicas por sus infracciones del Derecho comunitario que causen daños y perjuicios. 2.2. La repercusión en las Comunidades Autónomas de las sanciones impuestas al Estado por el incumplimiento autonómico del Derecho comunitario. – 3. La *realidad europea* en los nuevos Estatutos de Autonomía. El caso de Cataluña. – 4. Conclusiones. – *Resum-Abstract*.

Introducción

Una de las características esenciales del proceso actual de integración comunitaria consiste en la transferencia a la Unión Europea (UE, en lo sucesivo)¹ de competencias de todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) de los Estados miembros, sean del nivel cen-

1. Para simplificar la exposición, de ahora en adelante aludiremos generalmente a la UE, en tanto que entidad política compuesta todavía, hoy en día, por las Comunidades Europeas (CE, en lo sucesivo) y los dos pilares intergubernamentales dedicados a la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial penal.

tral o del regional (en aquellos países que cuentan con entes territoriales dotados de autonomía política, como es el caso, por ejemplo, de los Länder alemanes y austriacos, las Regiones y las Comunidades belgas y las comunidades autónomas –CC.AA., en lo sucesivo– españolas).

Sin embargo, *las consecuencias de la pertenencia de España a la UE no están bien plasmadas en la Constitución. A nuestros efectos basta con mencionar en este momento que las CC.AA. no aparecen mencionadas en el artículo 93 de la Carta Magna cuando hace referencia expresa a los asuntos europeos.* Y eso que era conocida la experiencia de los otros Estados miembros territorialmente complejos en la época de su redacción entre 1977 y 1978 y, por consiguiente, no podía ignorarse que la –entonces– previsible adhesión de España a las CE afectaría directamente a la autonomía política de nuestras CC.AA., en tanto que parte integrante del Estado español, y no entes ajenos al mismo.² Es lo que finalmente sucedió con la entrada de España en las CE a partir de 1986, por lo que las CC.AA. han visto cómo las instituciones comunitarias pasan a actuar en ámbitos que anteriormente eran de su incumbencia, según el reparto interno de competencias establecido por el bloque de constitucionalidad. Su corolario fue que se redujo notablemente su libertad de acción, a veces, en ámbitos que podía inferirse fácilmente de la lectura de los Tratados comunitarios y, otras veces, en zonas grises, ubicadas en la difusa frontera entre la competencia nacional y la comunitaria. Así ocurre en la agricultura y la ganadería, el comercio interior, la cultura y el deporte, el urbanismo y la vivienda, las obras públicas que no sean de interés general, el transporte y el medio ambiente, la enseñanza y la investigación, entre otros muchos casos.³

2. No está demás, en este sentido, que el artículo 3.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Generalitat de Cataluña, de 19 de julio de 2006, proclame contundentemente que “las relaciones de la Generalitat con el Estado (...) se rigen por el principio general según el cual la Generalitat es Estado”.

3. Valga el siguiente ejemplo diáfano del impacto de la UE en ámbitos competenciales reservados a los Estados y sus entes regionales, a fin de garantizar el efecto útil de los Tratados. En España la política de enseñanza y de formación profesional es competencia compartida entre el Estado y las CC.AA. (artículo 149.1.30 de la Constitución española). El Tratado UE de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, confiere competencia complementaria en educación y formación profesional a la Comunidad Europea. Pero bastante antes de su entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1993, el Tribunal de Justicia había prohibido a los Estados miembros invocar su competencia en estas materias para imponer a los hijos de

El problema es que, a menudo, las CC.AA. no están presentes en el Consejo de la UE en que se aprueba el acto comunitario que limita su capacidad de decisión, aún cuando el artículo 203 del Tratado CE permite la participación de los gobiernos regionales en las delegaciones nacionales presentes en aquella institución. Por el contrario, gracias a la delegación nacional, el Gobierno de cada Estado siempre puede participar en el proceso comunitario de adopción del acto.⁴ *El Gobierno español consigue de este modo una influencia en ámbitos materiales cuya titularidad es de las CC.AA., de acuerdo con la distribución interna de competencias.*

Esta grave situación se vuelve más preocupante porque las Autonomías no pueden defender judicialmente sus competencias frente a una norma comunitaria con la misma facilidad con que lo pueden hacer los poderes centrales del Estado, porque su legitimación en el contencioso comunitario no es privilegiada, de tal suerte que arrastran enormes dificultades para impugnar los actos comunitarios de los que no son destinatarias. Y puede suceder perfectamente que el Gobierno español decida recurrir contra tal norma, como también que no lo haga. Resulta además que si las CC.AA. incumplen las nor-

los trabajadores inmigrantes, beneficiarios del derecho de residencia, un régimen discriminatorio para su admisión en los centros de enseñanza del Estado de acogida. Adicionalmente, el Tribunal de Justicia aclaró que la prohibición de discriminación era aplicable tanto a las autoridades federales de Alemania como a sus Länder, de quienes depende en su mayor parte la competencia educativa y de formación profesional (STJCE de 3 de julio de 1974, *Casagrande*, 9/74, Rec. 1974, p. 773, apartados 5 y 6).

4. Cabe apuntar que los acuerdos de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE, en lo sucesivo) de 9 de diciembre de 2004 permiten una participación autonómica en determinadas formaciones del Consejo de la UE (empleo, política social, sanidad y consumidores; agricultura y pesca; medio ambiente; educación, juventud y cultura).

Según los datos de la Secretaría para la Unión Europea de la Generalitat de Cataluña, ello ha llevado a que en 2004 y 2005 participasen en el Consejo de la UE un total de 10 CC.AA. por primera vez, que por orden cronológico fueron las siguientes: Castilla y León, 22 de noviembre de 2004; Galicia, 21 de diciembre de 2004; Cataluña, 28 de febrero de 2005; Asturias, 10 de marzo de 2005; Andalucía, 23-24 de mayo de 2005; Aragón, 30 de mayo de 2005; País Vasco, 3 de junio de 2005; Madrid, 17 de octubre de 2005; Canarias, 29 de noviembre de 2005 (Grupo Trabajo); y Extremadura, 2 de diciembre de 2005.

A partir de 2006 han participado por primera vez otras Autonomías y han acudido de nuevo algunas de las anteriores. Concretamente, Canarias (9 de marzo de 2006); Cataluña (10 y 18-19 de marzo de 2006); Murcia (26-27 de junio de 2006); Aragón (23 de octubre de 2006); Galicia (7 de noviembre de 2006); Valencia y Galicia (13-14 de noviembre de 2006) y Castilla-La Mancha (18 de diciembre de 2006).

mas comunitarias aprobadas, serán ellas las que tendrán que hacer frente, a nivel interno, a los daños y perjuicios causados, a pesar de que, ante la UE, sea el Estado, en tanto que sujeto internacional, el único responsable de la infracción autonómica del Derecho comunitario.

El objeto de esta investigación es *examinar, en la práctica actual, estas dos últimas cuestiones, la actuación de las CC.AA. ante las instancias jurisdiccionales de la UE y la responsabilidad autonómica al nivel interno derivada del incumplimiento del Derecho comunitario*. Conceptualmente se trata de dos cuestiones bien distintas una de la otra, pero nos ha parecido oportuno analizarlas conjuntamente por su interés teórico y la novedad de su estudio. En efecto, estas cuestiones no han suscitado demasiadas reflexiones teóricas, si bien últimamente hay algunas excepciones notables que se mencionarán oportunamente, a pesar de tratarse en ambos casos de temas en los que la autonomía política de las CC.AA. resulta notablemente afectada.⁵ Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la perspectiva práctica ha sido generalmente preterida y los escasos estudios que la recogen no suelen ser recientes. *Probablemente la novedad más relevante de esta investigación consiste precisamente en el aporte de algunos datos no muy conocidos de lo que sucede realmente hoy en día en estos temas a la vista de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la UE y del Tribunal Constitucional, así como la práctica de las Administraciones españolas.*

Adicionalmente, en el último apartado se señalará cómo quedan regulados estos dos temas en las reformas de los Estatutos de Autonomía ya vigentes, y de modo particular en el caso de Cataluña, por tratarse del estatuto pionero en regular con detalle esta materia y también porque los otros estatutos se inspiran –cuando no copian

5. Ambos temas presentan igualmente una cierta imbricación en la práctica, en la medida en que poseer una legitimación más o menos general tiene una importancia inversamente proporcional a su grado de participación en el proceso comunitario de decisión. Es posible –pero no probable– que si las Autonomías hubiesen participado directamente en el proceso comunitario de decisión, habrían podido influir en su contenido, e incluso que no se hubiera aprobado el acto comunitario que afecta a sus competencias, pues es previsible que hubieran defendido con más contundencia que el Estado su repercusión al nivel autonómico, en cuyo caso no haría falta que lo recurriesen en vía judicial. Cabe también pensar que, de haber poseído una legitimación privilegiada, lo habrían impugnado y habría podido ser anulado por el Tribunal de Justicia. En ambos supuestos se habría evitado el incumplimiento autonómico de la norma comunitaria y, por lo tanto, no habría lugar para su responsabilidad.

casi literalmente– en su régimen jurídico. No se trata de hacer un análisis general de todas las disposiciones estatutarias en relación con la UE, sino tan sólo de contrastar, a modo de epílogo, si lo que se recoge en los estatutos casa bien con el régimen jurídico y la práctica seguida en las cuestiones seleccionadas en esta investigación.

1. Las Comunidades Autónomas ante los tribunales de la UE

Las Autonomías no pueden defender judicialmente sus prerrogativas impugnando directamente los actos de las Instituciones comunitarias con los recursos previstos por el Derecho español porque, para controlar la validez del Derecho comunitario, existe un sistema exclusivo, propio y completo de control jurisdiccional de la UE, con vías de impugnación de naturaleza diversa (recurso de anulación, cuestión prejudicial, etcétera) pero coordinadas entre sí (STJCE de 28 de abril de 1971, *Lutticke*, 4/69, Rec. 1971, p. 325), de tal suerte que en su seno queda garantizada la tutela judicial efectiva (STJCE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, todavía no publicada en la *Recopilación*).⁶

Ahora bien, *las CC.AA. se benefician en la UE de un ius standi limitado para acudir ante sus tribunales al objeto de preservar sus competencias frente a los actos de las Instituciones comunitarias, a diferencia de lo que sucede con los Estados, que disponen de una legitimación directa privilegiada* y, por ello, suelen denominarse legitimados institucionales o es común decir que su legitimación es general. En este contexto se comprenden las constantes reivindicaciones autonómicas para mejorar su legitimación directa en el contencioso comunitario y, complementariamente, su posición en los instrumentos regulados por el Derecho español a través de los que intervienen en procesos precontenciosos y contenciosos comunitarios.⁷

6. Con otras palabras lo enuncia el Tribunal Constitucional cuando rechaza que pueda interponerse directamente un recurso de amparo frente a los actos de la UE, en tanto está reservado para los actos de los poderes públicos españoles (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4).

7. *Vid.* en general sobre el tema; J. Martín y Pérez de Nanclares, *La posición de las CC.AA. ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (propuestas para una reforma)*, Oñate: IVAP, 1996; C. Ortega Santiago, *Las CC.AA. ante la jurisdicción comunitaria*, Madrid: Iustel, 2005; M. Sobrido Prieto, *Las CC.AA. ante el Tribunal de Justicia*

Con este telón de fondo se exponen a continuación datos generalmente recientes sobre casos enjuiciados por los tribunales de la UE que involucran a las Autonomías, ya se trate de recursos directos interpuestos por ellas o de los procedimientos de incumplimiento contra España por violaciones del Derecho comunitario atribuibles a las CC.AA., así como el funcionamiento de los mecanismos internos de participación autonómica en procesos ante la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia.

1.1. Legitimación directa ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia

El Tratado CE confiere a los Estados miembros y las Instituciones de la UE una legitimación privilegiada para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. En cambio, los entes regionales sólo pueden acceder de manera limitada, como cualquier particular.

1.1.1. Recurso de anulación

El artículo 230 del Tratado CE no se refiere expresamente a las regiones cuando enumera los sujetos legitimados para interponer un recurso de anulación, ni como demandantes privilegiados (los Estados miembros y las Instituciones comunitarias, si bien con algunas diferencias entre éstas), ni tampoco como demandantes ordinarios (las personas físicas y jurídicas). A pesar de ello, en la década de los ochenta del siglo xx los entes regionales comenzaron a invocar este precepto para impugnar los actos de las Instituciones comunitarias. El Tribunal de Justicia primero, y el Tribunal de Primera Instancia después, rechazaron que los entes regionales, aunque son parte del Estado, pudieran subsumirse en el contencioso comunitario dentro del concepto de Estado a los efectos de disfrutar de su legitimación privilegiada y, por vía de consecuencia, reconocieron la legitimación

y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; D. Ordóñez Solís, "Legitimación procesal y equilibrio institucional: el acceso de las Regiones a los Tribunales comunitarios europeos", *Revista de Estudios Autonómicos*, 2003-4, pp. 137-172; M. Zelaia Garagarza, *Las regiones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Oñate: IVAP, 2005.

directa de las regiones únicamente en el supuesto de ser los destinatarios de una decisión o, no siendo el caso, de estar afectados directa e individualmente por un reglamento o una decisión.⁸ En suma, la jurisprudencia comunitaria asimila de hecho a los entes regionales con las personas físicas y jurídicas.

El *quid* de la cuestión se halla en la prueba de esta afectación directa e individual contra los reglamentos y decisiones de los que no son destinatarios. La sentencia *Jégo-Queré* del Tribunal de Primera Instancia marcó un punto de inflexión en la restrictiva jurisprudencia comunitaria relativa a las condiciones de acceso de los particulares ante los jueces comunitarios, al afirmar que “una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que afecte de manera cierta y actual a su situación jurídica, restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones” (STPI de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Queré*, T-177/01, Rec. 2002, p. II/2365, apartado 51). Mas los vaivenes que ha experimentado la jurisprudencia comunitaria desde entonces hacen todavía enormemente complicado el cumplimiento del requisito de la afectación directa e individual.⁹

De hecho, los tribunales de justicia comunitarios siguen siendo en general bastante reacios a reconocer legitimación activa a los entes regionales, y de modo especial cuando el recurso de anulación se

8. En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia ha recordado que “del sistema general del Tratado se desprende claramente que el concepto de Estado miembro, a efectos de las disposiciones relativas a los recursos jurisdiccionales, se refiere únicamente a las autoridades gubernativas de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o de Comunidades Autónomas, sea cual fuere la amplitud de las competencias que les sean reconocidas.” (ATPI de 16 de junio de 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria / Consejo de la UE*, T-238/97, Rec. 1998, p. II/2271, apartado 42).

9. Es suficiente con traer a colación que el Tribunal de Justicia casó parcialmente la sentencia *Jégo-Queré* del Tribunal de Primera Instancia, alegando que “si bien es cierto que el requisito de que una persona física o jurídica únicamente pueda interponer un recurso contra un reglamento si resulta afectada no sólo directamente sino también individualmente debe interpretarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que pueden individualizar a un demandante, tal interpretación no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado. *En caso contrario, los órganos jurisdiccionales comunitarios sobrepasarían las competencias que éste les atribuye. Pues bien, eso es lo que sucede con la interpretación del citado requisito*” –las cursivas son nuestras– (STJCE de 1 de abril de 2004, *Comisión / Jégo-Queré & Cie SA*, C-263/02 P, Rec. 2004, p. I/3425, apartados 36 y 37).

dirige contra un reglamento.¹⁰ En el caso español, el contencioso comunitario en materia de ayudas públicas otorgadas por las CC.AA. españolas constituye el paradigma de esta dificultad.¹¹

La suerte desfavorable con la que, como regla, son resueltos los recursos de anulación planteados por las CC.AA. es un factor de primer orden para comprender por qué se interponen tan pocos: alrededor de veinte recursos en los veintinueve años que lleva España en las CE y la UE.¹² Se puede tomar en consideración igualmente la jurisprudencia comunitaria de 2006 para corroborar ambos extremos: dos recursos y ambos fueron desestimados.

Por un lado, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de julio de 2006, *Comunidad Autónoma de Valencia – Generalidad Valenciana / Comisión* (T-357/05, todavía no publicado en la *Recopilación*, apartados 7 a 9) declaró la inadmisibilidad manifiesta del recurso de anulación de una decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2005, porque las partes no privilegiadas deben estar representadas ante los tribunales comunitarios por un abogado colegiado y la Generalitat Valenciana estaba representada por un jurista que, “no inscrito en el Colegio de Abogados, no es abogado a efectos del artículo 19 del Estatuto del Tribunal de Justicia”. La Generalitat Valenciana recurrió este auto en casación el 6 de septiembre de 2006 (asunto C-363/06 P). Volveremos después sobre este asunto.

Por otro lado, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de septiembre de 2006, *Comunidad Autónoma de Madrid / Comisión* (T-148/05, todavía no publicado en la *Recopilación*, apartados 62 y 63)

10. Véase en general sobre el tema, B. Martín Baumeister, “El reconocimiento de legitimación activa a las regiones europeas en recursos de anulación bajo el artículo 230.4 CE. El elemento de la afectación individual”, *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 234, 2004, pp. 29-45.

11. *Vid.* sobre el tema, J.M. Martínez Sierra, “El concierto económico y los derechos forales en sede judicial europea”, *R.E.D.C.*, núm. 72, 2004, pp. 235-266; D. Ordóñez Solís, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7, 2005, pp. 115-141.

12. Muy esclarecedora es la siguiente resolución judicial, que resuelve un recurso de anulación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Cantabria contra un reglamento: “para aceptar la admisibilidad de un recurso interpuesto por un ente regional de un Estado miembro no basta con que éste invoque el hecho de que la aplicación o la ejecución de un acto comunitario pueda afectar, de manera general, a las condiciones socioeconómicas en su territorio” (ATPI de 16 de junio de 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria / Consejo de la UE*, T-238/97, *Rec.* 1998, p. II/2271, apartados 49 y 50).

desestimó el recurso de anulación interpuesto contra un escrito de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) de 3 de febrero de 2005 por entender que el escrito impugnado carece de efectos jurídicos obligatorios y, por lo tanto, no se trata de una decisión que pueda ser objeto de un recurso de anulación.

Aparte del carácter restrictivo de la jurisprudencia comunitaria, el tiempo que tarda el Tribunal de Primera Instancia en resolver los contenciosos (una media superior a los dos años, con una tendencia creciente desde 2000 que hace que se tardaran unos 27,8 meses de promedio en 2006 en resolver los recursos directos)¹³ es otro elemento a considerar a la hora de explicar los pocos recursos de anulación interpuestos por las Autonomías.

Lo que es más extraño es que las CC.AA. no utilicen más la facultad que tienen –en virtud de los Acuerdos de la CARCE de diciembre de 1997 que luego se comentan– de instar al Estado para que impugne los actos comunitarios que puedan afectarles, pues éste posee una legitimación privilegiada que le exime de demostrar su afectación directa e individual por el acto comunitario del que no sea destinatario.

¿Cómo valorar esta jurisprudencia comunitaria asimiladora de los entes regionales con las personas físicas y jurídicas, con las limitaciones que esta situación entraña? Con el tenor literal actual de los tratados parece razonable, porque cuando éstos aluden a los Estados miembros lo hacen como una entidad unitaria desde el punto de vista del Derecho internacional, que aparece integrada por todos –y no sólo algunos– sus órganos, sean los que sean en cualquier nivel territorial.¹⁴ Ahora bien, este estado de cosas provoca una serie de problemas y anomalías, entre los que cabe destacar su difícil encaje con principios reconocidos por el Derecho comunitario como son la autonomía regional, la democracia y el Estado de derecho (véase, por ejemplo, el artículo 6 del Tratado UE), de tal suerte que sería necesario otorgar una legitimación especial a los entes regionales en el contencioso comuni-

13. Vid. las estadísticas judiciales del Tribunal de Primera Instancia correspondientes al Informe de 2006, accesibles en <http://www.curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index.htm>

14. Es lo que ya, en los albores de nuestra adhesión avisaba R. Huesa Vinaixa, "La legitimación activa de las CC.AA. ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: sus limitaciones", *La Ley. Comunidades Europeas*, vol. 2, 1986-3, 31 de diciembre de 1986, p. 1.

tario. Sin embargo, no se avanza por esta senda porque el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004, no contiene innovaciones que mejoren sustancialmente la legitimación activa de los entes regionales individualmente considerados*.¹⁵

Sobre el papel, *el cambio más significativo es la eliminación del requisito de la afectación individual de las personas físicas y jurídicas para interponer un recurso de anulación contra los reglamentos, sustituyéndose por la exigencia de que no requieran medidas de ejecución, esto es, que los reglamentos sean aplicables directamente. Esta innovación es más aparente que real porque en el nuevo sistema de fuentes del Tratado constitucional el reglamento pierde la naturaleza legislativa que tiene hoy en día cuando se trata de reglamentos de base y se convierte en un acto no legislativo de alcance general que se aprueba para la ejecución de los actos legislativos y determinados preceptos constitucionales, equivaliendo a lo que hoy son los reglamentos de ejecución. Luego los entes regionales no podrán impugnar directamente los actos legislativos. Por lo demás, habrá que ver cómo se maneja judicialmente en el futuro el nuevo criterio de la aplicabilidad directa frente a los reglamentos para apreciar si mejora de manera importante la situación de las regiones europeas.*

*Los entes regionales pueden igualmente impugnar la validez de un acto comunitario de un modo indirecto, a través del Comité de las Regiones. El Tratado constitucional le otorga legitimación activa ante el Tribunal de Justicia en su artículo III-365.3, si bien exclusivamente para la defensa de sus prerrogativas, por lo que su legitimación no es general. Adicionalmente, el artículo 8 del Protocolo 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, habilita al Comité de Regiones para interponer recursos de nulidad contra los actos legislativos –y no los ejecutivos– europeos que puedan quebrar el principio de subsidiariedad.*¹⁶

15. Véase, por todos, E. Albertí Rovira, "El acceso de las CC.AA. al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en A. Saiz Arnaiz (Dir.) y M. Zelaia Garagarza (Coord.), *Integración europea y poder judicial*, Oñate: I.V.A.P., 2006, pp. 157-166.

16 Véase para mayores detalles, E. Albertí, E. Fossas y M. A. Cabellós, *El Principi de subsidiarietat a la Unió Europea: la seva consagració en el Tractat pel qual s'estableix una constitució per a Europa i les perspectives per a les regions amb poders legislatius i, en especial, per als seus parlaments*, Barcelona: Parlament de Catalunya, 2005; A. Mangas Martín, "El control del principio de subsidiariedad", en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Madrid: BOE, AEPDIRI y Escuela Diplomática, 2005, pp. 53-79.

A pesar de que estas dos innovaciones suponen un cierto avance, *determinadas regiones europeas con competencias legislativas –como es, por ejemplo, el caso del País Vasco y Cataluña– han manifestado su decepción por el hecho de que la defensa de sus prerrogativas pase a través del Comité de las Regiones*, tanto porque la legitimación que se le ha reconocido es limitada como también porque puede resultar complicado alcanzar una mayoría suficiente en su seno para accionar el recurso de anulación, al ser muy heterogénea su composición. Ello explica por qué nuestras CC.AA. se están sirviendo de las reformas de sus estatutos para plasmar sus reivindicaciones en estas normas legislativas, como se verá en la parte final de este estudio.

Por lo demás, las regiones con competencias legislativas no lograron que se les concedieran iguales competencias que las reconocidas finalmente a los Parlamentos nacionales en relación con los actos legislativos comunitarios que puedan infringir el principio de subsidiariedad, porque el *Praesidium* de la Convención Europea lo rechazó categóricamente. Cabe apuntar, a la carrera, que el artículo 8 del Protocolo 2 del Tratado constitucional, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, faculta a los Parlamentos nacionales a instar a su Gobierno a interponer un recurso de anulación contra los actos legislativos europeos basado en la violación del principio de subsidiariedad. Ciertamente, el protocolo se refiere a los Parlamentos nacionales, entendiendo por tal los Parlamentos estatales y no los regionales. Además, el protocolo alude a los recursos de anulación interpuestos “por un Estado miembro o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”, remitiéndose al Derecho nacional para que en esta sede se decida si el Gobierno del Estado tiene que interponer un recurso a petición de su parlamento. Con todo, parece obligado que los gobiernos den curso a estas peticiones parlamentarias. En el caso de España todavía no hay normativa al respecto, pero lo razonable será que el Gobierno quede vinculado por la petición de cualquiera de las dos cámaras legislativas, sea el Congreso de los Diputados o el Senado. Asimismo, no sería de recibo que los Parlamentos regionales se quedaran completamente al margen de la aplicación de este protocolo, y de hecho no parece que vaya a ser el caso, vistas las reacciones de muchas regiones con competencias legislativas a nivel europeo.¹⁷

17. A pesar de que los Parlamentos nacionales no están obligados a consultar a los Parlamentos regionales, éstos han reclamado ya su asociación más estrecha e inclusive han exigido la

En España se ha de subrayar que se han celebrado diversas sesiones ante el pleno de la Comisión Mixta para la UE en la primavera de 2006 (en particular, las sesiones 16 a 18) en las que han ido compareciendo expertos en Derecho comunitario, españoles y de otros Estados miembros, incluidos funcionarios de las Instituciones comunitarias. *Uno de los temas estrella que ha aflorado concierne al mecanismo de la alerta temprana y su aplicación por los Parlamentos estatales y también los Parlamentos regionales*, con ideas interesantes que habrá que ver cómo se plasman en la práctica. En todo caso, las distintas comparecencias coinciden en la necesidad de vincular estrechamente a los Parlamentos autonómicos en la aplicación de este mecanismo de alerta temprana, y en un Senado reformado como uno de los cauces que facilitaría este proceso.¹⁸ Hoy por hoy, en los albores de mayo de 2007, todavía no han sido enmendados los Reglamentos del Congreso de los Diputados y el Senado para dar curso a esta demanda autonómica de ser vinculadas al proceso de aplicación del protocolo sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad. A pesar de que los nuevos Estatutos de Autonomía ya vigentes y los que se hallan en trámite recogen, de diferentes maneras, esta exigencia autonómica. Es el caso de los artículos 61.3,a) del Estatuto de la Generalitat Valenciana, 188 del Estatuto de Cataluña, 237 del Estatuto de Andalucía, 112 del Estatuto de Baleares y 93.3 del Estatuto de Aragón. Ello está conduciendo a modificar los reglamentos de los Parlamentos autonómicos para regular su participación en la aplicación del protocolo.¹⁹

En definitiva, lo único que pueden hacer los entes regionales es influir en la decisión de excitar el recurso de anulación de los Parlamentos estatales, lo que no debe minusvalorarse desde el momento en que en la mayoría de Estados miembros existe una segunda cámara regio-

adaptación de las legislaciones nacionales para garantizar que las decisiones sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad se tomen en las asambleas regionales si se trata de ámbitos de su competencia (Declaración de Milán de los presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales de Europa –CALRE–, de 26 de octubre de 2004).

18. Comisión Mixta para la Unión Europea, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, Comisiones Mixtas, VIII Legislatura, 2006, núm. 62 (sesión 16, de 30 de marzo de 2006), núm. 67 (sesión 17, de 27 de abril de 2006) y núm. 68 (sesión 18, de 11 de mayo de 2006).

19. Así, el Reglamento del Parlamento de Cataluña ha sido modificado en diciembre de 2005 para introducir el artículo 181, que establece un procedimiento para aplicar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la UE en caso de que sea consultado. Y está en trámite una nueva reforma para que el Parlamento catalán pueda presentar propuestas y observaciones a las Cortes Generales en relación con este protocolo.

nal en la que los entes regionales están representados directamente, con arreglo a diversas modalidades, por lo que es fundamentalmente en este foro donde deben ejercer su presión. A pesar de las limitaciones de esta otra vía indirecta de acceso ante el Tribunal de Justicia, parece innegable que las Autonomías españolas podrán controlar algo mejor el cumplimiento del principio de subsidiariedad en lo que a sus competencias afecte. Aunque, por supuesto, deba advertirse que este control *ex post* del principio de subsidiariedad no será la panacea que resuelva todos los problemas, dada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los límites del control jurisdiccional de este principio.²⁰

1.1.2. Otras vías de acceso

Al igual que sucedía con el recurso de anulación, el Tratado CE no hace mención específica a los entes regionales en los otros procedimientos que pueden sustanciarse ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia y es obra jurisprudencial su equiparación con las personas físicas y jurídicas a los efectos de su empleo.

Ello significa que las regiones disponen de legitimación directa para presentar un recurso de inactividad ante el Tribunal de Primera Instancia en el supuesto de que una Institución comunitaria, en cumplimiento del tratado, no apruebe una decisión de la que serían los destinatarios (artículo 232 del Tratado CE).

Asimismo, las regiones pueden ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual ante el Tribunal de Primera Instancia, en caso de que hayan sufrido daños a resultas de la actuación de las Instituciones comunitarias o sus agentes en el ejercicio de sus funciones (artículos 235 y 288 del Tratado CE).

En el marco de los recursos de anulación, inactividad y de responsabilidad extracontractual, los entes regionales pueden intervenir co-

20. En el mismo sentido, J. Díez Hochleitner (intervención en la Comisión Mixta para la Unión Europea, Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas, VIII Legislatura, 2006, núm. 68 sesión 18, de 11 de mayo de 2006, p. 20) indica que el control del principio de subsidiariedad por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de anulación no podrá ir más allá de "un control formal vinculado a la verificación del respeto en la toma en consideración del principio en el procedimiento decisorio".

mo coadyuvantes si demuestran su interés en la solución del litigio (artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia, de 11 de octubre de 2005).

Contra la desestimación de las demandas de anulación, inactividad y responsabilidad extracontractual, así como de la demanda de intervención, cabe activar un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia (artículo 57 del Estatuto del Tribunal de Justicia).

Finalmente, los entes regionales podrán presentar alegaciones y observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia en el caso de que sean partes de un litigio interno en el que se plantee una cuestión prejudicial (artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia).

En la jurisprudencia comunitaria existen pronunciamientos variados respecto a estas vías secundarias de acceso de los entes regionales ante los tribunales de la UE, incluidos algunos relativos a las CC.AA. Así, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 1996, *Area Cova* (T-194/95, Rec. 1996, p. II/591, apartados 6 y 7) reconoció el derecho de intervención de la Junta de Galicia en apoyo del recurso de anulación de las empresas españolas demandantes. Y en el encabezamiento la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad y Publivia / Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña* (C-1 y 176/90, Rec. 1991, p. I/4151) se recuerda que la Generalitat de Cataluña formuló observaciones escritas en relación con la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el marco del litigio entre la Administración catalana y las empresas Aragonesa de Publicidad y Publivia.

De todas maneras, *las CC.AA. hacen un uso más bien limitado de estos procedimientos*. Por ejemplo, durante 2006 sólo es reseñable el recurso de casación interpuesto el 6 de septiembre de 2006 por la Generalitat Valenciana frente al auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de julio de 2006, antes comentado y cuya resolución sigue pendiente. Asimismo, se ha resuelto negativamente una demanda de intervención de los territorios forales vascos en un recurso de anulación planteado por el Gobierno del País Vasco el 25 de septiembre de 2001 (así como de la Diputación Foral de Álava) contra la Decisión 2002/820/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones, porque "no invocan más que un interés indirecto en la solución del

litigio en razón de las semejanzas existentes entre su situación y la situación en que se hallan las demandantes en el presente asunto (...) En efecto, la condición de demandante en procedimientos judiciales paralelos al presente no demuestra que concurra un interés en la solución del litigio en el sentido del artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia" (ATPI de 10 de enero de 2006, *Diputación Foral de Álava y Comunidad Autónoma del País Vasco – Gobierno Vasco / Comisión*, T-227/01, Rec. 2006, p. II/1, apartado 16).

Finalmente, resulta que ni una sola vez en 2006 han coincidido en un litigio interno las CC.AA. y el Estado, sea aquéllas en calidad de demandantes o demandadas e interviniendo como coadyuvante la Administración General del Estado, o a la inversa. En cambio, en años anteriores sí que han actuado el Estado y las CC.AA. como partes contrarias en el marco de las cuestiones prejudiciales (así, STJCE de 21 de julio de 2005, *Administración del Estado / Junta de Galicia*, C-71/04, Rec. 2005, p. I/ 7419, en materia de ayudas de Estado). En algún que otro proceso prejudicial reciente ambos deberían haber participado apoyándose mutuamente. Nos referimos especialmente al asunto TRAGSA, de reciente resolución por el Tribunal de Justicia.²¹

1.2. La interposición de recursos de incumplimiento contra España por actuaciones autonómicas

El Derecho Internacional exige a los Estados que cumplan las obligaciones internacionales, pero les deja libertad para determinar los órganos encargados de esta tarea, así como el nivel territorial (central, federal, autonómico o local) en que se llevará a cabo (principio

21. STJCE de 19 de abril de 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) contra Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y Administración del Estado*, C-295/05, todavía no publicada en la *Recopilación*. El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) suscitó al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de una normativa nacional que atribuye a una empresa pública un régimen jurídico que le permite realizar obras públicas al margen de los procedimientos previstos de adjudicación de contratos públicos. Mediante convenios de Derecho público, la empresa pública (TRAGSA) fue puesta a disposición de las CC.AA. para que la utilizaran en el marco de sus competencias en tanto que medio propio instrumental. El Tribunal de Justicia sentenció que el Derecho comunitario no se oponía al régimen jurídico atribuido a TRAGSA. A pesar de que es evidente que tanto el Estado como las CC.AA. estaban involucradas en el asunto, tan sólo el Estado intervino en el proceso ante los tribunales españoles y presentó observaciones ante el Tribunal de Justicia.

de autonomía institucional), si bien con el límite de que no pueden invocar normas internas para justificar el incumplimiento de tales obligaciones y con la consecuencia de que la responsabilidad de esas actuaciones se imputa al Estado, sea cual sea el órgano o el nivel dónde se haya producido (principio de unidad del Estado como sujeto internacional para el Derecho internacional).²²

Desde la perspectiva de Derecho comunitario, el juego combinado de los principios de unidad del Estado y de autonomía institucional implica que *sólo el Estado, y no las entidades que lo componen, es responsable del incumplimiento del Derecho comunitario, porque únicamente aquél tiene personalidad jurídica internacional y, a la postre, tan sólo él es parte de los Tratados de las CE y de la UE*. Ello conlleva, por vía de consecuencia, que el Estado responde de las infracciones del Derecho comunitario imputables a cualquiera de sus órganos, sea del nivel que sea, incluyendo, por supuesto, las infracciones cometidas por sus entes regionales. La jurisprudencia comunitaria es taxativa al respecto, como se verá después con ocasión de la mención de declaraciones judiciales recientes de incumplimiento del Derecho comunitario por España en razón de conductas autonómicas. Ello entraña igualmente que, *desde la perspectiva comunitaria, no es importante el reparto interno de competencias, pues rige el principio de autonomía institucional, sino tan sólo si se produce un incumplimiento del Derecho comunitario*.

Este estado de cosas no impide que los asuntos comunitarios no sean, en sentido estricto, las cuestiones internacionales a que se refiere el artículo 75.3 de la Constitución, ni las relaciones internacionales en el sentido de su artículo 149.1.3, sino un *tertium genus*, como ha hecho constar el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 165/94, de 26 de mayo.²³ Precisamente porque los asuntos comunitarios no son relaciones internacionales en sentido estricto las CC.AA.

22. Véase para mayores detalles, A. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1987, pp. 249-250, 276 y 294-296.

23. La STC 165/1994, de 26 de mayo, manifiesta en su FJ 5 que las relaciones internacionales en virtud del artículo 149.1.3 de la Constitución española son las relaciones regidas por el Derecho internacional público, a saber, las relativas a la celebración de tratados internacionales (*ius contrahendi*), la representación exterior del Estado (*ius legationis*), la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad internacional del Estado. Sólo en estos casos se excluye la competencia de las CC.AA.

participan directamente en la formación del Derecho comunitario y en su ejecución con una intensidad superior a la que se les reconoce en las cuestiones internacionales.²⁴ También resulta de este hecho el derecho a exigir, al nivel interno, que las Autonomías hagan frente a las consecuencias que produzcan sus infracciones del Derecho comunitario, como se analiza en el apartado 2.

Retomando el hilo de la exposición, el procedimiento general para constatar a nivel comunitario las infracciones de su ordenamiento cometidas por los Estados miembros es el recurso de incumplimiento, regulado por los artículos 226 a 228 del Tratado CE.²⁵ Pues bien, hay que poner de relieve que la Comisión Europea inicia, con cierta frecuencia, procedimientos de incumplimiento del Derecho comunitario contra España debido a acciones y omisiones de las CC.AA., habiendo señalado el Tribunal de Justicia en no pocas ocasiones que el Estado lo ha infringido por estas conductas.

Los recursos de incumplimiento planteados frente a España por actuaciones autonómicas afectan a temáticas tan diversas como las ayudas públicas, la contratación pública, el medio ambiente, la agricultura, la cohesión económica y social, el transporte y la función pública. Pero predominan, por la frecuencia con que se repiten, los recursos que cuestionan la regularidad de la ejecución autonómica de fondos europeos y la legalidad de las subvenciones otorgadas por las CC.AA. a entes públicos y privados.²⁶

Por ejemplo, en 2006 hay cinco casos que afectan directamente a España por el incumplimiento del Derecho comunitario causado por actuaciones de los poderes autonómicos y locales, al margen del concurso de responsabilidad del Estado, que son los siguientes:

24. Las cuestiones comunitarias no son relaciones internacionales debido a la originalidad del proceso de construcción de la UE. Esta originalidad está muy bien expuesta en la monografía de J. Martín y Pérez de Nanclares, *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Bilbao: Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2003.

25. En general, sobre el recurso de incumplimiento, véase, por todos, H. Audretsch, *Supervision in European Community Law. Observance by the Member States of Their Treaty Obligations. A Treatise on International and Supranational Supervision*, 2ª ed., Amsterdam: North Holland, 1986.

26. Para una presentación de los recursos de incumplimiento en estos dos últimos supuestos, véase D. Ordóñez Solís, *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos*, Barcelona: Bosch, 2006.

En el primer caso, en materia de libre circulación de personas, el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento del Estado porque las Administraciones españolas, general y autonómicas, no habían aprobado disposiciones legales para prever explícitamente en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro (STJCE de 23 de febrero de 2006, *Comisión / España*, C-205/04, Rec. 2006, p. I/31*).

En el segundo asunto, en materia de transporte público marítimo de viajeros en la Ría de Vigo, el Tribunal de Justicia condena a España por la promulgación de la Ley 4/1999, del Parlamento gallego, de declaración de servicio público de titularidad de la Junta de Galicia del transporte público marítimo de viajeros en la Ría de Vigo, en la que se permite la concesión administrativa de veinte años a favor de un operador único en contra del Derecho comunitario (STJCE de 9 de marzo de 2006, *Comisión / España*, C-323/03, Rec. 2006, p. I/2161).

En el tercer asunto, en materia de medio ambiente y consumidores, se constata el incumplimiento por el Estado de la normativa europea relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en –fundamentalmente– la Comunidad Valenciana (STJCE de 16 de marzo de 2006, *Comisión / España*, C-332/04, Rec. 2006, p. I/40*).

Contrariamente a los casos anteriores, en el cuarto asunto, en materia de medio ambiente y consumidores, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso. La Comisión Europea había solicitado al Tribunal de Justicia que declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, y en el anexo VI de la Directiva 92/43/CEE del Consejo de la UE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, al permitir las autoridades de Castilla y León la colocación de lazos con freno en distintos cotos privados de caza (STJCE de 18 de mayo de 2006, *Comisión / España*, C-221/04, Rec. 2006, p. I/4515).

Finalmente, en el quinto asunto, en materia de ayudas de Estado concedidas por el Gobierno y otras autoridades del País Vasco, el Tribunal de Justicia hace constar que el Reino de España ha incumplido

do el Derecho comunitario debido a que las autoridades del País Vasco no habían adoptado, dentro de plazo, todas las medidas necesarias para cumplir lo dispuesto en varias decisiones de la Comisión Europea que declaraban ilegal el régimen de ayudas públicas aplicado por el País Vasco y ordenaban la recuperación del importe de las subvenciones concedidas (STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Comisión / España*, C-485 a 490/03, p. 11.887).²⁷

De no solventarse la infracción del Derecho comunitario cometido por una Comunidad Autónoma en un plazo razonable, el Estado español corre el riesgo de que se inicien nuevos procesos de incumplimiento del Derecho comunitario con vistas a imponerle una sanción económica a tanto alzado y/o una multa coercitiva (artículo 228 del Tratado CE).

Permítaseme un inciso: ¿qué puede hacer el Estado para evitarlo? Realmente tiene un margen de maniobra limitado en razón de la restrictiva doctrina constitucional acerca de los artículos 93, 149.1.3, 149.3, 150.3 y 155 de la Constitución.²⁸ Ello significa que podría perfectamente suceder que, a pesar de estos mecanismos de control del Estado sobre las CC.AA. en los asuntos europeos, éstas no ejecutasen la sentencia del Tribunal de Justicia que previamente declaró el incumplimiento de España en razón de sus conductas y que, por tal circunstancia, le fuera impuesta una sanción económica al Estado. En esta

27. Cabe observar que el Gobierno vasco y las Diputaciones Forales vascas, así como las empresas afectadas, interpusieron el 25 de septiembre de 2001 recursos de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia contra las decisiones de la Comisión que declaraban que tales ayudas eran contrarias al Derecho comunitario. Se trata de los asuntos 227, 229 a 232 y 265 a 270/01. Los recursos siguen estando pendientes. En el marco del asunto T-227/01 es donde se dictó el mencionado auto del Tribunal de Primera Instancia de 10 de enero de 2006, que rechaza la demanda de intervención de los territorios forales vascos en tal procedimiento.

28. Para una panorámica general del tema, *vid.* R. Alonso García, "Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la C.E.*, B-123, 1997, pp. 1-4; V.J. Calafell Ferrá, "La compulsión o coerción estatal (estudio del art. 155 de la Constitución española)", *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49, 2000, pp. 99-146; A. Remiro Brotóns, "La responsabilidad por incumplimiento de las CC.AA. Posibles soluciones", en AA.VV., *CC.AA. y Comunidades Europeas. Relaciones jurídico-institucionales*, Valladolid: Cortes de Castilla y León, 1991, pp. 207-218; F. Ruiz Ruiz, "La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo", *R.E.D.C.*, núm. 51, 1997, pp. 159-185; J.C. Tejedor Bielsa, *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Madrid: Civitas, 2000.

hipótesis, en la situación jurídica presente lo único que podrá hacer el Estado es repercutir en las Autonomías responsables el importe de las sanciones económicas impuestas, lo que no es nada fácil en el Derecho español, como exponemos en el apartado siguiente.

A la vista de todo lo anterior convendría llevar a cabo ciertas *reformas en el sistema español de supervisión de las actuaciones autonómicas en temas comunitarios*. Una primera opción podría ser *instaurar legalmente mecanismos financieros que permitiesen sancionar a las CC.AA. en los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario constatado por sentencia del Tribunal de Justicia*, con el fin de incentivar a las CC.AA. a proceder con celeridad a su acatamiento. En cierto modo, es lo que –al nivel de la UE– pretende el actual artículo 228 del Tratado CE cuando faculta al Tribunal de Justicia a imponer multas y multas coercitivas a los Estados miembros que no hayan ejecutado correctamente sus sentencias de incumplimiento del Derecho comunitario en un plazo razonable.²⁹ Al estar estrictamente ligada la intervención estatal a la ejecución de la sentencia comunitaria, este poder sancionador desaparecería cuando la Comunidad Autónoma la ejecutase correctamente.³⁰

29. No se trataría, por supuesto, de una solución óptima, dadas las dificultades a las que se enfrenta en el Derecho español la ejecución de una sentencia dictada contra una de sus administraciones (*vid.* al respecto J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2003; M. López Gil, *Avances en la ejecución de sentencias contra la administración*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2004).

De todos modos, mejoraría la situación jurídica de España en la actualidad si con este mecanismo sancionador que preconizamos se repite lo que ha sucedido con el artículo 228 del Tratado CE en sus quince años de aplicación desde su implantación por el Tratado UE de 7 de febrero de 1992: que han disminuido los casos de incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia que previamente habían constatado la vulneración del Derecho comunitario por un Estado miembro. Véase al respecto los informes anuales del Tribunal de Justicia, que contienen referencias y estadísticas al grado de cumplimiento de sus sentencias dictadas ex artículo 226 del Tratado CE, accesibles en <http://www.curia.europa.eu/en/instit/presentationfr/index.htm>. Más en general, respecto a los problemas que suscita en la práctica la ejecución de las sentencias de incumplimiento del Tribunal de Justicia, debido esencialmente a su naturaleza declarativa, y el aporte del Tratado de Maastricht, véase J. Díez-Hochleitner, "La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros", *R.I.E.*, 1993-3, pp. 837-897.

30. Es difícil cuestionar jurídicamente la intervención estatal en este supuesto, ya que derivaría total y exclusivamente de la fuerza obligatoria de las sentencias de incumplimiento del Tribunal de Justicia. Ello permitiría desligar esta acción de la "apreciación política" de los intereses generales a que se refiere el artículo 155 de la Constitución.

En esta misma hipótesis de declaración judicial del incumplimiento del Derecho comunitario por España derivado de conductas autonómicas sería plausible asimismo *habilitar constitucionalmente un título competencial para la intervención del Estado*. Esta avocación constitucional de competencias sería siempre *a posteriori* y podría someterse a control tanto político –preferiblemente del Senado, si tras la previsible futura reforma de la Constitución queda estructurado como auténtica cámara de representación territorial–,³¹ como judicial, de manera parecida a como se controla el ejercicio de los poderes de suspensión regulados por el artículo 55.2 de la Carta Magna. Al estar estrictamente ligada la asunción de competencias estatales a la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, el poder estatal de sustitución quedaría en suspenso tan pronto la Comunidad Autónoma la cumpliera. Vale apuntar que se trata de soluciones deducidas a partir de la experiencia comparada.³²

1.3. Mecanismos internos de participación de las Comunidades Autónomas en los procedimientos ante la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia

El Acuerdo de la CARCE de 29 de noviembre de 1990 establecía un embrionario sistema de colaboración entre el Estado y las CC.AA. en relación con los recursos de incumplimiento contra España, tanto en su fase precontenciosa ante la comisión como en la jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia.

Este acuerdo fue derogado por el Acuerdo de la CARCE de 11 de diciembre de 1997, relativo a la participación de las CC.AA. en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las CE. Los elementos más resaltables del nuevo acuerdo son los siguientes:

31. El objetivo de la reforma constitucional de la Cámara Alta es precisamente fijar los rasgos de esa llamada “representación territorial” y hacerla efectiva, visto que hoy es básicamente una cámara de segunda lectura, con una intervención restringida en el ejercicio de la potestad legislativa y la función de control del Gobierno. *Vid.* la STC 97/2002, de 25 de abril, con atinadas reflexiones acerca del protagonismo indiscutible del congreso.

32. Así, el artículo 23.d.5 de la Constitución austriaca confiere a la federación un poder de sustitución total en todas las competencias, especialmente las legislativas; el artículo 169 de la Constitución belga prevé la sustitución temporal; y el artículo 117 de la Constitución italiana contempla una potestad sustitutiva. Véase la doctrina citada en nota a pie de página 52.

En primer lugar, se aplica a los recursos de anulación, incumplimiento e inactividad, las cuestiones prejudiciales y la solicitud de dictámenes al Tribunal de Justicia.

En segundo lugar, *el Acuerdo de 1997 se fundamenta en el principio de colaboración mutua entre el Estado y las CC.AA., sin que sea aplicable a los entes locales*. Regula, con este fin, la facultad de las Autonomías de pedir al Estado que inicie alguno de los procedimientos antedichos ante el Tribunal de Justicia, aportando la documentación oportuna en cada caso (por ejemplo, tratándose de un recurso de anulación, se ha de justificar por qué el acto comunitario está viciado de ilegalidad y cómo afecta a las competencias o intereses autonómicos); y *la obligación del Estado de resolver sobre esta petición en un plazo razonable y, en caso afirmativo, promover la intervención de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia*.

En el caso de los recursos de incumplimiento presentados contra España por la Comisión Europea, el Estado ha de comunicar a la Comunidad Autónoma o las CC.AA. los escritos de queja, cartas de emplazamiento, dictámenes motivados y demás comunicaciones recibidas de la comisión que afecten a sus competencias. Y a éstas corresponde facilitar la respuesta que estimen pertinente en cada caso.

Finalmente, el acuerdo contiene una regulación prolija en detalles acerca del procedimiento a seguir en cada uno de los supuestos (recursos de anulación y de incumplimiento, cuestión prejudicial, etcétera) a los que se aplica, estableciendo un régimen (parcialmente) diferenciado en cada caso.

A) Recursos de anulación (artículo 230 del Tratado CE)

Cuando una Comunidad Autónoma considere que una disposición o acto vinculante de una Institución comunitaria debe ser impugnado por el Reino de España ante el Tribunal de Justicia, por estar viciado de ilegalidad y afectar a sus competencias o a sus intereses, lo pondrá en conocimiento –a través del miembro de su Consejo de Gobierno que forme parte del Pleno de la CARCE– del Presidente de la Comisión de Seguimiento y Coordinación de las actuaciones relacionadas con la Defensa del Estado español ante el Tribunal de Justicia

de las Comunidades Europeas,³³ en un plazo de veinte días naturales contados a partir de la publicación o notificación de la disposición o acto que pretenda impugnarse. La Comunidad Autónoma deberá mencionar en su petición los motivos por los que entiende que la disposición o acto comunitario cuya impugnación se solicita adolece de un vicio de nulidad, así como en qué medida dicha norma afecta a sus competencias. La persona encargada de hacer esta comunicación es el miembro del Consejo de Gobierno de cada Comunidad Autónoma que forme parte del Pleno de la CARCE.

El mismo procedimiento se sigue cuando una Autonomía tenga interés en que el Reino de España intervenga como coadyuvante en un procedimiento ante el Tribunal de Justicia por entender que la sentencia que pueda dictarse en el mismo podría afectar a sus competencias, poniéndolo en conocimiento del Presidente de la Comisión de Seguimiento en un plazo de un mes contado a partir de la publicación del recurso en el Diario Oficial de las CE (hoy en día Diario Oficial de la UE).

Transcurrido el plazo de diez días mencionado, *la Comisión de Seguimiento resolverá, mediante decisión motivada después de haber dado audiencia a las CC.AA. interesadas, sobre la procedencia o no de la interposición por el Reino de España del recurso de anulación o de la demanda de intervención*. Para expresar su opinión serán convocadas a la reunión en la que la Comisión de Seguimiento decida al respecto.

33. Creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 1986, la Comisión de Seguimiento y Coordinación es una Comisión Interministerial adscrita a la Secretaría de Estado de la UE que tiene encomendado "realizar un seguimiento de la actividad del Tribunal [de Justicia] y análisis sistemático de las cuestiones contenciosas y precontenciosas en las que pudiera verse implicado el Estado español". Está compuesta por el Secretario de Estado para la UE, que la preside, el Director General de Coordinación del Mercado Interior y otras Políticas Comunitarias, los Secretarios Generales Técnicos de los Ministerios de Presidencia, Justicia y Economía y Hacienda, un abogado del Estado del Servicio Jurídico del Estado y un funcionario de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que actúa en calidad de secretario. Integran también la Comisión de Seguimiento los Secretarios Generales Técnicos de los restantes departamentos interesados en el asunto en cuestión y el Secretario General Técnico del Ministerio para las Administraciones Públicas, en la medida en que dicho asunto afecte a competencias de las CC.AA. Cabe resaltar que en la Comisión de Seguimiento no se integra ningún representante autonómico.

Asimismo, cuando el Reino de España quiera impugnar ante el Tribunal de Justicia una disposición comunitaria que afecte a alguna Comunidad Autónoma, lo pondrá en su conocimiento, para que, en el plazo de veinte días naturales, formule las observaciones pertinentes.

Decidida la interposición del recurso o de la demanda de intervención, el Presidente de la Comisión de Seguimiento dará traslado del acuerdo al Abogado del Estado-Jefe del Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal de Justicia para que, por parte de dicho servicio, se procedan a realizar todas las actuaciones procesales necesarias. Debe apuntarse que la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia está adscrita a la Secretaría de Estado para la UE del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, aunque depende orgánicamente de la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, integrada con rango de subsecretaría en el Ministerio de Justicia.³⁴ La Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia cuenta en la actualidad con cinco abogados del Estado.

B) Recurso de inactividad (artículo 232 del Tratado CE), recursos de incumplimiento contra otros Estados presentados por España (artículo 227 del Tratado CE) y solicitud de dictámenes sobre acuerdos internacionales de la Comunidad Europea (artículo 300 del Tratado CE)

El procedimiento antes descrito se aplica cuando una Comunidad Autónoma considere que una Institución comunitaria se ha abstenido de actuar (artículo 232 del Tratado CE) y esta omisión le haya ocasionado un perjuicio. En este supuesto, puede solicitar al Estado para que requiera la actuación de la Institución comunitaria y, en su caso, interponga un recurso de carencia.

Este procedimiento se aplica en el caso de que la Comunidad Autónoma considere que el Estado español debe demandar a otro

34. El régimen jurídico de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia se encuentra en el Real Decreto 1416/2004, de 11 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y en el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Estado miembro por incumplimiento del Derecho comunitario (artículo 227 del Tratado CE), o que repute conveniente requerir un dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el Tratado CE de cualquier acuerdo que pretenda celebrar la Comunidad Europea.

C) Recursos de incumplimiento presentados contra España por la Comisión (artículo 226 del Tratado CE).

El Ministro de Asuntos Exteriores, por conducto de la Secretaría de Estado para la UE en tanto que órgano de coordinación en la materia, comunicará a la Comunidad Autónoma o CC.AA. los escritos de queja, cartas de emplazamiento, dictámenes motivados y demás comunicaciones recibidas de la Comisión Europea que afecten a sus competencias. *Corresponde a la Secretaría de Estado para la UE coordinar a las diferentes administraciones afectadas a los efectos de elaborar la respuesta.*

La Comunidad Autónoma afectada facilitará a la Secretaría de Estado la respuesta que estime pertinente en cada caso o, en el supuesto de estar afectadas más de una administración, los elementos oportunos para la elaboración de una respuesta única.

La Secretaría de Estado, en contacto permanente con la Comunidad Autónoma o CC.AA. afectadas, transmitirá a la Comisión Europea la correspondiente respuesta, a través de la Representación Permanente de España ante la UE, informándoles de su envío y de los sucesivos trámites en los que se encuentren los expedientes.

Cuando esté implicada más de una administración o se estime necesario por una Comunidad Autónoma afectada o por la Secretaría de Estado para la UE, todos ellos podrán pedir y convocar, respectivamente, reuniones preparatorias, a celebrarse en la sede de la Secretaría de Estado.

Cuando se celebren reuniones con los servicios de la Comisión Europea para estudiar los procedimientos de incumplimiento iniciados contra el Reino de España, la Secretaría de Estado informará a las CC.AA. afectadas, pudiendo éstas, si lo solicitan, participar en dichas reuniones. Las CC.AA. serán en todo caso informadas del contenido de las reuniones celebradas.

En los supuestos de interposición de recurso ante el Tribunal de Justicia que puedan tener su origen en una disposición, resolución o acto emanado de los órganos de una Comunidad Autónoma o en la omisión de los mismos, ésta podrá *designar abogados o asesores para que asistan al Abogado del Estado del Servicio Jurídico ante el Tribunal de Justicia que sea el agente del Reino de España en el procedimiento en su actuación ante el Tribunal de Justicia.*

D) Cuestiones prejudiciales (artículo 234 del Tratado CE)

La Secretaría de Estado para la UE informará a las CC.AA. de las cuestiones prejudiciales suscitadas por cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siempre que el asunto tenga su origen en una disposición, resolución o acto emanado de los órganos de una Comunidad Autónoma, o en la omisión de los mismos, o en una disposición del Estado que afecte a sus competencias. Las CC.AA. podrán reclamar la intervención del Estado, presentando sus observaciones con arreglo al procedimiento establecido para el recurso de anulación.

Tras esta exposición teórica procede ver *cómo se aplica en la práctica la colaboración entre el Estado y las CC.AA. en los recursos de incumplimientos del Derecho comunitario contra España que traigan su causa en una actuación autonómica*, tanto en la fase precontenciosa ante la comisión como en la jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia.³⁵

En la *fase previa al recurso de incumplimiento*, recibida la carta de emplazamiento de la Comisión Europea, y a los efectos de preparar la respuesta del Estado a sus requerimientos, suelen celebrarse reuniones de trabajo, en las que, junto a los representantes del Estado, están presentes los representantes autonómicos, juristas o técnicos. Éstos par-

35. A falta de informes escritos de la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas que expliquen cómo se articula en la práctica la participación autonómica en los procesos precontenciosos ante la comisión y en los recursos ante el Tribunal de Justicia, la exposición que sigue sintetiza y sistematiza la información verbal –y, por tanto, necesariamente incompleta– que he obtenido tras entrevistar a muchas de las personas que participan en la implementación de este Acuerdo de 1997. Aunque la información se refiere fundamentalmente al recurso de incumplimiento, en sus fases precontenciosa y jurisdiccional, mi impresión personal es que se aplica *mutatis mutandis* en los otros recursos y procedimientos contemplados por el Acuerdo de 1997.

ticipan también en las reuniones de trabajo con los expertos enviados por la Comisión Europea para que el Estado justifique su actuación, al objeto de exponerle directamente el punto de vista autonómico.

Una vez interpuesto el recurso de incumplimiento se pasa a la *fase judicial*. En los recursos planteados por España o contra ella, las CC.AA. nunca intervienen autónomamente, sino que lo hace la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia porque se defiende que su competencia es exclusiva –por las razones que se exponen más adelante–, como también porque a nivel interno se ha pactado generalmente la posición a defender por España. Pero en la defensa del Estado pueden integrarse asesores autonómicos en materia jurídica –generalmente pertenecen al cuerpo de la abogacía de cada Comunidad Autónoma–, así como asesores técnicos. Por ejemplo, en el caso de Cataluña, la colaboración jurídica con la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia se lleva a cabo con el Gabinete Jurídico, constituido por Abogados de la Generalitat. No obstante, la colaboración es intensa y fluida, basada en un contacto permanente –personal o por vías telemáticas– entre los servicios jurídicos de las CC.AA. y la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia. Ésta suele incorporar la motivación autonómica en los argumentos que defenderá España ante el Tribunal de Justicia.

Un buen ejemplo de la aplicación de este Acuerdo de 1997 lo constituyen los recursos de incumplimiento llevados ante el Tribunal de Justicia en la última década en razón del régimen fiscal especial de las Comunidades forales vascas. Y durante 2006 se puede hacer mención especial del asunto ZEPA (zona especial de protección para las aves), que involucra a varias CC.AA. por incumplimiento de la normativa comunitaria medioambiental. Pues bien, el 1 de junio de 2006 hubo una reunión preparatoria del asunto ZEPA a la que asistieron asesores técnicos y jurídicos de varias Autonomías. Y a la vista ante el Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006 acudieron varios representantes autonómicos.³⁶

36. La STJCE de 28 de junio de 2007, *Comisión/España* (C-235/04, pendiente de publicación en la Recopilación), declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 79/409/CEE del Consejo de la UE, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, al no haber designado suficientes zonas de protección especial de las aves en Andalucía, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia y Valencia.

A pesar de que el clima de cooperación ha mejorado mucho en los últimos años, *existen ciertas limitaciones que ponen de relieve la actuación limitada de las Autonomías. El Estado tiene en cuenta realmente el asesoramiento autonómico, si bien desde una posición de clara preeminencia, porque es él quien se encarga materialmente de la preparación de las actuaciones precontenciosas y judiciales y ostenta en exclusividad la representación jurídica ante el tribunal.*

Ocurre fundamentalmente en la fase contenciosa de los recursos de incumplimiento, en la que los Abogados de las Autonomías nunca actúan como agentes de España, y sólo en contadas ocasiones forman parte del equipo jurídico del Estado. Además, en la vista ante el Tribunal de Justicia los representantes autonómicos (técnicos o jurídicos) tampoco intervienen directamente, sino sólo el agente del Estado (un Abogado del Estado), aunque puede consultarles antes de dirigirse al tribunal.

Para que las CC.AA. tengan presencia real en los recursos de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia se han tenido que superar ciertas reticencias de la Administración General del Estado y, sobre todo, del Servicio Jurídico del Estado, que defiende que la representación jurídica de España es una competencia propia con carácter exclusivo a la vista de que el Acuerdo de 1997 prescribe literalmente (*lo hemos marcado con cursivas anteriormente para facilitar su comprobación*) que las CC.AA. podrán designar abogados o asesores para asesorar al Abogado del Estado del Servicio Jurídico ante el Tribunal de Justicia en los recursos de incumplimientos que traigan su causa en una actuación autonómica. Y apuntalan su tesis con una lectura amplia de su régimen jurídico.

En efecto, el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, dispone en su artículo 1, apartado 3, que a éste le corresponden "las siguientes funciones (...): 1) La asistencia jurídica en materia de Derecho comunitario europeo, así como la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea". A su vez, el artículo 1, apartado 3 d, prescribe que "la Subdirección General de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional [del Servicio Jurídico del Estado] asume la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de la que dependerá cualquier Abogacía del Estado que se cree para la asistencia jurídica del Reino de Espa-

ña en organismos internacionales. Le corresponde la asistencia jurídica en materia de Derecho comunitario europeo, así como la dirección jurídica y la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, cuanto se relacione con la representación y defensa del Estado, organismos autónomos, restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales o fundaciones con participación estatal cuando así corresponda legal o convencionalmente, y órganos constitucionales, ante cualesquiera jurisdicciones o procedimientos prejudiciales y extrajudiciales en el extranjero, la dirección y coordinación del servicio de lo contencioso del Estado en el extranjero y la asistencia jurídica al Reino de España en otros organismos internacionales” Finalmente, el artículo 31.3 establece que “corresponderá también a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado la representación y defensa del Reino de España ante los tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales en que éste sea parte en cualesquiera procedimientos jurisdiccionales, arbitrales o extrajudiciales”.

*Defender la competencia exclusiva de los Abogados del Estado que integran el Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal de Justicia para representar judicialmente a España sobre la base del Acuerdo de la CARCE de 1997 y del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado contradice lo que dispone una norma de rango superior, como es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 1986, sobre actuaciones de España ante el Tribunal de Justicia y constitución de la Comisión de Seguimiento y Coordinación de las Actuaciones relacionadas con la defensa del Estado español ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo apartado IV permite expresamente la posibilidad de nombrar como agente del Reino de España a alguien que no sea Abogado del Estado, en cuyo caso éste le asistirá jurídicamente.*³⁷

Cierto es que el apartado tercero de este Acuerdo de 1986 dispone que “acordada la actuación del Estado en la esfera jurisdiccional comunitaria, el Ministro de Asuntos Exteriores dará traslado de la decisión adoptada al Ministro de Justicia. Éste, a través de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, encauzará las relaciones entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y los Abogados del Servicio

37. Con un planteamiento análogo, véase R.M. Díaz, “Comunitats autònomes i jurisdicció comunitària”, *El Clip*, nº 32, 2005, pp. 14-15.

Jurídico ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quienes actuarán en coordinación permanente con la Comisión Interministerial, a la que informarán con puntualidad de cuantas incidencias surjan en el desarrollo de sus actuaciones". Ahora bien, *su apartado cuarto establece claramente que "corresponde al Agente del Estado Español la representación y defensa de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Agente será nombrado por el Ministro de Justicia a propuesta del de Asuntos Exteriores y, cuando no sea un Abogado del Estado, estará asistido, como consejero jurídico, por un Abogado del Estado, sin perjuicio de las demás colaboraciones técnicas que sean precisas"*.

Resulta además que *el artículo 31, apartado 3, del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado prevé que "el Gobierno, por motivos excepcionales, y oído el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, podrá acordar que una persona especialmente designada al efecto asuma la representación y defensa del Reino de España, como Abogado del Estado ad hoc, en un procedimiento determinado ante tribunales, órganos y organismos internacionales o supranacionales en el que España sea parte. La persona designada por el Gobierno asumirá, en el desempeño de sus servicios, las funciones del Abogado del Estado y se ajustará a las disposiciones de este reglamento"*.

Deben rechazarse igualmente determinados *argumentos de Perogrullo* que, a veces, se dejan sentir en determinados foros jurídicos; en particular, que el cuerpo de la Abogacía del Estado tiene que ser el que represente con exclusividad a España ante el Tribunal de Justicia porque sólo ellos están especializados en los asuntos comunitarios. Digo esto porque tan especialista en temas europeos puede ser *a priori* un Abogado del Estado como un Abogado de una Comunidad Autónoma y, sobre todo, porque, en general, es insuficiente la formación en temas de la UE que reciben unos y otros durante la licenciatura en Derecho y en sus respectivas oposiciones.³⁸

38. Dos detalles en favor de lo que afirmamos: por un lado, en los estudios de la licenciatura de Derecho la formación en Derecho comunitario suele limitarse a una asignatura (troncal, por lo que es obligatoria para todos los estudiantes de esta licenciatura en España), de entre 6 y 7.5 créditos, según el plan de estudios de cada universidad, con diferentes denominaciones (Instituciones y Derecho Comunitario, Derecho Comunitario Europeo, etcétera), pero generalmente con un marcado *perfil generalista*, dedicada a las instituciones y las fuentes comunitarias, los principios que rigen su relación con los ordenamientos internos y el contencioso comunitario. Existe, eso sí, la posibilidad de abrir créditos de libre

En suma, *no hay razón jurídica ni de otra naturaleza que avale que tengan que ser siempre los abogados del Estado los representantes del Reino de España ante el Tribunal de Justicia*. Otra cosa es que pueda ser razonable que la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia se encargue de la representación para garantizar una coordinación interna que salvaguarde la unidad de la defensa del Estado español cuando concurren determinadas circunstancias. Verbigracia, cuando varias CC.AA. están implicadas en un recurso de incumplimiento contra España, como suele ocurrir, dado que será complejo decidir quién hablaría en nombre de todas y, a la vez, cómo se coordinaría su actuación con el Estado, en tanto responsable en última instancia ante la UE de las infracciones del Derecho comunitario.

La preponderancia del Estado en las actuaciones ante el Tribunal de Justicia se observa igualmente atendiendo al hecho de que *la respuesta en todos los recursos de incumplimiento, sea en la fase precontenciosa o en la jurisdiccional, la prepara siempre el Estado*; concretamente, la Secretaría de Estado para la UE del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, vía la Dirección General del Mercado Interior y otras políticas –cuando se trata de la fase precontenciosa ante la Comisión Europea–, vía la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia –en la fase contenciosa ante el Tribunal–. *Como regla, el Estado integra (por no utilizar el anglicismo “copy and paste” para reflejar fidedignamente lo que en el fondo sucede) la información que le proporcionan las CC.AA. Ahora bien, a veces no lo ha hecho, sin que ello haya tenido trascendencia jurídica*. Lo que no deja de ser un tanto sorprendente porque la STC 172/1992, de 28 de octubre, enuncia

elección para profundizar en determinados aspectos de la UE, como es el caso del Derecho comunitario material. Mas pocas son las universidades españolas que ofrecen esta opción; por otro lado, en las últimas oposiciones al cuerpo de Abogados del Estado, de 2006, sólo se dedican 20 temas al Derecho comunitario, de un total de 494, cuyo perfil es nuevamente generalista, sin profundizar en problemáticas concretas, como revela una lectura superficial de los apartados de cada tema, tal es el caso, por ejemplo, del dedicado al Consejo y la Comisión: “composición, funcionamiento, competencias” (véase Orden Jus/3295/2005, de 18 de octubre, por la que se aprueba el programa que ha de regir en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado, BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2005).

Ello no es privativo del cuerpo de Abogados del Estado sino, más en general, de todos los profesionales del Derecho en España (jueces, magistrados, fiscales, abogados, etcétera). Véase al respecto M. Cienfuegos Mateo, “El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica”, en S. Ripol Carulla (Dir), *España ante los Tribunales internacionales europeos*. Oñate: IVAP, 2007, en prensa.

en su FJ 3 una sutil diferencia entre la elaboración de la información en los asuntos europeos a transmitir a las Instituciones comunitarias, que corresponde a la autoridad pública competente según el bloque de constitucionalidad (las CC.AA., en su caso), y la remisión misma de dicha información, que debe hacerla el Estado. Creo que ello debe interpretarse en el sentido de que el respeto del orden interno de competencias exige que el Estado actúe como recopilador de las informaciones que provengan de las diferentes instancias territoriales y las remita a las Instituciones comunitarias, sin poder controlar la información elaborada por la autoridad autonómica competente. A estos efectos no tendría importancia que se tratase de actuaciones precontenciosas o propiamente procesales.

En fin, *no produce consecuencias jurídicas que el Estado no conteste al dictamen motivado que la comisión emite en la fase precontenciosa del recurso de incumplimiento, ni siquiera si las CC.AA. lo solicitan*. Viene esto a colación de un caso reciente de incumplimiento de la normativa medioambiental (STJCE de 15 de diciembre de 2005, *Comisión / España*, C-26/04, Rec. 2005, p. I/11059). Se trataba del incumplimiento de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño, y la Directiva 79/923/CEE del Consejo, de 30 de octubre de 1979, relativa a la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos, por un lado, al no haber designado oficialmente como zonas de baño las playas de "Vilela/A Videira", "Niño do Corvo" y "Canabal", que se encuentran en el municipio de Moaña, provincia de Pontevedra, de la Comunidad Autónoma de Galicia, y, por otro lado, al no haber adoptado un programa de reducción de la contaminación para la Ría de Vigo. El Tribunal de Justicia asentó que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 5 de la Directiva 79/923, al no haber adoptado un programa de reducción de la contaminación de las aguas para cría de moluscos para la Ría de Vigo. Pues bien, en el apartado 13 de la sentencia, el Tribunal de Justicia hizo constar expresamente que el Reino de España no había respondido al dictamen motivado de la comisión.³⁹

39. Tampoco ha habido respuesta al dictamen motivado de la comisión en la STJCE de 16 de marzo de 2006, *Comisión / España* (C-332/04, Rec. 2006, p. I/40*) en relación con la inobservancia de la normativa europea relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en la Comunidad Valenciana.

Como puede colegirse fácilmente de la exposición precedente, *la situación anterior es debida en gran medida al papel centralizador que tiene atribuido la Secretaría de Estado para la UE en relación con el Derecho comunitario*. El propio Acuerdo de la CARCE de 1997 le erige como coordinador de las diferentes administraciones afectadas en los asuntos europeos, según vimos antes. Y el Real Decreto 1416/2004, de 11 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, especifica que la Secretaría de Estado para la UE “coordina todas las actuaciones que, en el marco de sus competencias, realicen las Administraciones públicas en la Unión Europea”. En su seno destaca la Dirección General de Coordinación del Mercado Interior y otras Políticas Comunitarias, a la que se atribuye la coordinación del proceso de fijación de la posición española en la UE en todos los ámbitos del mercado interior y Políticas comunitarias. Sin olvidar, finalmente, que la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia está adscrita a la Secretaría de Estado para la UE, así como la Comisión de Seguimiento y Coordinación de las Actuaciones relacionadas con la Defensa del Estado español ante el Tribunal de Justicia de las CE.

Ahora bien, *las CC.AA. no están exentas de responsabilidad porque sus quejas frente a este estado de cosas son de poca intensidad*. Es más, ni siquiera aprovechan todas las virtualidades que les ofrece el Acuerdo de 1997. Basta con poner de relieve que, a 1 de mayo de 2007, transcurridos casi diez años de vida del acuerdo, sólo han instado al Estado en diez ocasiones para que intervenga ante el Tribunal de Justicia de las CE: nueve demandas autonómicas requerían al Estado que interpusiera un recurso de anulación de un acto comunitario, generalmente decisiones de la Comisión en materia de ayudas y de correcciones financieras, y la décima instaba al Estado a promover un recurso de incumplimiento contra el Reino Unido por la reparación, en el 2000, del buque Tyreless en el puerto de Gibraltar. Y la Comisión de Seguimiento ha aceptado ocho veces esta solicitud, revelando el elevado tanto porcentual resultante (80%) una *buena predisposición del Estado a colaborar* con las Autonomías en este ámbito.⁴⁰ A mayor

40. Según los datos proporcionados por José María Pérez Medina, Subdirector General de Relaciones de Colaboración con las Comunidades Autónomas del Ministerio de Administraciones Públicas, a 1 de mayo de 2007, las diez solicitudes formuladas por las CC.AA. para la interposición de recursos por el Estado ante el Tribunal de Justicia eran las siguientes, en orden cronológico:

abundamiento, éstas deberían instar más actuaciones del Estado porque no son excepcionales, ni mucho menos, los casos en que España plantea recursos de anulación o de otro tipo ante el Tribunal de Justicia⁴¹ y éste es más permeable a los argumentos estatales de lo que suele afirmarse erróneamente a nivel doctrinal y político, olvidando la na-

1) Recurso de anulación del Reglamento 1638/1998, del consejo, de 28 de julio de 1998 pedido por Andalucía, no atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de septiembre de 1998.

2) Recurso de anulación de la Decisión de 22 de diciembre de 1999, de la Comisión, en relación con las ayudas para Financiación del Capital Circulante para el Sector Agrario, pedido por Extremadura y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 09 de marzo de 2000 (caso C-114/00).

3) Recurso de anulación de la Decisión de 22 de diciembre de 1999, de la Comisión, en relación con las ayudas a Producciones Hortícolas con destino a la Transformación Industrial Agrícola, pedido por Extremadura y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 9 de marzo de 2000 (caso C-113/00).

4) Recurso de anulación de la Decisión de 22 de agosto de 2000, de la Comisión, en relación con las ayudas concedidas a la empresa Santana, pedido por Andalucía y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 23 de octubre de 2000 (caso C-398/00).

5) Recurso de incumplimiento contra el Reino Unido pedido por Andalucía por la reparación del buque Tyreless en el puerto de Gibraltar, no atendido por acuerdo de la Comisión de Seguimiento de 20 de diciembre 2000.

6) Recurso de anulación de la Decisión de 12 de marzo de 2002, de la Comisión, en relación con las ayudas concedidas a los productores de leche de vaca, pedido por Asturias y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 30 de abril de 2002 (caso C-173/02).

7) Recurso de anulación del Reglamento 864/2004, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre las ayudas Directas en el Marco de la PAC y la instauración de determinados regímenes de ayudas, pedido por Andalucía y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 17 de junio de 2004 (caso C-310/04).

8) Recurso de anulación de la Decisión de 20 de octubre de 2006, de la Comisión, de correcciones financieras, pedido por la Comunidad Valenciana y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 19 de diciembre de 2006.

9) Recurso de anulación de la Decisión de 20 de octubre de 2006, de la Comisión, de correcciones financieras, pedido por Andalucía y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 19 de diciembre de 2006 (caso T-3/07).

10) Recurso de anulación de la Decisión de 20 de octubre de 2006, de la omisión, de correcciones financieras, pedido por Cataluña y atendido por decisión de la Comisión de Seguimiento de 19 de diciembre de 2006 (caso T-402/06).

41. Por ejemplo, durante 2006 se fallaron cinco recursos de anulación interpuestos por España contra el Consejo de la UE y el 6 de octubre de 2006 España interpuso un recurso de anulación contra la Decisión 2006/554/CE de la Comisión, de 27 de julio de 2006, por la que se excluyen de la financiación comunitaria determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo a la sección de garantía del FEOGA, concretamente en relación con el plátano canario (asunto T-281/06), de interés evidente para Canarias.

da despreciable influencia que los Estados miembros tienen en el contencioso comunitario y, por ende, en la jurisprudencia resultante.⁴²

Es plausible que este relativo desinterés autonómico responda al hecho de que las Autonomías perciben a la Comisión de Seguimiento como un elemento ajeno a ellas, en la medida en que ningún representante autonómico se integra en ella y toma unilateralmente la decisión de iniciar un procedimiento ante los tribunales de la UE, puesto que las Autonomías sólo pueden pedirle que lo haga. Posiblemente también ha generado desconfianza la respuesta negativa que la Comisión de Seguimiento dio en el primer caso en que hubo una solicitud autonómica, concretamente de la Junta de Andalucía el 12 de agosto de 1998, y que era fundamental para las CC.AA. en general, y Andalucía y Cataluña en particular, debido a que estaba implicado el aceite de oliva, ya que la Comisión de Seguimiento decidió, en septiembre de 1998, que España no impugnase ante el Tribunal de Justicia la validez del Reglamento 1638/1998, del Consejo, de 28 de julio de 1998, por el que se establecía la organización común del mercado de las materias grasas.

Debemos anotar incidentalmente que varios Estatutos de Autonomía vigentes o en trámite contienen cláusulas relativas a la colaboración del Estado con las CC.AA. en los procesos ante el Tribunal de Justicia. En el apartado 3 veremos cómo regulan esta cuestión y enjuiciaremos la constitucionalidad del nuevo régimen jurídico.

Para finalizar, hay que traer de nuevo a colación de esta materia el auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de julio de 2006, *Comunidad Autónoma de Valencia – Generalitat Valenciana / Comisión de las Comunidades Europeas* (T-357/05, todavía no publicado en la *Recopilación*), en cuyos apartados 7 a 9 formula la inadmisibilidad manifiesta del recurso de anulación de la Decisión C(2005) 1867 final de la Comisión, de 27 de junio de 2005, relativa a la reducción de la ayuda otorgada con cargo al Fondo de Cohesión, porque las partes no privilegiadas deben estar representadas ante los tribunales comunitarios por un abogado colegiado y *la Generalitat Valenciana había estado representada por un jurista que “no inscrito en el Colegio de*

42. Véase sobre el tema el esclarecedor artículo de M.-P.F. Granger, “When Governments go to Luxembourg...: the Influence of Governments on the Court of Justice”, *European Law Review*, vol. 29, 2004-1, pp. 3-31.

Abogados, no es abogado a efectos del artículo 19 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, aunque, según la normativa española pueda representar a la demandante, que no se encuentra entre las partes privilegiadas, en el marco del recurso ante todo órgano jurisdiccional, no cumple el primero de los dos requisitos acumulativos del artículo 19, párrafo cuarto, del mismo estatuto y, por tanto, no está facultado para representar a la demandante ante el Tribunal de Primera Instancia” (las cursivas son nuestras).

En el caso de que el Tribunal de Justicia desestime el recurso de casación interpuesto por la Generalitat Valenciana el 6 de septiembre de 2006, las CC.AA. deberían instar al Gobierno español a que requiera formalmente una reforma del régimen de la representación jurídica ante los tribunales de la UE.⁴³ Si bien hay que apuntar que es difícil que prospere una petición en tal sentido, en cuanto la modificación del Estatuto del Tribunal de Justicia en este punto requiere unanimidad del Consejo de la UE (artículo 245 del Tratado CE). Con independencia de lo anterior, y aunque se confirme la tesis del Tribunal de Primera Instancia en la casación europea, esta jurisprudencia no sería aplicable en el supuesto de que el Estado español decidiese acudir con un abogado de una Comunidad Autónoma como agente, esté o no inscrito en un Colegio de Abogados, porque en este supuesto se trataría de un litigante privilegiado para cuya representación ante los tribunales de justicia europeos existe un régimen jurídico propio más liberal, distinto de aquel previsto para un litigante ordinario, que es a quien se aplica la antedicha resolución judicial.

2. La responsabilidad autonómica por incumplimiento del Derecho comunitario

Muchas competencias de las CC.AA., tanto normativas como ejecutivas, están condicionadas por el ordenamiento jurídico comunitario, de tal suerte que su ejercicio conlleva no sólo una serie de facultades sino también de deberes. Estos derechos y deberes son propios

43. Es interesante hacer hincapié en que España, que sostiene la tesis de la Generalitat Valenciana, ha sido admitida como coadyuvante de las pretensiones de esta Comunidad Autónoma por auto del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2006, *Comunidad Autónoma de Valencia – Generalitat Valenciana / Comisión de las Comunidades Europeas*, C-363/06 P, todavía no publicado en la Recopilación.

a ellas en la medida en que tengan atribuidas las competencias para aplicar el Derecho comunitario en función del reparto establecido en el bloque de constitucionalidad. Es lo que ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional desde la primera sentencia sobre la materia: en vista de que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía resolvían expresamente la cuestión de si existía en nuestro ordenamiento una instancia territorial de poder competente para aplicar el Derecho comunitario en España, declaró que "son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, tienen que fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las CC.AA." (STC 252/1988, de 20 de diciembre, FJ 2).⁴⁴

Ello significa que la integración europea debe incidir en las competencias de las CC.AA., pero no sólo en las suyas, por lo que la integración no puede comportar la pérdida de su derecho a participar en las fases ascendente y descendente, de formación y ejecución del Derecho comunitario. En contrapartida, las Autonomías deben hacer frente, a nivel interno, a las consecuencias derivadas de las infracciones de las normas comunitarias que les sean imputables.⁴⁵

La responsabilidad autonómica por incumplimiento del Derecho comunitario puede dar lugar a dos tipos de situaciones: por un lado, a una reclamación de responsabilidad patrimonial de las CC.AA.; por otro lado, a la repercusión en las Autonomías responsables de la infracción del Derecho comunitario del importe de las sanciones económicas impuestas a España por este hecho.

A pesar de la importancia que reviste esta cuestión, puesto que están en juego los derechos de los justiciables y la imagen internacio-

44. Numerosas decisiones ulteriores del Tribunal Constitucional reiteran que la aplicación del Derecho comunitario en España corresponde al poder público competente en la materia, de acuerdo con las reglas internas de delimitación competencial, como las SSTC 79/1992, de 28 de mayo; 80/1993, de 8 de marzo; 38/2002, de 14 de febrero; y 173/2005, de 23 de junio. Para una apreciación de esta doctrina constitucional, véase G. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid: lustel, 2005.

45. A nivel comunitario se ha visto antes que sólo el Estado es responsable ante la UE de la observancia de las obligaciones comunitarias. Precisamente por ello los recursos de incumplimiento se interponen frente al Estado. Y de ello deriva igualmente la facultad del Estado para establecer mecanismos de coordinación y control que "permitan evitar las irregularidades o las carencias [autonómicas] en el cumplimiento de la normativa comunitaria" (STC 148/1999, de 2 de julio, FJ 8).

nal del Estado, no están del todo precisados en el Derecho español los cauces a través de los cuales puede actuarse frente a las Autonomías responsables de un quebrantamiento del Derecho comunitario. Y eso que hace ya cinco años que el Tribunal Constitucional declaró que la responsabilidad del Estado frente a la UE por incumplimientos autonómicos del Derecho comunitario no “le impide repercutir *ad intra*, en las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda” (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 10).

2.1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones autonómicas por sus infracciones del Derecho comunitario que causen daños y perjuicios

La reclamación de la responsabilidad patrimonial de las CC.AA. por las violaciones del Derecho comunitario que hayan cometido se sustancia ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de los Estados miembros de acuerdo con los procedimientos a través de los que se exige la responsabilidad de las Administraciones públicas por daños y perjuicios. Se trata, en definitiva, de aplicar por analogía las disposiciones internas para supuestos similares de responsabilidad administrativa por la lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos a resultas del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es lo que dispone el artículo 106 de la Constitución, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. También lo prescribe indirectamente el Derecho comunitario, ya que el principio de responsabilidad del Estado es invocable por los particulares afectados frente a las acciones y omisiones de las CC.AA. incompatibles con el Derecho comunitario, y para su puesta en práctica reenvía a los cauces previstos por las legislaciones nacionales.⁴⁶

46. El Tribunal de Justicia ha avisado que “incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuera aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación. Por tanto, *un Estado miembro no puede invocar el reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno para eximirse de su responsabilidad a este respecto*” –las cursivas son nuestras– (STJCE de 1 de junio de 1999, *Konle / Austria*, C-302/97, Rec. 1999, p. I/30991, apartado 62).

¿Existe una responsabilidad patrimonial solidaria del Estado y las CC.AA. en los casos de incumplimiento autonómico del Derecho comunitario? En el Derecho español está previsto que el particular perjudicado por la conducta autonómica puede dirigirse frente a ésta y solidariamente frente al Estado, porque el artículo 140 de la antedicha Ley 30/1992 sólo regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas en la hipótesis de gestión colegiada o cuando varias administraciones concurren en la producción del daño.⁴⁷

Si el Estado no tiene competencia alguna en la materia únicamente cabría su responsabilidad si concurriese *culpa in vigilando* en la actuación estatal. En caso contrario, el particular sólo podrá exigir la responsabilidad de la Administración autonómica.

2.2. La repercusión en las Comunidades Autónomas de las sanciones impuestas al Estado por el incumplimiento autonómico del Derecho comunitario

Hemos visto en el apartado 1 que el Tribunal de Justicia puede declarar que el Estado español ha infringido el Derecho comunitario como consecuencia de las actuaciones de sus CC.AA. Ahora nos interesa poner de relieve que las Autonomías que sean responsables materialmente de la infracción del Derecho comunitario son las que deberán actuar para poner fin a esta situación, en razón del reparto competencial interno. Si no lo hacen, el Tribunal de Justicia podrá imponer a España una sanción económica a tanto alzado y/o una multa coercitiva hasta que se ponga fin al incumplimiento.

Para evitar esta situación, *el Estado tiene que exigir a la Comunidad Autónoma que cumpla lo que disponga la sentencia del Tribunal de Justicia que constate el incumplimiento del España. Si no lo hiciera y después se impusiera una sanción económica al Estado por la inexecución de tal sentencia, éste debería repercutir en la Autonomía*

47. Como apuntan pertinentemente J. Díez-Hochleitner y M. Martínez Capdevila, "La participación de las CC.AA. en los asuntos de la Unión Europea", en A. Mangas Martín (Coord.), *Derecho comunitario europeo*. Libro décimo, libro electrónico (<http://www.iustel.com>), Madrid: Iustel, 2001, pp. 16-17.

responsable las sumas que le correspondieran. Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Constitucional han avalado esta tesis.⁴⁸

Sin embargo, no es tarea sencilla en el ordenamiento español repercutir en la Comunidad Autónoma que infringe el Derecho comunitario las consecuencias económicas de las sanciones económicas impuestas al Estado por el Tribunal de Justicia, puesto que sólo en casos excepcionales se han aprobado normas jurídicas con este fin.⁴⁹

Es el caso de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que introdujo un nuevo artículo 121 *bis* en el texto refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). Este precepto prevé lo siguiente: “las Administraciones públicas competentes en cada demarcación hidrográfica que incumplan los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las Instituciones europeas, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado (...), pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba”.

Esta Ley 62/2003 trae su causa en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2003, *Comisión / España* (C-278/01, Rec. 2003, p. I/14141), que verifica que España no había ejecutado su sentencia de 12 de febrero de 1998, *Comisión / España* (C-92/96) y a renglón seguido condena al Reino de España a pagar a la Comisión Europea,

48. El Tribunal de Justicia ha señalado que “en los Estados miembros de estructura federal, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario *no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal* para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata” –las cursivas son nuestras– (STJCE de 1 de junio de 1999, *Konle / Austria*, C-302/97, Rec. 1999, p. I/3099, apartado 64). A su vez, el Tribunal Constitucional ha enunciado que la responsabilidad del Estado frente a la UE por incumplimientos autonómicos del Derecho comunitario “no le impide repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda” (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 10).

49. M. Gómez Puente (“La responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario”, en AA.VV., *Estatuto y Unión Europea*, Barcelona: Institut d’Estudis Autònoms, 2006, pp. 178-181) recuerda oportunamente que este derecho estatal de repercusión en la Comunidad Autónoma responsable “no ha tenido explícito reconocimiento en la legislación nacional hasta fechas recientes y sólo de forma sectorial y parcial”.

en la cuenta "recursos propios de la Comunidad Europea", una multa coercitiva de 624.150 euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño en las aguas interiores españolas cuya falta de conformidad con los valores límite fijados en virtud de la Directiva 76/160 quede demostrada respecto del año en cuestión, a partir del momento en que se evalúe la calidad de las aguas de baño correspondiente a la primera temporada de baño siguiente al pronunciamiento de la presente sentencia y hasta el año en el que se complete la ejecución de su sentencia contra España de 1998.

El Derecho estatal ha regulado igualmente la responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la UE (artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). En materia de fondos europeos hay que tener en cuenta asimismo que el artículo 60 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, habilita a la Administración General del Estado para adoptar las medidas derivadas de la responsabilidad financiera de las CC.AA. cuando ejercen competencias de gestión con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y se cofinancian por el Fondo Social Europeo.

Se trata de soluciones ad hoc porque no existe todavía una ley estatal que regule, con carácter general, los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario imputables a una Comunidad Autónoma, ni el procedimiento para repercutirle dicha responsabilidad, especialmente en los casos de multas a tanto alzado y multas coercitivas impuestas al Estado por esas conductas autonómicas. Esa ley podría encontrar su base jurídica en la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y legislación básica sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas), así como en el artículo 149.1.4ª (Hacienda general) y debería tener el rango de ley orgánica por asimilación a lo establecido en el artículo 158 de la Carta Magna.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece conveniente que en una futura reforma de la Constitución española se incluya una mención genérica a la responsabilidad de las CC.AA. por sus incumplimientos del Derecho comunitario, con remisión expresa a una ley de desarrollo, y se incluya esta materia, además, entre las listadas en el artículo 74 a efectos de la intervención del Senado, especialmente si éste aca-

ba configurándose como Cámara de representación territorial. En definitiva, la sede idónea para fijar los principios de este mecanismo de garantía es la Constitución, y las leyes deberían circunscribirse a su implementación, en cuanto se halla en juego la responsabilidad internacional del Estado y los intereses y competencias de las Administraciones estatales y autonómicas.

3. La realidad europea en los nuevos Estatutos de Autonomía. El caso de Cataluña

La participación de España en el proceso de construcción de la UE está regulada en el artículo 93 de la Constitución de 1978, que especifica que "mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

El artículo 93 fue redactado teniendo en cuenta una futura adhesión española a las CE, si bien con no demasiada fortuna porque contiene una regulación incompleta que suscita no pocos interrogantes, en cuanto solamente menciona a las Cortes Generales y al Gobierno como garantes del cumplimiento del Derecho comunitario. Mas no alude a las CC.AA., ni a otros poderes públicos, que también están llamados a intervenir corrientemente en los asuntos europeos. Tampoco es correcto que eluda referirse a la formación del Derecho comunitario, como si sólo existiese su fase de ejecución. Incluso se puede criticar, *inter alia*, el uso de ley orgánica para la manifestación del consentimiento del Estado y la expresión "ejercicio de competencias derivadas de la Constitución" para referirse a los poderes soberanos transferidos, porque incitan a confusión.⁵⁰

50. En general, sobre las cuestiones que suscita el artículo 93 de la Constitución española, véase M. Aparicio Wilhelmi, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea*, tesis doctoral inédita, Barcelona: UAB, 2002; L.I. Sánchez Rodríguez, L.I., "El artículo 93 CE y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Madrid: Civitas, 1991, pp. 219-250.

Es, pues, preciso revisar con profundidad el contenido del artículo 93 para regular la pertenencia de España a la UE con la amplitud que se merece. La reforma de la Constitución española que ahora se estudia brinda una ocasión excelente para hacerlo.

Hablar de este tema obliga a traer a colación el informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, sobre la reforma de la Constitución. En relación con la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea, el Gobierno pedía al Consejo de Estado que se pronunciase respecto a: "1.- El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión; 2.- La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes; 3.- La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la UE, pronunciándose en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma". *Obsérvese que la consulta gubernamental no aludía expresamente al reconocimiento del derecho de las CC.AA. a participar en los asuntos europeos que les afecten.* Ello no fue óbice para que el Consejo de Estado juzgase que era preciso ofrecer una visión de conjunto de los problemas jurídico-constitucionales que a nuestro ordenamiento suscita la integración europea, y procediese en consecuencia.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado recuerda la incidencia del Derecho comunitario en los poderes centrales y los poderes territoriales y la necesidad de mantener el equilibrio constitucional de competencias⁵¹ y conviene que debería formar parte adicional de *un nuevo artículo dedicado a la pertenencia de España a la UE la cuestión de "la participación de las Cortes Generales y de las CC.AA. en la toma de decisiones sobre iniciativas europeas y la responsabilidad de*

51. Concretamente, en las pp. 55-56 de su informe, el Consejo de Estado recuerda que "al llevarse a cabo la participación en el proceso de elaboración de las normas comunitarias, principalmente, a través del consejo, integrado por miembros de los Gobiernos estatales, se desapodera igualmente a los entes territoriales cuando los Estados miembros tienen estructuras descentralizadas. Los entes territoriales, titulares en muchas ocasiones de la competencia exclusiva sobre las materias que caen dentro del ámbito de la UE, carecen de facultades para contribuir a fijar la posición de los Estados en el seno del Consejo en las negociaciones de las que resultan decisiones que, sin embargo, han de poner en práctica, aunque, por otra parte, no sean ellos, sino el Estado miembro en su conjunto, el que responde del eventual incumplimiento de esta obligación" (texto en. <http://www.consejo-estado.es>).

las CC.AA. por incumplimiento del Derecho comunitario europeo" (las cursivas son nuestras).

En cambio, de manera sorprendente, se excluye de dicho artículo la mención al derecho de participación de las CC.AA. en el proceso de elaboración y ejecución del Derecho comunitario, que se reconduce a lo que dispongan las leyes y la futura regulación del Senado. En concreto, el texto que el Consejo de Estado propone para estos supuestos es el siguiente: "1. Las CC.AA. participan en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones de la UE y en la de ejecución de su derecho en materias de relevancia autonómica, con arreglo a las leyes; 2. El Gobierno deberá informar al Senado sobre los procesos de adaptación normativa o los actos de los órganos de la Unión Europea con trascendencia para las CC.AA."

No tiene mucha razón de ser esta exclusión, y menos cuando se pretende recoger en un nuevo precepto omnicompreensivo todos los elementos relevantes para España de la pertenencia a la UE: la declaración política de la voluntad española de participar en el proceso de construcción europea, el sistema especial de conclusión de los tratados constitutivos y sus reformas, las reglas específicas que definan la recepción del Derecho comunitario, el régimen jurídico de apertura del Derecho español al ordenamiento jurídico comunitario, etcétera. Por lo que el nuevo precepto debería referirse a todos los mecanismos de intervención de las CC.AA. en temas europeos, incluidos los relativos a la creación y la aplicación del Derecho comunitario.⁵²

Cabe agregar que son abundantes los ejemplos de reformas constitucionales en el Derecho comparado en los que España podría inspirarse para regular adecuadamente la participación regional en los asuntos europeos. Por ejemplo, en Alemania, el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, tras su enmienda de 1992, regula de

52. En este sentido, en su voto separado coadyuvante con la mayoría, Manuel Díez de Velasco defiende (pp. 354-355) que sería "razonable y más idóneo que, en caso de aprobarse un texto como el sugerido, se añadieran al mismo dos nuevos párrafos referidos a los siguientes aspectos: i) el principio de que las CC.AA. participarán en el proceso de adopción de normas comunitarias en el marco de sus propias competencias y dentro de los márgenes permitidos por el sistema normativo comunitario; y ii) el principio de que las CC.AA. aplicarán y ejecutarán el Derecho comunitario en el marco de sus competencias, respetando en todo caso el principio de responsabilidad única del Estado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario".

modo extenso, en sus apartados 4 a 6, la participación tanto de los Länder como de la representación de las entidades locales en los temas comunitarios, y su apartado 7 remite a su desarrollo por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Es de sobras conocido el caso de Bélgica, donde, tras la reforma constitucional de 1993, se firmó el Acuerdo de 8 de marzo de 1994 entre el Estado belga y sus comunidades y regiones para posibilitar la adopción conjunta de tratados internacionales y cooperar en la representación de Bélgica ante el Consejo de la UE. Igualmente puede citarse la reforma de 2001 de la Constitución italiana de 1947, que introdujo un nuevo apartado en su artículo 117, disponiendo que "en las materias de su competencia las Regiones y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano participarán en las decisiones destinadas a la formación de los actos normativos comunitarios y proveerán a la aplicación y cumplimiento de los acuerdos internacionales y de los actos de la UE, con observancia de las normas de procedimiento establecidas por una ley del Estado, la cual regulará las formas de ejercicio de la potestad sustitutiva en caso de incumplimiento".⁵³

Habrà que esperar a ver qué sucede con la revisión de nuestra Carta Magna, que se presenta con tintes problemáticos en la actualidad, en especial en lo que afecta al rediseño del Senado. Ello puede explicar por qué *las CC.AA. se están valiendo de las reformas estatutarias iniciadas en 2005 para positivizar los mecanismos actuales de participación autonómica en los asuntos europeos, y adicionalmente recoger en sus nuevos estatutos muchas de sus reivindicaciones pendientes*. Proceder que, a nuestro juicio, sólo puede encontrar una justificación desde la perspectiva de las dificultades experimentadas para llevar a buen puerto la reforma constitucional porque, desde el punto de vista de coherencia del ordenamiento jurídico, ésta debería

53. Véase en general sobre el tema A. D'Atena, "La reforma constitucional del regionalismo italiano", *R.E.A.F.*, núm. 4, 2007, pp. 9-34; T. Börzel, *States and Regions in the European Union. Institutional Adaptation in Germany and in Spain*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002; R. Lucas Bizarro, *La Reforma constitucional del sistema regional italià: comentari de la Llei Constitucional núm. 3, de 18 d'octubre de 2001*, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, 2002; K.-J. Nagel, "Experiencias comparadas de participación regional", en AA.VV., *La participación de las regiones en Europa*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2003, pp. 47-81; P. Pérez Tremps y P. Violín, "La Constitución Europea y la organización territorial de los Estados miembros", en M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez Tremps (Dirs) y I. Gómez Fernández (Coord.), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 501-530.

haberse realizado antes, vista la extensión y la profundidad de muchas de las propuestas que contienen los estatutos vigentes o en trámite, incluso después de haber pasado por el tamiz de las Cortes Generales, por lo que pueden suscitarse delicados problemas de encaje con el marco constitucional vigente.⁵⁴

Es obvio que no es posible en este trabajo llevar a cabo un examen pormenorizado de las reformas estatutarias en esta materia europea. No obstante, sí es posible anotar que, sin perjuicio de sus peculiaridades, *en los distintos articulados estatutarios está siempre presente la dimensión europea en el ejercicio de los poderes autonómicos. Además, los nuevos estatutos dedican títulos o capítulos a las relaciones con la UE, con un contenido bastante similar*, en los que se aborda –entre otras cuestiones– la participación autonómica en la formación de la voluntad de las instituciones y órganos de la UE y su implicación en la aplicación del Derecho comunitario y las políticas de la Unión. Y se hace referencia específica a la gestión de los fondos europeos por las respectivas Administraciones autonómicas.⁵⁵

Vale ejemplificar la situación con el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, de 19 de julio de 2006, que en buena medida es el texto en el que se inspiran los demás estatutos ya vigentes o en su fase de aprobación. Tras un debate intenso en el Parlamento de Cataluña y las Cortes Generales, precedido de varios informes de calidad que propusieron cambios normativos después de diagnosticar los déficits de la participación autonómica en los asuntos europeos,⁵⁶ el Estatuto

54. Sobre la naturaleza y rango de los Estatutos de Autonomía, véase; J.M. Castilla Andreu, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona: IEA, 2004; L. López Guerra, "La función constitucional y el contenido del Estatuto de Autonomía", en AA.VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona: IEA, 2004, pp. 11-46; S. Muñoz Machado, "El mito del Estatuto-Constitución", en L. Ortega Álvarez (Dir.), *La reforma del Estado autonómico*, Madrid: CEPC, 2005, pp. 65-84.

55. Para una panorámica general del tema, véase D. Ordóñez Solís, D., "Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos Estatutos", *R.E.A.F.*, núm. 4, 2007, pp. 69-126.

56. En particular, véase Institut d'Estudis Autonòmics, *Informe sobre la reforma de l'Estatut*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2003, pp. 163-167 y P. Pérez Tremps, "La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña", en AA.VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona: IEA, 2004, pp. 351-387.

catalán ha establecido un capítulo III para las relaciones de la Generalitat con la UE, con nueve preceptos (artículos 184 a 192) que, por primera vez reconocen a nivel legislativo el derecho de la Generalitat a participar de modo general en los asuntos relacionados con la UE que afecten a las competencias o intereses de Cataluña, y reglamentan con detalle los distintos aspectos que comprende esta participación en sus fases ascendente y descendente.

Así, la participación en el Tratado UE (artículo 185), la formación de las posiciones del Estado (artículo 186) y en las instituciones y organismos europeos (artículo 187), la participación del Parlamento autonómico en el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en relación con las propuestas legislativas europeas que afecten a competencias de la Generalitat (artículo 188), el desarrollo y aplicación del derecho de la UE (artículo 189), la gestión de los fondos europeos (artículo 190), el acceso al Tribunal de Justicia (artículo 191) y la delegación de la Generalitat ante la UE (artículo 192). Estos preceptos llevan a cabo un desarrollo coherente de la disposición general (artículo 184) del Estatuto catalán, según el cual “la Generalitat participa, en los términos que establece el presente estatuto y la legislación del Estado, en los asuntos relacionados con la UE que afecten a las competencias o los intereses de Cataluña”.

Además de este capítulo tercero, el Estatuto de Cataluña regula en otros preceptos de su articulado cuestiones relativas a la UE, como es el caso, *inter alia*, de la promoción del catalán en la UE (artículo 6.3), las competencias de la Generalitat para el desarrollo y aplicación de la normativa de la UE (artículo 113), la determinación de los objetivos a los que se destinan las subvenciones europeas y la gestión de los fondos europeos (artículo 114) y la colaboración en la protección de las denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad europeas (artículo 128).

Una regulación prácticamente idéntica o con fuertes semejanzas se encuentra en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (artículos 230 a 239), Baleares (artículos 106 a 113) y Aragón (artículos 92 a 95), así como en los proyectos de Estatutos de Autonomía de Canarias (artículos 157 a 161), Castilla-La Mancha (artículos 62 a 65) y Castilla y León (artículos 61 a 66). Estos estatutos contienen igualmente otros preceptos a lo largo de su articulado en los que se hace mención a cuestiones relativas a la UE.

Más lacónico es el Estatuto de Autonomía de Valencia (artículo 61), si bien existen disposiciones dispersas en algunas partes de su texto (como los artículos 4, 8, 55, 59 y 71), por lo que el régimen establecido no resulta ser tan diferente como puede parecer *prima facie*.⁵⁷ Además, la disposición adicional segunda de este estatuto posibilita que cualquier ampliación general de carácter nacional de las competencias de las otras CC.AA. sea de aplicación a la Comunidad Valenciana.

Finalmente, una mención somera requiere la rechazada Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (más conocida como *Plan Ibarreche*) de 30 de diciembre de 2004, que en un único precepto (el artículo 65) se refería a sus relaciones con la UE, incluyendo la creación de una circunscripción electoral única para las elecciones al Parlamento europeo.

¿Están legitimadas las CC.AA. para incluir previsiones estatutarias que reflejen el estado actual de su participación en los asuntos europeos e incluso sus reivindicaciones pendientes, con vistas a llevar a cabo un ulterior desarrollo? Estamos de acuerdo con quienes defienden que esta manera de actuar es lícita en relación con la aplicación del Derecho comunitario (fase descendente), ya que se trata simplemente de retomar por escrito la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. Más problemas suscita la fase ascendente, porque el establecimiento de los mecanismos de participación de las Autonomías en los asuntos comunitarios es fundamentalmente una decisión de carácter general, a tomar entre el Estado y todas las CC.AA., y no una decisión unilateral, propia de cada una de éstas. Y si bien se puede prever una relación bilateral para cuestiones específicas de cada Autonomía, ha de respetar el límite del interés general y los intereses supraautonómicos que puedan igualmente concurrir, así como lo que pueda disponer la Constitución una vez terminado su proceso de reforma en lo que respecta al derecho de participación autonómico en los asuntos europeos y los principios

57. Véanse los ilustrativos cuadros comparativos del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña, de junio de 2007, en relación con el capítulo dedicado a "las relaciones con la UE" de los distintos estatutos aprobados o en trámite, accesibles en <http://www10.gencat.net/drep/AppJava/cat/recerca/reforma.jsp>. Aquí mismo pueden consultarse los textos completos de todas las reformas estatutarias.

básicos que la rigen en las fases ascendente y descendente, dado su rango prevalente.⁵⁸

Las diferentes cuestiones europeas reguladas por los nuevos estatutos están siendo objeto de estudio en las Autonomías implicadas en aras al despliegue del recién estrenado marco jurídico. En algunos casos implicarán actuaciones autonómicas unilaterales, sin que intervenga el Estado porque afectan tan sólo a competencias de las Autonomías, y en otros casos, tendrán que llevarse a cabo de forma negociada con el Estado y otras CC.AA., en la medida en que entran en juego simultáneamente competencias de todos ellos.

En lo que atañe específicamente a las cuestiones europeas que han sido objeto de este estudio, hay que destacar la existencia de cláusulas estatutarias relativas a las acciones ante el Tribunal de Justicia que recogen el régimen jurídico descrito en el apartado 1 y que deberían explotarse igualmente para solventar las deficiencias apuntadas en los mecanismos de colaboración en procesos ante el Tribunal de Justicia y la Comisión Europea.

Así, el artículo 191 del Estatuto de Cataluña dispone que: "1. La Generalitat tiene acceso al Tribunal de Justicia de la UE en los términos que establezca la normativa europea: 2. El Gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la UE en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat. La Generalitat colabora en la defensa jurídica; 3. La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat".

En términos casi idénticos se expresan el artículo 238 del Estatuto de Andalucía, el artículo 113 del Estatuto balear y el artículo 95 del Estatuto de Aragón, circunscribiéndonos a los estatutos ya vigentes. La excepción es el Estatuto valenciano, que no se refiere al tema.

58. *Vid.* para mayores detalles, y en particular los límites a la autonomía de las CC.AA. para regular sus intereses en sus estatutos, C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid: CEC, 1996, pp. 308 ss; E. Albertí Rovira, L. Ortega Álvarez y J.A. Montilla Marcos, *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Madrid: CEP, 2005, pp. 40-42 y 90 ss; C. Viver Pi-Sunyer, "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juricoconstitucional", *R.E.A.F.*, núm. 1, 2005, pp. 97-129.

El acceso de las Autonomías ante el Tribunal de Justicia es una de las cuestiones que han sido analizadas concienzudamente con vistas a su desarrollo estatutario. Por ejemplo, en Cataluña se avista la modificación de la Ley 3/1982, de 23 de marzo, del Parlamento, el Presidente y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat para referirse expresamente a la facultad de la Generalitat de instar al Gobierno a que impugne un acto comunitario y a colaborar en la defensa jurídica. Esta previsión sería después desarrollada en un reglamento, con el acuerdo previo del Estado. Asimismo para regular la colaboración en asuntos europeos entre los servicios jurídicos respectivos, la Generalitat ha propuesto al Estado firmar un convenio y planea modificar la Ley 7/1996, de 5 de julio, de Organización de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Generalitat de Cataluña, por la que se creó el Cuerpo de Abogados de la Generalitat, y su reglamento, aprobado por el Decreto 57/2002, de 19 de febrero.

La situación es distinta en cuanto a la responsabilidad autonómica en el caso de incumplimiento del Derecho comunitario, expuesta en el apartado 2, ya que no se consagra expresamente en los nuevos estatutos que sean ellas las que deban responder de las infracciones que cometan a la hora de ejecutar el Derecho comunitario en materias de titularidad autonómica. No obstante, indirectamente se puede encontrar confirmación de que asumen esta responsabilidad si se lleva a cabo una lectura sistemática coherente de los preceptos dedicados a regular las relaciones de cada Autonomía con la UE.

Cabe ejemplificar de nuevo con los artículos 113 y 189 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El artículo 113 dispone que "corresponde a la Generalitat el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la UE cuando afecte al ámbito de sus competencias, en los términos que establece el título V". Y el artículo 189 preceptúa que: "1. La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente estatuto; 2. Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las CC.AA. competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas. La Generalitat debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta

participación no es posible, debe emitir un informe previo; 3. En el caso de que la Unión Europea apruebe una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas". Adicionalmente se puede tomar en consideración el artículo 196.4 del Estatuto catalán que, en el marco de la acción exterior de Cataluña, prevé que "la Generalitat debe adoptar las medidas necesarias para ejecutar las obligaciones derivadas de los tratados y los convenios internacionales ratificados por España o que vinculen al Estado en el ámbito de sus competencias".

Los artículos 55, 61 y 62 del Estatuto valenciano, 235 y 240 del Estatuto de Andalucía, 93 y 96 del Estatuto de Baleares y 93 y 96 del Estatuto de Aragón contienen una regulación análoga, por lo que huelga su transcripción.

¿Qué cabe pensar de las reformas estatutarias en relación con el acceso ante el Tribunal de Justicia? A nuestro parecer, son constitucionales porque, salvo quizá en matices, se circunscriben a consolidar legislativamente lo que ya deriva de las prácticas existentes y de la jurisprudencia constitucional y comunitaria.

En cambio, era de dudosa constitucionalidad la regulación que contenía el artículo 191 del proyecto de Estatuto de Cataluña, de 30 de septiembre de 2005 respecto a las acciones ante el Tribunal de Justicia, en relación con *la previsión de que la Generalitat dirigiría la defensa jurídica de sus posiciones en el supuesto de recursos interpuestos por España a su instancia*,⁵⁹ porque nos parece discutible que

59. Reproducimos el texto íntegro del artículo 191 aprobado por el Parlamento catalán para facilitar la comprensión del tema (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 234, de 3 de octubre de 2005, y *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 210-1, de 21 de octubre de 2005). Este precepto prescribía que:

- "1. La Generalitat tiene acceso directo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la normativa europea;
2. El Gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado y al Comité de las Regiones a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat. La Generalitat dirige la defensa jurídica de sus posiciones en el procedimiento;
3. La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas sólo se podrá producir en caso de graves perjuicios para la política de integración, ha de estar motivada e implica la convocatoria automática de la Comisión Bilateral Generalitat – Estado".

una norma estatutaria pueda forzar al Estado a renunciar a dirigir la defensa de España ante los Tribunales de Justicia de la UE cuando está haciendo uso de su legitimación procesal. Otra cosa es que, en determinadas circunstancias (por ejemplo, si el litigio afecta exclusivamente a una Autonomía) se pueda pactar entre el Estado y la Autonomía una participación directa en la dirección del procedimiento e inclusive que un representante autonómico asuma la dirección jurídica de España. Por ley, y también por acuerdo al nivel de la CARCE y en el seno de un Senado reformado, podrían determinarse los supuestos en que ello sería posible. Serviría inclusive para este fin la coordinación ya operativa entre la Abogacía del Estado y la de las CC.AA. que antes se ha descrito si fuera perfeccionada en el sentido expuesto anteriormente.⁶⁰

Es más controvertible que fuera inconstitucional la previsión que también contenía el proyecto de Estatuto de Cataluña de que el Estado sólo podría negarse a iniciar las acciones instadas por la Generalitat en caso de graves perjuicios para la política de la integración, previa respuesta motivada y con la convocatoria automática de la Comisión Bilateral de Cataluña y el Estado. Se ha dicho a este respecto que esta regulación es inconstitucional porque se impone una participación concreta en una competencia exclusiva del Estado en virtud de la que una regulación estatutaria sustituye la competencia que tiene el Estado para regular unilateralmente el tema.⁶¹ Con una posición más matizada, ORTEGA SANTIAGO ha defendido "lo problemático" de esta regulación "desde la perspectiva de su constitucionalidad", en razón de "la previsión de la vinculatoriedad de esa solicitud para el Estado, que sólo podrá negarse a iniciar las acciones solicitadas por la Generalitat

60. Por el contrario, esta cuestión le parece plenamente constitucional al Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña en su dictamen núm. 269 (de 1 de septiembre de 2005, acerca de la constitucionalidad de la propuesta de reforma estatutaria; texto en http://www10.gencat.net/drep/binaris/dictamen%20CC%20Estatut_tcm112-43765.pdf), en la medida en que proclama que "ha examinado todos los artículos, las enmiendas y los votos particulares formulados a la propuesta de reforma" y sólo se pronuncia expresamente en los casos en que ha apreciado alguna posible duda de constitucionalidad. Cabe notar que el Consejo Consultivo se pronunció sobre el artículo 185 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Cataluña aprobado por la Ponencia del Parlamento catalán, de contenido idéntico al artículo 191 que fue después aprobado por el pleno del Parlamento catalán.

61. Voto particular en relación al artículo 185.3, equivalente al artículo 191.3 del proyecto después aprobado, de Joaquín Borrel Mestre al Dictamen del Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, en relación al artículo 185.3.

en caso de graves perjuicios para la política de la integración, negativa que debe ser motivada y que conlleva la convocatoria automática de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado” porque “el estatuto estaría imponiendo al Estado el modo en que ha de ejercer la competencia que le atribuye el ordenamiento comunitario para iniciar acciones, de forma privilegiada, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (...) El modo en que se determina la voluntad estatal que se expresa de manera unitaria en el ámbito de la Comunidad Europea, en este caso a través de la interposición de un recurso, no puede contenerse en una forma peculiar como es el Estatuto de Autonomía” porque en un recurso ante las jurisdicciones europeas están implicados no sólo el interés autonómico sino también el interés general del Estado y puede estar en juego igualmente el interés de otras CC.AA. Por consiguiente, esta materia precisa de una regulación legal unilateral por parte del Estado, aunque también se pueda hacer con el parecer y la participación de las CC.AA. por otras vías, para que se tengan en cuenta el interés general y otros intereses supraautonómicos que también pueden concurrir a la hora de decidir en qué supuestos se ha de tener en cuenta la voluntad de las CC.AA. cuando el Estado decide si impugna una norma comunitaria.⁶²

En nuestra opinión, en este último razonamiento no se tiene debidamente en cuenta un elemento, que también subraya el propio autor,⁶³ aunque no le otorga la misma trascendencia: que en el proyecto de Estatuto catalán de 2005 era la voluntad del Estado la que prevalecía en última instancia, en la medida en que el Estado sólo estaba obligado a motivar las razones por las que rechazaba la petición de la Generalitat, y de ese rechazo se derivaba tan sólo la convocatoria de una Comisión Bilateral, en relación paritaria y, por lo tanto, en la que la Generalitat tampoco podía realmente imponer su decisión al Estado.

En cualquier caso, los elementos controvertidos de la reglamentación inicial de las acciones ante el Tribunal de Justicia de la UE en el proyecto de Estatuto catalán de 2005 se evaporaron del texto en el trámite de aprobación por las Cortes Generales, de manera que no

62. C. Ortega Santiago, *Las Comunidades Autónomas ante la jurisdicción comunitaria*, *op. cit.*, pp. 154-158.

63. *Ibid*, p. 155.

albergamos duda alguna acerca del pleno encaje constitucional de la reforma aprobada.⁶⁴

Son también constitucionales, en nuestra opinión, los otros artículos de los estatutos antes mencionados de los que, indirectamente, se puede deducir que son las CC.AA. las que deben responder por sus incumplimientos del Derecho comunitario, visto que se ciñen a plasmar la clara doctrina constitucional antes mencionada. Con una excepción, caso en el que podría asomar alguna duda acerca de su constitucionalidad, como es la previsión estatutaria generalizada de que, en caso de competencias concurrentes, podrán adoptar la legislación de desarrollo en caso de que la UE apruebe una normativa que haga las veces de la legislación básica del Estado.

Esta duda no se debe a que los objetivos que fijan las normas comunitarias –fundamentalmente, las directivas– no puedan considerarse, en términos teóricos, como los principios básicos de las competencias compartidas en el ordenamiento español si son lo suficientemente precisos y se concreta la manera de alcanzarlos. Más bien al contrario, la uniformidad que, a nivel estatal, se persigue con la aprobación de un denominador común (STC 1/1982, de 18 de enero) puede resultar garantizada con la propia norma comunitaria, sin que deba interponerse continuamente el Estado entre la norma europea y la norma autonómica. Sucede así de modo especial cuando se trata de directivas detalladas, que vacían de margen de apreciación al Estado y las CC.AA. a la hora de ejecutarlas, de tal suerte que han de limitarse a llevar a cabo tareas casi automáticas.⁶⁵

64. En la misma posición, M. Palomares Amat ("Las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y la UE en el Estatuto de Autonomía de Cataluña del 2006", *R.E.E.I.*, núm. 13, 2007 pp. 20-21) hace valer que el artículo 191 del estatuto "podría criticarse en la medida en que no aporta nada a la situación jurídica actual (...) [toda vez que] se asienta en una práctica existente que cuenta con el fundamento jurídico de un acuerdo adoptado en el seno de la CARCE". A su vez, D. Ordóñez Solís ("Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos Estatutos", *op. cit.*, p. 101) asevera que el apartado 1 del artículo 191 del Estatuto catalán "sólo por razones políticas o de mero prestigio tiene trascendencia" y "en los dos apartados siguientes se codifica la práctica convencional asumida con carácter multilateral por la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (...)La nueva regulación estatutaria no deja de ser una mera remisión al Derecho comunitario".

65. Por ejemplo, contienen una regulación concreta muy detallada las siguientes dos recientes directivas, entre otras muchas que podrían citarse: 1) Directiva 2006/45/CE de la Comisión, de 16 de mayo de 2006, por la que se modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo

Y si el grado de detalle al que puede llegar una directiva reduce prácticamente a la nada la capacidad del Estado (y, por ende, de sus entidades territoriales, en la medida en que sean competentes por razón de la materia) para determinar su desarrollo normativo interno, ello debería permitir que, *en los ámbitos de competencia concurrente entre el Estado y las CC.AA., éstas puedan directamente, sin esperar la intervención del Estado (aprobación de la norma básica), adoptar las medidas de ejecución, ya que a priori podrían servir como bases en los casos en que cubran el contenido de la competencia estatal básica sobre la materia en que recaen.*⁶⁶ Así lo ha entendido recientemente el Gobierno vasco con la Ley vasca 1/2006, de 23 de junio, de Aguas. Dictada en ejecución de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, del Parlamento europeo y el Consejo, Directiva Marco del Agua, la legislación vasca prescinde de la competencia básica del Estado en la materia y ni siquiera hace mención a la legislación básica del Estado, como es el caso de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

Nuestra duda es debido a que, *en la práctica, la acomodación de las normas comunitarias con la noción de bases del Tribunal Constitucional no es nada sencilla*, fundamentalmente porque su zigzagante jurisprudencia sobre las bases impide afirmar categóricamente que la norma comunitaria puede cumplir la función de éstas en España. Existen precedentes judiciales en que, con una interpretación "comunitarista", el Tribunal Constitucional ha aceptado que el Derecho comunitario fije los criterios mínimos necesarios para ser considerado como un denominador normativo común (base material) y ello dispensa del cumplimiento del criterio de la base formal (así, SSTC 79/1992, de 19 de septiembre; 81/1993, de 8 de marzo; 102/1995, de 26 de junio y 128/1999, de 1 de julio). Sin embargo, la doctrina cons-

en cuanto a la especificación de la sustancia activa propoxicarbazona; 2) la Directiva 2006/137/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, que modifica la Directiva 2006/87/CE por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior.

66. En otra posición, J.A. Montilla Martos ("La articulación normativa bases – desarrollo al incorporar el Derecho europeo en el Estado autonómico", *ReDCE*, núm. 2, 2004, pp. 218-219) afirma que incluso en los supuestos excepcionales en que, por coincidir plenamente los ámbitos materiales de actuación de la UE y de los Estados miembros, "la ocupación por la norma europea del espacio normativo material de la legislación básica estatal fuera absoluta, quedaría incólume la capacidad normativa del Estado. Por ello estaría obligado a dictar normas básicas puramente recepticias".

titucional dista de ser unívoca, pues hay otros casos en los que ha analizado si la norma interna impugnada se adecuaba a su propia jurisprudencia sobre las bases, y no su correspondencia con la norma comunitaria (por ejemplo, SSTC 141/1993, de 22 de abril; y 13/1998, de 22 de enero). Así pues, parece oportuno que el Tribunal Constitucional clarifique su concepto formal-material de bases: esto es, que enuncie, si se quiere a modo de excepción de la doctrina general, que el criterio formal se cumple con una norma comunitaria equivalente a una ley estatal –como puede ser una directiva– que declare las bases porque materialmente cubre el ámbito de lo que es básico, en cuyo caso las Autonomías podrán intervenir directamente.

El Tribunal Constitucional está llamado a pronunciarse sobre los recursos de constitucionalidad planteados contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como respecto de ciertos conflictos de competencia que traen su causa en posibles incumplimientos estatutales de las previsiones estatutarias de Cataluña, por lo que pronto habrá respuesta a ésta y otras cuestiones.

4. Conclusiones

1) La UE tiene un impacto importante en temas autonómicos (es raro lo comunitario que no afecte a *lo autonómico*), incluso más allá de lo que se podía prever con ocasión de la adhesión (dada la *vis expansiva* de las competencias comunitarias en un sentido amplio), así como la repercusión económica de sus normas para el cumplimiento de las competencias estatales (por ejemplo, en materia de fondos europeos). Por supuesto, ello no es privativo de las CC.AA., porque lo comunitario también impregna hondamente todo lo que depende del Estado.

2) Los Estados miembros y las Instituciones de la UE disfrutan en el Tratado CE de legitimación privilegiada ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. No es el caso de los entes regionales, los cuales sólo pueden acceder de manera limitada, como cualquier particular, persona física o jurídica. La jurisprudencia comunitaria es taxativa a este respecto. Esta situación se ve agravada porque los tribunales de la UE siguen siendo excesivamente estrictos en su apreciación de la legitimación activa de los entes regionales y, de modo particular, cuando se interpone un recurso de anulación contra un

reglamento. Desde esta perspectiva encuentra cierta lógica que las Autonomías hayan ejercitado acciones ante ellos sólo en contadas ocasiones, y con suerte desfavorable como regla.

A pesar de lo preocupante de esta situación desde la perspectiva de la autonomía regional, así como el Estado de derecho y la legitimidad democrática de la UE, el Tratado constitucional de 2004 no contiene innovaciones que mejoren sustancialmente el *ius standi* de los entes regionales individualmente considerados.

3) La Comisión Europea inicia con relativa frecuencia procedimientos de incumplimiento del Derecho comunitario contra España debido a conductas de las CC.AA., y el Tribunal de Justicia ha constatado en no pocas ocasiones que el Estado ha infringido el Derecho comunitario por tales acciones y omisiones autonómicas. Los recursos de incumplimiento planteados frente a España por actuaciones autonómicas afectan generalmente a la normativa europea relativa a las ayudas públicas, la gestión de los fondos europeos, la contratación pública y el medio ambiente.

De no solventarse la infracción del Derecho comunitario en un plazo razonable tras la sentencia del Tribunal de Justicia, el Estado español corre el riesgo de que se inicien nuevos procesos de incumplimiento del Derecho comunitario para imponerle una sanción a tanto alzado y/o una multa coercitiva (artículo 228 del Tratado CE).

4) La participación de las CC.AA. en los procedimientos preconteniosos de la Comisión Europea y los recursos ante el Tribunal de Justicia en que interviene el Estado español (por hechos imputables a las CC.AA. o contra actos de la UE que les afecten especialmente, del tipo que sean: sanciones al Estado, reducción de fondos, recuperación de lo indebido, etcétera) se lleva a cabo en un clima de cooperación creciente y mejora progresiva.

Con todo, la presencia y la intervención de las Autonomías es secundaria. Baste recordar que colaboran con el Estado en la preparación de las respuestas, pero éste se reserva la última palabra; y el agente de España ante el Tribunal de Justicia es siempre un representante del Estado (del cuerpo de la Abogacía del Estado), salvo en los casos en los que las CC.AA. litigan directamente, como cualquier particular.

En el deber de las CC.AA. hay que poner que no explotan todas las posibilidades que les ofrece el Acuerdo de 11 de diciembre de 1997, como pone de manifiesto que en su (casi) década de existencia sólo hayan instado al Estado en diez ocasiones para que actúe ante el Tribunal de Justicia de las CE, a pesar de que el Estado ha dado curso favorable ocho veces a su petición.

5) Si son las CC.AA. las que deben aplicar el Derecho comunitario cuando ello resulte del reparto competencial establecido por el bloque de constitucionalidad, son ellas las que deberán hacer frente a los daños y perjuicios que resulten de los incumplimientos de las normas europeas que les sean imputables. Para exigir esta responsabilidad se emplean las vías previstas por el ordenamiento español para la reclamación de responsabilidad patrimonial de las CC.AA. por incumplimiento del Derecho comunitario

Asimismo, se utilizan las normas aprobadas *ad hoc* para repercutir en las Autonomías responsables de una infracción del Derecho comunitario el importe de las sanciones económicas impuestas a España por tal hecho.

6) Los nuevos Estatutos de Autonomía ya vigentes (Valencia, Cataluña, Baleares, Andalucía y Aragón) así como los que están en trámite, están aprovechando este *contexto de cambio* para positivizar los mecanismos actuales de participación autonómica en los asuntos europeos, y adicionalmente recoger muchas de sus reivindicaciones pendientes. En lo que estos estatutos afectan específicamente a este estudio (el acceso ante el Tribunal de Justicia y la responsabilidad autonómica por el incumplimiento del Derecho comunitario) no parece que haya tacha de inconstitucionalidad. Por consiguiente, se debería enmendar el sistema de participación autonómica en los procedimientos ante la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia para dotar de un mayor protagonismo a las CC.AA.

7) El Estado debería llevar a cabo igualmente reformas del ordenamiento estatal para solventar deficiencias del sistema de control del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario y de la responsabilidad autonómica por las infracciones de sus normas. Una solución sería instaurar legalmente mecanismos financieros de carácter sancionador en caso de que el Tribunal de Justicia constatare la existencia de actuaciones autonómicas contrarias al Derecho comu-

nitario. Otra solución consistiría en aprobar una ley que establezca un procedimiento general para recuperar el importe de las multas a tanto alzado y las multas coercitivas impuestas al Estado por conductas autonómicas.

Barcelona, 9 de mayo de 2007, Día de Europa
manuel.cienfuegos@upf.edu

RESUM

Les conseqüències de la pertinença d'Espanya a la Unió Europea no estan ben plasmades a la Constitució. Tan sols cal recordar que les comunitats autònomes no es mencionen a l'article 93 quan fa referència expressa als afers europeus.

L'objecte d'aquest article és examinar, en la pràctica actual, dues de les qüestions europees derivades de l'adhesió espanyola que preocupen a les comunitats autònomes, en tant que la seva autonomia política resulta notablement afectada. D'una banda, l'actuació de les comunitats autònomes davant les instàncies jurisdiccionals de la Unió Europea, degut al fet que no poden defensar judicialment les seves competències davant d'una norma comunitària que els afecti amb la mateixa facilitat amb què ho fan els poders centrals de l'Estat. Perquè la seva legitimació en el contenciós comunitari no és privilegiada i, per tant, són moltes dificultats amb les quals es troben per impugnar els actes dels quals no són destinatàries. I, d'altra banda, la responsabilitat autonòmica en l'àmbit intern derivada de l'incompliment del dret comunitari, perquè són les comunitats autònomes que s'han de fer càrrec de les conseqüències de les infraccions que els siguin imputables. Addicionalment, a l'últim apartat s'assenyala com queden regulats aquests dos temes en les reformes dels estatuts d'autonomia ja vigents o en tràmit d'aprovació, i molt particularment en el cas de Catalunya, a fi i efecte de contrastar si allò que es recull als estatuts casa bé amb el règim jurídic i la pràctica seguida en les dues qüestions seleccionades en aquesta investigació.

ABSTRACT

The consequences of Spain's membership of the European Union are not well reflected in the Constitution. The Autonomous Communities are not mentioned in article 93 of the Constitution, which refers explicitly to European affairs.

The aim of this article is to examine, in current practice, two of the European issues arising from Spanish membership that are of concern to the Autonomous Communities, insofar as their political autonomy is significantly affected. The first is the locus standi of the Autonomous Communities in terms of the jurisdictional institutions of the European Union, since they cannot defend their powers judicially when affected by an EU regulation as easily as the central powers of the State can. This is because they have no legitimate status as parties in the European appeal process, which in turn makes it very difficult for them to take issue with measures which are not aimed at them. The other issue is the responsibility of the Autonomous Communities for non-compli-

ance with EU law at internal level, because it is they who have to deal with the consequences arising this such non-compliance.

The final section considers how these two areas have been regulated in the reforms to the statutes of the Autonomous Communities which are either in force or in the process of being enacted. Particular reference is made to the Catalan case, in order to determine how far the provisions of the statutes correspond to the legal regime and practice followed in these two areas.

NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CON VIEJOS SISTEMAS ELECTORALES¹

Miguel Ángel Presno Linera²

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Aproximación al asunto. – 2. El origen preconstitucional de los sistemas electorales autonómicos y la incidencia en su desarrollo de los acuerdos entre los dos partidos políticos mayoritarios. – 3. La concurrencia de competencias sobre el derecho electoral de las Comunidades Autónomas y los excesos de la LOREG. – 4. La configuración estatutaria del sistema y del procedimiento electoral autonómico. – 5. La escasa creatividad del legislador electoral autonómico. – 6. Leyes electorales autonómicas redundantes, “reglamentarias”, minimalistas y rígidas. – 7. Conclusiones. – *Resum-Abstract.*

1. Aproximación al asunto

La redacción de estas páginas coincidió con la celebración, el 27 de mayo de 2007, de los séptimos comicios electorales en trece Comunidades Autónomas y en los ayuntamientos de toda España. Durante la campaña electoral, y en los días inmediatamente posteriores a las elecciones, han sido muy numerosos los enfoques políticos y sociológicos que han analizado este proceso como una suerte de elecciones generales, a pesar de su obvia impronta local y autonómica. No es la primera vez que se produce esta circunstancia y es fácil concluir que tiene mucho que ver con el elevado número de puestos a cubrir, con su extensión a todo el territorio y, hasta la fecha, con su inevitable repetición cuatrienal, pero, sobre todo, con el propio interés de las dos principales formaciones políticas de ámbito estatal (Partido Socialista

1. Agradezco al profesor Miguel Azpitarte Sánchez la lectura y valoración crítica de la primera versión de este trabajo y a los dos evaluadores anónimos sus comentarios y sugerencias.

2. presno@uniovi.es; página personal: <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>

Obrero Español y Partido Popular) en darle esta lectura general a procesos electorales singulares aunque simultáneos.

Este enfoque ha tenido una cobertura institucional y normativa desde los albores del Estado descentralizado a través de los "Pactos Autonómicos", firmados también en ese momento por las dos principales formaciones políticas estatales; primero por Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español, luego entre éste y el Partido Popular. Baste recordar los "Acuerdos Autonómicos de 31 de julio de 1981" en los que los signatarios convinieron en que las elecciones debían celebrarse el mismo día y la reforma, en 1991, de los Estatutos de Autonomía aprobados a partir del artículo 143 de la Constitución, con el objeto de fijar la fecha de celebración de las elecciones autonómicas "el cuarto domingo de mayo cada cuatro años" y, de esta manera, "evitar que los comicios electorales se celebren en fechas que, sociológicamente, se ha demostrado no potencian precisamente la asistencia a los Colegios Electorales; y, por otra parte, el evidente cansancio que produce a los ciudadanos la convocatoria dispersa de distintas Elecciones en todo el territorio del Estado".³ Que estas reformas traen causa de los acuerdos entre los partidos mayoritarios de implantación nacional se manifiesta sin rubor en los propios textos legales.⁴

Esta lectura homogénea de los procesos electorales en las Comunidades Autónomas del artículo 143 de la Constitución se ha venido realizando durante veinticuatro años. Es conocido que en los dos últimos de la vigente Legislatura se han iniciado las reformas de más

3. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1991, de 13 de marzo, de modificación del artículo 10.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria.

4. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1991, de 13 de marzo, de reforma del artículo 24.3 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia comienza con la proclamación de que los "partidos políticos con representación parlamentaria ampliamente mayoritaria tanto en las Cámaras Legislativas del Estado Español como en la Asamblea Regional de Murcia han llegado a un acuerdo de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General a fin de modificar los requisitos de la convocatoria de elecciones, en los supuestos de elecciones locales o de elecciones legislativas de las Comunidades Autónomas que, como es el caso de Murcia, sus Presidentes del Consejo de Gobierno no tienen expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico la facultad de disolución anticipada".

En la Ley Foral 11/1991, de 16 de marzo, por la que se modifican determinados preceptos de la Ley Foral 16/1986, de 17 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra se afirma que de no producirse las mencionadas modificaciones "en lo que se refiere a la fecha de celebración de las elecciones, se produciría un efecto no deseado ni por las fuerzas políticas ni por la propia sociedad...".

de la mitad de los Estatutos de Autonomía y en el momento de celebrarse las elecciones de 27 de mayo de 2007 ya estaban en vigor cinco de las que cabe calificar como nuevas normas institucionales básicas: los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Illes Balears y Aragón. En fase de tramitación parlamentaria en las Cortes Generales se encuentran las propuestas de reforma de los Estatutos de Canarias, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

Tanto en las reformas ya en vigor como en los textos pendientes de aprobación, uno de los aspectos clave es que el Presidente de la Comunidad adquiere plena capacidad para dominar el "tempo" electoral, sin interferencias jurídicas externas al propio escenario político autonómico. Por tanto, a partir de ahora podrá apelar a las urnas para poner fin a una situación de inestabilidad parlamentaria o para confirmar y, en su caso, aumentar su mayoría de gobierno.

Si llegan a término todas estas reformas se habrá ampliado de manera muy importante (de cuatro a diez) el espectro de Comunidades Autónomas que disponen de plena libertad para decidir en qué momento se celebran las elecciones a las respectivas Asambleas Legislativas, que ya no tendrán por qué coincidir con las elecciones locales ni efectuarse el cuarto domingo de mayo cada cuatro años. Parece razonable pensar que en la próxima Legislatura continuarán las reformas estatutarias, pero, no obstante, teniendo en cuenta el sistema de partidos, tanto estatal como autonómico, y las obvias conexiones entre las direcciones estatales y territoriales de las principales fuerzas, seguramente no habremos asistido a la última escenificación en términos de política general de unos comicios autonómicos.

Por si la anterior "clave política" no fuera suficiente, a la lectura nacional de los recientes resultados autonómicos contribuye una abundante prosa legislativa e institucional de ámbito estatal, no en vano en el cuerpo normativo que ha disciplinado estos procesos electorales ocupan un lugar troncal los 116 artículos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General que, por mandato de su Disposición Adicional Primera, apartado 2, "se aplican también a las elecciones a las Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas...", entre los que están los preceptos que ordenan que "los decretos de convocatoria se expiden el día quincuagésimo quinto antes del cuarto domingo de mayo del año que corresponda" (artículo 42.3) y que la campaña electoral "dura quince días" (artículo 51.2).

En la misma línea, la instancia administrativa suprema en dichos comicios, con la finalidad de “garantizar... la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad” (artículo 8) es la Junta Electoral Central, competente, entre otras medidas, para adoptar “instrucciones de obligado cumplimiento en cualquier materia electoral” (artículo 19).

No obstante, también debe recordarse la propia responsabilidad de las instancias políticas y representativas autonómicas en esta lectura “general” de sus procesos electorales, que, merced al protagonismo de las principales formaciones, les ha ahorrado esfuerzos políticos y económicos en las campañas electorales y ha servido para consolidar sus sistemas de gobierno gracias a una fórmula que ya había sido probada con éxito en las elecciones a las Cortes Generales y ha propiciado, también en las Comunidades Autónomas, la formación de mayorías de gobierno estables de uno u otro signo político.

Finalmente, no debe olvidarse que son también nuevos los Estatutos de Cataluña y Andalucía, que ya tenían plena disposición de su calendario electoral y que han aprovechado estos cambios para introducir algunas modificaciones en diversos elementos de su régimen electoral (fijación del número mínimo de diputados, paridad en las listas y máxima rigidez de la ley electoral en el caso catalán; criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales y obligación de los medios de comunicación de titularidad pública de organizar debates electorales entre las formaciones políticas con representación parlamentaria en el caso andaluz).

En suma, trataremos de averiguar en las páginas siguientes si los nuevos Estatutos son, o no, el punto de partida de unos nuevos sistemas electorales autonómicos.

2. El origen preconstitucional de los sistemas electorales autonómicos y la incidencia en su desarrollo de los acuerdos entre los dos partidos políticos mayoritarios

El punto de partida del régimen electoral español, entendido como el compuesto por las normas válidas para el conjunto de las instituciones representativas, sean del Estado o de las entidades territo-

riales en las que se organiza, se remonta a los años de la transición política a la democracia; en concreto a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política y al Real Decreto-Ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977. La consolidación de este régimen se producirá, primero, en la Constitución; en segundo lugar, en los Estatutos de Autonomía; luego arraigará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, finalmente, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG).

Que el origen de este sistema es previo a la Constitución se demuestra con algunos ejemplos muy significativos: ya la Ley para la Reforma Política estableció la elección de un número de diputados al Congreso –trescientos cincuenta– que no ha variado en los treinta años siguientes; lo mismo ha ocurrido con el mandato de que la elección habría de inspirarse en “criterios de representación territorial”, a la que “se aplicarán dispositivos correctores para evitar fragmentaciones inconvenientes de la Cámara, a cuyo efecto se fijarán porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso” (Disposición Transitoria Primera).⁵

No menos gráfica es la Exposición de Motivos del Decreto-Ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977, donde se afirma que:

“...determinado por la Ley para la Reforma Política, el número total de Diputados y Senadores, corresponde al presente Real Decreto-Ley la distribución de dicho número entre las diferentes provincias españolas. En cuanto a los primeros se ha considerado conveniente asegurar un mínimo inicial de dos Diputados por provincia y dividir el resto de los Diputados en función de la población... De esta forma se suavizan en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y se atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación... El sistema electoral para el Congreso se inspira en criterios de representación proporcio-

5. Véase, sobre la aprobación de la Ley para la Reforma Política, Benito Álaez Corral: “La Constitución española de 1978: ¿Ruptura o reforma constitucional?”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 9, 1997, págs. 161 y ss.; sobre su influencia en nuestro vigente sistema electoral, Alfonso Fernández-Miranda: “Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 521 y ss.; y Ángel J. Sánchez Navarro: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 66 y ss.

nal con candidaturas completas, bloqueadas y cerradas, cuya presentación se reserva a los partidos y federaciones constitutivos de acuerdo con las normas reguladoras del derecho de asociación política, a las coaliciones de estas fuerzas que pueden formarse por mera declaración ante la Junta Electoral Central, y a los propios electores que deseen promover candidaturas determinadas y no de partido. La distribución de escaños se realizará de acuerdo con la regla de «D'Hondt» que resume en una sola operación el funcionamiento del cociente electoral y el cómputo de restos de acuerdo con el sistema de la mayor media. Esta misma regla ya supone un poderoso corrector del excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias. A esta misma finalidad, responde la exclusión en la atribución de escaños de aquellas listas de candidatos que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos emitidos en la circunscripción”.

En estas líneas aparecen ya las claves de bóveda de nuestro vigente sistema electoral, tanto estatal como autonómico: a) el mapa, con un mínimo de diputados por circunscripción;⁶ b) una distribución de escaños que, paradójicamente en un sistema proporcional, “suaviza en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación”; c) las candidaturas de listas cerradas y bloqueadas; d) la fórmula electoral “D'Hondt”; e) la barrera electoral y f) la voluntad decidida de corregir el “excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias”.

Estas previsiones estuvieron muy presentes en el proceso de elaboración del texto constitucional y con su incorporación a la Norma Fundamental⁷ se convirtieron en algo indisponible para las Cortes

6. Manuel Martínez Sospedra remonta el origen del mínimo inicial de dos diputados a la regulación que hizo la Ley Orgánica del Estado, en 1966, al cambiar la redacción primitiva del artículo 2 de la Ley de Cortes; véase su estudio sobre “El régimen electoral Valenciano” en *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23 (Monográfico sobre el régimen electoral de las Comunidades Autónomas), 2004, pág. 411.

7. Con la objeción del Partido Comunista por la merma de proporcionalidad que suponían; al respecto son muy ilustrativas las palabras del Diputado Solé Tura el 12 de julio de 1978 en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados que debatía el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 108, págs. 4184 y ss. Puede consultarse en <http://www.congreso.es> y en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, Tomo II, págs. 2236 y ss.; véanse también las

Generales,⁸ formando, en expresión gráfica, nuestra “Constitución electoral”,⁹ que tiene su ejemplo más acabado en el artículo 68, que fija el número máximo y mínimo de diputados, el carácter del sufragio, la circunscripción provincial, la proporcionalidad de la representación, la duración del mandato, los electores y elegibles, y la franja temporal de celebración de las elecciones.¹⁰

Aquí están los elementos del sistema electoral para el Congreso de los Diputados, cuya articulación procedimental se deja en manos del Legislador,¹¹ que cuando se decidió a desarrollarlo admitió sin pudor que su renovación no era en modo alguno radical, “debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-Ley” (Exposición de motivos de la LOREG).

Los propios Estatutos de Autonomía de las Comunidades del artículo 151 no fueron ajenos a esta influencia de la normativa electo-

consideraciones incluidas en el estudio de Jordi Solé Tura y Miguel Ángel Aparicio Pérez: *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984.

8. Una postura crítica con la incorporación a la Norma Fundamental de numeras prescripciones electorales es la de Enrique Arnaldo Alcubilla en *El carácter dinámico del régimen electoral español*, CEPC, Madrid, 2002, págs. 11 y ss.

9. Francisco Caamaño Domínguez: “Elecciones y Tribunal Constitucional. ¿Una intersección no deseada?”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 41, 1991, pág. 95.

10. “1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. 2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. 4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara. 5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España. 6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones”.

11. Miguel Azpitarte Sánchez señala que “mientras que el sistema electoral demanda una mayor rigidez constitucional que evite su disponibilidad en manos de mayorías contingentes, se puede afirmar que la menor rigidez del procedimiento electoral facilita su adaptación a los cambios que impulsa y exige la experiencia de cada contienda electoral”; véase su trabajo “La dimensión constitucional del procedimiento electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 11-12, 2002-2003, págs. 425 y ss.; en concreto pág. 443.

ral estatal y nos encontramos con remisiones tan explícitas como la del hasta fecha bien reciente artículo 28.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que se encomendaba al “mismo sistema que rija para las elecciones al Congreso de los Diputados”.¹² Además, como es sabido, los primeros procesos electorales autonómicos se desarrollaron, en lo no previsto en las disposiciones transitorias de los Estatutos, de acuerdo con la normativa que regulaba las elecciones al Congreso de los Diputados, que no era otra que la del Decreto-Ley de 1977.

Pero además de estas remisiones expresas, todos los sistemas electorales autonómicos, tanto los de las Comunidades del artículo 151 como los de las que surgieron al amparo del artículo 143, han asumido como propios los elementos que ya hemos visto estaban presentes en el Real Decreto-Ley de 1977: a) un mapa electoral que asegura un mínimo de diputados por circunscripción; b) una distribución proporcional de escaños, que “asegure, además, la representación de las distintas zonas del territorio”,¹³ lo que viene exigido constitucionalmente en el artículo 152.1 para las Comunidades del artículo 151; c) las candidaturas de listas cerradas y bloqueadas; d) la fórmula electoral “D’Hondt”; e) la barrera electoral, y f) la voluntad decidida de corregir el “excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias”.

No menos gráfica ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; primero ha recordado el origen preconstitucional del derecho electoral:

“...en abstracto, es admisible que la Ley Electoral se haga por partes o que se modifique por partes, pero esta posibilidad no es sostenible en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución, pues confeccionar parcialmente la Ley Electoral significa modificar sólo parcialmente, a través de una Ley Orgánica, el Real Decreto-ley 20/1977” (STC 72/1984, F. 5).¹⁴

12. Véase el comentario de Agustín Ruiz Robledo: “El régimen electoral de Andalucía”, *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, ..., pág. 354.

13. A título de ejemplo, en el País Vasco cada circunscripción elige el mismo número de diputados (25); en Cataluña no ha variado el reparto de escaños por circunscripción desde 1980 (85 Barcelona, 18 Tarragona, 17 Girona y 15 Lleida) y en Andalucía se garantiza estatutariamente que ninguna provincia tendrá más del doble de parlamentarios que otra.

14. Sobre esta doctrina jurisprudencial, véase el estudio, ya citado, de Ángel Sánchez Navarro: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral...* y, en fechas más recientes,

Luego el Tribunal ha avalado una "institucionalización racionalizada" del sistema electoral estatal y autonómico; en una sentencia dictada al día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la LOREG, y, precisamente, a propósito de unas previsiones estatutarias, sostiene (STC 75/1985, de 21 de junio, F. 5),¹⁵ que:

"...ni la Constitución ni, en este caso, el Estatuto catalán han pretendido, en efecto, introducir, agotando la regulación de la materia, un sistema «puro» de proporcionalidad,... La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa «pureza» de la proporcionalidad abstractamente considerada.

En nuestro ordenamiento, algunos de estos recortes ya aparecen impuestos por la propia Constitución, pues en lo que se re-

Juan Carlos Gavara de Cara: "Los regímenes electorales autonómicos como sistemas proporcionales", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 22-23,..., págs. 205 y ss.; en especial, págs. 232 y ss.

15. <http://www.tribunalconstitucional.es>; es cierto, no obstante, que el Tribunal apela al derecho y a la jurisprudencia comparados –en concreto, al ámbito alemán– y mantiene que "no es difícil percibir que esta cláusula se ha inspirado de modo directo ... en el precedente de la República Federal de Alemania, donde las candidaturas electorales tienen la necesidad de superar también un porcentaje mínimo de votos –por cierto, superior al que se ha establecido en España, pues allí se trata de un 5 por 100– para tener derecho al reparto electoral. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal ha tenido ocasión de pronunciarse ... sobre la validez constitucional de este límite, tanto en el plano federal como respecto al ordenamiento de algún *Land*; y en tales casos, aquel Tribunal siempre concluyó en la validez del límite, considerándolo como garantía legítima de la eficacia de las instituciones parlamentarias, en cuanto tiende a corregir fragmentaciones excesivas en la representación política obtenida mediante la proporcionalidad electoral" (STC 75/1985, F. 5). En la misma sentencia declara nuestro Tribunal Constitucional que "la validez constitucional de esta finalidad [que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia] es lo que justifica, en último término, el límite del 3 por 100 impuesto por el legislador, y esa validez se aprecia si tenemos en cuenta que el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales (personales o de grupo) reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, sino que es también, a través de esta manifestación de estos derechos subjetivos, un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél" (F. 5).

fiere a la elección del Congreso de Diputados, el apartado 1 de su art. 68, al regular la composición de la Cámara, implica una evidente restricción al despliegue de la proporcionalidad, que ciertamente será mayor o menor, pero que se producirá en cualquier caso, según decida el legislador ir ampliando desde el número mínimo (300) hasta el número máximo (400) de Diputados que el precepto señala, y esta restricción adquiere más entidad si se tiene en cuenta que, según el apartado 2 del mismo artículo, el número total de Diputados por el que se opte habrá de distribuirse entre las provincias, a las que se determina como circunscripciones electorales, junto a la necesidad de atribuir un número mínimo inicial de escaños a cada una de ellas”.

Ya se ha apuntado que, junto a estos condicionamientos, en el vigente sistema electoral de las Comunidades del artículo 143 han desempeñado un papel muy relevante los acuerdos entre los dos principales partidos políticos con implantación estatal: primero los firmados por Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español; luego entre éste y el Partido Popular.¹⁶ Hablamos, en primer lugar, de los “Acuerdos Autonómicos de 31 de julio de 1981”,¹⁷ suscritos por “el Gobierno de la Nación y el partido que lo sustenta [UCD], junto con los representantes del Partido Socialista Obrero Español” (Preámbulo) y que incluyeron los “Acuerdos político-administrativos”,¹⁸ los “Acuerdos económico-financieros”, el Anteproyecto de Ley del Fondo de Compensación Interterritorial y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.

En relación con el asunto que nos ocupa, en estos Acuerdos se decidió que la provincia sería la circunscripción electoral en las Comu-

16. Véase, con más detalle, Miguel Ángel Presno Linera: “Los acuerdos entre los principales partidos políticos y su incidencia en la articulación del Estado autonómico español”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 20, 1996, págs. 97 y ss, y los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia, Ariel, Barcelona 2000, págs. 218 y ss.

17. Pueden consultarse en la página de la “Biblioteca virtual Miguel de Cervantes”: <http://www.cervantesvirtual.com/>; también en *Acuerdos Autonómicos 1981*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, págs. 9 y ss.

18. En los “Acuerdos político-administrativos” se incluyeron previsiones de extraordinaria relevancia para la articulación del Estado: así, además del “mapa autonómico”, la elaboración y tramitación de los Estatutos de Autonomía, las competencias, las cuestiones relativas a los órganos de representación y gobierno de las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales, los criterios básicos y el calendario de transferencias,...

nidades Autónomas cuyos Estatutos todavía no habían sido aprobados, con las excepciones de los archipiélagos canario y balear, donde sería la isla. Los firmantes del Acuerdo también convinieron en que las elecciones debían celebrarse el mismo día y que no debía haber una diferencia superior al 2,75 entre las circunscripciones de mayor y menor población. Textualmente:

“Para la celebración de las elecciones de las Asambleas de las Comunidades Autónomas se acuerda lo siguiente:

1.º Ha de estudiarse una solución constitucional que posibilite que las elecciones para las Asambleas de todas las Comunidades Autónomas se celebren el mismo día.

2.º Sin perjuicio de lo señalado en el punto 1.º del número 8, en relación con los Estatutos de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, en los Estatutos de las demás comunidades se establecerán mecanismos que permitan la celebración de sus elecciones en una misma fecha. Dicha fecha se situará para las primeras elecciones entre el 1 de febrero y el 31 de mayo de 1983.

5.º Con carácter general, a menos que las fuerzas políticas firmantes propongan de común acuerdo otra fórmula en su proyecto de Estatuto, la corrección territorial entre las circunscripciones con menor y mayor censo electoral oscilará entre 1 a 1 y 1 a 2,75.

6.º En las Comunidades Autónomas uniprovinciales, la provincia será la circunscripción electoral única, a menos que sus fuerzas políticas con representación en las Cortes Generales convengan otra cosa por unanimidad. En las Comunidades Autónomas pluriprovinciales la circunscripción electoral será la provincia.

7.º En el caso de Canarias y Baleares, los Partidos firmantes tratarán de llegar a un acuerdo, y caso de no conseguirlo, la circunscripción electoral será la isla...”

En una segunda fase, que culminó en el mes de marzo de 1991, se concretó uno de estos compromisos mediante una significativa reforma de los Estatutos de Autonomía aprobados a partir del artículo 143 de la Constitución, con el objeto de fijar la fecha de celebración

de las elecciones autonómicas “el cuarto domingo de mayo cada cuatro años” y, de esta manera, “evitar que los comicios electorales se celebren en fechas que, sociológicamente, se ha demostrado no potencian precisamente la asistencia a los Colegios Electorales; y, por otra parte, el evidente cansancio que produce a los ciudadanos la convocatoria dispersa de distintas Elecciones en todo el territorio del Estado” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1991, de 13 de marzo, de modificación del artículo 10.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria). Sobran comentarios sobre la flagrante merma de autonomía que supone para un sistema parlamentario de gobierno la pre-determinación absoluta de la fecha de celebración de las elecciones.

El objetivo declarado de esta reforma es facilitar la plena participación de los ciudadanos en los procesos electorales autonómicos. Ahora bien, los impulsores directos de esta reforma son los propios partidos políticos mayoritarios de ámbito estatal, que con facilidad logran imponer su criterio a las Asambleas Legislativas autonómicas, pues no en vano tienen en ellas amplia mayoría. Incluso el propio Legislador hace constar expresamente esta circunstancia en la Exposición de Motivos de alguna de las Leyes Orgánicas de reforma de los Estatutos de Autonomía.¹⁹

Declaraciones similares, en las que se realza el protagonismo de las formaciones políticas en la reforma electoral y la importancia que

19. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1991, de 13 de marzo, de reforma del artículo 24.3 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia comienza con la proclamación de que los “partidos políticos con representación parlamentaria ampliamente mayoritaria tanto en las Cámaras Legislativas del Estado Español como en la Asamblea Regional de Murcia, han llegado a un acuerdo de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General a fin de modificar los requisitos de la convocatoria de elecciones, en los supuestos de elecciones locales o de elecciones legislativas de las Comunidades Autónomas que, como es el caso de Murcia, sus Presidentes del Consejo de Gobierno no tienen expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico la facultad de disolución anticipada”. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1991, de 13 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, se afirma que “cualquier circunstancia de hecho que pueda afectar negativamente a la participación popular en tales procesos [electorales] debe ser cuidadosamente sopesada por los partidos para remover los obstáculos que dificulten el ejercicio pleno del derecho”. Por su parte, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1991, de 13 de marzo, de modificación del artículo 10.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria se puede leer que “uno de los objetivos primarios que ha sido planteado por la mayoría de los Partidos Políticos [sic] es el de lograr mecanismos que favorezcan la libre expresión del derecho fundamental de sufragio, estimulando la plena participación política de los ciudadanos en los procesos electorales”.

ésta reviste para aquéllas, se pueden encontrar también en las modificaciones efectuadas en las leyes electorales autonómicas.²⁰

Nos encontramos así ante un nuevo supuesto de orientación y dirección de la política legislativa llevada a cabo por los partidos mayoritarios dirigida a transferir al terreno jurídico las decisiones tomadas por dichas formaciones, adaptando “las normas al nivel de implantación social de las formaciones políticas mayoritarias” (Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Así, los partidos de ámbito nacional inician y completan el ciclo legislativo, actuando como demandantes de una modificación legislativa y como oferentes capaces de satisfacer esa necesidad.

No debe extrañar el protagonismo de las formaciones políticas dominantes en ese momento, que tratan de establecer en el proceso constituyente o, en nuestro caso, “estatuyente” los cimientos para asegurarse un futuro político e institucional en el sistema que se está gestando, para lo que, junto con su propia capacidad de supervivencia, será determinante la configuración que se otorgue al sistema electoral.²¹

Si reparamos de forma puntual en lo que ha venido ocurriendo en los sucesivos procesos electorales autonómicos vemos el alto grado de continuidad en el ejercicio del poder, hasta el punto de que una

20. Así, en la ley que reforma la legislación electoral de la Región de Murcia se reproduce textualmente el contenido de la Exposición de Motivos de la ley de reforma del Estatuto de Autonomía; en la Ley Foral 11/1991, de 16 de marzo, por la que se modifican determinados preceptos de la Ley Foral 16/1986, de 17 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra se afirma que de no producirse las mencionadas modificaciones “en lo que se refiere a la fecha de celebración de las elecciones, se produciría un efecto no deseado ni por las fuerzas políticas ni por la propia sociedad...” Posteriormente, en Galicia, la Ley 15/1992, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de Elecciones al Parlamento de Galicia, fundamenta la modificación del límite mínimo para la atribución de escaños en “una lógica adaptación de la Ley a nivel de implantación social de las fuerzas políticas [sic] y la búsqueda de la máxima eficacia en la actuación del Parlamento. Esta última dicción se reproduce literalmente, casi tres años después, en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears: “Una lógica adaptación de la ley electoral al nivel de implantación social de las fuerzas políticas...”

21. Véanse al respecto las consideraciones de Konrad Hesse en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, págs. 10 y ss.

misma formación política ha conseguido gobernar, en solitario o en coalición, durante varias o, incluso, la totalidad de las Legislaturas.²² Esta estabilidad, como veremos más adelante, es una de las razones principales para explicar las escasas transformaciones que han experimentado las normas electorales autonómicas. En esta línea, sí tenemos algún ejemplo de que cuando ha sido necesario para mantener una mayoría de gobierno se han realizado los cambios oportunos en la ley electoral autonómica.²³

En suma, si los procesos electorales están destinados a producir tres efectos (expresar la representatividad política, ofrecer legitimación y generar gobiernos)²⁴ parece bastante claro que en las Comunidades Autónomas españolas han sido eficaces en el otorgamiento de legitimación a los nuevos poderes políticos de ámbito territorial pero sobre todo, y de manera muy sobresaliente, en la generación de gobiernos estables.

3. La concurrencia de competencias sobre el derecho electoral de las Comunidades Autónomas y los excesos de la LOREG

No ofrece duda alguna que el derecho de sufragio en los procesos electorales autonómicos también forma parte del contenido del

22. Son ejemplos bien conocidos el Partido Nacionalista Vasco en Euskadi (todas las Legislaturas); Convergencia i Unió en Cataluña (seis Legislaturas); el Partido Socialista Obrero Español en Castilla-La Mancha, Extremadura y Andalucía (todas las Legislaturas), y el Partido Popular en Castilla-León (desde el año 1991), Madrid, Murcia o La Rioja (desde 1995).

Para un análisis comparativo, aunque no actualizado, véanse los trabajos *Las elecciones autonómicas en España, 1980-1997*, Edición a cargo de Manuel Alcántara y Antonia Martínez, CIS, Madrid, 1998; *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, Edición a cargo de Juan Montabes, CIS, Madrid, 1988. Pueden verse también los análisis que se publican en el *Informe de las Comunidades Autónomas*, dirigido por Joaquín Tornos, Institut de Dret Públic, Barcelona. Sobre los sistemas electorales autonómicos, además de la bibliografía citada, véase Tomás Vidal Marín: *Sistemas electorales y estado autonómico: especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2006.

23. Es sabido que la rebaja del 5 al 3% en la barrera electoral vasca permitió, en las elecciones de 13 de mayo de 2001, el acceso a la Cámara de una formación (Esquer Batua) que formaba parte del Gobierno y que con la primera barrera no habría conseguido escaños.

24. Véase al respecto el temprano trabajo de Francesc de Carreras y José María Vallés: *Las elecciones*, Blume, Barcelona, 1977, págs. 19 y ss.

derecho fundamental de participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución.²⁵ Por este motivo la regulación de sus elementos esenciales está reservada a la ley orgánica (artículo 81.1 CE), lo que es compatible con “la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho [por el] legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma” (SSTC 127/1994, de 5 de mayo, F. 5, y 173/1998, de 23 de julio, F. 7).

En consecuencia, las Cortes Generales tienen reservada una parte de la competencia legislativa en materia electoral autonómica como resultado de dos llamadas constitucionales: la del artículo 81.1 (para la concreción de la definición abstracta del derecho del artículo 23) y la contenida en el artículo 149.1.1ª (las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio). Pero también las Comunidades Autónomas tienen competencias propias en este ámbito atribuidas por el bloque de la constitucionalidad: la Constitución les encomienda la elección de “una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio” (artículo 152.1); además, el artículo 148.1.1ª permite a las Comunidades asumir competencias exclusivas en la organización de las instituciones de autogobierno;²⁶ por su parte, los Estatutos respectivos contienen, como se verá más adelante, una previsión detallada tanto del sistema como del procedimiento de elección de su Parlamento.

En suma, nos encontramos con dos competencias exclusivas: por una parte, la del Estado para regular tanto el desarrollo del contenido esencial del derecho de sufragio como las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho; por otra parte, la de las Comunidades Autónomas para legislar el modo de elección de su Asamblea representativa, sin vulnerar el desarrollo de los elementos esenciales del derecho fundamental llevado a cabo por la ley orgánica, respetando las “condiciones básicas que [garantizan] la igualdad en su ejercicio, dictadas por el Estado en virtud del artículo 149.1.1ª de la Norma Fundamental” (STC 154/1988, de

25. Nos ocupamos de ello en *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

26. Sobre el significado constitucional de esta competencia, véase el análisis de Rafael Naranjo de la Cruz “Instituciones de autogobierno” en *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, dirección de Francisco Balaguer Callejón, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 157 y ss.

21 de julio, F. 3), las previsiones del artículo 152 sobre proporcionalidad y representación de las distintas partes del territorio y, por supuesto, lo previsto en el respectivo Estatuto de Autonomía.

Ahora nos interesa especialmente insistir en el límite que suponen las “condiciones básicas”, que ni son unas bases susceptibles de desarrollo legislativo autonómico ni tampoco, por su propio carácter “básico”, pueden representar un contenido acabado del derecho en cuestión.²⁷ Debe de tratarse de unos requisitos necesarios para la finalidad a la que están destinados: la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de sufragio en el contexto de un Estado descentralizado políticamente.

Como afirmó Ignacio de Otto en fecha temprana, la igualdad no podrá entenderse como identidad de posiciones jurídicas, sino en el sentido de un mandato de equivalencia sustancial o en el resultado, aun cuando las regulaciones jurídicas no sean idénticas. En una posición que compartimos, este autor sostiene que la interpretación habrá de ser estricta también en lo que se refiere a la extensión de la competencia desde la regulación del ejercicio de los derechos a la de las instituciones conexas; de no ser así, se podrían extender sin límites y por conexiones amplias las competencias exclusivas del Estado.²⁸ Y eso, añadimos nosotros, es lo que ha ocurrido de manera significativa con el procedimiento electoral en instituciones como el censo electoral o las competencias de las Juntas Electorales.

En el ámbito que nos ocupa, las condiciones básicas están recogidas en la LOREG, si bien el legislador orgánico no ha precisado, como debiera,²⁹ qué preceptos tienen ese carácter, pues lo que hace en la Disposición Adicional Primera, apartado 2, es señalar que “en apli-

27. Para una amplia panorámica doctrinal sobre el sentido del artículo 149.1.1ª, véase Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001. Sobre el significado constitucional del precepto véase el estudio de Javier Barnés: *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª de la Constitución española*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004.

28. *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 175 y 176.

29. Miguel Ángel Cabellos Espiérrez explica el sentido de esta obligación en su estudio *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario...* pág. 119.

cación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta Ley Orgánica: 1 al 42; 44; 44bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8; 47.4; 49; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152”.

Lo anterior significa que, en términos cuantitativos, 116 de los artículos de la LOREG son aplicables, en todo o en parte, a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero algunos lo serán en tanto concreción del derecho fundamental de participación política (por ejemplo, el artículo 2 sobre la titularidad del derecho, o el 44 sobre los legitimados para presentar candidaturas), mientras que otros lo serán como condiciones básicas que garantizan la igualdad. La cuestión estriba en diferenciar entre unos y otros y verificar que los segundos son efectivamente imprescindibles para el fin al que están destinados y, además, permiten el juego del legislador electoral autonómico, que, no se olvide, debe poder organizar sus instituciones de autogobierno.

Como se ha dicho de manera gráfica,³⁰ en caso de duda acerca de la pertenencia de una norma al ámbito de las condiciones básicas o al del legislador autonómico, no existiendo otro título estatal que pueda fundamentar la titularidad de la competencia, deben existir razones de peso para sustraer al legislador autonómico la posibilidad de dictarla, motivos que en cualquier caso deberían justificarse con particular vigor. Tampoco es admisible una legislación pseudoarmonizadora al amparo del artículo 149.1.1^a, con el pretexto de evitar una divergencia normativa en las diferentes Comunidades Autónomas.³¹

En definitiva, entendemos que las limitaciones derivadas de las condiciones básicas deben interpretarse de manera restrictiva cuando se trata de legislar sobre los procesos electorales autonómicos pues no en vano están en juego dos principios estructurales de nuestro Estado: el democrático y el de autonomía política, íntima-

30. Miguel Ángel Cabellos Espiérrez: *ob. cit.*, pág. 209.

31. Véase al respecto Gerardo Ruiz-Rico Ruiz: *Los límites constitucionales del Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2001, pág. 162.

mente imbricados en la elección de los órganos de representación política de la comunidad autónoma. Y es que en un Estado con un nivel de descentralización política “federal” como el español, los procedimientos de selección de los órganos autonómicos de representación política deben ser generados, respetando las condiciones básicas de igualdad, por los propios poderes de la Comunidad, dotando así al sistema de las mayores dosis de autorreferencialidad (autogobierno).

Desde luego eso es lo que ocurre en dos sistemas federales clásicos como el estadounidense y el alemán, que si bien, como es conocido, han sido configurados uno de manera presidencialista y el otro de forma parlamentaria, tienen como importante punto de coincidencia el que en ambos casos la competencia legislativa electoral pertenece esencial (República Federal de Alemania) o totalmente (Estados Unidos) al ente descentralizado.³² Esto no significa que, al igual que ocurre con el modelo español, los estados federados puedan legislar al margen de los preceptos constitucionales que consagran el derecho de sufragio como un derecho fundamental de todos los ciudadanos que debe poder ser ejercido por ellos en condiciones de igualdad. En palabras históricas, “como estándar constitucional básico, la cláusula de protección equitativa exige que los escaños en las dos cámaras de los Estados deben asignarse... con una representación igualitaria de todos los ciudadanos, vivan donde vivan” (*Reynolds v. Sims*, 377 US 533, de 15 de junio de 1964).³³

Sin ignorar las diferencias entre estos modelos federales y el “modelo federal español”, y el distinto sistema general de reparto de competencias, no consideramos que en materia de elecciones autonómicas dichas diferencias justifiquen constitucionalmente que en España la cláusula de igualdad –las condiciones básicas que la garantizan en el ejercicio del sufragio– tenga un contenido esencialmente mayor al que desempeña en los sistemas alemán y estadounidense.

32. Para un minucioso análisis comparado de estos sistemas, junto con el italiano, en la doctrina española, véase el trabajo de Juan Carlos Gavara de Cara: “Modelos comparados de regulación y homogeneidad de los sistemas electorales”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 22-23, *cit.*, págs. 83 y ss.

33. <http://laws.findlaw.com/us/377/533.html>; parte del contenido de ésta y otras cinco sentencias de la misma fecha resultaron acogidos en la *Voting Rights Act*, de 1965.

se,³⁴ donde la introducción de instrumentos garantizadores por parte de la legislación federal para vincular a los legisladores de los Estados miembros deberá motivarse y encontrará su razón constitucional de ser en el ejercicio en condiciones de igualdad de la participación política como concreción del principio democrático.

En Alemania la cláusula de igualdad no habilita al Legislador federal para que apruebe condiciones que la aseguren en las elecciones de cada Estado (artículo 28.1. de la Ley Fundamental),³⁵ sino que es un mandado dirigido a los parlamentos federados, cuya actuación quedará a expensas de lo que decida en su caso el Tribunal Constitucional Federal. Sirve como un criterio transversal para controlar los elementos que forman el sistema electoral de cada Estado, pero no para comparar los de unos y otros (BVerfGE 69, 92).³⁶

Aunque en España sí hay una habilitación al Legislador estatal, la función que debe cumplir el artículo 149.1.1ª es similar: no demanda una identidad de posiciones jurídicas, sino una equivalencia sustancial, aún cuando las regulaciones jurídicas no sean idénticas; por este motivo, como veremos con más detalle enseguida, también el sistema español permite al Legislador autonómico seleccionar la concreta fórmula de carácter proporcional, fijar las circunscripciones o decidir si establece la barrera electoral.

34. Sobre el sistema electoral alemán véase, por ejemplo, Hans Meyer: *Wahlssystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz*, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973; en especial, págs. 142 y ss., y 282 y ss.; sobre el estadounidense, Alessander Keyssar: *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*, Basic Books, Nueva York, 2000; en particular, págs. 256 y ss. y 284 y ss., e Issacharoff/Karlan/Pildes: *The Law of Democracy. Legal Structure of the Political Process*, Foundation Press, 2002.

35. "El orden constitucional de los Estados federados deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Estados federados, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal."

36. Disponible en <http://sorminiser.v.unibe.ch:8080/tools/Alnfo.exe>; en la doctrina, véanse los estudios de Michael Wild: *Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, págs. 192 y ss., y 258 y ss., y Wolfgang Schreiber: *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, Karl Heymanns Verlag, Colonia, 2002, 7ª edición, págs. 109 y ss.

En consecuencia, los preceptos de la LOREG de aplicación a las elecciones autonómicas que no contengan desarrollo de elementos esenciales del derecho de sufragio ni condiciones básicas que aseguren la igualdad de los españoles en el ejercicio del sufragio en aquellos procesos constituirán excesos de dicha Ley Orgánica; a título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, constituyen extralimitaciones la prohibición de que las Comunidades Autónomas puedan gestionar el censo electoral para las elecciones a su Asamblea Legislativa, así como la fijación del día de la elección y de la duración de la campaña electoral.

Sobre la primera cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional a resultas del recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 28/1983, de 25 de noviembre, de Elecciones al Parlamento Vasco (STC 154/1988, de 21 de julio)³⁷.

El Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 13.1 de la Ley 28/1983:

“pues este precepto, al prescribir que «corresponde al Gobierno Vasco, a través de la Dirección de Estadística, elaborar y tener al día el censo electoral», viene a desconocer la existencia de un censo nacional de electores y a propiciar, en la misma medida, una plena desconexión entre dicho censo y el utilizable en las elecciones al Parlamento Vasco, situación que no es conciliable con la exigencia que, en este ámbito, deriva del artículo. 149.1.1 de la Constitución y que ha sido recogida en el artículo 31.3 de la LOREG.”

No compartimos esta conclusión; como es sabido, a diferencia de lo que ocurría con el sufragio censitario donde la inclusión en el censo era un elemento constitutivo del voto, con un sufragio de carácter universal la inscripción censal no es más que una declaración de que la persona posee los requisitos necesarios para el ejercicio de ese de-

37. Como recuerda Juan Carlos Gavara de Cara, en este caso el Tribunal aplicó como parámetro la LOREG, norma que no estaba en vigor en el momento de aprobar la Ley Vasca ni cuando se presentó el recurso de inconstitucionalidad, sin dar posibilidad a las partes de que realizaran alegaciones a la luz de las condiciones básicas fijadas en la nueva norma; “La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías”, *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, *cit.*, nota 150, pág. 60.

recho. El individuo tiene así “derecho” a estar inscrito en el censo y la Administración electoral tiene la obligación de llevar a cabo la mencionada inscripción. Si no lo hace, o si la realizada no se correcta, el perjudicado tiene en su mano la posibilidad de instar las oportunas rectificaciones a través de diferentes vías, administrativas y jurisdiccionales.³⁸

Pero no hay una relación de causa-efecto, como deduce el Tribunal, entre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas elaboren y mantengan el censo de electores para sus elecciones y que “dicho requisito pudiera llegar a ser diversamente reconocido, respecto de un mismo elector, para unas y otras elecciones”. Y es que el ejercicio del derecho, y la propia titularidad, sí está diversamente reconocido para unas y otras elecciones: hay electores en los comicios locales y al Parlamento Europeo que no lo son ni en las elecciones autonómicas ni en las generales, y ello por mandato de las normas sustantivas del derecho y no por ninguna cuestión relativa a su inscripción en el censo.³⁹

No se entiende, por otra parte, que mientras el Tribunal Constitucional admite la libertad de configuración del Legislador autonómi-

38. Incluso se puede ejercer el sufragio a través de las certificaciones censales específicas y por la acreditación del “derecho a estar inscritos en el censo de la Sección mediante la exhibición de la correspondiente sentencia judicial” (artículo 85 LOREG); véase al respecto la Instrucción de la Junta Electoral Central 7/2007, de 12 de abril, sobre la certificación censal específica prevista en el artículo 85.1 de la LOREG.

39. Las leyes electorales autonómicas establecen que son electores todos los que, gozando del derecho de sufragio activo, tengan la condición política de andaluces, aragoneses, asturianos, etcétera: artículo 2.1 de las leyes electorales de Andalucía, Aragón, Illes Balears, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, País Vasco, Principado de Asturias y Comunidad Valenciana y Canarias. La Ley Foral 16/1986, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra demanda como requisito que los electores figuren inscritos en el Censo Electoral único correspondiente a cualquiera de los municipios de Navarra (art. 3.1). A su vez, las exigencias para adquirir esa condición política vienen definidas en los respectivos Estatutos de Autonomía, que establecen como criterio que se trate de ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la comunidad autónoma: artículo 3.1 del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, así como de los Estatutos de Castilla-La Mancha (el mismo precepto en la proposición de reforma), Extremadura y Galicia; 4.1 del nuevo Estatuto de Aragón, así como de los de las Islas Canarias (5 en la proposición de reforma pendiente de aprobación) y Cantabria; 5.1 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y del nuevo Estatuto de Andalucía; 6.1 de los Estatutos de Castilla y León (artículo 7.1 en la proposición de reforma pendiente de aprobación), La Rioja y Murcia; 7.1 de los Estatutos del País Vasco, del Principado de Asturias y del nuevo Estatuto de Cataluña; 7.2 del Estatuto de Madrid, y 9.1 del nuevo Estatuto de Illes Balears.

co para introducir causas de inelegibilidad e incompatibilidad,⁴⁰ no acepta su competencia para realizar y mantener un censo, que deberá limitarse a declarar la condición de elector y que únicamente será de aplicación en elecciones sobre las que la Comunidad tiene reconocidas amplias posibilidades de actuación.

Sostiene el Tribunal que el riesgo para la igualdad “no quedaría suficientemente salvado con la existencia de una normativa estatal aplicable en todo el territorio que regulase los requisitos para la inscripción en el censo y los datos en él inscribibles, ni con la garantía representada por una eventual revisión judicial de lo actuado por las distintas administraciones, pues las normas generales no siempre pueden predeterminar en su totalidad los criterios de los órganos que las han de aplicar y, en lo que a la revisión judicial se refiere, los pronunciamientos judiciales versarían, en esta hipótesis de censos diversos, sobre inscripciones censales también distintas”.

No parece que el asunto sea tan complicado: la norma general (la LOREG) sí puede predeterminar, como en efecto hace en los artículos 31 y siguientes, cómo se forma el censo electoral y los recursos que caben ante el incumplimiento de sus previsiones; y los pronunciamientos judiciales versarán, en cada caso, sobre la concreta inscripción o falta de inscripción sometida a enjuiciamiento.

El segundo ejemplo de exceso por parte de la LOREG es la fijación de la campaña electoral y del día de las elecciones.⁴¹ De acuerdo con su artículo 42, las elecciones “deberán celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria”; conforme al artículo 51.2 de la misma norma, la campaña electoral “dura quince días”. Ambos preceptos son de aplicación a las elecciones autonómicas (Disposición Adicional Primera).

40. De acuerdo con la STC 40/1981, de 18 de diciembre, F. 1: “En una consideración conclusiva de conjunto de este punto, cabe añadir que el tema que en el presente caso se ventila guarda la más estrecha conexión con el concepto de autonomía, el cual, con respecto a las Comunidades Autónomas, ha sido ya perfilado en anteriores Sentencias de este Tribunal, por lo que no requiere ser aquí objeto de nueva valoración.

41. Para un análisis detallado y reciente, véase el trabajo de Emilio Pajares Montolío: “La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, ..., págs. 239 y ss.

Ya se ha comentado que una de las reformas estatutarias resultado de los acuerdos entre las dos principales formaciones políticas de ámbito nacional tuvo como consecuencia que las comunidades afectadas por los pactos necesariamente celebrasen elecciones autonómicas el cuarto domingo de mayo cada cuatro años; esta restricción ha empezado a caer con las reformas de los Estatutos culminadas en los años 2006 y 2007,⁴² de manera que la posibilidad de elecciones anticipadas se amplía notablemente, pues cabe salvo que esté en trámite una moción de censura o que no haya transcurrido un tiempo mínimo desde la anterior disolución (suele ser de un año).

No obstante lo anterior, y por mandato de la LOREG, las elecciones se celebrarán el día 54 posterior a la convocatoria (no el 53 o el 55) y la campaña electoral tendrá que durar 15 días (no 14 ó 16).

Si puede considerarse una condición básica que la campaña electoral tenga una duración mínima e, incluso, máxima, como sucede en la Ley Orgánica de Referéndum,⁴³ no creemos que la inflexibilidad temporal de la LOREG sirva para garantizar la igualdad entre los españoles en el ejercicio del sufragio y sí parece que merma de manera injustificada la capacidad del órgano que convoca las elecciones para, sin menoscabo del derecho fundamental, acortar o alargar el proceso y, por tanto, modificar el día de la votación o para decidir la duración de la campaña.

4. La configuración estatutaria del sistema y del procedimiento electoral autonómico

Como es conocido, el derecho de sufragio constituye uno de los casos paradigmáticos de lo que el Tribunal Constitucional ha de-

42. Artículo 23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; 55 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears y 52 del Estatuto de Autonomía de Aragón. En la misma línea se insertan las Propuestas de reforma pendientes de tramitación por las Cortes: artículo 34 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; artículo 37 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, y artículo 49 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

43. Según el artículo 15.1 de esta Ley Orgánica, "la campaña no podrá tener una duración inferior a diez, ni superior a veinte días..."

nominado “derechos fundamentales de configuración legal”, para referirse a los que necesitan para su plena eficacia la delimitación por el legislador.⁴⁴ Sólo un “mínimo contenido” del derecho fundamental en cuestión gozaría de eficacia directa, necesitando de la intervención del legislador para la delimitación de su objeto, contenido y límites.⁴⁵

No ofrece dudas que el ejercicio del derecho de sufragio requiere normas electorales y una administración específica que, de acuerdo con la Constitución, sólo la ley puede crear; dicha ley será orgánica u ordinaria según se trate de una norma reguladora del desarrollo del derecho o de su mero ejercicio.⁴⁶

Parece, pues, que es indispensable la actuación del legislador electoral autonómico para que se pueda ejercer de manera eficaz el derecho de sufragio en las elecciones a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no ha sido así ni el ámbito teórico ni el plano práctico, como lo demuestra el ejemplo significativo del Parlamento de Cataluña, que ha sido elegido en ocho ocasiones (desde 1980 a 2006) a pesar de que la Comunidad Autónoma catalana carece, casi treinta años después de su constitución, de ley electoral. Su ausencia ha sido cubierta en el ámbito autonómico con las disposiciones transitorias del Estatuto de Autonomía

44. Así, por ejemplo, SSTC 24/1990, F. 2; 25/1990, F. 6; 26/1990, F. 4; 214/1998, F. 3, sobre el derecho a participar en los asuntos públicos.

45. Véase, con más detalle, Bastida/Villaverde/Requejo/Presno/Aláez/Fernández: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 159 y ss.

46. Sobre la “legislación electoral general”, además de la bibliografía ya citada, véanse Luis M. Cazorla Prieto, *Comentarios a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, 1986; Ramón Entrena Cuesta, *Comentarios a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, 1986; sobre la discusión parlamentaria de la LOREG, *Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1986; sobre el régimen electoral, Arnaldo Alcubilla/Delgado-Iribaren, *Código Electoral*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2007, 5ª ed.; Enrique Arnaldo Alcubilla, *El régimen electoral de España*, BOE, Madrid, 1999; Baras Gómez/Botella Corral, *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996; Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; Pablo Santolaya Machetti, *Manual de procedimiento electoral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, 4ª ed; VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral, IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997; VV. AA., *La reforma del régimen electoral*, CEC, Cuadernos y debates, Madrid, 1994; VV. AA., *Derecho Electoral*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

de 1979⁴⁷ y por la Ley 5/1984, de 5 de marzo, por la que se adapta la normativa electoral general para las elecciones al Parlamento de 1984, cuyo único artículo reitera las previsiones de la Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto; a su vez, la norma que ha colmado las lagunas autonómicas ha sido la LOREG, y lo fue el Decreto-Ley de 1977 en las dos primeras elecciones autonómicas en Cataluña (1980 y 1984).⁴⁸

Los Estatutos de Autonomía, tanto en su primera redacción como en las recientes reformas, han venido regulando los elementos nucleares de los respectivos sistemas electorales: circunscripciones territoriales;⁴⁹ el tamaño máximo y mínimo de la Asamblea Legislativa;⁵⁰ los titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo (los ciudadanos de la comunidad autónoma mayores de edad en uso de sus derechos políticos), el carácter proporcional del sistema y la duración del mandato (cuatro años).

47. "Cuarta.- En tanto una Ley de Cataluña no regule el procedimiento para las elecciones al Parlamento, éste será elegido de acuerdo con las normas siguientes: ... 2. Las circunscripciones electorales serán las cuatro provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona. El Parlamento de Cataluña estará integrado por 135 Diputados, de los cuales la circunscripción de Barcelona elegirá un Diputado por cada 50.000 habitantes, con un máximo de 85 Diputados. Las circunscripciones de Gerona, Lérida y Tarragona elegirán un mínimo de seis Diputados, más uno por cada 40.000 habitantes, atribuyéndose a las mismas 17, 15 y 18 Diputados, respectivamente.

3. Los Diputados serán elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, de los mayores de 18 años, según un sistema de escrutinio proporcional... 5. En todo aquello que no esté previsto en la presente disposición serán de aplicación las normas vigentes para las elecciones legislativas al Congreso de los Diputados de las Cortes Generales".

48. Véase el comentario de Joan Marcet Morera: "El régimen electoral de Cataluña", *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23,..., págs. 327 y ss.; sobre el contenido de la futura ley electoral catalana, la obra colectiva *Reflexions al voltant de la Llei electoral catalana*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2002; en fecha más reciente y en esta misma revista, Jaime Magre Ferran: "Reflexions entorn del sistema electoral del Parlament de Catalunya: efectes, propostes i límits", *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, nº 1, 2005, págs. 163 y ss.

49. Se precisa en la mayoría de los Estatutos el ámbito territorial de la elección; es decir, si la circunscripción es la propia comunidad autónoma, la provincia, la isla o el territorio histórico; así, la provincia en Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Comunidad Valenciana, Extremadura y Galicia; en las Illes Balears se enumera: Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera; en Canarias es la isla, y en Cantabria y La Rioja la comunidad autónoma. Nada dicen los estatutos de Cataluña, Asturias, Navarra y la Región de Murcia.

50. Estatutos de Autonomía de Cataluña, Comunidad Valenciana, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, La Rioja, Navarra y la Región de Murcia.

Estos contenidos suponen la traslación autonómica de la “constitución electoral”, pero las previsiones incorporadas a los Estatutos no se han quedado ahí, sino que en muchos casos también han regulado cuestiones que les convierten en la auténtica ley electoral de la comunidad autónoma; es lo que ha ocurrido con la concreción de la barrera electoral;⁵¹ los márgenes máximos de proporcionalidad,⁵² los criterios de paridad (artículo 56.3 del nuevo Estatuto de Cataluña) o la previsión de que la ley “establecerá criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales, y regulará la obligación de los medios de comunicación de titularidad pública de organizar debates electorales entre las formaciones políticas con representación parlamentaria” (artículo 105 del nuevo Estatuto de Andalucía).

Sobre este último ejemplo, cabe recordar que en la propuesta que el Grupo Socialista en el Parlamento de Andalucía presentó para la reforma del Estatuto se incluyó la paridad en las listas electorales, con el argumento de que “al contemplarse de manera explícita en el Estatuto, elevamos el rango normativo de la legislación aprobada recientemente, por amplia mayoría, en el Parlamento andaluz”.⁵³ Es obvio que la consecuencia de incorporar contenidos de la ley electoral al estatuto “no es elevar el rango normativo”, sino, al menos en el caso andaluz, dotar a esa disposición de una mayor rigidez y de sustraerlo al debate parlamentario ordinario, lo que no deja de ser un tanto paradójico si se piensa que el establecimiento de condiciones de igualdad de género en las listas electorales bien pudiera tener una vocación de temporalidad.

Puestos a añadir elementos institucionales del sistema electoral a los Estatutos de Autonomía se echa en falta una mención a la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma, que únicamente interviene

51. La anterior redacción del Estatuto de la Comunidad Valenciana fijaba una barrera electoral del 5% de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad.

52. Inferior a la relación de uno a tres (artículo 24 del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana); ninguna provincia tendrá más del doble de diputados que otra (artículo 104 del nuevo Estatuto de Andalucía); que la cifra de habitantes necesarios para asignar un diputado a la circunscripción más poblada no supere 2,75 veces la correspondiente a la menos poblada (artículo 36 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón).

53. En la página del Parlamento <http://www.parlamentodeandalucia.es/opencms/export/portal-web-parlamento/elparlamento/estatuto/reformapasoapaso.htm> puede seguirse toda la discusión.

cuando se trata de elecciones a la respectiva Asamblea Legislativa y, por tanto, en materia de "instituciones de autogobierno" (artículo 148.1 de la Constitución). Esta Junta tendría que tener mucho más protagonismo en los comicios autonómicos, dejando de ser, como la configura la LOREG (artículos 19, 20 y 21), una instancia subordinada a la Junta Electoral Central en materia de instrucciones, consultas, interpretación de la normativa aplicable y recursos.⁵⁴

No parece aventurado sostener que una mayor capacidad de intervención de las Juntas Electorales autonómicas en las elecciones de esta naturaleza ni menoscaba la igualdad esencial de los electores ni distorsiona el devenir democrático de esos procesos electorales;⁵⁵ más bien al contrario: la atribución a estas Juntas Electorales de la competencia para resolver con carácter vinculante y definitivo las consultas que puedan plantear las Juntas Provinciales y unificar sus criterios en la aplicación de la legislación electoral autonómica, además de ser más coherente con el carácter del proceso, serviría también para descargar a la Junta Electoral Central de competencias.

Sin embargo, los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana,⁵⁶ Cataluña, Andalucía y Aragón no la contemplan, cosa que tampoco hacen las propuestas de reforma de los Estatutos de Canarias, Castilla y León, y Castilla-La Mancha. Únicamente la Disposición Transitoria Séptima del nuevo Estatuto de Autonomía de las Illes Balears menciona la Junta Electoral de Comunidad Autónoma y lo hace en exclusiva en la Disposición Transitoria Séptima para mencionar su intervención en las elecciones a los Consejos Insulares de Mallorca, Menorca e Ibiza.

54. Véanse Juan Cano Bueso: "La organización de las elecciones en las Comunidades Autónomas", *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el Régimen Electoral...*, págs. 461 y ss.; y María Vicenta García Soriano: "La Administración electoral autonómica", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 22-23, ..., págs. 269 y ss.

55. De la misma opinión, Juan Cano Bueso: "La organización de las elecciones en las Comunidades Autónomas", *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el Régimen Electoral...*, págs. 473 y 474; José Antonio Portero Molina: "El régimen electoral del Parlamento de Galicia" y Manuel Martínez Sospedra: "El régimen electoral Valenciano", los dos últimos en *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, ..., págs. 341 y 412, respectivamente.

56. Para un comentario de las consecuencias electorales derivadas del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, véase Manuel Martínez Sospedra: "Sobre la necesidad de una Ley Electoral Valenciana (Los condicionantes constitucionales y estatutarios de la Ley Electoral)", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 18, 2007, págs. 121 y ss.

Una vez visto lo anterior, parece oportuno preguntarse el por qué de esta tendencia a convertir, con mayor o menor grado de detalle, al Estatuto de Autonomía en la "ley electoral" de la comunidad autónoma; las respuestas son, con probabilidad, diversas e, incluso, dependientes de la coyuntura política tanto nacional como autonómica. Aquí apuntaremos algunas; antes debemos aclarar que ningún problema de constitucionalidad nos plantea esta regulación estatutaria del sistema y el procedimiento electoral, pues, como es sabido, con ella no se hace otra cosa que limitar la capacidad del legislador, lo que no deja de ser, en las Comunidades Autónomas, una expresión de autogobierno.⁵⁷ Por otra parte, como veremos más adelante, ello no es un obstáculo insalvable para que el legislador autonómico pueda desempeñar un importante papel de creación jurídica en aspectos como la composición de las listas electorales, la forma de ejercicio del voto o la concreta fórmula electoral de tipo proporcional.

Volviendo a las razones que pueden explicar este fenómeno, una de ellas, seguramente nada trivial, es la propia inercia que caracteriza a la normativa electoral, de cuyo origen y desarrollo en nuestro país nos hemos ocupado en las primeras páginas.⁵⁸ Allí vimos la recepción en los Estatutos de Autonomía, tanto en el articulado como en las Disposiciones Transitorias, de concretas y minuciosas previsiones sobre la elección de las asambleas parlamentarias. Las posteriores reformas estatutarias han incidido en esta línea de mantener y, si cabe, incorporar, previsiones de contenido netamente electoral.

Otra respuesta tiene que ver con la interpretación que ha venido realizando el Tribunal Constitucional de lo que es el régimen electoral general: "está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del artículo 137 de la Constitución española, *salvo las excepcio-*

57. Sobre esta cuestión ofrece particular interés el debate sostenido en la *Revista Española de Derecho Constitucional* entre Luis María Díez-Picazo, "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", n.º 78, págs. 63 y ss., y Francisco Caamaño Domínguez, "Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", n.º 79, págs. 33 y ss.

58. Ya se refirió, en 1979, a esta característica de la legislación electoral en general, Luis Sánchez Agesta: *Constitución española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 172.

nes que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos" (STC 38/1983, de 16 de mayo, F.3).

Es bueno recordar, como ha hecho algún autor,⁵⁹ que este pronunciamiento es un *obiter dictum* en una sentencia sobre la constitucionalidad de la legislación electoral local y en unas circunstancias en las que no funcionaban con plenitud las legislaciones electorales autonómicas; sin embargo, este criterio jurisprudencial no ha sido revisado y ha servido para avalar, con fundamento en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, el carácter de legislación básica de una parte muy extensa de la LOREG y la consideración del Estatuto como norma que puede excepcionarla.

La propia Disposición Adicional Primera dice que "lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio del ejercicio de las competencias reconocidas, dentro del respeto a la Constitución y a la presente Ley Orgánica, a las Comunidades Autónomas por sus respectivos estatutos en relación con las elecciones a las respectivas asambleas legislativas".

Parece, pues, asentada la convicción de que la única fórmula para introducir innovaciones en el procedimiento electoral de una Comunidad Autónoma es su incorporación al Estatuto, "blindándolas" así frente al legislador de las condiciones básicas. Ejemplo de ello es la mención, que se acaba de recordar, a la idea de "elevación de rango normativo", a la que se apela en la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía realizada por el Grupo Socialista.

5. La escasa creatividad del legislador electoral autonómico

Es importante señalar que incluso teniendo en cuenta los límites derivados del artículo 23 de la Constitución, del desarrollo legislativo orgánico (ex artículo 81.1) y de las condiciones básicas (ex artículo 149.1.1ª), así como las prescripciones que contenga su Estatuto de Autonomía, existe un margen no despreciable de actuación para regular aspectos muy relevantes del sistema electoral, como la estruc-

59. Juan Carlos Gavara de Cara: "La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías", *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23,..., pág. 12.

turación de las listas, la forma de ejercicio del voto, la concreta fórmula de tipo proporcional o el porcentaje de la barrera, y el espacio legislativo adecuado para concretar estas cuestiones es la ley electoral autonómica y no el Estatuto de Autonomía. Se trata de una competencia atribuida de manera directa a las Comunidades Autónomas por la Constitución y sus Estatutos y no, como parece deducirse de la Disposición Adicional Primera de la LOREG, una mera excepción al "régimen electoral general".⁶⁰ A continuación nos detendremos brevemente en esas puertas que, a pesar de todo, están abiertas a la innovación legislativa autonómica, pero que apenas han sido traspasadas.

La responsabilidad de esta indolencia normativa no es, obviamente, de la legislación electoral general sino del propio legislador autonómico, que se siente cómodo con un sistema que, al margen de sus deficiencias, garantiza estabilidad parlamentaria y genera pocos sobresaltos.

Así, el legislador autonómico está "limitado" por el carácter proporcional del sistema electoral, pero ello no le impide adoptar fórmulas –sobre cuya bondad aquí no nos vamos a detener– que no han sido exploradas por el legislador estatal, como un sistema de listas cerradas pero no bloqueadas.

Sí se han animado algunos Parlamentos autonómicos a introducir criterios de paridad en sus leyes electorales: es lo que ha ocurrido en Illes Balears, Castilla-La Mancha, País Vasco y Andalucía.⁶¹ Las dos

60. En el mismo sentido, Juan Carlos Gavara de Cara: *ob. cit.*, pág. 13; en sentido contrario, Pablo Santolaya Machetti: "La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral", *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, pág. 36.

61. La Ley 6/2002, de 21 de junio, da una nueva redacción al artículo 16 de la Ley electoral de las Illes Balears; el nuevo párrafo cuatro dispone que "Con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa".

La Ley 11/2002, de 27 junio, de modificación de la Ley 5/1986, Electoral de Castilla-La Mancha, añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, con la siguiente redacción: "Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta

primeras normas fueron recurridas en su día por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional, por lo que no llegaron a aplicarse en las elecciones autonómicas de 2003; sí se aplicaron en las elecciones de 27 de mayo de 2007 a resultas de la admisión de los desistimientos de los recursos (AATC 331/2006, de 26 de septiembre, y 359/2006, de 10 de octubre⁶²) y de la propia aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que, en su parte electoral, ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por diputados del Grupo Popular. Mejor suerte tuvo desde el inicio la Ley vasca, que sí se aplicó en las elecciones de 17 de abril de 2005, dando como resultado una Cámara en la que por vez primera en la historia parlamentaria española el número de mujeres es mayor que el de hombres.

En estas líneas nos limitaremos a analizar el encaje constitucional de estas disposiciones desde la perspectiva del sistema de fuentes y de la distribución constitucional de competencias, y en relación únicamente con el derecho de sufragio pasivo, sin desconocer su incidencia en otros derechos fundamentales.⁶³

Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes”.

La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, modifica la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, añadiendo un párrafo, con el número 4, al artículo 50 de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, con el siguiente tenor: “4. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes”.

La Ley 5/2005, de 8 de abril, modifica la Ley 1/1986, Electoral de Andalucía, de manera que el apartado 1 del artículo 23 de la Ley Electoral de Andalucía queda redactado del siguiente modo: “1. La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares”.

62. <http://www.tribunalconstitucional.es/AUTOS2006/ATC2006-331.html> y <http://www.tribunalconstitucional.es/AUTOS2006/ATC2006-359.html>

63. Alberto Arce Janáriz se ocupa de todas estas perspectivas en su trabajo “Primeras leyes en España sobre paridad electoral”, *Diario La Ley* de 23 de septiembre de 2002, págs. 1699 y ss.; ahí menciona la ya abundante bibliografía existente en España sobre las cuotas y la paridad electoral; entre ella, Elviro Aranda Álvarez, *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Dykinson, Madrid, 2001; Marc Carrillo López, “Cuotas e igualdad por

Si, como ya se ha recordado, el derecho de sufragio en los procesos electorales autonómicos forma parte del contenido del derecho fundamental de participación política, su regulación también está sometida a una reserva legal, la de ley orgánica prevista en el artículo 81.1. de la Norma Fundamental para desarrollar los elementos esenciales de cualquier derecho fundamental, y si bien es "cierto que la reserva de Ley Orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que sólo el Estado puede dictar esta forma de ley en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad" (STC 173/1998, de 23 de julio, F. 7).

La exigencia de que las candidaturas adopten la forma de "cremallera" (Leyes electorales de Baleares, Castilla-La Mancha y Andalucía) o contengan al menos un 50% de mujeres (Ley electoral del País Vasco) afecta a la libertad de configuración de las candidaturas y regula un aspecto "esencial" del acceso a los cargos públicos representativos, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (SSTC 101/1991, de 13 de mayo, F. 2; 142/1993, de 22 de abril, F. 2, y 127/1994,

razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular", en Luis López Guerra (Coordinador), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 163 y ss.; Ascensión Elvira Perales, "Representación y sexo", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, 2000, págs. 131 y ss.; Fernando Rey Martínez, "La discriminación positiva de mujeres", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, 1996, págs. 309 y ss.; Octavio Salazar Benítez, "La presencia de las mujeres en los cargos públicos representativos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 25, 1998, págs. 101 y ss.; VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000; VV. AA., *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Ponencias del Congreso celebrado en el INAP los días 4 y 5 de Abril de 2005; pueden consultarse en http://www.inap.map.es/inapweb/goberna/act_form/ponencia.htm. Se centran en la adopción de estas medidas en las legislaciones autonómicas Dolors Feliú i Torrent, "Constitucionalitat de les mesures de democràcia paritària en els sistemes electorals autonòmics", *El Clip*, nº 20, Institut D'Estudis Autonòmics, 2002, quien postula la competencia autonómica para aprobar este tipo de medidas (págs. 16 y 17), e Isabel Abellán Matesanz, "La modificación de las leyes electorales a la luz del principio de igualdad: las listas cremallera", *Revista de Estudios Autonómicos*, 2-3, julio 2002-junio 2003, INAP, quien pone en duda la constitucionalidad de estas leyes autonómicas (págs. 159 y ss.).

Para un análisis politológico y constitucional, que tiene en cuenta las reformas introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, véase Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín: "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007 (en prensa).

de 5 de mayo, F. 3), tales previsiones deberían incluirse en una ley orgánica,⁶⁴ y no en una ley ordinaria, estatal o autonómica, pues no son meras condiciones de modo, tiempo y forma de ejercicio del derecho fundamental.

El panorama se ha aclarado con la aprobación de la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que al modificar la LOREG dispone (nuevo artículo 44bis): “en las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de los respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones de la citadas Asambleas Legislativas”.

También el legislador electoral autonómico está habilitado para innovar en las formas de ejercicio del sufragio, puesto que la reserva legal en la materia lo es a favor del órgano dotados de competencias, que no es otro que el Parlamento de la Comunidad Autónoma.

Una de los formas de ejercicio del sufragio es el voto electrónico, por lo que las leyes electorales autonómicas pueden incorporarlo a los comicios a las respectivas Asambleas legislativas y esto es lo que ha llevado a cabo el Parlamento Vasco con la Ley 15/1998, de 19 de junio, “la primera respuesta al desafío de las nuevas tecnologías y sus implicaciones en el proceso democrático” (Exposición de Motivos).

No nos ofrece duda alguna la constitucionalidad de esta reforma legal, que hasta la fecha no ha sido imitada en las restantes leyes electorales autonómicas. Sí suscita reparos técnicos la articulación del sistema de votación electrónica, que no le resultan ajenos al propio autor de la reforma, como lo prueba un reciente intento de modificación y, sobre todo, que nueve años después de su aprobación no se haya aplicado de forma oficial, ni en los comicios autonómicos de 13 de mayo de 2001 ni en los de 17 de abril de 2005, ni tampoco

64. En el mismo sentido Alberto Arce Janáriz “Primeras leyes en España sobre paridad electoral”, *ob. cit.*, pág. 1701, y Manuel Pulido Quecedo, *Ley de paridad electoral*, citado por Alberto Arce en la misma pág. 1701.

en las elecciones a las Juntas Generales de mayo de 2003 y 27 de mayo de 2007.⁶⁵

También es muy amplia la libertad del legislador autonómico para seleccionar la concreta fórmula electoral de tipo proporcional que servirá para convertir los votos en escaños. Es conocido que no se ha aprovechado esta disponibilidad para introducir fórmulas, como la "cuota Hare" o la "Sainte-Laguë", que en determinados contextos (circunscripciones de tamaño pequeño y asambleas legislativas reducidas) podrían ofrecer mayor proporcionalidad que la fórmula D'Hondt usada hasta la fecha aunque no se mencione este nombre en las leyes.⁶⁶

Finalmente, el legislador autonómico, también salvo que el Estatuto haya cerrado esta opción, puede alterar el porcentaje que representa la barrera electoral, lo que puede tener especial trascendencia en los comicios autonómicos, pues hay numerosos casos de circunscripciones de gran tamaño (120 en la Asamblea de Madrid, por citar el ejemplo más relevante) donde la barrera sí cumple la función a la que está llamada, impidiendo que accedan a las Cámaras representativas de las Comunidades Autónomas opciones políticas que de otra manera sí estarían representadas. Es de sobra conocido que la rebaja del 5 al 3% en la Ley electoral vasca permitió en las elecciones de 13 de mayo de 2001 el acceso a la Cámara de una formación (Esquer Batua), que con la primera barrera no habría conseguido escaños.

65. Para información en Internet, véase <http://www.euskadi.net>. Nos hemos ocupado de esta forma de ejercicio del sufragio "El voto electrónico y el mito de Prometeo", en Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2006, págs. 149 y ss. Para un análisis del sistema vasco, véase el estudio de Rosa María Fernández Riveira: "El voto electrónico: el caso vasco", *Revista de Estudios Políticos*, nº 112, 2001, págs. 199-236.

66. Artículo 18 Ley electoral de Andalucía, 14 Ley electoral de Aragón, 13 Ley electoral del Principado de Asturias, 12 Ley electoral de las Illes Balears, 17 Ley electoral de Cantabria, 20 Ley electoral de Castilla y León, 17 Ley electoral de Castilla-La Mancha, artículo único de la Ley por la que se adapta la normativa general electoral para las elecciones al Parlamento de Cataluña, 19 Ley electoral de Extremadura, 10 Ley de elecciones al Parlamento de Galicia, 18 Ley electoral de la Comunidad de Madrid, 15 Ley electoral de la Región de Murcia, 10 Ley electoral de Navarra, 12 Ley electoral al Parlamento Vasco, 20 Ley electoral de La Rioja, 11 Ley electoral de la Comunidad Valenciana.

6. Leyes electorales autonómicas redundantes, "reglamentarias", minimalistas y rígidas

Como resultado de dos factores de suma –la aplicación a los comicios autonómicos de 116 artículos de la LOREG más las disposiciones incorporadas a los Estatutos de Autonomía– y uno de resta –la escasa innovación, dentro de las posibilidades existentes, del legislador autonómico–, las vigentes Leyes Electorales de las Comunidades Autónomas tienen un contenido que, en muy pocas palabras, podría definirse como redundante, reglamentario y minimalista.

Es redundante, en primer lugar, porque en dichas normas legales el Legislador autonómico ha venido a reproducir las disposiciones incluidas en la LOREG y que, por mandato de la Disposición Adicional Segunda de esta norma, ya serían de aplicación en las elecciones a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. De esta manera se puede conseguir una norma con apariencia de "ley electoral", pero a poco que se indague en su contenido se constata que poco parecido tiene con la realidad.

Un buen ejemplo de este contenido redundante lo encontramos en la Ley 5/1990, de 5 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco, que es la más extensa de las leyes electorales autonómicas (154 artículos), pero a costa de reproducir el contenido de buen número de preceptos de la LOREG. No obstante, debe recordarse que el Legislador electoral vasco ha sido de los pocos que, a pesar de todo, ha decidido aprovechar sus espacios de decisión, cosa que ha hecho con la incorporación del voto electrónico, con la introducción de un sistema que garantiza la presencia del 50% de mujeres en las listas electorales y con la "interesada" rebaja de la barrera electoral del 5 al 3%.

En la línea redundante, no deja de ser llamativo que diversas leyes electorales autonómicas (Andalucía, Asturias, Extremadura) utilicen el mismo ejemplo que el incluido en el artículo 163 de la LOREG sobre la forma de atribución de escaños, o, simplemente, se limiten a remitirse "a la forma establecida en el artículo 163.1, letras b), c), d) y e) de la LOREG" (Cantabria) o al "ejemplo práctico que se refleja en el artículo 163 d)" (Castilla-La Mancha; en términos similares, Illes Balears, Madrid, Navarra).

Además, la redundancia normativa también se produce respecto de las propias previsiones estatutarias, vigentes o transitorias; así,

por ejemplo, el artículo 25.4 del Estatuto del Principado de Asturias (“Las elecciones serán convocadas por el Presidente del Principado, en los términos previstos en la Ley de Régimen Electoral General, de manera que se celebren el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años”) y el artículo 15.1 de la Ley de Elecciones a la Junta General del Principado (“Las elecciones a la Junta General del Principado serán convocadas por el Presidente del Principado en los términos previstos en la ley que regule el Régimen Electoral General, de manera que se celebren el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años”); por su parte el artículo 10 de esta última norma (“El territorio del Principado de Asturias se divide para las elecciones a Diputados de la Junta General en las circunscripciones electorales de centro, Occidente y Oriente”) reproduce lo previsto en su día en la Disposición Transitoria Primera del Estatuto (“La provincia de Oviedo, a estos efectos, se dividirá en tres circunscripciones electorales: Oriente, Occidente y centro”).

Hemos apuntado también que las leyes electorales autonómicas tienen una buena parte de contenido “reglamentario”, pues el elevado grado de predeterminación del sistema electoral contenido en el Estatuto respectivo convierte, en numerosas ocasiones, a la norma legal en un mero desarrollo de detalle.⁶⁷

Así, por mandato del nuevo Estatuto de Andalucía: “La circunscripción electoral es la provincia. Ninguna provincia tendrá más del doble de Diputados que otra... Las elecciones tendrán lugar entre los treinta y sesenta días posteriores a la expiración del mandato” (artículo 104); la ley electoral “establecerá criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales, y regulará la obligación de los medios de comunicación de titularidad pública de organizar debates electorales entre las formaciones políticas con representación parlamentaria” (artículo 105).

Como tercer rasgo, el contenido de las leyes electorales autonómicas es, en buena parte de los casos, mínimo; el ejemplo más acaba-

67. En el mismo sentido, Juan Carlos Gavara de Cara: “La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías”, *Cuadernos de Derecho Público...*, pág. 70; con carácter general véanse los trabajos de Rafael Jiménez Asensio: *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001; en especial, págs. 45 y ss.; y Luis María Díez-Picazo: “Fuerza de ley y principio de autonomía”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 10, 1998, págs. 177 y ss.

do de "minimalismo legislativo" es el de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid, que se compone de 26 artículos.

Esta austeridad normativa es deliberada si nos atenemos a las declaraciones de intenciones contenidas en los preámbulos o exposiciones de motivos; así, por citar dos ejemplos:

"...el preámbulo de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid, anuncia que "el criterio seguido ... ha sido el de mantener una gran economía normativa, es decir, el criterio de sólo regular aquellos aspectos estrictamente necesarios, derivados del carácter y ámbito de las Elecciones a la Asamblea de Madrid, dejando que en todo lo demás se apliquen los preceptos de la Ley Orgánica 5/1985 ... Ello permite que la presente Ley Electoral sea breve y mantenga una homogeneidad con la legislación estatal y con la de otras Comunidades Autónomas –en este mismo sentido se ha de hacer constar que se han tenido en cuenta las soluciones aportadas por la legislación electoral aprobada hasta el momento por las demás comunidades–, lo que habrá de redundar en la simplicidad y facilidad de interpretación y aplicación de esta Ley"; por su parte, la Ley 2/1987, de elecciones a la Asamblea de Extremadura dice que "...este texto normativo ha procurado regular exclusivamente aquellos aspectos que son peculiares y propios del ámbito de aplicación de la Ley ... procurando no caer en reiteraciones innecesarias pero, al mismo tiempo, creando un texto normativo homogéneo que no sea una yuxtaposición de preceptos sino un todo armónico que permita una visión conjunta del modelo de elecciones a la Asamblea de Extremadura que en él se plasma".

Finalmente, no deja de llamar la atención que estos contenidos redundantes, reglamentarios y minimalistas vayan a su vez acompañados, por prescripción estatutaria, de una extrema rigidez para la aprobación y modificación de la legislación electoral, que supera en ocasiones la prevista para la propia modificación del Estatuto.

La referencia tópica, aunque no la única, para ejemplificar esta rigidez ha venido siendo la barrera electoral para la Asamblea Legislativa

de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Estatuto,⁶⁸

"... en tanto no se disponga otra cosa por una Ley del Parlamento Canario aprobada por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, se establece que sólo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hubieran obtenido el mayor número de votos válidos en su respectiva circunscripción electoral y las siguientes que hubieran obtenido, al menos, el 30 por 100 de los votos válidos emitidos en la circunscripción insular o, sumando los de todas las circunscripciones en donde hubiera presentado candidatura, al menos, el 6 por 100 de los votos válidos emitidos en la totalidad de la comunidad autónoma."

Esta rigidez, prevista en algunos Estatutos,⁶⁹ ha ido extendiéndose al conjunto de la normativa electoral y ha encontrado una favorable acogida en la mayoría de las recientes reformas estatutarias:

"...así, de acuerdo con el artículo 24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: "La Ley Electoral Valenciana, prevista en el apartado 1 del artículo anterior, será aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes de Les Corts ..."; por su parte, el artículo 56.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que: "El régimen electoral es regulado por una ley del Parlamento aprobada en una votación final sobre el conjunto del

68. Disposición que ha generado abundante literatura; entre otra, Juan Fernando López Aguilar: "Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario: la insoportable permanencia de una disposición transitoria", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 51, 1997, págs. 95 y ss.; "¿Control de constitucionalidad del derecho electoral autonómico?: acerca de la STC 225/1998 sobre el sistema electoral canario (de nuevo sobre la insoportable permanencia de una disposición transitoria)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, I, 1999, págs. 1971 y ss.; María Reyes Pérez Alberdi: "Efectos de las barreras electorales: estudio del sistema electoral canario a raíz de la STC 225/1998", *Revista de Estudios Políticos*, nº 52, 2001, págs. 357 y ss.; Fernando Ríos Rull: "El régimen electoral de Canarias", *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, cit., págs. 441 y ss.

69. Además del Estatuto de Canarias, el de La Rioja también contempla la exigencia de los dos tercios (artículo 17): "El Parlamento será elegido por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. Una Ley electoral del Parlamento de La Rioja, que requerirá la mayoría de dos tercios de sus miembros para su aprobación, regulará el proceso de elecciones, así como las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados, su cese y sustitución, asegurando la proporcionalidad del sistema". En los demás Estatutos la mayoría requerida es la absoluta.

texto por mayoría de dos terceras partes de los Diputados”, y el artículo 41.4 del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares: “4. Una ley del Parlamento, aprobada por mayoría cualificada de dos tercios, regulará el total de Diputados que deben integrarlo, el número de Diputados que debe corresponder elegir en cada una de las circunscripciones electorales y las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad que les afecten”.

Esta mayor rigidez para la aprobación de la norma electoral autonómica también está prevista en las propuestas de reforma de los Estatutos de Canarias (tres quintos) y Castilla-La Mancha (dos tercios), no así en la de Castilla y León, las tres ya tomadas en consideración por el Pleno del Congreso y pendientes de su tramitación parlamentaria en mayo de 2007.”

Si, como ya se apuntó,⁷⁰ mientras que el “sistema electoral” demanda una mayor rigidez que evite su disponibilidad en manos de mayorías contingentes, es asimismo oportuna una menor rigidez del “procedimiento electoral” para facilitar su adaptación a los cambios que impulsa y exige la experiencia de cada contienda electoral. Sin embargo, la generalización de la rigidez que parece consolidarse con las reformas estatutarias puede abocar o bien que siga sin aprobarse una ley electoral en Cataluña o que no puedan adaptarse las ya existentes.

No deja, además, de llamar la atención que sea más complicado en términos procedimentales aprobar o reformar una ley electoral autonómica, de escaso contenido por exigencias del guión estatutario y “básico”, que la propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de donde ya se ha visto que emana buena parte del procedimiento electoral autonómico.

7. Conclusiones

Al comienzo de estas páginas apuntábamos que es razonable pensar que las elecciones autonómicas de 27 de mayo de 2007 pueden haber representado una de las últimas escenificaciones de dichos

70. Miguel Azpitarte Sánchez “La dimensión constitucional del procedimiento electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional...*, pág. 443.

procesos en clave de política nacional. En todo caso, y partir de las reformas de los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Aragón, su calendario electoral depende de los Presidentes de estas comunidades y no de la aplicación mecánica de las disposiciones normativas que traen causa del "Acuerdo Autonómico" de 1981. Por tanto, sus nuevos Estatutos permiten un nuevo calendario y lo mismo ocurrirá, si sus respectivas reformas llegan a buen puerto, en Canarias, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

Pero el dominio de los tiempos no implica de manera necesaria un control sobre los procedimientos y este último depende de las propias capacidades y, en no poca medida, de las voluntades. Las exteriorizadas en las reformas estatutarias que nos ocupan han consistido, por lo que al derecho electoral se refiere, en incorporar disposiciones de carácter sustancial (paridad electoral en los casos andaluz y catalán; debates electorales en el andaluz, fijación del número mínimo de diputados en Cataluña) y procedimental (máxima rigidez para la aprobación de las leyes electorales en Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares).

Como se ha reconocido en algún caso, se pretende, "blindar" estos contenidos frente al Legislador estatal y sus "condiciones básicas"; pero, se quiera o no, el "blindaje" se produce también respecto al propio Legislador electoral autonómico, que, en primer lugar, ya no puede disponer sobre lo que se ha añadido al Estatuto (por ejemplo, en el caso andaluz no puede dejar de regular los debates electorales) y, en segundo lugar, va a tenerlo muy complicado para poder actuar, dado que la extrema rigidez le obliga a concitar un gran acuerdo sobre lo que quiere hacer, lo que en el caso de Cataluña puede originar una mayor demora que la ya acumulada en la aprobación de su ley electoral.⁷¹

Se constata así una doble desconfianza: una primera frente a las Cortes Generales cuando ejercen potestades propias y exclusivas; es decir, cuando aprueban la legislación electoral de ámbito general; a nuestro juicio, la vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General y la interpretación que de la misma ha venido haciendo el Tribunal

71. Sobre estas dificultades véanse la obra colectiva *Reflexions al voltant de la Llei electoral catalana*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2002, y el estudio reciente de Jaime Magre Ferran: "Reflexions entorn del sistema electoral del Parlament de Catalunya: efectes, propostes i límits", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 1, 2005, págs. 163 y ss.

Constitucional justifican en parte, desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, esta prevención y la reacción frente a la misma a través del Estatuto de Autonomía.

Desde luego no parece compatible con la naturaleza federal del Estado autonómico español que la igualdad en el ejercicio del sufragio en los procesos electorales autonómicos se pretende garantizar con la batería legislativa incluida en la Disposición Adicional Segunda de la LOREG. No hay ningún fundamento para sostener que la selección de los representantes políticos que permitirán la expresión de la pluralidad existente en una comunidad autónoma va a ser "más igual" porque esté supervisada por una administración electoral netamente estatal o porque venga predeterminada de manera inflexible la duración de la campaña electoral o el día preciso en el que deben celebrarse los comicios.

Aunque lo obvio no debe ser recordado, dadas las circunstancias, quizá no esté de más reseñar que en un Estado con un nivel de descentralización política "federal" como el español, los procedimientos de selección de los órganos autonómicos de representación política deben ser generados, respetando las condiciones básicas de igualdad, por los propios poderes de la Comunidad, dotando así al sistema de las mayores dosis de autorreferencialidad, de autogobierno. Eso es lo que ocurre en dos sistemas federales clásicos como el estadounidense y el alemán.

No obstante, y en relación con la jurisprudencia constitucional, se podría pensar que estamos hablando de una doctrina generada hace más de veinte años y en unas circunstancias (inexistencia o apenas vigencia de la LOREG, escaso desarrollo legislativo autonómico) hoy ya superadas, en algunos casos merced al propio cambio experimentado por los criterios del Tribunal, como sucede con el derecho supletorio estatal, lo que contrastaría con la decidida vocación de supletoriedad que preside la LOREG.⁷²

72. El artículo 1.2 dice que "en los términos que establece la Disposición Adicional Primera de la presente Ley, es de aplicación a las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y tiene carácter supletorio de la legislación autonómica en la materia"; esa Disposición añade, en su apartado tercero, que "los restantes artículos del Título I de esta Ley tienen carácter supletorio de la Legislación que en su caso aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto que las mismas no legislen sobre ellos".

La segunda desconfianza se proyecta sobre la Asamblea Legislativa de la propia Comunidad Autónoma, que es la competente para aprobar la Ley electoral propia a la que se atenaza de dos formas: primero, incorporando al Estatuto buena parte del propio contenido de aquella ley o incluyendo un mandato preciso de hacer al Legislador, al más puro estilo de la remisión reglamentaria; segundo, a través de la "trampa del consenso"; es decir, obligándole a recabar un altísimo grado de acuerdo entre los grupos parlamentarios para aprobar o modificar la ley electoral, lo que con toda probabilidad impedirá que buena parte de los eventuales contenidos se aprueben o modifiquen (la fijación de las circunscripciones, el reparto de los escaños entre ellas, la selección de la fórmula electoral proporcional, la determinación de la barrera electoral...), pues ahí –piénsese por ejemplo en una futura asignación de escaños en las circunscripciones catalanas– está en juego el futuro político e institucional de los grupos implicados.

Lo curioso de esta segunda muestra de desconfianza es que en el ámbito político e institucional autonómicos es, precisamente, donde no se ha producido en España ninguno de los supuestos de hecho que podría justificarla: por una parte hemos visto el elevado grado de estabilidad parlamentaria que ha caracterizado desde el principio y, en buen número de casos, hasta la fecha, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en las que la mayoría que promueve o respalda una reforma estatutaria suele ser la misma que tiene posteriormente que desarrollarla; en el ámbito que nos ocupa aprobando o modificando la ley electoral.

Por otra parte, podría entenderse una desconfianza estatutaria sobre el Legislador electoral autonómico si éste hubiera dado abundantes muestras de su audacia normativa, incluyendo contenidos heterodoxos en el sistema electoral propio, pero los ejemplos de esta índole con contados y en muy pocas Comunidades Autónomas; sería el caso del voto electrónico en el País Vasco y el de las cláusulas para garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, introducido por el Legislador electoral de Castilla-La Mancha, Illes Balears, País Vasco y Andalucía; sin embargo, ya hemos visto que en el caso andaluz se ha considerado conveniente incorporar esta última previsión al Estatuto de Autonomía y lo mismo ha ocurrido en la propuesta de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha. En ambos casos se confiere rigidez estatutaria a un mandato que bien pudiera tener una acusada vocación de temporalidad. Pero, sobre todo,

debemos recordar que con el nuevo artículo 44bis de la LOREG, la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, en un porcentaje mínimo del 40%, es de obligada aplicación también en las Comunidades Autónomas que no han legislado en la materia.

En esta línea, hemos constatado la pereza normativa que aqueja al Legislador electoral autonómico, que, salvo las puntuales excepciones ya comentadas, no ha introducido innovación alguna, ni siquiera con vocación "experimental", en la estructuración de las listas (por ejemplo, desbloqueándolas); en la forma de ejercicio del voto o en la concreta fórmula de tipo proporcional (optando por la "cuota Hare" o la "Sainte-Laguë"); en algunos casos ni siquiera ha considerado oportuno mencionar a la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma.

En suma, respecto a la normativa electoral, las Asambleas Legislativas autonómicas han asumido, en la inmensa mayoría de los casos, un papel secundario, de mera ejecución o reiteración de las previsiones de la LOREG o del Estatuto; anodino y, en el caso de Cataluña, de convidado de piedra.

Aunque merced a las reformas estatutarias cada vez más Comunidades puedan decidir qué día celebrarán sus elecciones, en lo que a su derecho electoral respecta, los nuevos Estatutos no han hecho más que consolidar su tendencia a convertirse en la ley electoral de la Comunidad Autónoma, tanto en lo que se refiere a los elementos nucleares del sistema como a las cuestiones de carácter procedimental, relegando de nuevo a la ley electoral autonómica a una posición secundaria y, no obstante, extremadamente rígida. Si a ello se añade que en este cuerpo normativo siguen integrándose 116 artículos de la LOREG, tenemos nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales.

RESUM

L'objecte del treball és analitzar la incidència de les reformes recents dels estatuts d'autonomia en els sistemes electorals de les comunitats autònomes, partint de les disposicions substancials (paritat, debats electorals) i de procediment (màxima rigidesa per a l'aprovació de les lleis electorals) que incorporen. Els nous estatuts d'autonomia evidencien una doble desconfiança: la primera, enfront de les Corts Generals i el seu producte normatiu, la Llei orgànica del règim electoral general, per la seva intensa regulació de les eleccions autonòmiques; i, la segona, enfront del mateix Parlament autonòmic, al qual limiten de dues maneres: a) incorporant a l'Estatut bona part del que hauria d'haver estat el contingut de la llei electoral; i, b) mitjançant la "trampa del consens", exigint un altíssim grau d'acord entre els grups parlamentaris per aprovar o modificar la llei electoral, fet que amb tota probabilitat impedirà que els canvis es realitzin, ja que hi estarà en joc el futur polític i institucional dels grups implicats.

Com a resultat d'aquests dos factors de suma (l'aplicació als comicis autonòmics de 116 articles de la LOREG i de les disposicions incorporades als estatuts d'autonomia) i un de resta (l'escassa innovació, dins de les possibilitats existents, del legislador autonòmic), les lleis electorals de les comunitats autònomes seguiran sent textos redundants, reglamentaris i minimalistes. Així doncs, tenim nous estatuts d'autonomia, però seguim amb vells sistemes electorals.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the effect of the recent reforms of the Autonomous Statutes on the electoral system of the Autonomous Communities, based on the material rules (gender equality, electoral debates, etc.) and procedural rules (a qualified majority to approve the electoral bill) which they included. The new Autonomous Statutes display a twofold mistrust. First, there is mistrust of the Central Parliament and its General Electoral Bill, due to its heavy regulation of regional elections. Second, there is mistrust of the Parliament of the Autonomous Community, which is restricted in two ways: a) by including the subjects that should be in an electoral bill in the Autonomous Statute; b) by means of the "consensus trap", which requires a high level of agreement among Parliamentary groups in order to pass the electoral bill, which in all likelihood will prevent the changes from being made, as the political and institutional future of the groups involved is at stake.

If we add two further factors (the application of 116 articles the General Electoral Bill to the autonomous elections and the Autonomous Statute re-

gulation on electoral matters), and we discount one factor (the lack of innovation in the autonomous regional system), it is clear that the Electoral Bills of the Autonomous Communities will be redundant, too detailed and will cover too little. In conclusion, we have new Autonomous Statutes but old electoral systems.

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Enriqueta Expósito*

Profesora titular de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La oportunidad y licitud constitucional de las Cartas Estatutarias de Derechos. – 1.1. De la pretendida reserva constitucional a la necesaria colaboración entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía en esta materia de derechos de los ciudadanos: un enfoque en el actual momento del constitucionalismo multinivel. – 1.2. La perspectiva del principio de igualdad y su concreción competencial. – 1.3. Las Cartas de derechos: un contenido constitucionalmente admisible que no afecta a la naturaleza ni a la función constitucional del Estatuto de Autonomía. – 2. La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía. – 2.1. El marco normativo en que se insertan las Cartas estatutarias de Derechos. – 2.1.1. La Constitución y las normas internacionales de protección de derechos. – 2.1.2. El marco competencial. – 2.2. El contenido de las Cartas de derechos. – 2.2.1. Qué derechos aparecen en las Cartas estatutarias. – 2.2.2. La aparente “originalidad” de los derechos estatutarios. – 2.3. Las garantías que incorporan las Cartas estatutarias de derechos. – *Resum-Abstract.*

Asistimos en la actualidad a un proceso de reforma estatutaria de singulares connotaciones tanto por su objeto, los cauces procedimentales, el resultado y el tiempo en el que se está ejecutando. En efecto, a pesar de que sólo han “reformado” sus Estatutos de Autonomía cinco comunidades autónomas (Valencia, Cataluña, Andalucía, Baleares y Aragón) y otras tres ya han presentado la propuesta a las Cortes Generales (Castilla y León, Castilla-La Mancha y Canarias), éste es un proceso que previsiblemente va a afectar a todas ellas, no limitándose, por tanto, a las Comunidades que accedieron a la autonomía por la “vía ordinaria”. Por lo que se refiere a la forma, todas ellas han se-

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2006-15164 sobre *La protección de los derechos en un sistema constitucional en red: integración y eficacia de la diversidad de niveles ordinamentales en España.*

guido –o están siguiendo– los trámites previstos estatutariamente para la reforma, aunque el resultado –excepto en el caso valenciano– no se trate de una simple revisión sino de la aprobación de un nuevo Estatuto que substituye al anterior. Estamos, pues, ante lo que la doctrina italiana calificó de una nueva “época estatutaria”¹ y que algún autor español ha denominado el “segundo proceso autonómico”.² Finamente, todo ello se produce en un momento en el que se está debatiendo la conveniencia de reformar la Constitución.

En este proceso, una de las novedades más significativas es la incorporación, en estos nuevos Estatutos de Autonomía, de Declaraciones o Cartas de Derechos y deberes de la ciudadanía. Esto es, un conjunto de normas que, con mayor o menor extensión, sistematicidad o coherencia, acogen la formulación expresa de derechos y deberes de los ciudadanos de esa comunidad autónoma, dotándolos de un régimen propio de garantías, junto con la enumeración de principios rectores de la actuación de los poderes públicos autonómicos.

Identificar estas Declaraciones como uno de los aspectos más originales de los nuevos Estatutos no lleva, no obstante, a concluir que para las normas estatutarias de la “primera etapa” –si se me permite la expresión– los derechos de la ciudadanía fueran irrelevantes o carecieran completamente de disposiciones dirigidas a orientar la actuación de los poderes públicos autonómicos en determinados ámbitos. Estos Estatutos contenían algunas referencias genéricas –que básicamente reproducían contenidos constitucionales– relativas a su titularidad por parte de los ciudadanos de la comunidad autónoma correspondiente y a la actuación de los poderes públicos autonómicos en relación con estos derechos –a partir de la incorporación literal en las disposiciones estatutarias de la cláusula del art. 9.2 CE y, en algunos casos, también a través del establecimiento de un expreso manda-

1. Traducción libre de la expresión *stagione statutaria* que calificaba el proceso de reforma de la totalidad de los Estatutos regionales italianos tras las revisiones del Título V de la Parte II de la Constitución italiana introducidas por las leyes constitucionales 1/1999, de 22 de noviembre, “Disposiciones relativas a la elección directa del Presidente de la Junta regional y a la autonomía estatutaria de las regiones”; 2/2001, de 31 de enero (“Disposiciones relativas a la elección directa de los Presidentes de las Regiones de Estatuto especial y de las Provincias Autónomas de *Trento* y *Bolzano*”) y 3/2001, de 18 de octubre (“Reformas al Título V de la Parte Segunda de la Constitución”).

2. Como lo ha calificado, entre otros, P. Cruz Villalón en “La reforma del Estado de las Autonomías”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 2006, *passim*.

to a los poderes públicos autonómicos para que, en el ámbito de sus competencias, amparasen y garantizaran el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos—. En algunos de ellos, además, se contenían específicas previsiones para actuar, en el ámbito de sus propias instituciones de autogobierno, institutos o mecanismos de participación, los cuales, sin embargo, no eran formulados en forma de derechos. Y, finalmente, no puede omitirse el hecho de que, con distintos nombres, los Estatutos preveían la existencia de un *ombudsman* destinado a velar y garantizar los derechos frente a los poderes públicos autonómicos.

Siendo éste el punto de partida, coincidiremos en que esta formulación de derechos, deberes —y principios rectores— a la que los nuevos Estatutos de Autonomía —los ya aprobados y los que están en curso de reforma— dedican un Título específico, es una absoluta novedad. Novedad que ha suscitado controversias en los foros políticos y jurídicos, pudiendo afirmarse que es, hoy por hoy, uno de los temas en los que se centra el debate jurídico constitucional. Debate en el que está llamado a mediar, nuevamente,³ el Tribunal Constitucional con la resolución de los recursos de inconstitucionalidad planteados sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, especialmente los presentados por cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso y el Defensor del Pueblo, por ser los únicos cuyas dudas de inconstitucionalidad se han centrado, entre otras disposiciones, sobre las que integran el Título I de dicho Estatuto relativo a los “Derechos, deberes y principios rectores”.

Realizado este planteamiento general del objeto del presente trabajo, se abordará su análisis desde dos perspectivas diferentes pero complementarias. Desde una óptica más general, se tratarán los argumentos que se han manejado por la doctrina para adoptar una

3. Si hay una constante que sobresale por encima de cualquier otra en la construcción del modelo territorial de Estado ha sido la decisiva y determinante intervención del Tribunal Constitucional, lo que, en un plano doctrinal, ha permitido bautizar el modelo de Estado constitucional como Estado jurisprudencial o jurisdiccional autonómico. *Vid.*, entre otros, los estudios de M. Aragón, “¿Estado jurisdiccional o autonómico?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986, pp. 7-12 o más recientemente “La construcción del Estado Autonómico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. especial sobre “La reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial”, 2006, pp. 15-38; P. Cruz Villalón, “La construcción jurisprudencial del Estado de las Autonomías”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 249-260 y L. López Guerra, “La segunda fase de construcción del Estado de las autonomías (1983-1993)” *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, 1993.

posición a favor o en contra en relación con la oportunidad y licitud constitucional de estas Cartas estatutarias de derechos (1). Y, desde una perspectiva más concreta, se analizará cuál es el contenido de estas declaraciones en los nuevos Estatutos (2): el marco normativo en el que se insertan, su contenido, su aparente "originalidad" y las garantías que estatutariamente se contemplan para dar plena efectividad a estos derechos.

1. La oportunidad y licitud constitucional de las Cartas Estatutarias de Derechos

Con el título de este epígrafe adelanto lo que constituye la principal conclusión de este trabajo: las Declaraciones estatutarias de derechos no presentan, al menos en términos generales, problema alguno de constitucionalidad. No suponen, a mi juicio, una infracción de la pretendida reserva constitucional en materia de derechos. No lesionan el principio de igualdad de derechos de todos los españoles en cualquier parte del territorio. Y deben ser consideradas como un contenido propio de la norma estatutaria. Son todos ellos argumentos que, como se sabe, se han esgrimido para oponerse a la licitud constitucional de la incorporación de estas Cartas en los nuevos textos estatutarios.

Este planteamiento arranca de una consideración previa: el hecho de que la Constitución no prevea la existencia de estas Cartas territoriales, no nos permite concluir automáticamente que los prohíba. Como afirma M. A. Aparicio⁴ "cuando se ha de juzgar la

4. Según este mismo autor, "para solventar esta cuestión se recurre al artificio conceptual de bloque de la constitucionalidad que, por la vía de la simulación, nos puede dar una respuesta constitucional para la aplicación de la norma (y solo en el momento aplicativo) a fuerza de otorgar carácter constitucional a normas a normas que no son constitución (entre ellas el Estatuto de Autonomía). Estos artificios nada más permiten un razonamiento circular que parte del apriorismo ideológico y emite recetas de constitucionalidad o inconstitucionalidad según el propio sentido clínico en solucionar un determinado conflicto". Y es, precisamente esto "lo que sucede, en estricta literalidad en las actuales propuestas de reformas estatutarias donde se enfrentan dos concepciones constitucionales: la que considera que el "bloque de la constitucionalidad" configurado por el proceso que se ha seguido hasta ahora, determina, al mismo tiempo, el bloque 'materialmente' constitucional, reconvertido en "solidez" constitucional; y la que estima, sin afrontarlo de manera sistemática, que este bloque nada más puede ser el que se deriva del texto constitucional y no del proceso constitucional. *Vid.* "L'adequació de l'estructura de l'Estat a la Constitució (reforma constitucional vs. reforma dels Estatuts)", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, pp. 57 y 58.

constitucionalidad de ciertas propuestas de configuración en aquello que la misma Constitución no prevé, es racionalmente dificultoso deducir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida o el supuesto concreto a dilucidar". De ahí que sea oportuno entrar en las concretas argumentaciones que, partiendo de unas categorías tradicionales y del carácter esencialmente abierto de la norma constitucional en lo referido a la forma territorial del Estado, permitan realizar una interpretación adecuada al concreto momento y realidad en que son aprobados los nuevos Estatutos de Autonomía.

1.1. De la pretendida reserva constitucional a la necesaria colaboración entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía en esta materia de derechos de los ciudadanos: un enfoque en el actual momento del constitucionalismo *multinivel*

Desde los orígenes de la propia noción de Constitución se ha considerado que la declaración de Derechos y deberes de los ciudadanos ha sido una "materia" reservada. En la medida en que la Constitución había de ordenar y vertebrar el ejercicio del poder en el Estado, organizando y definiendo sus poderes, y garantizar la libertad de los ciudadanos mediante la reserva a los mismos de ámbitos de libre actuación que se erigían, a la vez, como límites al ejercicio arbitrario del poder político, los derechos aparecían como un contenido típico y privativo de los textos constitucionales.⁵ Así quedó plasmado en el art. 16 de la archiconocida Declaración de derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789.

Aferrándonos a este planteamiento, no tendríamos objeción alguna en que sirviera para refutar las tesis de algunos autores que siguen defendiendo en la actualidad la existencia de una "reserva de Constitución" en esta materia.⁶ Argumento que tiende a ratificarse

5. Éste constituye, además el eje central de la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña por parte de los diputados del Partido Popular –en la que se alega la suplantación de la función normativa de la Constitución– y del Defensor del Pueblo estatal –que incide más en la infracción del principio de igualdad–.

6. L. M^a Díez Picazo, "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, p. 71. Este mismo autor entiende, a mayor abundamiento, que el único lugar donde la Constitución "llama a una fuente distinta para integrar su tabla de derechos es en el art. 10.2, con su

con las experiencias comparadas en las que, como regla general, cuando se reconocen derechos se hace, precisamente, en las Constituciones de los Estados que integran una Federación.⁷

Ahora bien, en la actualidad, los derechos cumplen otras funciones. En el marco de un Estado social y democrático de derecho, además de límites al uso arbitrario del poder, los derechos son concebidos como expresión de un conjunto de valores que legitiman el ejercicio del poder en una comunidad y como cláusulas de vinculación a la actuación de los poderes públicos, en tanto que límites y habilitaciones. Si bien la primera de las funciones, hoy por hoy, sigue garantizando la Constitución como norma fundacional y fundamentadora del Estado constitucional, las otras pueden ser compartidas también por los Estatutos de Autonomía. En la medida en que las comunidades autónomas ejercen, a través de sus instituciones de autogobierno, parte del poder del Estado que la propia Constitución les confiere en el ámbito de sus competencias, la proclamación estatutaria de derechos servirá para prefigurar, positiva y negativamente, su acción normativa y de gobierno.⁸

Por tanto, es posible que los Estatutos incorporen Declaraciones de derechos sin que con ello se infrinja ese pretendido ámbito reservado a la Constitución. Otra cosa distinta es que esos derechos estatutariamente proclamados puedan ser concebidos como "derechos fundamentales" en el sentido originario del término. Y aquí sí que creo que hay acuerdo en admitir que los derechos fundamentales, en tanto que categoría dogmática del Derecho constitucional, sólo pueden ser reconocidos en la Norma Constitucional.⁹ Consideración que

remisión a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos". Por tanto, lo relevante es que la Constitución la única apertura que contempla en materia de derechos fundamentales, "es a fuentes internacionales, no a otras fuentes internas" (p. 72).

7. Para un análisis pormenorizado de los casos de los EEUU, Canadá, Suiza, Bélgica, Alemania, Austria e Italia, nos remitimos a la obra colectiva dirigida per M. A. Aparicio y coordinada por J. M^a Castellá y E. Expósito, *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Cedecs, Barcelona, 2005.

8. Vid. Aparicio, M. A. y Barceló, M., "Los derechos públicos estatutarios", en Aparicio Pérez, M. A. (Ed.), *Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía* (próxima publicación), p. 8 del ejemplar mecanografiado.

9. P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 41 y 42. El autor considera que "Los derechos fundamentales son sencillamente los derechos en cuanto categoría constitucionalmente relevante" (p. 42).

aboca a situar los derechos estatutarios fuera del ámbito de los denominados derechos fundamentales, pero que no invalida, *per se*, el conjunto de disposiciones que los nuevos Estatutos les dedican.

Delimitada la reserva de Constitución sólo a los derechos concebidos como “fundamentales”,¹⁰ nada impide, por tanto, que el Estatuto de Autonomía pueda reconocer otros tipos de derechos, los cuales vendrán a suponer, para sus titulares, un plus de facultades que necesariamente van a ampliar las ya reconocidas en el texto constitucional.¹¹ Son, en todo caso, derechos suplementarios con respecto a los que ya acoge la Constitución.¹² Se completa, de esta manera, la visión integradora y *multinivel* de reconocimiento (y protección) de derechos. A los tradicionales ámbitos de actuación en materia de derechos –estatal e interestatal, amén del resultante del proceso de integración supranacional, con la significativa aportación que supone, en el actual momento del proceso de integración europea, la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, estrechamente conectada, en su origen y sentido, al espacio nacional constitucional–, viene a sumarse el subestatal. Así lo avalan las disposiciones contenidas en los nuevos Estatutos que sitúan sus propias declaraciones de derechos en el marco constitucional e internacional, lo que sin duda alguna constituye un expreso llamamiento a la colaboración interordenamental, con los matices que provoca el hecho de que, en el ámbito autonómico, estamos ante un ordenamiento derivado y sometido a la Constitución.

Por lo que se refiere a este último aspecto, es significativo constatar cómo algunos Estatutos de “nueva hornada” hacen un especial

10. De forma manifiestamente contraria se pronuncia F. Caamaño para quien “no existen derechos reservados a la Constitución”, sino que “existen unos derechos que al haber sido reservados por el constituyente gozan de un estatuto jurídico especial que les permite poseer la fuerza jurídica de la Constitución”. En “Sí. Pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, p. 38.

11. También Castellá Andreu, J. M^a, “La incorporación de Cartas de derechos y deberes en los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas”, en *Le fonte del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso (Pisa, 3-4 marzo 2005)*, Edizione Plus, Pisa, 2006, p. 353.

12. Castellá Andreu, J. M^a, “El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los Estados compuestos. Una aproximación comparada”, en Aparicio, M. A. (Ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos, cit.*, p. 37.

hincapié en situar los derechos en el ámbito de sus propias competencias al disponer que estos derechos no van a implicar, en ningún caso, una alteración del régimen de competencias, ni la creación de nuevos títulos competenciales o la modificación de los ya existentes.¹³ La previsión de una norma en tal sentido, más allá de otros significados, evidencia un hecho innegable: la proclamación de derechos en los Estatutos de Autonomía es resultado del ejercicio de un poder limitado, la autonomía, que la Constitución otorga a las comunidades autónomas en los ámbitos sobre los que la comunidad autónoma tiene competencias. La novedad es que mientras que los Estatutos “originarios” asumían competencias desde una vertiente exclusivamente objetiva, los nuevos completan esta operación introduciendo la óptica subjetiva: los derechos.

Por otra parte, todos los Estatutos analizados contienen disposiciones que se remiten a los derechos constitucionales y aquellos otros proclamados en el contexto internacional.¹⁴ Al margen de las consideraciones que éstas pueden generar, a las que más adelante haremos referencia, su incorporación en los nuevos textos estatutarios pone de manifiesto que los derechos estatutarios constituyen, en todo caso, una ampliación del ámbito de actuación de los ciudadanos frente a los poderes públicos autonómicos. Estas remisiones se completan con la previsión, por un lado, de cláusulas de salvaguardia que impiden la interpretación, aplicación o desarrollo de cualquiera de las disposiciones de los títulos reguladores de derechos de forma que reduzcan o limiten aquéllos¹⁵ y de cláusulas de vinculación de los poderes autonómicos a los derechos reconocidos en la Constitución y en los textos internacionales¹⁶ –sobre las que también realizaremos un breve comentario en apartados posteriores–.

13. Especialmente el Estatuto catalán (art. 37.4), pero también otros a los que nos referiremos más adelante.

14. Arts. 8.1 del Estatuto valenciano; 4.1 del Estatuto catalán; 9 del Estatuto andaluz; 13.1 del Estatuto balear; 6.1 del Estatuto aragonés; 8.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León; 7.1 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y 6.1 del proyecto de Estatuto canario.

15. Arts. 37.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 13 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; 13.3 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; 6.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón y 6.3 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

16. Arts. 8.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; 4.2 del Estatuto de Cataluña; 10.1 del Estatuto de Andalucía; 13.2 del Estatuto balear; 6.2 y 20.a) del Estatuto de Aragón; 8.2 del proyecto de Estatuto de Castilla y León; 9.1 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y 6.2 del proyecto de Estatuto canario.

Conectado a lo anterior, se ha puesto también de manifiesto, por parte de algún sector doctrinal, que con la incorporación de estas Cartas de derechos en títulos estatutarios específicos, lo que se pretende es conseguir lo que algunos han denominado el "mito del Estatuto-Constitución";¹⁷ una suerte de "utopía constitucional" que puede ser criticada, pero que tampoco es determinante para invalidar esta opción del estatuyente.

Un elemento más que permite identificar la vocación "constitucional" de estos Estatutos la constituye también, a mi juicio, la función transformadora que puede asignarse a algunos de los derechos proclamados. A pesar de que el estatuyente ha querido plasmar el conjunto de valores, aspiraciones o necesidades de la ciudadanía de la Comunidad, nos encontramos, en ocasiones, con disposiciones que convierten en "derechos" o en contenidos estatutarios cuestiones controvertidas y no exentas de polémica (a modo de ejemplo, el derecho a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte, las uniones estables de pareja, la libre determinación de la mujer en materia reproductiva, la laicidad de la enseñanza pública, etc.). Son todos ellos derechos que, lejos de ser considerados "parciales desde la perspectiva ideológica",¹⁸ constatan hasta qué punto el Estatuto, en tanto que norma ordenadora de la comunidad autónoma, debe integrar el consenso social existente, pero también adaptarse a la realidad que pretende regular e impulsar de acuerdo con los valores que lo fundamenta. Y desde esta última perspectiva, no puede negarse que el Estatuto, como en su día fue la Constitución, no es tan sólo un instrumento regulador, sino también un arma de transformación.

En este sentido, debe tenerse presente, además, que este proceso de dotar de perfiles de constitución a textos que no pueden ser considerados como tal, no es un fenómeno ni absolutamente novedoso en el contexto estatal ni que pueda ser situado, en la actualidad, sólo en el ámbito subestatal. Desde la perspectiva histórica, esta

17. Expresión que utiliza, para referirse al Estatuto catalán, C. Viver i Pi-Sunyer, "L'Estatut de 2006", en *Activitat parlamentària*, núm. 10, 2006, p. 38 y que analiza desde una perspectiva más amplia Muñoz Machado, S., "El mito del Estatuto-Constitución", en Ortega Álvarez, L. (Dir.), *La reforma del Estado Autonómico*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 65-84.

18. Así, Ferreres Comella, V., "Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña", en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 23-31 y más recientemente en "A propósito del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña", *El Noticiero de las ideas*, núm. 29, 2007, p. 41.

vocación de asimilación “visual” a la norma constitucional ya des-
puntaba, como afirman M. A. Aparicio y M. Barceló, desde el mismo
inicio del Estado autonómico, sobre todo a partir de la aprobación
de los Estatutos vasco y catalán.¹⁹ Pero, además, si nos detenemos en
el momento presente, observamos un desarrollo semejante en el
proceso de la integración europea con la adopción del proyecto de
Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (proyec-
to de Tratado constitucional, en adelante). Al margen de considerarlo
como una auténtica Constitución para Europa –controversia en la
que no nos detendremos– existen varios elementos que permiten re-
vestirlo de la apariencia de Constitución. El más significativo es la in-
corporación, en la Parte II del proyecto de Tratado constitucional, de
la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclama-
da conjuntamente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento en el
Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000. Asimismo, en esta ló-
gica comparativa, puede ser interesante dejar apuntadas algunas de
las coincidencias que aparecen en los procesos de adopción del pro-
yecto de Tratado constitucional y de aprobación de los nuevos
Estatutos.²⁰ En ambos casos, se siguen unos procedimientos previstos
para la reforma de estas normas para generar resultados distintos
para los que estaban previstos. Así, en el ámbito europeo, el proyec-
to de Tratado constitucional no es una simple reforma de los Tratados
constitutivos y supone que –si entrara en vigor– funcionaría como el
único Tratado substituyendo a los anteriores. Además, la incorpora-
ción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a la Parte II
del proyecto, además de situar el ámbito de aplicación de la misma
en el marco de las competencias de la Unión (art. II-111.2), se ha rea-
lizado con la cláusula de salvaguarda según la cual: “Ninguna de las
disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitati-
va o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reco-
nocidos, en su respectivo ámbito de aplicación por el derecho de la
Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de

19. Entre alguno de los elementos que permiten identificar tal pretensión, los autores ci-
tan la solemnidad con la que se redactan los Preámbulos, la estructuración de los diversos
Títulos, la invocación a la soberanía del pueblo propio o, incluso, el parecido lenguaje
normativo con el que se redactan. *Vid.* “Los derechos públicos estatutarios”, *cit.*, p. 1 del
ejemplar mecanografiado.

20. Un análisis comparativo de las Cartas de Derechos estatutarias con la Carta de Derechos
Fundamentales de la Unión Europea lo realiza P. Biglino, “Los espejismos de la tabla de
Derechos”, en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de
Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 41-42.

los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, así como por las constituciones de los Estados miembros" (art. II-113). Previsiones, estas últimas, que claramente han inspirado la redacción de los preceptos de los nuevos Estatutos.

En definitiva, la proclamación de derechos de la ciudadanía en textos que no son, en puridad, constituciones, pero que ordenan el ejercicio de un poder en una comunidad política organizada, constata la existencia de una "imposible disociación, en las actuales democracias, entre la posibilidad de ejercicio de un poder político propio y el reconocimiento de derechos y libertades públicas",²¹ sin prejuzgar con ello la existencia de un Estado y sin que necesariamente haya de verse en las mismas, siempre y en todo caso, el resultado del ejercicio de un poder soberano. Los derechos constituyen, por tanto, elementos que permiten, en la actualidad, si no cuantificar sí cualificar e identificar la democracia en cualquier ámbito en el que se ejerza poder político.

1.2. La perspectiva del principio de igualdad y su concreción competencial

Con carácter general, los detractores de las Cartas estatutarias de derechos han esgrimido en su contra el argumento de la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en el territorio nacional, tal y como viene contemplado en el art. 139.1 CE. Se considera que su incorporación a los Estatutos de Autonomía supone atribuir a los españoles derechos diferentes dependiendo de la comunidad autónoma en la que residan. En el fondo, lo que subyace a este planteamiento es otro más genérico y de mayor calado. Así, en palabras de J. Tajadura, el principio de igualdad exige identificar "un estatus jurídico inseparable de la condición de español, esto es, de miembro de una comunidad nacional concreta que operaría como factor de homogeneización de todo el sistema jurídico" y ese núcleo esencial vendría integrado básicamente por los derechos fundamentales.²²

21. En Aparicio, M. A. y Barceló, M. "Los derechos públicos estatutarios", *cit.*, p. 2 del ejemplar mecanografiado.

22. En "Reformas territoriales y Estado Social", *Sistema*, núm. 196, 2007, pp. 61-62. Argumento que este autor sustenta en gran medida en las tesis de J.J. Solozabal, *Las bases constitucionales del Estado Autonomico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 119 y ss.

No es éste el lugar para realizar un análisis exhaustivo de la significación y alcance del principio de igualdad del art. 139.1 CE.²³ Es conocido, sin embargo, que, como tal norma principal, adquiere su máxima virtualidad a través de otras disposiciones constitucionales. En especial, las que determinan el sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas y, más concretamente, la competencia que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado. ¿Debe inferirse del texto constitucional una competencia exclusiva y excluyente del legislador estatal para proclamar y regular derechos? Sabemos que no. Cuando algunas disposiciones del Título I se remiten a una ley de desarrollo, no identifican el legislador competente, y éste habrá de ser seleccionado a partir de la asignación de competencias contenidas en los arts. 148 y 149 CE. Y en estos preceptos son numerosos los ámbitos en los que las comunidades autónomas pueden actuar, con mayor o menor amplitud en función del tipo de competencia, incidiendo en la esfera subjetiva de los ciudadanos (urbanismo, vivienda, fomento de la cultura, asistencia social, sanidad, derecho civil propio, medio ambiente, régimen jurídico de las Administraciones públicas, educación, etc.), amén del propio art. 149.1.1 CE que permite desarrollar todo aquello que exceda de las condiciones básicas y del art. 149.3 CE. Son todas ellas competencias que, asumidas como propias en los Estatutos de Autonomía, han permitido al legislador autonómico la adopción de numerosas leyes sectoriales que han proclamado y regulado derechos y han desarrollado su contenido. Por tanto, desde la perspectiva competencial, habremos de concluir en que el constituyente ya tuvo presente, a la hora de realizar el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, la mayor o menor homogeneidad en el contenido de los derechos.²⁴

23. Por citar algunos de los numerosos estudios sobre la materia nos remitimos a Baño León, J. M^a., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988; Barceló, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado Autonómico*, IEA-Civitas, Madrid, 1991; Corretja Torrens, M., *La conflictivitat competencial. La garantia del principi d'igualtat en l'art. 149.1.1 CE*, IEA, Barcelona, 1991; Pemán Gavin, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992; AAVV, *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992; Tudela Aranda, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994 y Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos y derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001.

24. Así, C. Viver i Pi-Sunyer, *Materias Competenciales y Tribunal Constitucional. La delimitación en los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 116; M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado Autonómico*, cit., p. 103 y Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos y derecho comunitario*, cit., pp. 188 y 192-193.

delimitando, de esta manera, el alcance del principio de igualdad proclamado en el art. 139.1 CE.

Siendo así, no hallamos razón constitucional alguna que permita, desde la perspectiva de la igualdad de derechos y obligaciones, oponerse a la incorporación de estas declaraciones al Estatuto de Autonomía, concebidas como una primera concreción de las competencias autonómicas llevadas al más alto rango normativo: el estatutario. Por el contrario, admitir la competencia del legislador ordinario autonómico en este ámbito y negar al estatuyente la posibilidad de proclamar los derechos del ciudadano en su condición de miembro de esa comunidad autónoma,²⁵ carecería de todo sentido.

Otra versión de la infracción de este principio la ofrece L. M^a Díez Picazo, autor que la imputa directamente al legislador estatal, al que llega a calificar de "esquizofrénico" o "abúlico".²⁶

La respuesta explícita a este razonamiento la ofrece F. Caamaño utilizando el argumento de lo que él mismo denomina "del legislador consciente". En la medida en que es la propia Constitución la que, reconociendo la autonomía en la unidad estatal, permite la heterogeneidad normativa entre comunidades autónomas, cuando las Cortes Generales, tramitan y aprueban las propuestas de reforma estatutarias que les trasladan los Parlamentos autonómicos, no hacen otra cosa que aplicar el modelo territorial de Estado.²⁷ Y lo aplican con

25. Así, F. Caamaño, "Sí, puede", *cit.*, p. 35 y Álvarez Conde, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007, p. 345.

26. Según este autor, en la medida que la reforma de un Estatuto de Autonomía se aprueba por las Cortes Generales, admitir que éstos "puedan recoger declaraciones de derechos sería tanto como admitir que las Cortes Generales puedan dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles". En "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *cit.*, p. 72. A diferencia de otros autores, para Díez Picazo no es alegable la infracción del art. 139.1 CE ya que esta igualdad se exige en un mismo ordenamiento, esto es, es un imperativo para que el ordenamiento autonómico no discrimine entre ciudadanos de la Comunidad Autónoma y otros nacionales. Tampoco, para este autor, existe vulneración del título competencial del art. 149.1.1 CE: el Estado podrá hacer siempre uso de esta competencia, exista o no la previsión estatutaria de derechos (pp. 64, 65 y 71).

27. En "Sí, puede", *cit.*, pp. 44 y 45. Este mismo autor concluye el diálogo 'fascicular' con L. M^a Díez Picazo, poniendo de manifiesto que "Gestionar la diferencia no es incurrir en la arbitrariedad, sino cumplir razonablemente con una obligación constitucional".

todos los elementos que lo definen en el texto constitucional en el que la ausencia de un título competencial que atribuya la materia “derechos” al legislador estatal –y no lo es el art. 139 CE, ni lo contempla el art. 149.1.1 CE, que reserva al Estado sólo la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes– se acompaña de multiplicidad de títulos que permiten esta intervención autonómica.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que los derechos estatutarios se proclaman en relación con los poderes autonómicos. Cuestión distinta que sí afectaría negativamente al principio de igualdad es, como indica P. Biglino,²⁸ si los Estatutos reconocieran para sus ciudadanos derechos frente al Estado que éste no garantizara o prestara a quienes se encuentren en otra parte del territorio.

1.3. Las Cartas de derechos: un contenido constitucionalmente admisible que no afecta a la naturaleza ni a la función constitucional del Estatuto de Autonomía

No puede negarse el hecho de que en ningún precepto constitucional está previsto que las Cartas de derechos sean un contenido posible de la norma estatutaria. A ellas no se refieren ni el art. 147.2 y .3 CE ni otras disposiciones del texto constitucional que hacen un llamamiento expreso al Estatuto de Autonomía para regular determinadas cuestiones, tales como la lengua (art. 3 CE); los símbolos (art. 4); el procedimiento de designación de senadores “autonómicos” (art. 69); el procedimiento de suscripción de convenidos de colaboración y cooperación con otras comunidades autónomas (art. 145.2); la creación de circunscripciones territoriales propias (art. 152.3); la participación en la recaudación, gestión y liquidación de los recursos tributarios (art. 156); etc.²⁹ Teniendo en cuenta tales presupuestos constitucionales, se ha considerado que los Estatutos de Autonomía son, tanto en

28. En “Reforma de los Estatutos de Autonomía y distribución de competencias”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. especial: “La reforma de los Estatutos de Autonomía”, 2005, p. 257.

29. Contenidos todos ellos que son sucintamente analizados entre otros trabajos, en las monografías de C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996 y J. M^a Castellá Andreu, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IEA, Barcelona, 2004, a las cuales me remito.

su origen como en cualquier posible reforma, "un tipo de norma con un contenido constitucionalmente tasado"³⁰ o predeterminado: no pueden regular materias distintas a las constitucionalmente previstas (y las cartas de derechos no se incluyen en este elenco).

Estos contenidos constitucionalmente "tasados" son, además, los que han permitido confirmar, en total sintonía con su definición constitucional, la naturaleza del Estatuto de Autonomía de norma institucional básica de la comunidad autónoma. Carácter que, ciertamente, han mantenido los Estatutos hasta el momento, actuando como normas de carácter preferentemente institucional: de regulación, a través de normas objetivas, de sus propias instituciones, poderes y competencias, estando ausente cualquier tipo de disposición que atribuyera o reconociera directamente facultades subjetivas. Este carácter objetivo sólo era tímidamente matizado con las escasas referencias que, por lo general, contenían todos los Estatutos a cuestiones simbólicas, cláusulas de remisión a los derechos constitucionales, identificación de la ciudadanía y algunas normas programáticas.³¹ Salvo en este último supuesto –sobre el cual la doctrina llegó a plantearse algunas dudas en torno a su admisibilidad y eficacia jurídica–,³² la incorporación en los Estatutos de Autonomía de este tipo de normas no suscitó, en su momento, controversia alguna.

Centrándonos nuevamente en las Cartas estatutarias de derechos, existen, a mi juicio, suficientes elementos en la Constitución para admitir que estamos en presencia de un contenido constitucionalmente posible, siendo irrelevante a estos efectos su calificación como un contenido "accesorio,"³³ "necesario"³⁴ o "complemen-

30. L. M^a Díez Picazo, "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *cit.*, pp. 65-66 y 71. También Martínez López-Muñiz, J.L., "Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. especial: "La reforma de los Estatutos de Autonomía", 2005, p. 95.

31. Así Castellá Andreu, J. M^a, "La incorporación de Cartas de derechos...", *cit.*, p. 355.

32. Los términos en los que se plantea el debate doctrinal en torno a estas normas que con una clara inspiración en la doctrina italiana se han identificado como 'normas programáticas', son analizados por J. M^a Castellá Andreu en su monografía *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, *cit.*, pp. 158-160.

33. *Ibidem*, p. 158.

34. *Vid.* Barceló, M., "Drets i dures dels ciutadans de Catalunya", en *Vint-i-cinc anys d'Estatut d'Autonomia de Catalunya: balanç i perspectives*, IEA, Barcelona, 2005, pp. 433 y 435-437.

tario".³⁵ Si dejamos a un lado la enumeración pormenorizada de las cuestiones que los Estatutos deben regular, coincidiremos en que todas ellas pueden agruparse en torno a tres contenidos básicos: simbólico –de identificación de la Comunidad–, orgánico y competencial.³⁶ Las Declaraciones estatutarias de derechos son perfectamente encajables en cualquiera de ellos.

Desde la perspectiva competencial, ya se ha señalado cómo la incorporación de una declaración de Derechos se conecta con el ámbito de competencias desde el propio texto estatutario: no supone nada más que incorporar una vertiente subjetiva de las mismas.

Por lo que se refiere al contenido orgánico, coincidiremos en que los Estatutos son normas a las que la Constitución llama para traducir normativamente la capacidad de autogobierno de las comunidades autónomas (la califican y la cuantifican). Y qué duda cabe que los derechos son una manifestación expresa de esa capacidad de autogobierno en un doble sentido. Positivo, en tanto que habilitan a los poderes públicos para actuar en su defensa y ejecutar políticas propias en las materias de su competencia. Y negativo, porque a través de los mismos se expresan los límites, consensuados, a esa capacidad de autogobierno.

Más detenimiento exige el análisis de la perspectiva simbólica. La incorporación a las normas estatutarias de estas Declaraciones de derechos supone una mejora cualitativa del autogobierno en la medida que se hace partícipe al ciudadano del ejercicio del poder,³⁷ además de la traducción positiva de una serie de valores y aspiraciones de una determinada comunidad que la definen y ca-

35. Vid. Carrillo, M., "La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos", en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 67-68.

36. Así Castellá Andreu, J. M^o, "La incorporación de Cartas de derechos...", *ob. cit.*, p. 344.

37. Se facilita, además, para M. L. Balaguer "un proceso identitario de la ciudadanía". Vid. "Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007, p. 8.

racterizan.³⁸ Se ensalza de esta manera el valor “político” del Estatuto.³⁹

También, en esta sede, se ha criticado que la labor de positivizar en una norma estatutaria estas “señas de identidad” en la forma de derechos implica dotarlos de una rigidez extrema que los hace indisponible para el legislador democrático (*efectos de petrificación*⁴⁰). Es decir, en la medida en que estos derechos suponen, entre otras consecuencias, una limitación a la actuación de los poderes públicos autonómicos (que en todo caso deben respetarlos en el ejercicio de sus funciones y competencias) se afecta a las mayorías futuras, restringiendo con ello las opciones democráticas del legislador autonómico.⁴¹ Por tanto, más que aumentar el autogobierno, se considera que lo que hacen estas Cartas es precisamente lo contrario, restringirlo.⁴²

Ciertamente, la plasmación en un Estatuto de Autonomía de una declaración de derechos implica dotarla de una rigidez de la que no gozan el resto de normas del ordenamiento jurídico –ni estatal ni autonómico–, ni siquiera de las leyes orgánicas estatales, así como tampoco de aquellas leyes autonómicas que en virtud del propio Estatuto deban ser aprobadas por una mayoría cualificada, y que, por tanto,

38. Integran, en palabras de F. Balaguer, “las señas de identidad de la comunidad constitucional que el Estatuto define”, ofreciendo lo que para J. M^a Castellá, constituye expresión de un “modelo de sociedad”. *Vid.*, del primero de los autores, “Comentario a ‘La reforma de los Estatutos de Autonomía’ de Carles Viver i Pi-Sunyer”, en *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2005, p. 53; y del segundo, “La incorporación de Cartas de derechos...”, *ob. cit.*, p. 358.

39. Así, entre otros, Carrillo, M., “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña...”, *ob. cit.*, pp. 65-66 y Álvarez Conde, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, *cit.*, pp. 367 y 372.

40. Ferreres Comella, V., “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *cit.*, pp. 22 y 35. En similares términos se pronuncia J.L. Martínez López-Muñiz, “Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias”, *cit.*, p. 109.

41. En este sentido, L. M^a Díez Picazo es tajante al considerar que dotarlos de la rigidez estatutaria equivaldría a privar a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tienen garantizado por la vía constitucional: “si no existieran esas normas estatutarias declarativas de derechos, se aplicaría sólo el Título I de la Constitución y los ciudadanos –o sus representantes– podrían debatir y votar sobre más cosas”. En “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *cit.*, pp. 71-72.

42. También Ferreres Comella V., “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *cit.*, pp. 12, 17 y 23

son difícilmente disponibles por un futuro legislador democrático. Pero se ha de tener en cuenta dos consideraciones, a mi juicio, relevantes. La primera es que la reforma de un Estatuto de Autonomía exige esas mismas mayorías cualificadas y no sólo de los Parlamentos autonómicos que inician el proceso, también de las Cortes Generales, además de un referéndum de la población autonómica en algunos casos.⁴³ Y la segunda es que en la formulación estatutaria de los derechos se ha utilizado no sólo una redacción lo suficientemente amplia como para permitir todas las opciones políticas en su desarrollo –al igual que sucede con la mayoría de los derechos constitucional o internacionalmente proclamados–, sino que además se hace una constante remisión al legislador autonómico para que los regule y desarrolle más allá de los mínimos estatutarios. Remisión que, como veremos, provoca el peligro de transformar estas declaraciones estatutarias en meros mandatos al legislador.

Nada de lo anterior conlleva a cambiar la naturaleza y posición constitucional del Estatuto de Autonomía. Se respeta de todas formas su naturaleza institucional. No la transforma, sino que la completa incorporando esa vertiente subjetiva. Como afirma C. VIVER “hay pocas cuestiones más propias de una norma institucional básica de una comunidad política que el reconocimiento de derechos de sus miembros frente a sus órganos de autogobierno”.⁴⁴

Incluso acogiéndonos a aquellas posiciones extremas que sólo identifican en el Estatuto de Autonomía la norma que ha de concretar y cerrar la distribución de competencias de una Comunidad⁴⁵ y que, por tanto, ensalzan la naturaleza institucional de esta peculiar norma, podemos seguir afirmando la adecuación de los derechos al marco competencial. Así lo constatan, como hemos visto, los nuevos Estatutos al establecer, siguiendo el ejemplo catalán, que ninguno de

43. F. Caamaño realiza, a mi juicio, una acertada comparación cuando afirma que “si los derechos fundamentales –refiriéndose a los que la Constitución reconoce– son producto de la democracia de consenso, no se alcanza a comprender por qué otros consensos son perjudiciales para la democracia”. En “Sí, pueden”, *cit.*, p. 39.

44. En “L’Estatut de 2006”, *cit.*, 42-43.

45. Para J.L. Martínez López-Muñiz los Estatutos de Autonomía no son normas que deban regular funciones ni materias, sino limitarse a organizar la comunidad autónoma y determinar sus competencias. *Vid.* “Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias”, *cit.*, p. 120.

ellos “comporta una alteración del régimen de competencias ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes” (art. 37.4 EAC).

Lo anterior no desconoce, sin embargo, la potencial vocación transformadora de los Estatutos de Autonomía,⁴⁶ en tanto que normas expresamente llamadas por la Constitución para completar y actuar en un modelo territorial que sólo a grandes rasgos fueron capaces de perfilar los constituyentes.⁴⁷ En los casi treinta años de funcionamiento del Estado autonómico, podemos encontrar numerosos ejemplos de ello. Y éste es un aspecto que cobra una significativa importancia en un momento que, como el actual, se aboga por una reforma constitucional que implique una expresa constitucionalización del modelo territorial de Estado. Y en este sentido creo que hubiera sido mejor construir el nuevo edificio constitucional a partir de sus propios cimientos, esto es, haber precedido el proceso de reforma estatutaria de una revisión constitucional.⁴⁸

2. La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía

Si bien el reconocimiento de derechos es un denominador común en los Estatutos de Autonomía de esta nueva etapa, no todos

46. C. Viver i Pi-Sunyer identifica en los Estatutos de Autonomía “un notable potencial conformador y reformador de esta estructura territorial”. Vid. “L’Estatut de 2006”, *cit.*, p. 35.

47. P. de Vega ya advertía que ya desde el mismo momento en que se redacta y aprueba la Constitución, “el poder estatuyente de las autonomías se convirtió de hecho en una prolongación inevitable del poder constituyente, distorsionando la lógica del Estado constitucional, conforme al cual el poder constituyente desaparece con la aprobación de la Constitución” (en “Prólogo” en *Constitución Española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, p. XXV). Nos guste o no, esta distorsión ha llegado hasta nuestros días de tal manera que siguen siendo los Estatutos de Autonomía los que en los amplios y difusos márgenes constitucionales inciden en la evolución del modelo territorial en uno u otro sentido. Y así las cosas el riesgo al que nos venimos exponiendo, advierte Tajadura, es el de colocar la Constitución en la periferia del bloque de la constitucionalidad y a los EEAA en el centro del mismo. Vid. “Reformas territoriales y Estado Social”, *cit.*, p. 54.

48. De entrada, se hubiera evitado, de esta manera, el riesgo de identificar en estos procesos de reforma estatutaria un encubierto proceso de reforma constitucional. E. Álvarez Conde es contundente al advertir de la apariencia que se da: forzar la reforma de la Constitución a través de sucesivas y continuas reformas estatutarias, tratando de acomodar el contenido de aquella a la de éstas. Vid. *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, *cit.*, pp. 18 y 19.

ellos les dispensan un tratamiento homogéneo ni mucho menos sistemático. Así, atendiendo a la mayor o menor extensión de estas declaraciones de derechos, podríamos diferenciar tres tipos de Estatutos. En un primer grupo situaríamos los Estatutos catalán,⁴⁹ andaluz⁵⁰ y, en cierta medida, los proyectos de Castilla-La Mancha⁵¹ y Castilla y León,⁵² por ser aquéllos que contienen una prolija declaración de derechos de todo tipo en la que se incluyen una serie de previsiones específicas destinadas a dar efectividad y garantía a los mismos. Un segundo grupo lo integrarían los Estatutos de la Comunidad Valenciana⁵³, de las Illes Balears⁵⁴ y de Aragón,⁵⁵ lo cuales, aun conteniendo estas Cartas de derechos, son más selectivas y sintéticas, remitiendo a una futura ley la labor de completar dicha positivación (es el caso de la remisión que los Estatutos valenciano y balear realizan a una futura

49. El Título I regulador "De los derechos, deberes y principios rectores" se estructura en cinco capítulos. En el primero (arts. 15 a 28) se agrupan los "Derechos y deberes del ámbito civil y social", el segundo (arts. 29-31) acoge la ordenación "De los derechos del ámbito político y de la Administración", el tercero (arts. 32-36) se dedica a los "Derechos y deberes lingüísticos", en el cuarto (arts. 37 y 38) se contiene el régimen de "Garantías de los derechos estatutario" y finalmente, el quinto (arts. 39-54) explicita los "Principios Rectores".

50. El Título I proclama los "Derechos sociales, deberes y políticas públicas" y se divide en cuatro capítulos. En el primero (arts. 12-14) se establecen las "Disposiciones Generales", el segundo (arts. 15-36) contiene el reconocimiento de "Derechos y deberes", en el tercero (art. 37) se acogen los "Principios rectores de las políticas públicas" y el último, el cuarto (arts. 38-41) regula las "Garantías".

51. El Título I en el que se proclaman los "Derechos, deberes y libertades de los castellano-manchegos" se integra de cuatro capítulos. El primero (arts. 6-10) contiene los "Principios Generales", el segundo (arts. 11-20) formula los "Derechos de la ciudadanía y de la persona", el tercero (art. 21) proclama los "Derechos económicos y sociales" y en el cuarto (art. 22) se prevé "La garantía del ejercicio de los derechos".

52. El Título I acoge los "Derechos y principios rectores" y se articula en cinco capítulos. En el primero (arts. 7-10) se contienen las "Disposiciones generales", el segundo (arts. 11-14) proclama los "Derechos de los castellanos y leoneses", el tercero (art. 15) explicita los "Deberes de los castellanos y leoneses", en el cuarto (art. 16) se formulan los "Principios rectores de las políticas públicas de Castilla y León" y el quinto (arts. 17 y 18) incorpora el régimen de "Garantías de los derechos y principios estatutarios".

53. El Título II (arts. 8 a 19), que carece de capítulos, contiene la positivación "De los derechos de los valencianos y valencianas".

54. El Título II (arts. 13-29) acoge, sin estructuración en capítulos, la declaración "De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears".

55. El Título I se dedica a los "Derechos y principios rectores". Se integra de dos capítulos. En el primero (arts. 11-19) se proclaman los "Derechos y deberes de los aragoneses y aragonesas" y en el segundo (arts. 20-32) se acogen los "Principios rectores de las políticas públicas".

Carta de Derechos Sociales). Y finalmente, el proyecto de Estatuto de Canarias⁵⁶ que, como en el frustrado *Plan Ibarretxe*⁵⁷, no dedica una especial atención a los derechos.⁵⁸

Al margen del mayor o menor grado de concreción, extensión y sistematicidad, lo cierto es que no nos encontramos ante un conjunto de disposiciones homogéneas. Por el contrario, es frecuente la confusión entre distintos tipos de normas (derechos, mandatos, principios) e incluso el tratamiento de una misma materia desde diferentes perspectivas: como derecho y como principio rector (amén de ulteriores concreciones de su contenido en los Títulos estatutarios relativos a las competencias). Todo ello puede originar serios problemas a la hora de determinar el alcance de la regulación estatutaria del derecho.

A lo anterior se añade la constatación de cómo, en algunos casos, el estatuyente no ha considerado consumada esta operación, difiriendo al legislador autonómico –y, por tanto, sorteando los rígidos procedimientos de reforma estatutaria– la posibilidad, en un futuro, de ampliar este catálogo. Concretamente, se hace referencia a la expresa previsión del art. 37.2 del Estatuto catalán, a una *Carta de Derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña*. En efecto, la disposición citada acoge la obligación del Parlamento de Cataluña de aprobar por ley⁵⁹ esta *Carta* sin precisar cuál debe ser su contenido

56. Si bien carece de un Título específico dedicado a los derechos, a lo largo del proyecto estatutario se contienen diversas disposiciones de las cuales pueden deducirse algún tipo de derecho.

57. La Propuesta de reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi no dedica ningún Título a la proclamación de derechos, deberes o principios. No obstante, algunas de sus disposiciones se referían de forma particular a éstos. Así, y sin ánimo de exhaustividad, podemos citar los arts. 9 (Valores del autogobierno vasco), 10 (Derechos humanos y libertades) y 11 (Ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de la ciudadanía vasca) del Título Preliminar. También, en el Título IV ordenador “Del ejercicio del poder público en la Comunidad de Euskadi” hallamos la formulación expresa de algún derecho en el Capítulo I contenedor de las disposiciones reguladoras “Del ejercicio del autogobierno vasco”, en especial en el art. 39 (Derecho al buen gobierno y a la buena administración) y encubierta de otros (los arts. 38 y 40 se refieren, respectivamente, a los valores rectores del marco social y económico y a la participación de la sociedad civil).

58. El proyecto de Estatuto canario acoge una genérica remisión a los ya amparados en la Constitución y los Tratados internacionales.

59. En tanto que “ley de desarrollo básico del Estatuto”, su adopción, modificación y derogación requiere “el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto” (art. 62.2 del Estatuto catalán).

pero sí extendiendo el régimen de garantías previsto para los derechos del Capítulo I, II y III del Título I a estos inciertos derechos. Una prescripción de este tipo es difícilmente explicable si tenemos en cuenta la prolija declaración de derechos contenida en este Estatuto de Autonomía,⁶⁰ sobre todo porque se aparta del modelo de Carta de derechos de rango legal que ya había sido utilizado en algunas comunidades autónomas (Navarra y País Vasco) y que en la actualidad aparece, como hemos señalado, en los nuevos Estatutos valenciano y balear con la explícita remisión a una futura Carta de Derechos Sociales, las cuales van a situarse en el estricto plano de la legislación infraestatutaria. Todo ello ha llevado a algún autor a cuestionarse su sentido.⁶¹ Ahora bien, si tenemos en cuenta, por un lado, que los derechos responden a una serie de necesidades y aspiraciones del individuo que son susceptibles de aparecer en un futuro y, por el otro, las dificultades que conlleva la incorporación de una declaración de derechos en la norma estatutaria a la hora de acometer cualquier reforma, esta remisión del estatuyente catalán a una *Carta de Derechos y deberes* sólo puede ser concebida como una cláusula residual. Se permitiría, de esta manera, en un futuro, ir positivizando otros derechos al margen de la rigidez del Estatuto, extendiéndoles, no obstante, el mismo régimen de garantías que el Estatuto dispone para los derechos en él proclamados.⁶²

60. Su inclusión en la norma estatutaria catalana sólo se explica como una de las consecuencias del consenso a que llegaron los principales partidos con representación en el Parlamento de Cataluña en el proceso de reforma del Estatuto que se inicia en el 2004. Así mientras que los partidos de izquierda reclamaban la incorporación, en el Estatuto, de una Carta de derechos; el partido nacionalista (CiU), inspirándose en la técnica seguida por el Estatuto de 1932, abogaba por regular los derechos de los ciudadanos catalanes a través de una Carta aprobada por ley del Parlamento. La satisfacción de ambas posiciones políticas culminó en la positivación de dos lógicas distintas e, incluso, antagónicas: se incorpora al Estatuto una extensa declaración de derechos y se acoge, también, una referencia a la Carta. *Vid.* Castellá Andreu, J. M^º, Expósito, E. y Martín, E., *Els drets dels ciutadans davant l'Administració de la Generalitat en el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya*, conclusiones del proyecto de investigación financiado por la Escuela de Administración Pública de Cataluña (Resolución de 5 de diciembre de 2005), pp. 61 y 62 del ejemplar mecanografiado (de próxima publicación).

61. *Vid.* Ferreres Comella, V., "Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña", *cit.*, pp. 34 y 35. En un sentido muy similar se pronuncia E. Álvarez Conde en *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, *cit.*, p. 386.

62. Conclusión que ya adelantábamos en *Els drets dels ciutadans davant l'Administració de la Generalitat...*, *ob. cit.*, p. 62.

2.1. El marco normativo en que se insertan las Cartas estatutarias de Derechos

El estatuyente ha tenido un especial cuidado en subrayar, a través de distintas disposiciones, el encaje de estas declaraciones de derechos en el marco constitucional e internacional de reconocimiento de derechos, así como en el ámbito de las competencias de la comunidad autónoma.

2.1.1. La Constitución y las normas internacionales de protección de derechos

En la primera parte de este trabajo ya se ha señalado que la existencia de disposiciones de remisión a los derechos constitucionales y a aquellos otros que se reconocen, establecen o emanan de textos internacionales es un elemento común en todos los Estatutos. Advertíamos, también, que con ellas el estatuyente ha dejado claro que los derechos estatutarios constituyen una ampliación del ámbito de actuación de los ciudadanos frente a los poderes públicos autonómicos. Y ello con independencia de las formulaciones utilizadas en cada uno de los Estatutos, las cuales, interpretadas literalmente pueden originar algunas conclusiones equívocas.⁶³ La presencia y validez de estos derechos

63. A modo de ejemplo, mientras que el Estatuto andaluz (art. 9) reconoce estos derechos como un "mínimo" del que deben gozar todas las personas en la comunidad autónoma –dándose por entendido que los derechos estatutarios constituyen una ampliación de los mismos–; el Estatuto valenciano (art. 8.1), el de las Illes Balears (arts. 12.2 y 13.1) y los proyectos de Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 7.1) y Canarias (art. 6.1) los reconocen como los únicos derechos y libertades que disfrutan los ciudadanos de estas comunidades autónomas. Salvo en el caso canario –que no dispone de una Carta de derechos propiamente dicha–, la cuestión que inmediatamente plantean las previsiones de Valencia y Castilla-La Mancha es ¿a qué sirve la incorporación de estas cartas de derechos cuando es la propia norma estatutaria la que está reconociendo como tales sólo los contenidos en la Constitución o los textos internacionales? Es, más que nada, una pregunta retórica que permite poner de manifiesto la escasa eficacia jurídica de estas disposiciones en un contexto constitucional que como el nuestro es la propia Constitución la que reconoce los derechos y libertades de los ciudadanos y la que consiente la vigencia de los textos internacionales en este mismo ámbito. El resto de Estatutos añaden a los derechos constitucionales y derivados del ordenamiento internacional los reconocidos en el propio Estatuto (arts. 4.1 del Estatuto catalán; 6.1 del Estatuto de Aragón y 8.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León). El caso de las Illes es especialmente paradigmático no sólo porque reproduce, con idénticos términos lo dispuesto en el art. 8.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, sino porque la doble referencia a los derechos contemplados en la Constitución y a los textos internacionales se realiza de forma distinta y en sedes diferentes.

(constitucionales e internacionales) en el ámbito autonómico es algo incuestionable siendo las declaraciones estatutarias irrelevantes a estos efectos.⁶⁴ Teniendo en cuenta, además, que este tipo de normas ya aparecen en los Estatutos originarios, sí que es oportuno destacar que la única novedad que se incorpora en las mismas es la remisión expresa y detallada a los textos internacionales que en materia de derechos han sido ratificados por España.⁶⁵ Los nuevos preceptos estatutarios suponen en definitiva una actualización de sus predecesores al momento histórico en el que son aprobados los nuevos Estatutos. Y más allá de manifestar positivamente un referente cultural, no es posible extraer de estas disposiciones estatutarias un tutela más reforzada de los derechos de los ciudadanos en la comunidad autónoma.⁶⁶

Como también anunciábamos, estas remisiones estatutarias al marco constitucional e internacional se acompañan con la previsión de cláusulas de salvaguardia que impiden la interpretación, aplicación o desarrollo de cualquiera de las disposiciones de los títulos reguladores de derechos de forma que reduzca o limite aquéllos.⁶⁷ Cláusulas que, como las anteriores, pueden ser calificadas de superfluas en la medida en que no comportan nada novedoso en términos de eficacia de estos derechos. Incluso la ausencia de las mismas en otros textos estatutarios no conduce a un resultado distinto.⁶⁸ También de re-

64. En una específica alusión al Estatuto andaluz, pero que puede ser extensible al resto de textos estatutarios que contienen una referencia similar o idéntica, G. Cámara entiende que tampoco esta norma produce una "disfunción jurídica", sino que, por el contrario "subraya como fundamento político y jurídico, en el marco de la relación entre ordenamientos, el común sistema objetivo de valores que sustenta el sistema de derechos y libertades". *Vid.* "Derechos, deberes y principios rectores", en Balaguer Callejón, F. (Coord.), *El nuevo Estatuto en Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 24.

65. Los Estatutos originarios sólo contenían una referencia a los derechos constitucionales. *Vid.* los textos estatutarios antes de ser reformados o derogados de Valencia (art. 2), Cataluña (art. 8.1), Andalucía (art. 11) y Aragón (art. 6) y los todavía vigentes Estatutos de Castilla-La Mancha (art. 4), Castilla y León (art. 8) y Canarias (art. 5).

66. Reflexión que E. Rossi realizaba sobre las cláusulas similares que contenían algunos Estatutos que las regiones ordinarias italianas adoptaron como consecuencia de las reforma constitucionales de los años 1999 y 2001, pero que puede ser igualmente extensible a los textos estatutarios objeto de este trabajo. *Vid.* Rossi, E., "Derechos De libertad y Estatutos regionales. La situación italiana", en Aparicio, M. A. (Ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, *cit.*, p. 213.

67. *Vid.* preceptos estatutarios ya citados en nota a pie 15.

68. El Estatuto de la Comunidad Valenciana y el proyecto de Estatuto de Castilla y León no contienen una disposición similar. Tampoco el proyecto canario que, como se sabe,

dundantes pueden calificarse las disposiciones estatutarias que asumen en identidad de términos lo ya dispuesto en el art. 9.2 CE y la vinculación de los poderes autonómicos a los derechos reconocidos en la Constitución y en los textos internacionales.⁶⁹

2.1.2. El marco competencial

Desde la óptica competencial, también en algunos Estatutos se ha puesto una especial atención en encuadrar estas declaraciones de derechos en el ámbito de las competencias de la propia comunidad autónoma. Es el caso del Estatuto catalán en el que, en sede de "Garantías de los derechos estatutarios" (Capítulo IV del Título I) se dispone, con una fórmula que recuerda mucho a la contenida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que "Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes".⁷⁰ Nuevamente hemos de concluir que estamos ante una previsión que nada añade a lo que ya se desprende de la forma territorial de Estado en tanto que Estado Autónomico: las comunidades autónomas sólo pueden actuar en los ámbitos y con las funciones que determinan las competencias asumidas en sus propios Estatutos de conformidad con la Constitución y el bloque de la constitucionalidad. Lo que sin duda alguna puede justificar, desde una perspectiva política, la inclusión de una norma de este tipo es el interés del estatuyente en ratificar la plena adecuación de esta Carta de derechos al limitado alcance del poder ejercido: la autonomía. Pero también, en un plano más jurídico, va a resultar de suma utilidad a la hora de determinar el verdade-

incorpora, por remisión expresa y con carácter general, como propios los derechos constitucionales y los proclamados en tratados y convenios internacionales.

69. *Vid.* preceptos estatutarios ya citados en nota a pie 16.

70. Arts. 37.4 del Estatuto catalán. Con una formulación mucho más parca, también en el art. 6.1 del proyecto de Estatuto castellanomanchego. Y en términos idénticos al Estatuto catalán se acoge en el art. 13.3 del Estatuto balear. En relación con este último, el empeño del estatuyente en situar el reconocimiento de los derechos en los márgenes que permiten las competencias de la comunidad autónoma balear llega hasta tal extremo que, a pesar de contener una disposición general de este tipo, en gran parte de los derechos que se proclaman aparecen expresiones tales como "en el ámbito de sus competencias", "sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado", "de acuerdo con la legislación del Estado" o similares.

ro alcance de los derechos estatutarios, en la medida en que los poderes públicos autonómicos sólo van a poder incidir en los ámbitos subjetivos que implica el reconocimiento estatutario del derecho actuando según las facultades que le otorga la asunción de competencias sobre esas mismas materias.

A la vista de las consideraciones realizadas en este apartado, no se observan indicios de inconstitucionalidad en esta opción del estatuyente a favor de la incorporación de las Cartas de Derechos en los nuevos textos estatutarios. No sólo hay un exceso de celo en recordar el marco constitucional en el que aparecen, sino que además, con una clara vocación garantista que se proyecta al momento aplicativo de estos derechos estatutarios, se ha blindado cualquier posibilidad de alterar los límites constitucionales en los que se inserta el ejercicio de la autonomía. Es necesario, por tanto, descender a un plano más acotado, el que ofrece el análisis de los concretos derechos que se proclaman y, en su caso, del conjunto de garantías con las que se rodea su reconocimiento.

2.2. El contenido de las Cartas de derechos

La premisa de la que parte este examen es que las comunidades autónomas tienen competencia para regular derechos. Si bien no es ésta una competencia que la Constitución reconozca de forma explícita, sí que el juego de los diversos títulos competenciales contenidos en los arts. 148 y 149 CE deja a los poderes autonómicos amplios márgenes de actuación en algunos derechos: en los derechos de participación ante la Administración autonómica, en los derechos lingüísticos, en su caso, y muy especialmente en los derechos sociales y económicos. Por el contrario, en relación con los derechos de libertad y de la esfera personal e incluso con los derechos de participación política y algún derecho de carácter social (educación y sindicación), las facultades de intervención autonómicas quedan constreñidas a los estrictos límites derivados del reconocimiento constitucional y del desarrollo que del mismo se realice por ley orgánica (art. 81 CE).

Un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los derechos que se incorporan en las nuevas normas estatutarias excedería del objeto de este trabajo. Por ello, el examen realizado se ha limitado a identificar qué tipos de derechos son los que, en función de su contenido y

del ámbito material en el que se proyectan, mayoritariamente se regulan y si verdaderamente estamos en presencia de "nuevos" derechos.

2.2.1. Qué derechos aparecen en las Cartas estatutarias

La tarea de ir identificando qué derechos aparecen en las Cartas estatutarias es dificultosa debido a la deplorable técnica utilizada. Con más desatino que acierto, los diversos textos estatutarios han mezclado, sin una coherencia interna, la formulación de derechos, junto con la de obligaciones, principios de actuación, mandatos y otras normas de dudoso alcance jurídico o encuadramiento en los Títulos relativos a los derechos.⁷¹ Aún así podemos identificar al menos cinco grupos de derechos: relativos a la igualdad y a la no discriminación, de participación, frente a la Administración (autonómica y local), socioeconómicos y lingüísticos en aquellas Comunidades con lengua propia distinta del castellano.⁷²

a) El derecho a la igualdad y a la no discriminación

Si en un tema ha sido especialmente sensible el estatuyente actual, éste es el tratamiento de la igualdad. De entrada, la igualdad aparece como uno de los valores en los que se asientan los nuevos textos estatutarios. Más allá de las referencias que a la misma se realizan en algunos Preámbulos,⁷³ en sede normativa es habitual encon-

71. Concretamente, es el caso de dos preceptos que aparecen en los Títulos relativos a los derechos en los Estatutos valenciano y balear. En el primero, se inserta una norma referida Sector agrario valenciano para reconocerle su importante labor en la actividad productiva, en el mantenimiento del paisaje, del territorio, del medio ambiente, de la cultura, de las tradiciones y costumbres más definitorias de la identidad valenciana y así justificar el mandato a la Generalitat valenciana de adoptar medidas que garanticen los derechos de este sector, su desarrollo y protección, así como de los agricultores y ganaderos (art. 18). Y en el caso balear, el reconocimiento lo es a la actividad turística como elemento económico estratégico de las Illes (art. 24).

72. Son, en la mayoría de los casos, derechos cuya incorporación en la norma estatutaria ya había sido calificada de oportuna y, en cierta manera, reclamada por algunos autores. Así Barceló, M., "Drets i deures dels ciutadans de Catalunya", *cit.*, pp. 440-442 y Catalá i Bas, A. H., "La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 4, 2005, pp. 197-198.

73. Concretamente en de los Estatutos de Andalucía que identifica la igualdad como uno de los objetivos básicos cuya consecución debe perseguir el Estatuto en tanto que instrumento jurídico y el balear que la concibe como valor supremo en el que se inspira el sistema democrático.

trar disposiciones en el Título Preliminar⁷⁴ que la identifican como “valor superior” que propugna el Estatuto⁷⁵ o “principio rector de la actividad pública”.⁷⁶

Por lo que respecta a las Cartas de Derechos, también los nuevos Estatutos suelen ser prolijos en sus referencias a la igualdad. Además de constituir el fundamento e integrar el contenido propio de algunos derechos estatutarios (el derecho de participación política, los derechos lingüísticos y los genéricamente identificados como derechos sociales), las previsiones estatutarias se proyectan, con distintas formulaciones, especialmente en dos ámbitos: la igualdad y no discriminación por razón de género y la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

a.1) La igualdad de género y la prohibición de discriminación por razón de sexo

A pesar de aparecer en casi todos los textos estatutarios analizados –con la salvedad del Estatuto aragonés–, la formulación difiere entre ellos. De todos ellos, el Estatuto andaluz es el que mejor se inspira, en términos de sistematicidad, en el texto constitucional. Así, la igualdad de género aparece como uno de los objetivos básicos de la Comunidad autónoma en el art. 10.2.⁷⁷ Y en la Declaración de derechos que incorpora el Título I, se desdobra el contenido del derecho a la igualdad en una formulación genérica en el art. 14 en tanto que prohibición de discriminación –con una clara inspiración del art. 14 CE, aunque mucho más amplia⁷⁸– y otra más concreta, en tanto que derecho a la igualdad

74. O Título Primero relativo a las ‘Disposiciones Generales’, en el caso balear.

75. Arts. 1.2 del Estatuto de Andalucía, 4.3 del Estatuto catalán y 9.7 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha, normas que se inspiran, casi literalmente, en el art. 1.1 CE.

76. Art. 12.2 del Estatuto balear.

77. También constituye un valor o principio específico en los Estatutos balear (art. 12), valenciano (art. 10) y en los proyectos de Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 9.6) y Canarias (art. 7.2).

78. En efecto, el Estatuto andaluz acoge, de una forma más amplia respecto del texto constitucional las cláusulas de no discriminación. Pero, más significativo es que este art. 14 las acciones positivas como contenido del derecho a no ser discriminado, cuando en la Constitución éstas se deducen del mandato a los poderes públicos contenidos en el art. 9.2 CE. Aspecto este último que enfatiza A. Rodríguez en el capítulo relativo a la “Igualdad de género” en

de oportunidades entre hombre y mujeres en todos los ámbitos, contenido específico del derecho a la igualdad de género, en el art. 15.⁷⁹

Otros Estatutos lo acogen desde una formulación tan genérica y neutra que difícilmente puede ser concebido como un derecho. Es el caso del Estatuto balear, que en su art. 17 relativo a la “no discriminación por razón de sexo” establece que “Todas las mujeres y hombres tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía”.⁸⁰ La literalidad del precepto nos sitúa ante una norma que debe erigirse en el fundamento del respeto que merece todo ser humano en tanto que persona, con independencia de sus circunstancias, y que impediría cualquier actuación que pueda suponer un menoscabo de sus derechos, lo que la convierte más en un principio hermenéutico que en un verdadero derecho autónomo.⁸¹

Una consideración aparte merece el Estatuto catalán. En él, además de identificarse la equidad de género como un valor a pro-

Balaguer Callejón, F. (Coord.), *El nuevo Estatuto de Andalucía, cit.*, p. 47. Esta novedad que supone la referencia a las acciones positivas junto con la prohibición de discriminación directa e indirecta también se contiene en el art. 14 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

79. Una manifestación concreta de este genérico mandato en el ámbito de las relaciones laborales lo constituyen, por una parte, el art. 167 relativo a la “Igualdad de la mujer en el empleo” en el que se contempla la obligación de los poderes públicos de garantizar “el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en el acceso a la ocupación, la formación y promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, así como que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad”, y, por la otra el art. 174.c) en la que se exige a los poderes públicos la adopción de medidas para conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ámbito de la contratación y las subvenciones públicas.

80. El art. 12.1 del Estatuto aragonés, relativo a los “Derechos de las personas”, contiene una norma muy similar en la que se proclama el derecho de todas las personas “a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”. Con una formulación muy parecida el Estatuto catalán refiere este derecho sólo a las mujeres (art. 19.1).

81. Lo que realmente se dispone en este precepto en relación con la igualdad de género se proclama en el apartado segundo en la forma de un principio rector y un específico mandato al legislador balear: “Las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizarán que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la conciliación de la vida familiar y laboral”. También el Estatuto valenciano acoge, por duplicado, la igualdad de hombre y mujer como un mero principio rector (arts. 10.3 y 11).

mover por los poderes públicos de Cataluña (art. 4.2), proclama en el art. 19 la igualdad únicamente como un derecho de las mujeres con una doble proyección, general, y en cierta medida ampulosa: "todas las mujeres tienen derecho a vivir libres de todo tipo de discriminación", y específica para el ámbito de la participación en todos los ámbitos públicos y privados.⁸²

En un ámbito mucho más concreto como es el de la participación, los nuevos Estatutos también disponen expresamente la paridad, siendo nuevamente el estatuto andaluz el que más empeño manifiesta de todos ellos. El art. 105.2 del Estatuto andaluz contempla como contenido indisponible para la ley electoral de la comunidad autónoma el establecimiento de "criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales". Y el art. 135 exige la "presencia equilibrada de hombres y mujeres" en el nombramiento de órganos directivos y colegiados o consultivos de la Administración andaluza. Incluso en sede legislativa, este Estatuto dispone, en su art. 114, la consagración de la transversalidad en las políticas de igualdad⁸³ a través de la realización de "impactos de género" que deberán ser tenidos en cuenta en procedimiento de elaboración de las leyes y disposiciones reglamentarias de la comunidad autónoma.

Conectado a la igualdad y como una de las manifestaciones más específicas de la "sensibilidad" de los nuevos textos estatutarios hacia la igualdad de géneros, algunos de ellos contienen referencias expresas a la violencia de género. Salvo en el caso andaluz, en el que el art. 16 del Estatuto concibe su protección integral como un derecho de las mujeres, en el resto de textos estatutarios en los que se alude a la misma, se configura como un explícito mandato de actuación de los poderes públicos para erradicarla.⁸⁴

82. Y, con una formulación más genérica pero igualmente referido al colectivo de las mujeres, el art. 41 enumera los principios que deben regir la actuación de la Generalitat en el ámbito de la 'perspectiva de género'. También referido únicamente a las mujeres, pero con mayor pragmatismo, lo acoge el proyecto de Estatuto castellanomanchego (art. 16).

83. *Vid.* el capítulo relativo a la "Igualdad de Género" de A. Rodríguez en Balaguer Callejón, F. (Coord.), *El nuevo Estatuto de Andalucía, cit.*, p. 49.

84. Arts. 10.3 del Estatuto valenciano; 41.3 del Estatuto catalán; 16.3 del Estatuto balear; 30 del Estatuto aragonés; 10.f) del proyecto de Estatuto canario; 16 in fine del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y art. 14 in fine del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

a.2.) La orientación sexual

Si bien la igualdad de género constituye un contenido expresamente contemplado en las Cartas de Derechos estatutarias, el derecho a la orientación e identidad sexual sólo aparece formulado como tal en el Estatuto andaluz. Así, a pesar de aparecer como una de las causas específicas de prohibición de discriminación en el art. 14 del Estatuto andaluz, se otorga en el art. 35 una entidad propia al reconocerse el derecho de toda persona “a que se respete su orientación sexual y su identidad de género”, previendo a la vez la obligación de los poderes públicos andaluces de “promover políticas para garantizar el ejercicio de este derecho”.

El resto de textos estatutarios cuando aluden a la orientación sexual lo hacen como una de las cláusulas específicas de no discriminación,⁸⁵ especialmente en el ámbito de las políticas familiares.⁸⁶

b) Derechos de participación

La participación ciudadana se erige en uno de los elementos basilares de todo sistema democrático. Es el instrumento fundamental que posibilita a la ciudadanía determinar, por una parte, la composición de determinadas instituciones políticas y, por la otra, intervenir en el proceso de adopción de decisiones que les afectan. La Constitución española en su art. 23 la concibe como un derecho fundamental, aludiendo a sus dos principales proyecciones: directa y por medio de representantes. El contenido de esta disposición constitucional constituye el fundamento del resto de derechos e instrumentos de participación de naturaleza esencialmente política que se acogen en la Norma Fundamental (petición, iniciativa legislativa popular y referéndum). El constituyente, sin embargo, no se ha limitado a regular la participación en sede política, sino que la ha extendido a otros espacios sociales y económicos e incluso la ha reconocido en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional (básicamente a través de la institución del jurado).

85. Art. 40.8 del Estatuto catalán; 17.3 del Estatuto balear y 24.d) del Estatuto aragonés.

86. Art. 40.7 del Estatuto catalán.

El anterior es el marco constitucional en el que se sitúan las referencias que los nuevos textos estatutarios contienen a la participación. Son regulaciones que, como analizaremos, siguen casi miméticamente el régimen constitucional en lo que se refiere a los mecanismos de participación política (obviamente el sistema de distribución competencial deja un escaso margen a la actuación autonómica), pero que refuerzan y consolidan, introduciendo algunas innovaciones relevantes, todos aquellos mecanismos de participación social y económica, en especial en los ámbitos de las políticas públicas autonómicas. No en vano han transcurrido casi tres décadas desde que se promulgó el texto constitucional, lo que ha propiciado una actualización del fenómeno participativo como uno de los elementos esenciales de la democracia política, así como de la democracia social (y económica) avanzada, situándola en el núcleo central de la acción de los poderes públicos autonómicos.⁸⁷

A la vista de lo anterior, la regulación de los derechos e instrumentos de participación es una constante en todas las Cartas estatutarias, a pesar de que no todas ellas identifican los mismos mecanismos ni, cuando lo hacen, utilizan la misma técnica. Desde esta última perspectiva, podríamos distinguir entre textos estatutarios que proclaman derechos de participación (Andalucía,⁸⁸ Cataluña,⁸⁹ Baleares,⁹⁰ Aragón,⁹¹ Castilla y León⁹² y Castilla-La Mancha⁹³) de aquellos otros

87. Así, a modo de ejemplo –y si dejamos al margen las disposiciones que reproducen en su literalidad la cláusula del art. 9.2 CE–, el Estatuto andaluz en su art. 10.19, contempla “La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa” como uno de los ‘Objetivos básicos de la comunidad autónoma’. Y el proyecto de Estatuto canario en su art. 7.3.t dispone, también entre los ‘Objetivos básicos de la comunidad autónoma’ un explícito mandato a la comunidad autónoma para ejercer sus poderes teniendo en cuenta “la participación ciudadana, en aras de una democracia social avanzada y participativa”. Mucho más modesto, en su formulación, es el Estatuto valenciano en cuyo art. 1.3 establece como uno de los objetivos de la Comunidad valenciana “reforzar la democracia y garantizar la participación de todos los ciudadanos en la realización de sus fines”. El Estatuto catalán la sitúa en el campo específico de los principios rectores (art. 43).

88. Art. 30 del Estatuto de Autonomía: ‘Participación política’.

89. Art. 29 del Estatuto de Autonomía: ‘Derecho de participación’.

90. Art. 15 del Estatuto de Autonomía: ‘Derechos de participación’.

91. Art. 15 del Estatuto de Autonomía: ‘Derecho de participación’.

92. Art. 11 del proyecto de Estatuto de Autonomía: ‘Derechos de participación en los asuntos públicos’.

93. Art. 11 del proyecto de Estatuto de Autonomía: ‘Derechos de participación política’.

que simplemente la acogen en los términos de un principio rector⁹⁴ o que junto al reconocimiento de un genérico derecho a la participación se encomienda a las instituciones de autogobierno su concreta promoción.⁹⁵

En cuanto a los concretos instrumentos de participación “política” que regulan los nuevos Estatutos, hay una cierta coincidencia. Además del derecho a elegir a los miembros de los órganos representativos y ser candidato a los mismos⁹⁶ –regulación estatutaria que aparece fuertemente constreñida al desarrollo del art. 23 CE que realiza la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general–, se acogen los derechos a presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento autonómico que se acompaña del derecho a participar en la elaboración de las leyes,⁹⁷ el derecho a promover la convocatoria de consultas populares,⁹⁸ el derecho de petición individual y colectiva⁹⁹ y, en ocasiones también, el derecho a plantear quejas.¹⁰⁰

Pero como ya se ha advertido, los nuevos Estatutos hacen un especial hincapié en reforzar y consolidar la participación ciudadana en el ámbito social (y por extensión el económico). Y de esta manera, también encontramos numerosas disposiciones en estas Cartas estatutarias que acogen un derecho o mandato de participación (orgánica y/o funcional) a favor de determinados colectivos: la comunidad edu-

94. Art. 12 del proyecto de Estatuto de Canarias.

95. Art. 9.4 del Estatuto de Valencia.

96. Arts. 29.2 del Estatuto catalán; 30.1.a) del Estatuto andaluz; 15.2.a) del Estatuto balear y 11.2 de los proyectos de Estatuto de Castilla y León y Castilla-La Mancha.

97. Arts. 29.3 del Estatuto catalán; 30.1.b) del Estatuto andaluz; 15.2.b) del Estatuto balear; 15.2 del Estatuto aragonés; 11.4 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 11.3 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha. El texto catalán, además, prevé la posibilidad en el art. 59.7 in fine, que el Reglamento parlamentario pueda ampliar esta participación al “ejercicio de las funciones parlamentarias”. El derecho a participar en la elaboración de las leyes no se contempla en el proyecto de Estatuto de Castilla y León.

98. Arts. 29.6 del Estatuto catalán; 30.1.c) del Estatuto andaluz; 15.2.c) del Estatuto balear y 11.5 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

99. Arts. 29.5 del Estatuto catalán; 30.1.d) del Estatuto andaluz; 15.2.d) del Estatuto balear; 12.1.c) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y 11.6 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

100. Arts. 29.5 del Estatuto catalán; 12.f) del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 12.1.c) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

cativa;¹⁰¹ los consumidores y usuarios;¹⁰² de las mujeres;¹⁰³ de las personas mayores;¹⁰⁴ de las personas dependientes;¹⁰⁵ de las minorías;¹⁰⁶ de los jóvenes;¹⁰⁷ de las personas discapacitadas¹⁰⁸ o de los trabajadores y empresarios.¹⁰⁹

Por último, es interesante mencionar que algunos Estatutos, fuera de la Carta de derechos, extienden la participación también al ejercicio de la función jurisdiccional a través de la previsión de la institución del jurado. Concretamente, se hace referencia al Estatuto andaluz en cuyo art. 154 se contempla que los andaluces puedan “participar en la Administración de Justicia, mediante la institución del Jurado, en los procesos penales que se sustancien ante los órganos jurisdiccionales radicados en territorio andaluz en los casos y forma legalmente establecidos, de conformidad con lo previsto en la legislación del Estado” y al proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha que prevé en su art. 76 la posibilidad de que los ciudadanos participen “en la Administración de Justicia en los casos y formas determinados por la ley mediante la institución del Jurado en los procesos penales que se sustancien ante los Tribunales” con sede territorial en la comunidad autónoma. No cabe duda de que estamos ante una materia de exclusiva competencia al Estado que provoca la absoluta ineficacia jurídica de estas previsiones estatutarias. Y ello a pesar de que la expresa remisión a la legislación estatal, en el caso andaluz, o si se entiende que la referencia a la ley, en el caso castellano-manchego,

101. Arts. 21.8 del Estatuto catalán y 36.1 Estatuto balear.

102. Arts. 28.2 del Estatuto catalán; 27 del Estatuto de Andalucía; 17.2 del Estatuto de Aragón y 21.m) proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

103. Art. 41.3 del Estatuto catalán.

104. Arts. 40.6 del Estatuto catalán; 37.3 del Estatuto andaluz; 10.3 del Estatuto valenciano; 13.5 proyecto de Estatuto de Castilla y León y 9.c) del proyecto de Estatuto canario.

105. Arts. 16.3 y 19 del Estatuto balear; 10.3 del Estatuto valenciano y 13.7 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

106. Art. 19 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

107. Arts. 40.4 del Estatuto catalán; 16.3 del Estatuto balear; 10.3 del Estatuto valenciano y 15 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

108. Arts. 25.2 del Estatuto de Aragón; 13. 1 del Estatuto valenciano; 13.8 del proyecto de Estatuto de Castilla y León; 17 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y 7.3.q) del proyecto de Estatuto canario.

109. Arts. 25.2 y 45.3 del Estatuto catalán; 26.2 del Estatuto andaluz y 27.2 del Estatuto balear.

lo es a la ley estatal, pueda disipar las dudas sobre su inconstitucionalidad.

c) Derechos ante la Administración

Si bien algunos de los derechos de participación a los que nos hemos referido son susceptibles de ser ejercitados ante las administraciones públicas autonómicas y locales (derecho de petición, de queja y, en general, la participación –orgánica o funcional– que se prevé a favor de determinados colectivos), en este apartado consideraremos únicamente las normas estatutarias que otorgan el tratamiento de derecho a la relación que se permite entablar al ciudadano con la Administración pública desde distintas posiciones jurídicas.¹¹⁰

Así los nuevos textos estatutarios proclaman derechos de acceso a servicios públicos generales¹¹¹ –además de a los servicios económicos de interés general¹¹²– o sectoriales: en los ámbitos educativo,¹¹³ sanitario,¹¹⁴ de la cultura,¹¹⁵ social,¹¹⁶ de ocupación.¹¹⁷ Incluso a los servicios de la Administración de Justicia.¹¹⁸

Más específicamente limitado al ámbito de la actuación administrativa, también se regula el derecho de acceso a documentos, archi-

110. Así, Castellá Andreu, J. M^a y Expósito, E., “Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en Aparicio Pérez, M. A. (Ed.), *Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía* (próxima publicación), p. 15 del ejemplar mecanografiado.

111. Arts. 30.1 del Estatuto catalán; 16 del Estatuto aragonés y 12.1.d) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

112. Sólo en el Estatuto catalán y en el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

113. Arts. 21.1 del Estatuto catalán; 21 del Estatuto andaluz; 26.1 y .2 del Estatuto balear y 21.c) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

114. Arts. 23.1 del Estatuto catalán; 22.2.a) del Estatuto andaluz; 14.1 del Estatuto aragonés y 21.b) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

115. Arts. 22.1 del Estatuto catalán; 33 del Estatuto andaluz y 13.1 del Estatuto aragonés.

116. Arts. 24.1 del Estatuto catalán; 23.1 del Estatuto andaluz y 13.3 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

117. Arts. 25.1 del Estatuto catalán; 26.1.a) del Estatuto andaluz y 27.1 del Estatuto balear.

118. Art. 29 del Estatuto andaluz.

vos o registros públicos.¹¹⁹ Y el derecho a una buena administración.¹²⁰ Éste es un derecho que, como tal, no aparece en la Constitución, por lo que podría ser considerado como nuevo en el ordenamiento constitucional español. Ahora bien, la originalidad de los Estatutos que lo formulan queda, no obstante, relegada a proclamar como derechos subjetivos algunos de los principios y reglas que ya venían condicionando, por expreso mandato legal,¹²¹ la actuación y el funcionamiento de cualquier administración pública frente al ciudadano. Y aún en este caso, el estatuyente, lejos de innovar *per se*, ha incorporado el derecho ya acogido en el ordenamiento comunitario (arts. 41 de la CDFUE y II-101 del proyecto de Tratado constitucional), con mayor o menor fortuna.

El derecho a la protección de datos¹²² es también uno de los derechos que estatutariamente se engloban en este epígrafe. A pesar de no ser un derecho que expresamente se reconozca en la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha reconducido al ámbito de los derechos de la intimidad acogidos en el art. 18 CE (SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre). Esta delimitación constitucional, junto con el límite competencial que el estatuyente tiene a la hora de regular los derechos, ha provocado que los nuevos textos estatutarios lo reconozcan como un derecho ejercitable sólo en relación con los datos contenidos en ficheros de titularidad pública autonómica.

d) Derechos del ámbito social, económico y cultural

Teniendo en cuenta la vaguedad con la que la Constitución ha regulado este tipo de derechos y los amplios márgenes de actuación

119. Arts. 9.1 del Estatuto valenciano; 14.1 del Estatuto balear; 12.c) del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 12.1. del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

120. Arts. 9.1 del Estatuto valenciano; 30.2 del Estatuto catalán; 31 del Estatuto andaluz; 14.1 y .2 del Estatuto balear; 12 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 12.1.a) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha. También la Propuesta de reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, lo acogía en el art. 39. El Estatuto aragonés no contempla explícitamente este derecho aunque formula como derecho alguno de sus contenidos (art. 16.2).

121. Concretamente la ley –estatal- 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común y las correlativas leyes autonómicas.

122. Arts. 31 del Estatuto catalán; 28 del Estatuto balear; 32 del Estatuto andaluz; 16.3 del Estatuto aragonés y 12.1.f) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre materias que inciden en la esfera social económica y cultura del ciudadano, no se explica la razón por la cual, como regla general, los nuevos Estatutos han dejado pasar la oportunidad de regular con mayor precisión los derechos de esta naturaleza y de convertir los enunciados constitucionales –contenidos en su mayor parte, como se sabe, en el Capítulo III del Título I de la Constitución bajo la rúbrica de “Principios rectores”– en auténticos derechos subjetivos. Afirmación que se constata con una simple lectura del conjunto de disposiciones estatutarias que regulan estos derechos. Incluso en algunos Estatutos como el valenciano (art. 10.2) y el balear (art. 16.2), encomiendan esta labor a una futura Carta de Derechos Sociales que deberá ser aprobada por ley del Parlamento,¹²³ reservándoles, no obstante, un contenido mínimo a través de la enumeración de una serie de ámbitos materiales que deben contener, necesariamente, estas leyes.¹²⁴ En este sentido, tampoco hay que olvidar la inclusión de un catálogo de Principios Rectores en los nuevos textos estatutarios¹²⁵ que, incidiendo en ámbitos más o menos similares con respecto a los contenidos en el texto constitucional y a los propios derechos estatutariamente proclamados, vienen a reproducir la misma estructura y heterogeneidad normativa de las disposiciones del mencionado Capítulo III de la Constitución.

Coincidiendo parcialmente con los derechos sociales contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución –y omitiendo ahora cualquier referencia a los principios rectores contenidos en los Títulos

123. Técnica que ya fue utilizada, con un alcance más restringido en cuanto a los derechos proclamados, por los legisladores autonómicos navarro y vasco con la adopción de las leyes 9/1999, de 6 de abril y 10/2000, de 27 de diciembre, respectivamente. En un contexto en el que los respectivos Estatutos de Autonomía no contenían referencia alguna a los derechos y teniendo, ambas Comunidades Autónomas competencias en materias sociales se proclamaron, mediante estas leyes, el derecho a una renta básica, en el caso navarro y un conjunto de derechos laborales en el caso vasco.

124. Con carácter mucho más puntual, también el Estatuto andaluz se remite a una ley para establecer “el catálogo de derechos del consumidor” (art. 27 *in fine*).

125. Arts. 10.3 del Estatuto valenciano; 39-54 del Estatuto catalán; 37 del Estatuto andaluz; 12.3 del Estatuto balear y 9 del proyecto de Estatuto canario. En los proyectos de Estatuto de Castilla y León y Castilla-La Mancha, las disposiciones relativas a los derechos sociales se acompañan de la formulación de los respectivos principios rectores (arts. 13 y 21, respectivamente). También el Estatuto balear, a pesar de contener un catálogo de principios rectores, éstos y otros distintos vuelven a aparecer en el art. 13.3 referido a los derechos sociales. Y el Estatuto aragonés (arts. 20-32) regula derechos sociales bajo el epígrafe de “Principios rectores de las políticas públicas”.

referidos a los derechos— los nuevos textos estatutarios regulan derechos de las personas mayores¹²⁶ (a vivir con dignidad y a la autonomía personal, a no ser maltratados, a estar libres de explotación y a no ser discriminados, derecho a recibir de los poderes públicos atención gerontológica adecuada); de los menores¹²⁷ (a la protección integral, a que se garanticen los cuidados necesarios para su bienestar, formación e integración social); los jóvenes¹²⁸ (a disfrutar de las condiciones que faciliten su desarrollo autónomo y emancipación); de las personas con discapacidad¹²⁹ (al reconocimiento y al respeto social y a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, la igualdad de oportunidades, la eliminación de barreras, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad) y de los consumidores¹³⁰ (a la salud y seguridad, a la información veraz, a asociarse). También se proclaman derechos en relación con la cultura;¹³¹ al trabajo¹³² —o ámbito laboral— (derecho de los trabajadores a formarse y a la promoción profesional, a la salud e higiene en el desarrollo de su puesto de trabajo, derecho de las organizaciones sindicales a la concertación social y a cumplir con sus funciones); la vivienda¹³³ (básicamente el de acceso, con especial referencia a determinados colectivos: jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas y dependientes), el medio ambiente¹³⁴ (derechos a vivir en un medio adecuado, sostenible y respetuoso con la salud; a gozar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje;) y las familias¹³⁵ (derecho de las perso-

126. Arts. 18 del Estatuto catalán; 19 del Estatuto andaluz; 13.5 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 13 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

127. Arts. 17 del Estatuto catalán; 18 del Estatuto andaluz; 13.6 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 14 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

128. Art. 15 del Proyecto de Castilla-La Mancha.

129. Arts. 13 del Estatuto valenciano; 24 del Estatuto andaluz; 13.7 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 17 del Proyecto de Castilla-La Mancha.

130. Arts. 28 del Estatuto catalán; 9.5 del Estatuto valenciano; 27 del Estatuto andaluz; 14.5 del Estatuto balear y 17 del Estatuto aragonés.

131. Arts. 22 del Estatuto catalán; 18 del Estatuto balear y 13 del Estatuto aragonés.

132. Arts. 25 del Estatuto catalán; 27 del Estatuto balear; 26 del Estatuto andaluz y 13.4 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

133. Arts. 26 del Estatuto catalán; 16 del Estatuto valenciano; 25 del Estatuto andaluz; 22 del Estatuto balear y 13.9 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

134. Arts. 27 del Estatuto catalán; 17.2 del Estatuto valenciano; 28 del Estatuto andaluz; 23 del Estatuto balear y 18 del Estatuto aragonés.

135. Arts. 16 del Estatuto catalán y 17 del Estatuto andaluz.

nas a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares y el derecho de todas las parejas no casadas a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia).

Igualmente, completando los ámbitos constitucionales y en un intento de actualizarlos a las nuevas necesidades sociales, se acogen derechos a favor de las mujeres¹³⁶ (al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación y de maltratos o, de forma más explícita, a la protección integral contra la violencia de género); de las personas desfavorecidas¹³⁷ (al respeto de su dignidad y a beneficiarse de las medidas que posibiliten su integración social y laboral, a la solidaridad y derecho a la renta mínima de inserción); de las minorías¹³⁸ (al respeto de su diversidad y a beneficiarse de políticas interculturales que contribuyan a su plena integración social) y de las personas dependientes¹³⁹ (derecho a las prestaciones públicas necesarias para asegurar su autonomía personal y su integración socio-profesional).

Una especial atención se debe dispensar a los preceptos estatutarios que proclaman derechos en los ámbitos de la educación y la salud. En relación con ellos, diversos Estatutos han aprovechado la ocasión para complementar las facultades que ya integraban el contenido constitucional del derecho (en el caso de la educación), convertir algunos mandatos constitucionales en auténticos derechos (nuevamente el caso de la educación), o simplemente dotar de un contenido cierto a través del reconocimiento de auténticos derechos públicos subjetivos a la enunciación genérica del derecho (concretamente en relación con el derecho a la salud del art. 43 CE).

Los derechos educativos han sido prolijamente regulados en los Estatutos catalán (art. 21) y andaluz (art. 21) añadiendo nuevos principios y dotando de "nuevos" contenidos al derecho constitucional-

136. Arts. 19 del Estatuto catalán y 16 del Estatuto andaluz.

137. Arts. 15 del Estatuto valenciano; 24 del Estatuto catalán; 21 del Estatuto balear y 18 del Proyecto de Castilla-La Mancha.

138. Art. 19 del Proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

139. Arts. 24 del Estatuto andaluz; 19 del Estatuto balear y 13.7 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

mente proclamado en el art. 27 CE. Entre los nuevos principios se contiene expresamente el de la laicidad de la enseñanza pública contenido en ambos Estatutos. Y entre los “nuevos” contenidos se enuncian los derechos a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de becas y ayudas al estudio en los niveles no gratuitos de enseñanza; a la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos (sólo en el andaluz).¹⁴⁰

Por último, es en el ámbito de la salud en el que la mayor parte de los Estatutos han llevado a cabo una profusa labor de “conversión” del genérico derecho constitucional a auténticos derechos subjetivos.¹⁴¹ Así se reconocen los derechos a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte o al testamento vital –que en ocasiones se proclaman con una entidad propia y de forma separada del resto de derechos en este ámbito–,¹⁴² a la libre elección de médico y de centro sanitario, a disponer de una segunda opinión médica, a la confidencialidad de los datos o al acceso al historial clínico.

e) Derechos lingüísticos

Los nuevos Estatutos de Valencia, Cataluña y Baleares reconocen y regulan, de una forma más o menos prolija, los derechos derivados de la existencia de una lengua propia distinta al castellano. Todos estos Estatutos coinciden en acoger el derecho de todas las personas –en territorio autonómico– a utilizar ambas lenguas y de los ciudadanos de la comunidad autónoma el derecho (y deber) de conocerlas,¹⁴³ además del de no ser discriminado por razones lingüísti-

140. Los arts. 26 del Estatuto balear; 21 del Estatuto aragonés; 21.c) del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha y 13.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León son menos ‘innovadores’ en este ámbito.

141. Arts. 23 del Estatuto catalán; 22 del Estatuto andaluz; 25 del Estatuto balear; 14 del Estatuto aragonés; 13.2 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 20 del Proyecto de Castilla-La Mancha.

142. Art. 20 del Estatuto catalán y del andaluz.

143. Arts. 6.2 del Estatuto valenciano; 6 del Estatuto catalán y 4.2 del Estatuto balear. El Estatuto catalán, además, proclama este mismo derecho en relación con el aranés para las personas del Aran (art. 36) en perfecta sintonía con el estatuto de “entidad territorial singular” que el art. 11 le confiere.

cas.¹⁴⁴ Junto a estas proclamaciones genéricas del derecho de opción lingüística, el Estatuto catalán se detiene en proyectarlos en distintos ámbitos: en relación con la enseñanza (art. 35¹⁴⁵), en las relaciones socioeconómicas (el art. 34 lo especifica como un derecho de los consumidores y usuarios, generando explícitos deberes para las empresas y establecimientos abiertos al público) y ante las Administraciones públicas autonómicas¹⁴⁶ y locales. Incluso a las estatales con sede territorial en Cataluña –a los que se impone la obligación de acreditar un “nivel suficiente y adecuado” de la lengua catalana¹⁴⁷–, y a los órganos constitucionales y jurisdiccionales de ámbito estatal, remitiéndose a lo que disponga la legislación –suponemos que estatal– correspondiente (art. 35). Más allá de las dudas de inconstitucionalidad que suscita el hecho de que un Estatuto de Autonomía “imponga” unilateralmente una obligación a un poder estatal, no se acierta tampoco a entender cuál es la utilidad de un precepto estatutario que difiere toda su eficacia normativa al momento en que el legislador estatal pueda dictar una ley que dote de plena operatividad al contenido de un derecho estatutariamente regulado. La perplejidad que suscita este tipo de disposiciones no es sólo que un Estatuto de Autonomía pueda contener una regulación que aunque desprovista de toda operatividad afecte a cuestiones de competencia estatal, sino que asistimos, a mi juicio, a una nueva técnica de remisión normativa entre distintos legisladores, el estatuyente y el estatal, que deja en manos de éste último la eficacia de la decisión que formalmente adopta el primero.

Finalmente, el Estatuto aragonés proclama las “lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón” como una de las “manifestaciones más destacadas del patrimonio histórico y cultural aragonés y un valor social de respeto, convivencia y entendimiento” y prohíbe toda discriminación por razón de la lengua (art. 7).

144. Arts. 6.4 del Estatuto valenciano; 32 del Estatuto de Cataluña y 4.2 del Estatuto balear.

145. Y, con menor intensidad, también el art. 6.2 del Estatuto valenciano.

146. Así también los arts. 9.2 del Estatuto valenciano y 14.3 del Estatuto balear.

147. Obligación de acreditar el conocimiento de la lengua catalana que vuelve a ser exigida en el art. 102.1 y .4 en relación al personal judicial y al resto del personal al servicio de la Administración de justicia de Cataluña.

f) Otros derechos

Por último, en este sucinto análisis de los derechos contenidos en los nuevos textos estatutarios debe hacerse referencia a un conjunto de derechos que no son susceptibles de ser englobados en las tipologías anteriores.

En primer lugar, el derecho al agua. El Estatuto valenciano, con una más que deficiente técnica, contempla los derechos los valencianos y valencianas "a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad" y "a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley". Y en similares términos, aunque con mayor retórica, acoge la regulación de este derecho el Estatuto de Aragón. Así, en su art. 19 se reconoce el derecho de los aragoneses "en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso" a "disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón".

Más allá del alcance o la concreta virtualidad jurídica que puede predicarse de estos derechos –y su exclusiva atribución a los ciudadanos de la comunidad autónoma–, lo cierto es que nos hallamos ante la conversión en un derecho de una reivindicación social y política de significativa trascendencia en los últimos tiempos. El Estatuto se convierte de esta manera no tanto en un fiel reflejo de una serie de aspiraciones de la sociedad de estas Comunidades, sino también en un instrumento que blindo la capacidad de decisión unilateral en una cuestión que, como el agua, lejos de ser privativa, aparece como un problema social de interés general para toda la sociedad. Constatación que, a mi juicio, origina serias dudas de inconstitucionalidad referidas no tanto a los derechos citados sino a las cláusulas que los acompañan, sobre todo en el caso del Estatuto valenciano. En efecto, en esta norma estatutaria, junto con la proclamación de un derecho al agua en los términos citados, se reconoce el derecho (no se sabe de quiénes ni contra quiénes) "de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios

de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal".¹⁴⁸

En otro plano muy distinto, puede situarse la proclamación estatutaria de derechos en los ámbitos de las nuevas tecnologías que proclaman con carácter general los Estatutos andaluz (art. 34) y valenciano (art. 19.2), y que el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 12.1.h) circunscribe el ejercicio del derecho a las relaciones que pueda entablar el ciudadano con las administraciones autonómicas.

2.2.2. La aparente "originalidad" de los derechos estatutarios

Analizado el contenido de estas Cartas estatutarias, el interrogante que inmediatamente se plantea es el de si pueden calificarse de "nuevos" los derechos proclamados en los Estatutos. Si tenemos en cuenta cuáles son los derechos constitucionalmente proclamados, su desarrollo normativo –por parte del legislador estatal o autonómico– y jurisprudencia del Tribunal Constitucional y aquellos otros que se reconocen en diversos textos internacionales vigentes en nuestro Estado y la práctica que de ellos han realizado los organismos internacionales competentes, la respuesta es negativa. Una lectura detenida de los Títulos estatutarios relativos a los derechos evidencia que el estatuyente ha formulado como "derechos propios" derechos que ya existen en el panorama nacional e internacional, con respecto a los cuales ha realizado una "selección" o una "reformulación" conforme a las necesidades, aspiraciones o valores presentes de una manera u otra en la ciudadanía de la respectiva comunidad autónoma.

Por lo que se refiere a los derechos constitucionales,¹⁴⁹ es cierto que son escasas las reproducciones literales, las cuales afectan, en la

148. Con mayor modestia y desde una visión mucho más realista, el Estatuto aragonés acompaña la formulación de este derecho con el mandato a los poderes aragoneses, "en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenta, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la comunidad autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras".

149. Utilizamos un concepto amplio de derechos constitucionales que abarca cualquier derecho formulado en el Título Primero, incluyendo aquellos que pueden derivarse, también, de las disposiciones del Capítulo III de dicho Título.

mayoría de ocasiones, a la proclamación estatutaria del principio de igualdad, el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la comunidad autónoma, algunos derechos de participación (petición o iniciativa legislativa popular) o determinados contenidos del derecho a la educación (igualdad en el acceso, obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, la creación de centros docentes el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones, etc.). No obstante, lo más habitual en las Cartas estatutarias es que se formulen como derechos contenidos propios del derecho constitucional a los que la Constitución no alude de forma expresa,¹⁵⁰ procediendo, de esta manera, a "actualizar" el derecho. Es el caso de la formulación del principio de igualdad entre hombres y mujeres y sus distintas proyecciones, en especial en el ámbito participativo; o de la ampliación de las cláusulas de no discriminación que acogen los nuevos Estatutos a circunstancias como la lengua, la cultura, las características genéticas o la orientación sexual. Pero también podríamos situar en esta lógica la mayoría de los derechos sociales que proclaman los nuevos Estatutos y, más en concreto, aquellos que coinciden con alguno de los ya enunciados en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Con respecto a los mismos, el estatuyente ha intentado dotarlos de un contenido más específico.

Si nos detenemos en la proclamación que realizan los nuevos Estatutos de los derechos sociales, constatamos, además, que el estatuyente ha ido perfilando su contenido estatutario a base de incorporar contenidos y derechos que el legislador ordinario –estatal o autonómico, en el ejercicio de sus competencias– ya había regulado. El Estatuto lo único que hace es recibirlos, dotándolos de un rango normativo más elevado, el que corresponde a la norma estatutaria. Entre todos ellos, el ejemplo más claro lo ofrece la proclamación estatutaria del derecho a la salud, por ser uno en los que el estatuyente ha sido más "innovador" a la hora de explicitar concretos derechos subjetivos. Pues bien, son en su mayor parte derechos que, de forma más

150. Aspecto, éste último que, en ocasiones, es advertido por el propio estatuyente. El caso más ilustrativo lo constituye el Estatuto de Andalucía. Diversas disposiciones del Título I se enuncian haciendo referencia al 'derecho constitucional' matriz: "se garantiza el derecho constitucional de todos a una educación permanente" (art. 21); "se garantiza el derecho constitucional previsto en el art. 43 de la Constitución española" (art. 22); "para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada" (art. 25) o "en el ejercicio del derecho constitucional al trabajo" (art. 26).

o menos explícita, el legislador estatal formuló en los arts. 9 y 10 de la ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, posteriormente reformada por la ley 41/2002, de 14 noviembre, *ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*¹⁵¹ –dictadas en el ejercicio del título competencial contenido en el art. 149.1.16 CE–. Normativa básica que el legislador autonómico ha desarrollado en su propio ámbito de competencias.¹⁵²

Esta operación estatutaria de elevar el rango de algunos derechos también se evidencia en algunos de los derechos de participación (por ejemplo el que va referido al proceso de elaboración de

151. El citado art. 9 establece el deber de los poderes públicos de informar a los usuarios del sistema sanitario público –o vinculados a él– sobre los derechos y deberes a los usuarios de los servicios del sistema sanitario. Derechos que enumera el art. 10: Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical; A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso; A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público; A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario; A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad; A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen; A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan; A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud; A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

152. Así, a modo de ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el año 2000 y, por tanto, con anterioridad a la reforma de la ley general de Sanidad estatal del año 2002 se adoptó la ley 21/2000, de 29 de diciembre, *sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica*. El legislador catalán proclama y regula los siguientes derechos: derecho a la información verídica, comprensible y adecuada (arts. 2-4); derecho a la intimidad en tanto que confidencialidad de datos (art. 5); con carácter instrumental, la ley alude a la historias clínicas, fijando los requisitos, contenidos, usos y conservación de las mismas (arts. 9-12); derecho a la autonomía del paciente (art. 6) exigiendo el consentimiento libre del mismo y contemplando la posibilidad del “documento de voluntades anticipadas” (arts. 7 y 8).

las leyes que aparece regulado en algunos Reglamentos parlamentarios autonómicos), ante la administración pública o los derechos lingüísticos.

Otros son el resultado de la positivación expresa de derechos que “aparecen” en la jurisprudencia constitucional. Entre ellos puede citarse el derecho de la protección de datos, aunque también la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

Pero incluso en relación con ellos, no se sabe si lo que prima más en el estatuyente es esta pretensión de asumir como propios derechos explicitados ya por la vía jurisprudencial –si fuera así no se explica, por ejemplo, que no se haya acogido expresamente como un derecho la protección frente a la contaminación acústica– u otra más general, como es la de recibir directamente en el texto estatutario nuevos derechos que aparecen en el ordenamiento comunitario y, más concretamente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, además de los derechos a la protección de datos o la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual, se constata esta “inspiración”, en ocasiones casi literal, en la proclamación de los derechos a la buena administración –que también asume contenidos ya desarrollados por el legislador ordinario–; el derecho al consentimiento libre informado –que algunos Estatutos proclaman como derecho autónomo y otros como un contenido específico del derecho a la salud–; derecho a la prevención sanitaria; la transversalidad de la igualdad de género; derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa; derecho de acceso a los servicios de colocación; el derecho al acceso a los servicios de interés económico general o la formulación de los derechos de los menores, de las personas mayores y de los discapacitados.

A la vista de todo lo anterior, los derechos que realmente pueden calificarse de “nuevos” son casi testimoniales. En ellos podrían incluirse el derecho a acceder y a utilizar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación o el derecho al agua –que, como se ha analizado, no acogen todos los Estatutos. Otros derechos que parecerían como novedosos podrían ser el derecho de las personas dependientes, el derecho a la solidaridad que algunos Estatutos proclaman respecto de las personas desfavorecidas o los derechos de las minorías. Si dejamos al margen el derecho a la solidaridad, con respecto al cual no se acierta a identificar un contenido cierto, en el res-

to de los citados creemos estar en presencia de una concreción de la posición de determinadas personas que integran algunos colectivos a los que los Estatutos ya ofrecen protección a partir del reconocimiento de derechos (mujeres, personas mayores, menores o discapacitados) o el establecimiento de mandatos en la forma de principios rectores (inmigración, minorías religiosas, étnicas o culturales).

2.3. Las garantías que incorporan las Cartas estatutarias de derechos

Ya se ha señalado que no todos los nuevos Estatutos acompañan su catálogo de derechos de un régimen de garantías. Tan sólo los Estatutos catalán y andaluz, y los proyectos de Castilla-La Mancha y Castilla y León contienen, en sus Títulos relativos a los derechos, un capítulo referido a los mecanismos de protección de los mismos. Ahora bien, no puede concluirse que el resto de Estatutos carezca de ningún instrumento de tutela o norma que sirva para dotar de efectividad a este derecho. En este sentido, cabe recordar que por el hecho de aparecer estos derechos en una norma jurídica, no puede negárseles su contenido y eficacia normativa y su vocación de ser aplicados, en última instancia, por los órganos jurisdiccionales –aun con los matices a los que nos hemos referido en el apartado anterior–. La especial rigidez del Estatuto se proyecta igualmente en todas y cada una de las normas que lo integran. Y por tanto, también de los derechos, los cuales van a ser de obligado respeto y cumplimiento por parte de los poderes públicos propios de la comunidad autónoma, cuya ordenación realiza el Estatuto de Autonomía. De ahí que la ausencia, en las declaraciones de derechos estatutarias, de un específico régimen de garantías no permita concluir que estamos ante normas de un valor meramente simbólico sin trascendencia jurídica alguna.¹⁵³

Por otra parte, tampoco es del todo cierto que algunos de los nuevos Estatutos no contengan referencia alguna a los instrumentos de tutela de sus propios derechos. Todos ellos prevén como mínimo la existencia de un "*Defensor del Pueblo autonómico*" destinado a ga-

153. Así, Castellá, J. M^º y Martín, E., "Las garantías de los derechos del Estatuto de Autonomía de Cataluña", en Aparicio Pérez, M. A. (Ed.), *Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía* (próxima publicación), pp. 1 y 2 del ejemplar mecanografiado.

rantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos autonómicos.¹⁵⁴ Y también es habitual que, junto a este órgano de tutela de carácter general, se prevean otros órganos específicos que actúen como garantías de determinados derechos estatutariamente proclamados. Es el caso de los *Consejos audiovisuales*¹⁵⁵ (a los que se les encomienda velar por el respeto de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en los medios de comunicación audiovisual) o las *autoridades autonómicas independientes para la protección de datos*.¹⁵⁶

Desde la perspectiva de las garantías “institucionales” u “orgánicas”, la originalidad la ofrece el Estatuto catalán con la previsión de un órgano como el *Consejo de Garantías Estatutario* en tanto que institución autonómica que vela por la adecuación al Estatuto y a la Constitución de las disposiciones de la Generalitat (art. 76.1). El art. 38 del Estatuto catalán le encomienda la tutela de los derechos que el mismo Estatuto proclama –además de los que puedan ser incorporados eventualmente a la referida Carta de Derechos y Deberes de los ciudadanos de Cataluña–. Función de garantía que el *Consejo de Garantías Estatutario* debe realizar en el ejercicio de sus atribuciones de emitir dictamen sobre los proyectos y proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña antes de su aprobación por el Parlamento; los proyectos y las proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación del Parlamento y de los Decretos-leyes sometidos a convalidación del Parlamento; de los proyectos de Decreto Legislativo aprobados por el Gobierno (art. 76.2).¹⁵⁷

154 *Síndic de Greuges* en los Estatutos valenciano (arts. 20.3 y 38) y catalán (arts. 78 y 79); *Sindicatura de Greuges* en el Estatuto balear (art. 51); *Defensor del Pueblo* en el Estatuto de Andalucía (arts. 41 y 128) y en el proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 22.3 y 51); *Justicia de Aragón* en el Estatuto Aragonés (arts. 32 y 59-60); *Procurador del Común* en el proyecto de Estatuto de Castilla y León (art. 18) y *Diputado del Común* en el proyecto de Estatuto canario (art. 6.3).

155. Arts. 56.3 del Estatuto valenciano; 82 del Estatuto catalán; 131 del Estatuto andaluz y 92 del Estatuto balear.

156. Art. 31 y 156.d) del Estatuto catalán; 75.5 del Estatuto aragonés y 113.2 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha.

157. El art. 22.2 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha asigna funciones de tutela de los derechos tanto al Consejo Consultivo como al Consejo Económico y Social de esta Comunidad, al disponer que “de acuerdo con sus funciones informarán respecto a las normas con rango de ley o reglamentario que desarrollen los derechos reconocidos en este Título”.

La regulación que sobre este órgano introduce el nuevo Estatuto catalán no suscitaría mayores cuestiones si no fuera porque se contempla el carácter vinculante a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias en relación con los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto (art. 76.4). Previsión que, además de otras consideraciones,¹⁵⁸ permite identificar en este órgano una doble naturaleza: “cuasi-jurisdiccional” cuando dictamina la conformidad al Estatuto y la Constitución del ejercicio de la potestad legislativa del Parlamento y normativa con rango legal del Gobierno; y consultivo en todos los demás supuestos.

Además de la regulación de órganos a los que se encomienda la tutela, general o sectorial, de los derechos, los Estatutos que regulan el sistema de garantías de sus propios derechos, lo hacen casi en identidad de términos y claramente inspirado en los mecanismos de garantía que la Constitución contempla en el Capítulo IV del Título I.

Así, todos ellos declaran la *vinculación de los poderes públicos autonómicos a los derechos proclamados*.¹⁵⁹ Ésta es ciertamente una cláusula de garantía que viene a confirmar el carácter normativo de este conjunto de disposiciones que se contienen ya en una norma jurídica. A pesar de ello, no creo que sea una norma redundante.

Como en el texto constitucional, no todas las disposiciones estatutarias que acogen derechos gozan de la misma eficacia. Podemos encontrar al menos tres distintos grupos de derechos en función de la eficacia que proyectan desde el propio texto estatutario: derechos “en blanco” (a), derechos de configuración legal (b) y auténticos derechos públicos subjetivos (c). En el primer grupo (a) podemos ubicar

158. Para un detallado análisis del Consejo de Garantías Estatutarias, de sus funciones en relación con la tutela de los derechos y de las cuestiones que suscita su regulación estatutaria, me remito a Carrillo, M., “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña...”, *ob. cit.*, pp. 83-86 y Castellá, J. M^a y Martín, E., “Las garantías de los derechos del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *cit.*, pp. 11-17 del ejemplar mecanografiado.

159. Arts. 37.1 del Estatuto catalán; 38.1 del Estatuto andaluz; 17.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 6.2 del proyecto de Estatuto de Canarias. En los arts. 8.2 del Estatuto valenciano, 13.3 del Estatuto balear y 6.2 del Estatuto aragonés, se proclama esta vinculación de los poderes públicos a todos los derechos: constitucionales, derivados de los textos internacionales y estatutarios.

aquellos derechos que como tales aparecen enunciados en los textos estatutarios sin que pueda identificarse en ellos ningún contenido concreto. Habrá de ser la ley de desarrollo la que dote de plena eficacia al derecho, determinando qué facultades lo integran y cuáles son las condiciones en las que se enmarca su ejercicio. Así ocurre, a modo de ejemplo, con la formulación en algunos Estatutos del derecho al medio ambiente o a la cultura. Pero también pueden incluirse en este grupo algunos enunciados de estas Cartas que no creemos que, en puridad, puedan ser concebidos como tales. Así ocurre con la proclamación genérica del derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos, al libre desarrollo de su personalidad y a la capacidad personal que algunos Estatutos reconocen a todas las personas.¹⁶⁰ Y ello a pesar de la literalidad con la que se acogen en los textos estatutarios y el "empeño" del estatuyente de referirse a ellos como "derechos". Más bien estaríamos en presencia de formulaciones de máximos o de simples aspiraciones, de carácter principal o hermenéutico y que en cierto sentido "empañan" el sentido y la finalidad de estas Cartas estatutarias de derechos,¹⁶¹ entrañando el peligro de "banalizarlas".¹⁶² El segundo grupo de derechos (b) es el más numeroso. Su formulación estatutaria se acompaña de un mínimo contenido cuya efectividad se remite a lo que disponga una ley de desarrollo. Y por último, existe en los nuevos Estatutos un reducido grupo de derechos (c) de los que se puede predicar su plena efectividad desde la propia norma estatutaria. Son derechos en los que el estatuyente, además de identificar a su titular, les dota de un contenido concreto y cierto cuya infracción puede reclamarse jurisdiccionalmente. Ciertamente, en relación con los primeros, los derechos del grupo (a), y en menor medida los del (b), se hace complicado en ocasiones visualizar su virtualidad de vincular a los poderes públicos a un contenido que ni siquiera el estatuyente es capaz de concretar. Aun así, por expreso mandato estatuta-

160. En especial, arts 15 del Estatuto catalán y 12 del aragonés. El Estatuto catalán proclama, además, alguno de ellos como derechos específicos de determinados colectivos: mujeres, menores, discapacitados, etc.

161. En estos casos, para E. Álvarez Conde, los Estatutos de Autonomía parecen desnaturalizar su condición de auténticas normas jurídicas, convirtiendo buena parte de sus contenidos en meras normas programáticas. *Vid. Reforma constitucional y reformas estatutarias, cit.*, p. 367.

162. Así, Castellá Andreu, J. M^a, "La incorporación de Cartas de derechos...", *ob. cit.*, p. 357.

rio, son derechos que someten la actuación de todos los poderes públicos autonómicos.

Siguiendo con la vinculación de los poderes públicos a los derechos, no deja de sorprender la previsión que el Estatuto catalán acoge en la Disposición transitoria primera por la cual se difiere a un plazo máximo de dos años esta capacidad de vincular que se atribuye a los derechos. Aplazamiento que sólo tiene como único destinatario el legislador (Parlamento y Gobierno en el ejercicio de la potestad para dictar normas con rango de ley).¹⁶³ Las cuestiones que suscita una norma como la citada son varias y de diversa índole. En primer lugar, la selección del destinatario. Si esta moratoria afecta sólo al legislador, ¿qué ocurre con el resto de poderes públicos autonómicos? ¿Se someten al Estatuto o siguen aplicando las previsiones de una norma pre-estatutaria manifiestamente antiestatutaria? O más grave todavía, ¿qué deben aplicar los jueces? ¿La norma autonómica que infringe el Estatuto o el derecho subjetivo que con plena operatividad puede acoger este último, entendiendo que ha derogado la anterior? No es, por tanto, un simple problema de selección de la norma aplicable, sino que puede provocar significativas alteraciones en los principios constitucionales que rigen la ordenación del sistema de fuentes y la actuación de los poderes públicos, en especial la Administración y los jueces. Por otra parte, no se acierta a comprender el sentido de esta moratoria cuando la mayoría de los derechos que contempla el Estatuto catalán, como el resto, son derechos que ya existen en el ordenamiento nacional e internacional y que, incluso en algunos casos, suponen la elevación a rango estatutario de derechos ya proclamados en la legislación autonómica.

También el Estatuto catalán amplía el ámbito de vinculación de los derechos lingüísticos a los poderes estatales en territorio autonómico. La remisión expresa a los arts. 32 y 33 –y a las condiciones que éste último prevé– hace dudar de la constitucionalidad no tan-

163. La disposición citada contempla literalmente que “Las leyes del Parlamento y las normas con rango de ley del Gobierno vigentes en el momento de la entrada en vigor del presente Estatuto que eventualmente puedan resultar incompatibles con los derechos reconocidos por el Título I mantienen su vigencia por un plazo máximo de dos años, en el cual deben ser adaptadas a la regulación establecida por el presente Estatuto”. Y a tal efecto, esta misma disposición ‘rebaja’ el valor de un eventual dictamen del Consejo de Garantías estatutarias, de vinculante a contenedor de meras “recomendaciones al Parlamento o al Gobierno para modificar o derogar las normas que considere incompatibles”.

to de la cláusula de vinculación, que aparece como una consecuencia de lo regulado en esta disposición, sino de la previsión estatutaria de derechos frente a los poderes públicos estatales, reflexión que ya se ha expuesto en relación con los derechos lingüísticos y a la que me remito.

Algunos Estatutos, además, extienden también esta vinculación de los derechos estatutarios a los particulares “de acuerdo con la naturaleza” de cada uno de ellos.¹⁶⁴ Con esta explícita previsión, se ha positivizado la eficacia de determinados derechos –aquellos cuya naturaleza lo permita– frente a los particulares, lo cual parece perfectamente coherente con la proclamación de alguno de los derechos que tienen como natural ámbito de proyección precisamente el de las relaciones privadas (a modo de ejemplo puede citarse alguno de los contenidos de los derechos de los menores, de las personas mayores o de las mujeres, alguno de los derechos laborales o de los derechos que se reconocen a los consumidores).

Igualmente, los nuevos textos estatutarios contemplan la *reserva de ley* para la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos estatutarios.¹⁶⁵

Por lo que se refiere a las *garantías jurisdiccionales* los nuevos Estatutos, no han previsto procedimiento alguno de tutela jurisdiccional de sus propios derechos.¹⁶⁶ La Constitución atribuye además la

164. Arts. 37.1 del Estatuto catalán; 38.1 del Estatuto andaluz y 17.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León.

165. Art. 37.3 del Estatuto catalán –el cual además los excluye del ámbito de los Decretos legislativos y Decretos ley (arts. 63.1 y 64.1, respectivamente)–; 17.2 del proyecto de Estatuto de Castilla y León (que también impide su regulación por Decreto Ley –art. 25.4– pero curiosamente no veta que puedan ser objeto de un Decreto legislativo). El Estatuto balear, que no contiene una expresa previsión que remita a la ley la regulación de los derechos, prevé que el Decreto ley no puede ‘afectarlos’ (art. 49.1). Tampoco el Estatuto aragonés contempla la reserva de ley, pero prohíbe que “la regulación esencial de los derechos reconocidos por el Estatuto” pueda ser objeto de delegación al Gobierno para la adopción de un Decreto legislativo (art. 43.1), así como tampoco pueden ser regulados por Decreto Ley (art. 44.1).

166. El proyecto de Estatuto catalán, aprobado por el Parlamento de Cataluña, en septiembre de 2005, preveía un recurso directo contra los actos vulneradores de los derechos estatutarios (y de la Carta) ante una sala ‘especial’ (de Garantías estatutarias) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, “en los términos y mediante el procedimiento establecido en la ley orgánica del Poder Judicial.

competencia exclusiva en legislación procesal al Estado (art. 149.1.6 CE) "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas". Salvedad, esta última, que han aprovechado algunos Estatutos para asumir competencias en materia de derecho procesal¹⁶⁷ que pueden abrir una vía para que estas comunidades autónomas puedan, en un futuro, regular algún procedimiento específico dirigido a tutelar estos derechos si se considera que estas Declaraciones de derechos constituyen una particularidad propia del derecho sustantivo autonómico.¹⁶⁸

Ahora bien, de la ausencia de una previsión específica en los nuevos Estatutos en relación con la protección jurisdiccional de los derechos que proclaman no puede inferirse que éstos no sean susceptibles de ser protegidos por los tribunales de justicia a través de los procesos y procedimientos ya regulados en la legislación procesal vigente. Aún así, el estatuyente catalán no ha podido reprimir la previsión expresa de "un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia"¹⁶⁹ contra los actos –suponemos que públicos y privados a tenor de la vinculación que estos derechos proyectan, en ocasiones, también a los particulares– que los vulneren "de acuerdo con los procedimientos que establecen las leyes".¹⁷⁰ Ciertamente, estamos en presencia de una mera expectativa de tutela, cuya realidad, hoy por hoy, va a depender de la estricta voluntad del legislador estatal.¹⁷¹

167. Competencias exclusivas en los Estatutos valenciano (art. 49.3), catalán (art. 130) y aragonés (art. 71.3) o de desarrollo legislativo y ejecución en el Estatuto balear (art. 31.2).

168. Posibilidad que, en la actualidad, parece difícil de admitir a la vista del alcance de la competencia autonómica en derecho procesal que Tribunal Constitucional determinó en la STC 47/2004, de 25 de marzo, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia.

169. Jurisdicción competente "para tutelar los derechos reconocidos por este Estatuto", según el art. 95.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

170. Con una formulación mucho más prudente, los arts. 39 del Estatuto andaluz, 17.1 del proyecto de Estatuto de Castilla y León y 22.4 del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha prevén la exigibilidad jurisdiccional de los derechos proclamados en estos Estatutos.

171. Para un estudio exhaustivo de las garantías de los derechos proclamados en el Estatuto catalán, me remito al trabajo citado de Castellá Andreu, J. M^a y Martín, E., "Las garantías de los derechos del Estatuto de Autonomía de Cataluña". Muchas de las reflexiones y conclusiones son, igualmente, extrapolables a las previsiones contenidas en el resto de los Estatutos.

Por último, en el tema de las garantías, es significativa la previsión contenida en el proyecto del Estatuto de Castilla-La Mancha en cuyo art. 22 se dispone que "Los presupuestos de Castilla-La Mancha contendrán partidas presupuestarias suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos contemplados en este Título". Más allá del alcance normativo de dicha disposición, lo que no puede negarse es el ejercicio de pragmatismo que realiza el estatuyente castellanomanchego a la hora de vincular la previsión de ingresos y gastos de la Comunidad al efectivo cumplimiento de las disposiciones estatutarias.

No cabe duda de que la incorporación de Cartas de Derechos en los nuevos Estatutos es ciertamente una de las novedades más significativas y controvertidas –desde la perspectiva jurídica-constitucional– que se incorporan en el actual proceso estatutario. Un seguimiento del debate jurídico constata además cómo se han ido matizando las tesis que se oponían frontalmente a la inclusión de dichas Declaraciones en las normas estatutarias. En general, no creo que pueda seguir manteniéndose la inconstitucionalidad de estas Cartas estatutarias que se presentan en total sintonía con la configuración constitucional del Estatuto de Autonomía y con la concepción de los derechos de los ciudadanos en el marco de un Estado constitucional social y democrático de derecho. Los derechos estatutarios aparecen absolutamente complementarios e incluso actualizadores de los derechos que en su día proclamó el constituyente. Y constituyen un elemento más que legitima el ejercicio del poder político también en el ámbito subestatal. Lo anterior, sin embargo, no nos lleva a soslayar algunas extralimitaciones del estatuyente a la hora de regular los concretos derechos, las cuales van a requerir, sin duda alguna, de una precisión interpretativa del Tribunal Constitucional para adecuar su alcance a los estrictos ámbitos en los que pueden actuar las comunidades autónomas.

Los Estatutos siguen siendo, esencialmente, normas institucionales básicas de la comunidad autónoma en la medida en que la definen y regulan sus particularidades propias (cuestiones simbólicas), determinan el conjunto de órganos que ejercen el autogobierno (cuestiones orgánicas) en el marco constitucional, y fijan cuantitativamente el autogobierno a través de las competencias (cuestiones competenciales). En este marco conceptual, los derechos se insertan en el Estatuto ensalzando su contenido simbólico y cualificando el orgáni-

co y competencial. Por lo demás, está por ver en un futuro la efectiva capacidad de transformación que estos nuevos derechos pueden proyectar en nuestro modelo territorial de Estado, consolidando algunos de los perfiles federales que, desde sus inicios, buena parte de nuestra doctrina ha identificado en el mismo.

RESUM

Una de les novetats més significatives que incorporen els nous estatuts d'autonomia són les anomenades declaracions o cartes territorials de drets del ciutadà. El treball té com a objecte la seva anàlisi des de dues perspectives diferents però complementàries. Des d'una òptica més general, es tracta de fer una síntesi dels arguments que s'han utilitzat per part de la doctrina constitucionalista espanyola a favor o en contra d'aquests nous continguts estatutaris, tractant de posar en relleu com, en qualsevol cas, cap d'aquests són determinants per concloure sobre la inoportunitat o inconstitucionalitat de les declaracions estatutàries de drets. Des d'una vessant més concreta, es duu a terme un examen més detallat del contingut d'aquestes cartes: el marc normatiu en què s'insereixen en els nous textos estatutaris, quins drets apareixen proclamats i quines són les garanties amb les quals els recents estatuts n'han envoltat la proclamació. Com a conclusions, l'estudi posa de manifest, per una part, la plena conformitat de les cartes amb la naturalesa i funció que desenvolupen els estatuts en l'Estat autonòmic. I, per l'altra, com aquestes cartes constitueixen normes que, de cara al ciutadà, complementen els drets constitucionals i els actualitzen amb nous continguts.

ABSTRACT

One of the most significant new features that is included in the new statutes of autonomy are the so-called territorial declarations or charters of citizens' rights. The aim of this study is to analyse this from two different but complementary perspectives. From a more general point of view, it is a synthesis of the arguments that have been used by Spanish nationalist constitutionalist doctrine in favour of or against the new contents of the statutes, in an attempt to highlight how neither of them are the key to a decision on whether or not the declarations of rights in the statutes are inappropriate or unconstitutional. From a more specific point of view, there is a more detailed examination of the contents of these charters – the regulatory framework in which the new texts of the statutes is included, which rights are proclaimed and what are the guarantees surrounding the proclamation in the recent statutes. In its conclusions, the study clearly shows that first, the charters are in full agreement with the nature and function of the statutes in the Spanish autonomous regional state. Second, that these charters are regulations which as far as the citizen is concerned, complement constitutional rights and bring them up to date them with new content.

LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Ignacio Villaverde Menéndez

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.1. La doctrina. 2.2. La crítica a la doctrina. – 3. El planteamiento del problema. Derechos fundamentales y forma de Estado. 3.1. Los derechos fundamentales no son “materias” competenciales. 3.2. Los derechos fundamentales como elementos estructurantes del Estado. 3.2.1. Los derechos fundamentales como parte de la *Gesamtverfassung*. 3.2.2. La función unificante de los derechos fundamentales en los Estados compuestos. 3.3. Competencias legislativas y derechos fundamentales: artículos 53, 81 y 149.1.1 CE. – 4. Alguna cuestión de teoría general de los derechos fundamentales. La uniformidad de su definición constitucional. 4.1. La definición constitucional de los derechos fundamentales y su indisponibilidad. 4.2. El legislador de los derechos fundamentales. – 5. Una interpretación constitucionalmente conforme del artículo 149.1.1 CE. 5.1. La igualdad en la diversidad. Los derechos fundamentales: artículos 139 y 149.1.1 CE. 5.2. La unidad en la igualdad: el artículo 149.1.1 CE. 5.3. Las competencias de las CC.AA. para la mayor garantía de los derechos. – 6. Conclusiones. – *Resum-Abstract*.

1. Introducción

No hace mucho, un destacado constitucionalista español afirmaba que el artículo 149.1.1 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) debía jugar un papel similar al desempeñado por la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, CEEUU) como instrumento de “construcción judicial de su (se refería al estadounidense) federalismo”.¹ El objeto de esta investiga-

1. Francisco Rubio Llorente, en su respuesta a la encuesta sobre la *dinámica del sistema autonómico (Encuesta)*, realizada y publicada por la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, p. 15 y ss., p. 25.

ción es indagar si en efecto es esa la función que le cumple ejercer al mencionado artículo 149.1.1 CE; o, para ser más precisos, si es esa la función que les cumple desempeñar a los derechos fundamentales en cuanto elemento estructurante de la forma de Estado consagrada en el artículo 2 CE.

La tesis central que aquí se tratará de argumentar es que el artículo 149.1.1 CE no es la transcripción española de la XIV Enmienda CEEUU. Es más, no puede serlo por la estructura misma de la forma de Estado diseñada en la CE. Ciertamente que el artículo 149.1.1 CE actúa, como así se pretende de demostrar en estas páginas, al modo de un criterio de unidad en el marco de la diversidad territorial; expresión, por tanto, del *principio de unidad* establecido en el artículo 2 CE. Pero una *unidad* en la *igualdad básica* en el ejercicio de los derechos fundamentales. Es esta última dimensión lo que, por una parte, aleja al artículo 149.1.1 CE del artículo 139.1 CE, por cuanto no es una norma, el artículo 149.1.1 CE, sobre la uniformidad del estatus *iusfundamental* de las personas en todo el territorio del Estado. Por otra parte, tampoco es una norma atributiva de una competencia universal del Estado central sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales; no se trata de una reserva general de regulación de los derechos a favor del Estado central en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.).

Pero para explicar todos estos extremos es necesario examinar la estructura de la organización territorial del Estado diseñada en la CE y en la jurisprudencia del TC, y el lugar que en ella ocupan los derechos fundamentales. Por ello, en esta investigación se abordará en primer lugar el estado de la cuestión sobre el artículo 149.1.1 CE. En segundo lugar la relación entre derechos fundamentales y forma de Estado. Y en tercer y último lugar, el alcance del artículo 149.1.1 CE. Es en este último apartado donde se avanzará una atrevida tesis según la cual este precepto es una norma que fija reglas sobre *organización y procedimientos* relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, antes que una norma sobre sus contenidos y régimen jurídico.²

2. De hecho, este opúsculo es una apretada síntesis de un trabajo más ambicioso que espera ver la luz en un plazo breve de tiempo.

2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.1. La doctrina

La doctrina del TC sobre el artículo 149.1.1 CE no ha sido precisamente un ejemplo de claridad y precisión en la concreción del sentido y significado del precepto en cuestión.³ Acaso no le fuese posible obrar de otro modo.

Tras la STC 25/1981, en la que se hizo aquella en apariencia tajante afirmación sobre el divorcio entre derechos fundamentales y forma de Estado, y las SSTC 61/97 y 173/1998 (reiterada esta última por las SSTC 133 y 135/2006 que resuelven sendos recursos cruzados contra la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones y la Ley catalana 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones) que, hoy por hoy, pueden considerarse el *leading case* en la materia, han transcurrido muchos años y sentencias sin que el TC haya sido capaz de definir con precisión una doctrina sobre el artículo 149.1.1 CE; ni siquiera en la citada STC 173/1998.⁴

3. Consúltese el análisis que Mercè Barceló i Serramalera, en su libro *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas/Generalitat de Catalunya, 1991, Cap. III, p. 65 y ss. y que reitera en su más reciente *La Ley Orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, en especial su Cap. III, Sección 1. No menos interesante es el estudio de Javier BARNES, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, passim.

4. Ciertamente la STC 61/1997 trató de acrisolar doctrina del TC, y que tras la STC de 1998 se pronunciaron otras (SSTC 290/2000, 164/2001, 188/2001, 37/2002, 54/2002, 239/2002, 109/2003, 178/2004 –ésta, también sobre urbanismo–, 341/2005, 133 y 135/2006 –en materia de asociaciones– ...). Pero la STC 173/1998 parece la formulación más acabada (pero no por ello menos confusa) del canon del TC sobre el artículo 149.1.1 CE. Todos los autores que han analizado la materia han examinado la jurisprudencia del TC. Por ello, consúltense los trabajos de Javier BARNÉS, por su condición de más reciente, *Legislación básica y artículo 149.1.1 CE*, en "Informe de las Comunidades Autónomas", Varios Autores, Institut de Dret Públic, Barcelona, 2003, y con posterioridad, desarrollando este último, el ya citado del mismo autor *Problemas y perspectivas...*, p. 63 y ss.; y de entre los precedentes véanse los libros de Tudela Aranda, Pemán Gavín y Cabellos Espiérrez, recogidos todos ellos citados en este trabajo. Sobre la STC 173/1998, véanse el libro de Enrique Lucas Murillo de la Cueva, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas/IVAP, Madrid, 1999; y el comentario de Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *La relación entre Ley Orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales. Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio*, *Autonomías*, núm. 25, 1999, p. 87 y ss.

La primera jurisprudencia del TC tendía a identificar el ámbito material del artículo 81.1 CE con el del 149.1.1 CE en la medida en que consideraba que el artículo 81.1 CE no otorgaba ninguna competencia al Estado, por lo que el alcance de esta reserva de ley lo establecía el artículo 149.1.1 CE; esto es, el desarrollo de los derechos fundamentales se identificaba con la regulación de las condiciones básicas que garantizaran la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales en todo el territorio del Estado.⁵ Una tesis formulada en la STC 37/1981 FJ 2, que resurge con cierto ímpetu en la STC 61/1997 FJ 8, y que aún late en la STC 173/1998 FFJJ 7 y 9.⁶

Pese a todo, el TC en su STC 173/1998 sigue esforzándose en razonar que el artículo 81 CE no es una norma sobre competencias (como tampoco parece serlo el artículo 53.1 CE), sino una reserva de ley. Ahora bien, sigue razonando el TC, una reserva de ley que atribuye en exclusiva al Estado la regulación de los aspectos sustanciales de los derechos fundamentales, *desarrollándolos en cuanto tales*. Algo vedado por efecto de la propia reserva a las CC.AA. El punto débil de esta importante Sentencia estriba justamente en que no da respuesta a continuación a la segunda de las cuestiones que ella misma se planteaba. Si primero se preguntó sobre el alcance de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, a lo que como acabamos de ver dio cumplida contestación, luego lo hará sobre si el alcance de esa reserva lo determina el orden constitucional de reparto de competencias, para así saber qué juego le cumple desplegar al artículo 149.1.1 CE en él. Lo cierto es que a esta segunda incógnita el TC no ofrece ninguna solución, ya que de seguido da un salto argumental para distinguir entre el *desarrollo* de los derechos, que estaría atribuido en exclusiva al Estado al ser objeto de reserva de ley orgánica, y la regulación de las "materias" sobre las que los derechos fundamentales se proyectan, que estarían sujetas al orden constitucional de competencias distribuidas entre CC.AA. y Estado. Dicho esto, se limita a afirmar, finalmente, que el artículo 149.1.1 CE, en el marco de ese reparto competencial, le atribuiría al Estado la potestad de dictar normas

5. Tesis, por cierto, defendida tempranamente por Ignacio de Otto y Pardo, en su *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, p.143 y ss., donde se recoge su trabajo *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*.

6. La tesis del artículo 81.1 CE como simple reserva de ley cuya materia es la atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE, se formuló en el Voto Particular de Arozamena y Rubio a la STC 5/1981, y fue desarrollada en la doctrina por Ignacio de Otto y Pardo y Mercè Barceló.

que regulen "elementos primarios" de la definición constitucional de los derechos y sus límites principales para asegurar un régimen de igualdad en su disfrute por todos los ciudadanos.

Tras este discurrir del TC, es difícil sustraerse a la impresión de que acaba identificándose el objeto de la reserva de ley del artículo 81.1 CE con el alcance de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE al Estado.

Parece, pues, que el TC acoge implícitamente la tesis de Otto y Pardo según la cual el artículo 149.1 CE fija el alcance de la reserva del artículo 81.1 CE, de modo que el *desarrollo* de un derecho fundamental es la regulación de esas condiciones básicas para un igual ejercicio de los derechos en todo el territorio del *Estado*. Cualquier otra pretensión de regulación de un derecho fundamental, o lo es de su ejercicio (artículo 53.1 CE) o, simplemente, está vedada constitucionalmente a unos y a otros. Sin embargo, la extensa doctrina y práctica del TC sobre el artículo 81.1 CE, que la propia STC 173/1998 cita, señalan en otra dirección porque el TC nunca ha limitado la extensión de esa reserva a la "materia" del artículo 149.1.1 CE.

De igual imprecisión adolece la doctrina del TC sobre ya propiamente el contenido y alcance del artículo 149.1.1 CE. Para el TC, el artículo 149.1.1 otorga al Estado un título competencial con contenido propio que le apodera para regular "el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)" (SSTC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9). Esas condiciones básicas deben ser las imprescindibles para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que no quiere decir que el Estado pueda imponer la identidad o uniformidad del disfrute de los derechos en todo su territorio porque esto se opone a la existencia misma de CC.AA. y a la diversidad que con ellas ha querido también garantizar la CE (SSTC 75/1990 FJ 5, 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9).

La materia del artículo 149.1.1 CE son los derechos constitucionales en sí mismos considerados, es decir, con arreglo a su contenido constitucional, y no los sectores materiales en los que éstos se insertan o sobre los que se proyectan. Para el TC "el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación,

directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico (...) quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional" (SSTC 61/1997 FJ 7 b, 173/1998 FJ 9).

Es jurisprudencia reiterada que la competencia del artículo 149.1.1 es esencialmente normativa, pues el precepto se refiere a la "regulación" de esas condiciones básicas; y dentro de esas "condiciones básicas" el TC ha incluido "aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho" (STC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9), sin que esas condiciones básicas, dice el TC, deban confundirse con el "contenido esencial" de los derechos, en el sentido que el TC entiende esta noción (STC 61/1997 FJ 7 a). No obstante, el TC también ha admitido que las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional (y así el TC ha respaldado en el artículo 149.1.1 CE la creación de ciertas instituciones como la Oficina del Censo Electoral, STC 154/1988 F. 3, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, STC 160/1987 FJ 5, y la Agencia española de Protección de Datos, STC 290/2000 FJ 14).

El TC también se ha ocupado de limitar el alcance de la competencia que el artículo 149.1.1 CE otorga al Estado. La competencia tal queda "limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). Las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico" (SSTC 61/1997, FJ 7 b, 173/1998 FJ 9). Parece una vez más que el objeto de la reserva del artículo 81.1 CE y

del artículo 149.1.1 CE se solapan, pues, aunque el TC sostiene que la materia de este último no es el “contenido esencial” de los derechos, que es justamente lo *desarrollable* por el legislador orgánico, apenas podemos sustraernos tras la cita que se acaba de leer a la impresión de que esa materia es una parte del objeto de la reserva de ley orgánica: no el “diseño completo y acabado de su régimen jurídico” (que acaso sea lo propio de la ley orgánica), sino, en ese diseño, lo que suponga “la regulación de esas condiciones básicas que garanticen la igualdad” en el disfrute de los derechos.

Ahora bien, “la legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia... Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione (...) el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas (...)” (STC 173/1998 FJ 9).

No son menores, tampoco, las dificultades interpretativas que plantean estas afirmaciones que dejan en su lector una nueva impresión de que el artículo 149.1.1 CE contiene una verdadera competencia compartida entre Estado y CC.AA.

2.2. La crítica a la doctrina

Son tres, a mi juicio, los aspectos más criticables de la doctrina del TC. De un lado, la aún no superada confusión, como se acaba de señalar, entre la reserva de ley orgánica y la competencia del artículo 149.1.1 CE. De otro, la identificación de cuál sea la “materia competencial” objeto del artículo 149.1.1 CE. Y, finalmente, las incógnitas abiertas por la “inconstitucionalidad sobrevenida” de las leyes auto-

nómicas sobre derechos fundamentales cuando entren en oposición con lo dispuesto en la legislación estatal del artículo 149.1.1 CE promulgada con posterioridad en el tiempo a su entrada en vigor.

En cuanto a la primera cuestión, aunque el TC pone empeño en abandonar las afirmaciones de la STC 37/1981 y deslindar los campos de la reserva de ley orgánica y de la atribución competencial del artículo 149.1.1 CE, es lo cierto que finalmente el TC incluye en el objeto de este precepto la regulación del “contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)” (SSTC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9) que parecen corresponderse con lo que bien puede convenirse como contenido constitucional de los derechos. A pesar de haber dicho también que la regulación de esas “condiciones básicas” no debe confundirse con la regulación del contenido esencial del derecho fundamental. Difícilmente uno puede sustraerse a la impresión justo contraria cuando de la doctrina del TC sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales⁷ parece desprenderse que precisamente el “contenido primario” y las “posiciones esenciales” de todo derecho fundamental son lo que lo hacen reconocible y apto para proteger su objeto, es decir, conforman su “contenido esencial” (STC 11/1981, FJ 11).

La consecuencia no puede ser otra; al final el artículo 149.1.1 CE otorga una competencia para *desarrollar* los derechos fundamentales, porque no es cosa distinta de ello el concretar jurídicamente el “contenido esencial” de los derechos fundamentales.⁸ Pero, ¿sólo esa competencia y por tanto, siempre mediante ley orgánica? En otras palabras, ¿el objeto de la ley orgánica debe ser lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE, o la competencia del artículo 149.1.1 se limita exclusivamente al desarrollo mediante la ley orgánica de los derechos? Mi respuesta a estas incógnitas es un rotundo no a todas. Más adelante algo se dirá sobre este particular.

Otro aspecto criticable de la doctrina del TC es la identificación de la “materia” del artículo 149.1.1 CE con los derechos en sí

7. Resumida en el Capítulo 6 apartado II del libro Bastida y Otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

8. Véase de Bastida y Otros, *Teoría general...*, *ob. cit.*, *passim*.

mismo considerados y no con los sectores materiales en los que éstos se insertan o sobre los que se proyectan. Es más, el TC ha llegado a sostener en las SSTC 61/1997 (FJ7) y 164/2001 (FJ 5) que es la igualdad de los españoles el fin último de este título competencial, y, en consecuencia, decimos nosotros, su "materia". La igualdad es elevada así a *materia competencial*, y a través suyo, el *desarrollo* de los derechos.⁹ Con ello el TC trata de atajar cualquier pretensión de ver en su doctrina un argumento para sostener la horizontalidad de la competencia del artículo 149.1.1 (SSTC 61/1997 FJ 7 b, 173/1998 FJ 9). Comparto este juicio del TC, y ello aleja su doctrina, y mi tesis, del alcance que la SCt.US le ha dado a la XIV Enmienda CEEUU. El artículo 149.1.1 CE no es un título genérico que habilite al Estado para regular cualquier materia con la excusa de hacerlo para garantizar las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁰

No es menor el problema que suscita la forma en la que el TC trata de articular las relaciones entre la ley autonómica reguladora del ejercicio de un derecho fundamental y la ley estatal promulgada al amparo del artículo 149.1.1 CE. El TC, como se ha visto, otorga a esta ley un carácter, en ocasiones, a caballo entre la ley básica y la ley de armonización, y en otras transmite la impresión de que el ar-

9. Véase de Javier Barnés y su tesis sobre la "igualdad en la concepción de fondo de aquellas limitadas parcelas de los (pocos) derechos que no están ya por completo (en esencia) a disposición del legislador estatal" (p. 130 de *Problemas y perspectivas...*). Estas afirmaciones del TC no están tampoco exentas de contradicciones, porque en rigor, al acabar identificando el artículo 149.1 CE en una norma de delimitación del alcance competencial de la reserva de ley, no puede reducir ese campo al de la igualdad del artículo 14 CE. La igualdad es el fin, pero la *materia* son los derechos fundamentales, haciendo de éstos objeto del reparto competencial entre Estado y CC.AA. Que así sea hace coherente, aunque se exprese de forma deficiente, la tesis de la "inaplicabilidad sobrevenida" de las leyes autonómicas reguladoras del ejercicio de los derechos. No hay remedo de competencia compartida, sino lisa y llanamente una ley orgánica de desarrollo de cierto derecho fundamental que antes no existía y que expulsa del ordenamiento cualquier norma, también la autonómica, que regulando su *materia* contradiga o se separe de lo dispuesto por la orgánica, por cuanto ésta al definir el contenido constitucional de ese derecho condiciona la regulación de su ejercicio.

10. De la rica e ingente doctrina norteamericana sobre la XIV Enmienda CEEUU destacaría ahora un clásico, Roul Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1997 (reed.). Consúltense también el trabajo de Richard Stewart, *Federalism and Rights. Federalism: Allocating Responsibility between the Federal and Status Courts*, *Georgia Law Review*, núm.19, 1985, p. 917 y ss.; y el de Lawrence H. Tribe, *Saenz Sans Prophecy: the Privileges or Immunities Revival Portend the Future – or Reveal the Structure of the Present?*, *Harvard Law Review*, Vol. 113, 1999, p. 110 y ss.

título 149.1.1 CE alberga una competencia compartida en sentido propio.

Ligado a esta última consideración, acaso, de las afirmaciones del TC que más han ayudado a esta incertidumbre, es aquella según la cual la normativa autonómica puede ser perfectamente constitucional regulando el ejercicio del derecho en cuestión, y, sin embargo, inaplicable al contrariar la ley estatal posterior promulgada al amparo del artículo 149.1.1 CE. Pero la Sentencia es oscura en este extremo. ¿Qué significa que la ley autonómica resulta “desplazada” por la estatal? El propio TC reconoce que aquélla difícilmente incurre en una invasión competencial, que sólo se producirá una vez haya ejercido su competencia el Estado. Y no es baladí contestar a esta cuestión, pues de ello dependerá saber si la ley estatal se integra en el bloque constitucional porque condiciona la validez de la ley autonómica, o no lo hace porque tan sólo afecta a su aplicabilidad. Es difícil escapar a la impresión de que se está ante competencias compartidas.

Sin embargo, en otras ocasiones, el TC ha hecho del artículo 149.1.1 CE un remedo de ley de bases sobre la igualdad en el ejercicio de los derechos (así por ejemplo en la STC 290/2000 FJ 14) a pesar del empeño puesto en su STC 61/1997 FJ 7 por negar que el artículo 149.1.1 CE contenga semejante cosa.¹¹ La literalidad del precepto habla de regular *las condiciones básicas* que garanticen aquella igualdad, pero no atribuye al Estado competencia alguna para regular la igualdad *básica* de los españoles en el ejercicio de los derechos, haciendo de las leyes del artículo 149.1.1 CE un remedo de legislación básica en materia de derechos fundamentales.

En mi opinión, y en respuesta a estas dificultades e incógnitas, lo que puede ayudar a clarificar el sentido y función del artículo 149.1.1 CE es justamente aquella dimensión institucional que el TC parece encajar en el precepto sólo de forma excepcional. Es esta dimensión la que constituye la *materia* de la competencia estatal en el artículo 149.1.1 CE, por cuanto le atribuye competencias para crear aquellas instituciones, garantías, procedimientos y normas mínimas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales destinadas a preservar aque-

lla igualdad en el disfrute de los derechos. La ley estatal del artículo 149.1.1 se asemejaría más a la figura alemana de las "leyes marco" antes que a una ley de bases.¹²

Dar respuesta a todas estas cuestiones exige examinar el encaje de los derechos fundamentales en la forma de Estado.

3. El planteamiento del problema. Derechos fundamentales y forma de Estado

3.1. Los derechos fundamentales no son "materias" competenciales

Los derechos fundamentales no se reparten territorialmente. Esta es la tesis central de este trabajo. Los derechos fundamentales no son materia competencial; al menos no lo son en el sentido técnico de este término,¹³ como no lo son la Jefatura del Estado o la Constitución Económica. En fin, como no lo son las normas constitucionales, porque un derecho fundamental no es más (ni menos) que esto: una norma constitucional. Y además lo es no de la *Constitución* del Estado central, sino de la *Constitución global*, de la *Gesamtverfassung* del Estado compuesto.

Los derechos fundamentales forman parte de la *Gesamtverfassung*¹⁴ que constituye el Estado compuesto; en la que se recondu-

12. No se pierden de vista aquí las diferencias entre unas y otras figuras, cuando menos porque en el artículo 149.1.1 CE el Estado ejerce una competencia propia. La similitud radica más bien en la finalidad de este tipo de leyes.

13. Véase Marc Carrillo, *La noción de "materia" y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 36 (II), 1993, p. 101 y ss.

14. WHEARE señala que una de las instituciones esenciales del "Federal Government" es la Constitución, concebida ésta como norma jurídica suprema, y preferiblemente escrita, al menos en lo relativo al establecimiento de un poder central y otros territoriales, y a cómo se distribuyen entre ellos las competencias (*Federal Government*, Oxford University Press, London/New Cork/Toronto, 1963-4ª edic-, p. 53 y ss.). Parece a todas luces que esa Constitución cumple las funciones de la Constitución global kelseniana; aunque es cierto que Kelsen le da un significado a la *Gesamtverfassung* casi tan metafísico como el de la *Grundnorm*. Así en su *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1966 (reimp. 1ª edic), p. 164 y 165, pp. 168, 171 y ss., 180, 193, y 198 y ss. Conviene recordar que

ce a unidad y se efectúa el reparto de poderes entre los territorios y el poder central. En ella, en esa Constitución global, se asegura la horizontalidad del reparto y la *co-ordenación* entre poderes regionales y centrales, garantizando la horizontalidad de sus relaciones.

La función que le compete a los derechos fundamentales en esa *Gesamtverfassung* es poner a disposición de los individuos espacios de autodeterminación de la conducta, indisponibles a todos los poderes públicos, y en particular al poder legislativo, sean estatales o regionales. Como tales, pues, los derechos fundamentales se imponen, en principio, a la legislación, sea la estatal central o la territorial. Su indisponibilidad impide que una u otra legislación pueda hacer de los derechos el objeto de su función productora de normas. En esa medida, si los derechos fundamentales son indisponibles a los *legisladores*, están sustraídos al reparto de competencias territoriales entre ellos. Porque justamente un derecho fundamental es una norma constitucional que establece un poder jurídico individual indispensable a la ley.

Cosa distinta es que esa misma *Gesamtverfassung* habilite al legislador estatal para que la ley pueda *disponer* muy limitadamente de algún aspecto del contenido constitucional de los derechos fundamentales para su mejor concreción jurídica, fijando determinadas interpretaciones del texto *iusfundamental* correspondiente que ya no estarían a *disposición* del Poder Judicial en su aplicación de los derechos. En rigor, lo que resulta ajeno al reparto competencial es el derecho fundamental en la definición constitucional de su contenido, pero no su régimen jurídico.

Con ello no hago mía la polémica afirmación de la STC 25/1981 (FJ 5): "(los derechos fundamentales) en cuanto elemento fundamen-

Kelsen demostró que el hecho de que el Estado central tenga atribuido el poder de reforma de la Constitución federal (es decir la Constitución global) no autoriza a identificarlo como órgano de la Constitución global o que su norma materialmente constitucional resulte ser la *Gesamtverfassung* (p. 200, 208 y 221). Kelsen vuelve sobre esta teoría de la *Gesamtverfassung* en su *La Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 79 y ss. Véase la obra de Hans Nawiasky, *Allgemeine Staatslehre*, Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., Einsiedeln/Zürich/Köln, 1956, p. 159 y ss., en especial p. 161. Paloma Requejo advierte de la diferencia formal que debe establecerse entre la Constitución total de los Estado federales y la CE, pero subraya su "identidad funcional-material"; véase su *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pp. 50 y 51.

tal de un ordenamiento objetivo... no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado" (FJ 5).¹⁵ Desde luego que lo están. Es más, constituyen uno de los elementos estructurantes de la forma de Estado, y no sólo el respaldo jurídico-constitucional de ciertas expectativas subjetivas. Y lo son porque definen en un ordenamiento jurídico el estatuto jurídico básico e indisponible de la persona y el ciudadano introduciendo un criterio uniforme y homogéneo de relación entre éstos y los poderes públicos, y de aquéllos entre sí. La CE no contiene norma alguna como la del artículo 14.1 de la Constitución española de 1931,¹⁶ que prescribía: "en las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles", ni su trasunto es el artículo 149.1.1 CE.

Pero, indudablemente, la forma de Estado también incide en los derechos fundamentales, toda vez que éstos regulan el uso del poder público tanto por el Estado central como por las CC.AA., y los derechos fundamentales son normas que regulan una dimensión del uso del poder público. Por otro lado, la propia Constitución permite que los derechos fundamentales sean el objeto de una actividad normadora a cargo de los poderes constituidos, cuyas competencias la propia Constitución sujeta a un orden de reparto. Las reservas de ley de los artículos 53.1 y 81.1 CE son ejemplos meridianos de lo dicho.

Pues bien, los derechos fundamentales guardan relación estrecha con la organización territorial del Estado porque su objeto se proyecta sobre realidades o situaciones que sí pueden estar sujetas a reparto competencial, solapándose la vinculación positiva a los derechos fundamentales con la distribución de competencias sobre esas distintas realidades entre aquellos diversos poderes públicos.

El Título VIII de la CE se encuentra con el Título I en la realidad. Es en ella donde se hallan las *materias competenciales* y en la CE se fija quién puede regular esa realidad y en consecuencia quién estable-

15. De esta afirmación y sus consecuencias se hace eco Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 9 y ss.

16. Sobre este precepto véase Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, PUUZ/Civitas, Madrid, 1992, pp. 229-230; Véase también el de José Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994, p. 42 y ss., y p. 138.

ce el modo de existencia de los derechos fundamentales en ella (y lo son todos los derechos de los Capítulos I y II del Título I). En este sentido debe entenderse, en mi opinión, la idea de que la dimensión objetiva de los derechos impone una homogeneidad que aminora la supuesta heterogeneidad que el sistema autonómico puede inyectar en su dimensión subjetiva. La dimensión objetiva del derecho fundamental es la que se proyecta sobre la realidad condicionando la configuración que de ella haga quien ostente la competencia correspondiente, y que en ejercicio de la misma puede dar un sentido y contenido diferente a la dimensión subjetiva del derecho.

Justo por eso es erróneo afirmar que es competencia exclusiva del Estado delimitar esa dimensión objetiva. El Estado central no puede atribuirse esa competencia porque si los derechos no son materia competencial no lo son ni para el Estado central ni para las CC.AA. En este campo, la relación entre Estado y CC.AA. depende exclusivamente del reparto de competencias habido respecto de las materias que se comprendan en la realidad sobre la que el derecho fundamental se proyecta.

Los derechos fundamentales de la CE no son ajenos a la organización territorial del Estado, ni ésta lo es a los derechos fundamentales, pues vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE). Sin embargo, no por ello son "materia competencial".

3.2. Los derechos fundamentales como elementos estructurantes del Estado

¿En qué medida los derechos fundamentales están ligados a la forma de Estado? Lo están en la circunstancia de ser normas que regulan el uso del poder público. Pero no por ser títulos que contengan poderes implícitos a favor del Estado central. Digámoslo otra vez, en la medida en que son normas de la *Gesamtverfassung*.

3.2.1. Los derechos fundamentales como parte de la *Gesamtverfassung*

Si hay una coincidencia entre la doctrina continental, en especial la alemana, y anglosajona, particularmente la norteamericana, so-

bre la estructura del Estado compuesto regido por el principio federal¹⁷ es la necesidad lógica y jurídica de la *Constitución global* única que posee la competencia sobre las competencias (el poder de reforma constitucional que puede disponer del reparto de competencias entre centro y periferia) y es capaz de reconducir a unidad los ordenamientos territoriales y el del Estado central. De este modo se alcanza un único punto de imputación jurídica de la validez de las normas y actos de ese *Totalordnung* que resulta de la suma de los plurales ordenamientos llevados a la unidad por la *Gesamtverfassung*.

La *Gesamtverfassung* dota de validez a los ordenamientos jurídicos parciales,¹⁸ esto es, al del Estado central y al de los territorios,

17. Hago mía la clásica distinción entre federalismo (el género) y gobierno federal (la especie); aunque la adaptación continental de esta clasificación debiera decir Estado federal (el género), donde caben muy diversas especies de "federalismo". Sobre este particular K. C. Wheare, en su libro ya citado *Federal Government*, pp. 11 y 12, 15, en las que trata de definir los rasgos del *federalismo* y realiza una interesante crítica a otras opciones. No muy distinta es la definición que del mismo hace Geoffrey Sawer, *Modern Federalism*, Pitman Australia, Victoria, 1976 (2ª edic., rev.), p. 1 y ss., en el que define el *Federal Government* como aquel que responde a los seis siguientes principios: un país considerado en su conjunto como un Estado-nación, con personalidad jurídico-internacional y provisto de un conjunto de instituciones que poseen autoridad sobre todo su territorio; ese país está dividido en territorios con sus propias instituciones con autoridad en esa área geográfica; el poder de gobierno está dividido entre el primero y los segundos cuyas instituciones de gobierno tienen un impacto directo sobre los ciudadanos en el marco de sus competencias; el reparto competencial se efectúa en una constitución, habitualmente escrita, dotada de cierta rigidez, que asegura que ninguno de los entes, central o territorial, puede reformarla unilateralmente (lo que implica la imposibilidad de secesiones salvo que la constitución misma las autorice); la constitución provee de reglas para la resolución de los conflictos (la regla general es que el derecho de las instituciones centrales siempre prevalece sobre el de los territorios); los conflictos y la precisión de las reglas de reparto suele competir a un órgano jurisdiccional.

18. Se dice con intención que les dota de validez, y no que son ordenamientos parciales delegados, como es bien sabido que sostuvo Hans Kelsen, *Allgemeine*, p. 164 y ss. Así se sorteaba el espinoso asunto de la "soberanía" de los Estados parte en una Federación. A mi juicio, la afirmación de que el rasgo que distingue a un Estado federal de otras fórmulas de descentralización política, como la autonómica española o la de devolución británica, descansa en que los Estados parte también poseen un poder constituyente propio y una Constitución soberana, no deja de tener algo de retórico, e incluso de incoherente jurídicamente (sin desdeñar, desde luego, la importancia política de semejante tesis). A mi modo de ver, jurídicamente esos rasgos son lastres del origen histórico confederal de muchos de los Estados federales modernos; útil como expediente legitimador del nuevo Estado, pero carentes de sentido jurídico. Sobre estas cuestiones véanse las ilustradoras palabras de Kelsen, *Allgemeine*, ob. cit. p. 116 y 198 y ss.; Nawiasky, *Allgemeine*, ob. cit., p. 152 y ss.; y Carre de Malberg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 1998 (reed.), p. 96 y ss.

atribuyéndoles plena capacidad para disponer de su norma constitutiva pero no para hacerlo de la Constitución global. En ella se establecen los ámbitos de autodeterminación de la conducta individual (o colectiva en su caso) indisponibles a los ordenamientos parciales, y por tanto ajenos al reparto de competencias. Así pues, ni el Estado central puede esgrimir una competencia exclusiva sobre los derechos fundamentales, pues no lo son del Estado central en el sentido de parte de su norma constitutiva; ni los territorios pueden hacer lo propio, sin perjuicio de que sus normas constitutivas puedan tener su propia declaración de derechos fundamentales, que, en cualquier caso, no podrá contrariar lo dispuesto en la *Gesamtverfassung*.

En los modelos federales es habitual que la cuestión se suscite desde justamente la última de las perspectivas señaladas. La discusión en los EE. UU. sobre las Enmiendas IV y XIV lo refleja con claridad; como también lo hace la discusión sobre la relación entre las declaraciones de derechos de la Constituciones de los *Länder* y la de la Ley Fundamental de Bonn.¹⁹

El federalismo como principio estructural se cifra en estas dos ideas-fuerza que interactúan entre sí: existe un reparto de poderes entre gobiernos independientes, y, ninguno de ellos está subordinado a los otros; son todos ellos poderes "co-ordenados". Es por ello que en rigor la *constitución federal* no es la Constitución de la federación o Estado central, sino esa *Gesamtverfassung* que acabamos de describir.

Dicho esto, el federalismo resulta ser un principio de organización de los poderes de un Estado²⁰ con arreglo a un criterio territo-

19. La hipótesis siempre ha sido la de la cohabitación de las declaraciones de derechos, la global y las territoriales, en aplicación complementaria, y prevaleciendo la de la Constitución global en caso de conflicto. Véase en general Herbert Bethge, *Die Grundrechtssicherung im föderativen Bereich*, Archiv des öffentlichen Rechts, 110, 1985, p. 169 y ss.; Gerhard Kisker, *Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt?*, Festschrift für Otto Bachof, C.F. Müller, München, 1984, p. 47 y ss.; Michael Sachs, *Das Staatsvolk in den Ländern. Überlegungen zur Landesangehörigkeit und zur staats bürgerlichen Gleichheit im Bundesstaat*, Archiv des öffentlichen Rechts, 108, 1983, p. 68 y ss. y su *Die Grundrechte im Grundgesetz und in den Landesverfassungen*, Die öffentliche Verwaltung, 12, 1995, p. 469 y ss.; Rudolf Uerpmann, *Landesrechtlicher Grundrechtsschutz und Kompetenzverordnung*, Der Staat, 35/3, 1996, p. 428 y ss. Para el hipotético caso español, véase el trabajo de Luis María Díez-Picazo, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 78, 2006, pp. 63 y ss.

20. Véase el citado de K. C. Wheare, *Federal Government*, *ob. cit.*, p. 15.

rial, al igual que los derechos fundamentales son normas sobre el uso del poder público en los ordenamientos parciales; a saber, el del Estado central y el de los territoriales. Ambos, federalismo y derechos, son reglas sobre el ejercicio del poder público. El primero establece el reparto territorial de las funciones de dirección política y creación-aplicación de normas jurídicas condicionando la vigencia espacial de las normas del ordenamiento en función de un criterio de reparto de competencias. Los segundos, los derechos, son normas que ponen a disposición de la persona espacios de inmunidad frente al ejercicio de ese mismo poder público, sea cual sea el territorio en el que se encuentre, pues así lo exige el carácter indisponible al poder público de todo derecho fundamental.

Los derechos fundamentales, en consecuencia, no condicionan el reparto de competencias entre centro y periferia porque no es ese su objeto. Sin embargo introducen un criterio de uniformización como parte de la *Gesamtverfassung* en la medida en que su contenido es idéntico en todo el territorio del Estado (sin perjuicio, como se dirá, de que su régimen jurídico pueda ser distinto) y del que no pueden disponer los poderes públicos, los centrales o los territoriales. En esto se cifra pues su función estructurante, y no en ser fuente de poderes implícitos para el Estado central. El debate se desenfoca, al menos en el caso español, cuando la relación entre derechos y organización del territorio se encara desde esa perspectiva "competencial", viendo en el artículo 149.1.1 CE una fuente de nuevas competencias transversales del Estado central en detrimento de las CC.AA., o tratando de interpretar su contenido para evitar justamente este efecto.²¹

21. De ahí también la cautela con la que debe tomarse el ejemplo estadounidense (e incluso el alemán). Entre alguna de las interesantísimas cuestiones que plantea Akhil Reed Amar en su libro *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven/London, 1998, quiero destacar ahora su afirmación rotunda sobre la función estructurante que para la forma de Estado federal cumplieron originariamente las enmiendas a la Constitución federal de los EE. UU. que contenían los derechos constitucionales de los estadounidenses. Nos recuerda el profesor estadounidense que el debate sobre los derechos constitucionales en los orígenes de los EE. UU. tuvo mucho que ver con la construcción del federalismo. La declaración de derechos no se concibió por los "padres fundadores" como una simple cuestión de reconocimiento de derechos naturales inalienables del pueblo estadounidense, sino, y ante todo, como una cuestión federal. Si se defendía la inclusión en la Constitución federal de esa declaración, no era tanto por la necesidad de garantizar ciertas expectativas subjetivas, como por el propósito de dotar a los estadounidenses de un instrumento de defensa frente a los Estados, y, por qué no decirlo, de un instrumento de control de la Federación sobre aquéllos. En efecto, la interpretación habitual que le ha

Veámoslo desde esta otra perspectiva. Esa función estructurante estriba en ser criterio *unificante*. Los derechos fundamentales son expresión de la unidad jurídica del ordenamiento total del Estado y aseguran el equilibrio territorial entre sus partes. La uniformidad del contenido de los permisos constitucionales de autodeterminación de la conducta, o, si se quiere, de prohibición de poder público, a disposición de los individuos, garantiza que con independencia del lugar de residencia, el nivel básico de protección otorgado por los derechos fundamentales es el mismo, ya que su objeto, contenido y límites son idénticos en todo el territorio (éste es justamente el contenido del "desarrollo" de un derecho fundamental reservado a la ley orgánica del artículo 81.1 CE).²²

3.2.2. La función unificante de los derechos fundamentales en los Estados compuestos

La respuesta habitual a la pregunta acerca de la manera en que los derechos fundamentales *estructuran* la forma de Estado ha sido la de considerarlos una cláusula implícita de unidad del ordenamiento jurídico, entendiendo ésta unidad como sinónimo del estatuto constitucional de la persona frente a los poderes públicos, fuesen los centrales o los territoriales.²³ La Sentencia de la SCt.US Toomer

dado la Corte Suprema de los EE. UU. a la XIV Enmienda CEEUU ha sido aquella en la que dicha Enmienda apoderaba a la Federación para proteger frente a los Estados la esfera de autonomía individual que garantizaba la *declaración de derechos*, de forma que dicha Enmienda operaba como la *cláusula de comercio*. Sobre el particular, y la teoría de las tres esferas autónomas (la esfera del poder estatal, la del poder federal y la de la autonomía individual), empleada por la Corte Suprema, véase de Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, New York, 1988 (2ª edic.), p. 554 y ss.

22. Esta perspectiva no está ligada a la teoría del *right to exit* formulada por Richard Stewart según la cual el Estado federal, a través de la imposición a los Estados federados de una carta uniforme de derechos asegura el equilibrio territorial entre Estados garantizando un estándar similar de protección en todo lugar a quienes precisamente no pueden abandonar el Estado federado en el que han visto restringidos sus derechos. En el fondo, esta es la cuestión que resuelve el Caso Saenz de la Corte Suprema. Véase el trabajo de Richard Stewart, *Federalism and Rights. Federalism: Allocating Responsibility between the Federal and State Courts*, Georgia Law Review, núm.19, 1985, p. 917 y ss., en especial p. 929 y ss.; y el comentario a esta Sentencia de Tribe en su ya citado *Saenz Sans Prophecy*.

23. Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 528; y Antonio Ruggieri, *Neorregionalismo, dinámica normativa y derechos fundamentales*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 65 (I), p. 177 y ss., p. 206.

v. Witsell²⁴ sostuvo, al interpretar la IV Enmienda CEEUU, que los derechos constitucionales eran el *cemento* de la unidad de los EEUU: la igualdad de *privilegios e inmunidades* en todo el territorio del Estado constituía el pilar sobre el que se edificaba la unidad de la Federación.

Pues bien, esta es la idea más extendida en lo relativo a la función estructurante de los derechos fundamentales. La unidad del Estado descentralizado territorialmente se alcanza a través de la garantía de unos derechos fundamentales, iguales para todos los residentes en el territorio del Estado, que no podrán ser discriminados por razón de su procedencia. Una garantía que le corresponde hacer efectiva en el conjunto del territorio al Estado central. De ello se deduce sin dificultad que, como dijo la citada STC 25/1981, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura territorial del Estado; y, además, son competencia exclusiva del Estado central, hasta el punto de que dicha competencia sería, a un tiempo, transversal y vertical. Transversal porque habilitaría al Estado central para regular cualquier materia con el propósito de salvaguardar la identidad constitucional de los derechos fundamentales; vertical por cuanto, en ejercicio de esa competencia universal, el Estado central podría limitar y/o condicionar las competencias autonómicas que pudieran afectar a los derechos fundamentales, a cualquier derecho fundamental, aun a pesar de que esa afectación se produzca en el legítimo ejercicio de esa competencia.²⁵

A mi juicio, ninguna de las dos afirmaciones es correcta para el caso del sistema constitucional español (como en rigor tampoco lo es en abstracto para cualquier forma de Estado no unitario).

No creo que los derechos fundamentales cumplan esa función estructurante y articuladora de la forma territorial del Estado haciendo de ellos una excusa para un remedo de expediente de control del Estado central sobre la actuación de las CC.AA., o en cuanto fuentes

24. SCt.US 385 US. 395 (1948), sobre esto, una vez más, Tribe, *ob. cit.*, p. 528.

25. No puede entenderse de otro modo esa afirmación de la STC 173/1998 según la cual la ley estatal reguladora de las condiciones básicas para el disfrute en pie de igualdad de los derechos del artículo 149.1.1 CE puede invalidar las normas autonómicas preexistentes si la contradicen, sin perjuicio de que estas últimas pudieran ser perfectamente constitucionales hasta la promulgación de la ley estatal. Más adelante abordaré esta espinosa cuestión.

de una competencia universal a favor del Estado central para todo lo que les afecte. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional español no poseen esta función. Su fin en este contexto no es el de ser un instrumento de defensa de la persona frente al poder público de las CC.AA. cuyo garante sea el Estado central.

Cierto que así parece concebirlo en ocasiones nuestro TC que con su interpretación del artículo 149.1.1 CE, y antes con la del artículo 139 CE, parece erigir al Estado central en defensor último de la santidad de los derechos fundamentales frente a la acción autonómica. De este modo, el Título I y sus normas conexas (art. 81.1, artículo 139 y 149.1.1, incluso la visión de la legislación básica en materia de educación y medios de comunicación) se transforman en normas atributivas de competencias implícitas del Estado central. Competencias verticales sobre las de las CC.AA.

El conveniente abandono del modelo de, en palabras de Francisco Caamaño, Estado unitario subyacente²⁶ tras las SSTC 118/1996 y 61/1997, que alteraron el sentido que hasta ese momento se le daba a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE, se frustraría al reintroducirse la competencia legislativa universal del Estado central por medio del artículo 149.1.1 CE. Los derechos se concebirían como asunto del Estado central que velará por su respeto en todo el territorio del Estado, asegurando la *uniformidad* de su contenido, y asumiendo la condición de único poder público habilitado para regular el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. El legislador estatal universal sería el legislador de los derechos fundamentales en la medida en que no existe prácticamente materia alguna que de un modo u otro no afecte a los derechos del Título I CE.

No es éste ni siquiera el sentido literal del artículo 149.1.1 CE. Pero que este planteamiento sea erróneo, no da razón a quienes, yendo al otro extremo, estiman que los derechos fundamentales son, como cualquier otra cosa, una "materia competencial".

A mi juicio, la función estructurante de los derechos fundamentales se limita a ser un criterio de unidad en el Estado compuesto al

26. Francisco Caamaño, *El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales*, Anuario de derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 12/13, 2000-2001, p. 87 y ss., p. 95.

estar ubicados en su *Constitución global*, pues toda persona tiene los mismos derechos fundamentales en todo el territorio del Estado. En esa medida, los derechos fundamentales no son materia competencial del Estado central, ni su protección inviste a éste de género alguno de poderes implícitos (transversales y/o verticales) sobre los territorios autónomos. Los derechos fundamentales son cosa del *Gesamtstaat*.²⁷

La función *unificante* de los derechos no estriba en el artículo 149.1.1 CE porque éste no atribuye al Estado central el deber de uniformizar el régimen jurídico de los derechos fundamentales (lo que ni siquiera exige el artículo 139.1 CE). Si los derechos tienen ese efecto, lo es por la indisponibilidad de su contenido, objeto y límites al poder legislativo, central o territorial. En consecuencia, esa definición constitucional del derecho fundamental es igual para todo el territorio del Estado, y a través suyo la posible diversidad territorial se reconduce a unidad al permanecer incólume la identidad constitucional de los derechos (aunque su régimen jurídico pueda variar).

3.3. Competencias legislativas y derechos fundamentales: artículos 53, 81 y 149.1.1 CE

El artículo 149.1.1 CE, pues, no ofrece al Estado central una competencia legislativa universal sobre los derechos, como si se tratara de una reserva general de desarrollo y regulación del ejercicio de los derechos fundamentales a favor del Estado central. Ni es posible sujetar los derechos fundamentales a la lógica del reparto de competencias.

27. Incluso desde la noción del "political federalism" (según la cual el federalismo antes que una regla legal o un principio constitucional es la constitucionalización de un proceso de estructuración de conflictos políticos entre centro y periferia de manera que los intereses de los Estados federados se garantizan a través del "political process" y no del "judicial review"), los derechos fundamentales han sido abstraídos de ese proceso por una decisión del Constituyente al incorporar una Declaración de Derechos a la Constitución federal. Esto es, los derechos fundamentales no son objeto, ni pueden ser objeto, del proceso político de reparto del poder público entre los distintos territorios de un Estado, por lo tanto, de las disputas, negociaciones y conflictos sobre el alcance de poder público repartido entre centro y periferia. Véase, Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1980.

De un lado, y a la vista de lo establecido en el artículo 53.1 y 81.1 CE, la CE no atribuye al Estado central una competencia general el artículo 149.1.1 para la regulación de los derechos fundamentales. El legislador orgánico, cuando desarrolla derechos fundamentales, al igual que cuando reforma la Constitución, no lo es del Estado central, sino de la *Gesamtverfassung*. La Ley orgánica es una norma legal del ordenamiento global con vigencia en todo el territorio del Estado y única competente para desarrollar el contenido de un derecho fundamental.

La cuestión es otra cuando se trata de regular el ejercicio de los derechos. El artículo 53.1 CE es una norma que regula una habilitación tanto para el Estado, esta vez sí, central, como para las CC.AA. La ley estatal central y la ley autonómica son normas idóneas para regular el ejercicio de los derechos fundamentales (STC 37/1981 FJ 2). Sucede, entonces, que la forma de establecer qué compete a quién depende justamente del reparto competencial fijado en el bloque constitucional. No son los derechos los que se reparten, sino su régimen jurídico; esto es, la regulación de su realización en la práctica. Un ejercicio que necesariamente se da en la realidad; realidad que está sujeta a reparto competencial. Así pues, tendrá la competencia para regular el ejercicio de un derecho fundamental aquel que sea el titular de la materia en la que ese ejercicio deba regularse.

Como he tenido ocasión de afirmar en otro lugar,²⁸ el artículo 53.1 CE no atribuye al Estado central una competencia genérica y universal para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, desligada de las materias competenciales del Estado central, "que incluso se sobreponga a las regulaciones sectoriales del ejercicio del derecho en cuestión efectuadas por las Comunidades Autónomas. Nada ha dicho expresamente sobre este extremo el TC y las veces que se ha pronunciado ha sido para vincular la ley estatal o al desarrollo de los derechos del artículo 81.1 CE (STC 173/1998) o al artículo 149.1.1 CE (SSTC 37/1981, 290/2000). A nuestro juicio, y dado que el artículo 149.3 no atribuye ninguna competencia universal al Estado ni siquiera para crear normas supletorias (SSTC 15/1989, 118/1996), éste carece de esa competencia genérica salvo lo dispuesto en el artículo 141.1.1 CE.

Como dice la citada STC 37/1981, la ley del artículo 53.1 CE sólo será ley de Cortes Generales cuando, con esa regulación genérica del ejercicio de los derechos, el Estado pretenda establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Para el resto de los casos, la regulación del ejercicio de un derecho fundamental será competencia de aquel que tenga atribuida la de la materia en la que se encuadra dicha regulación. Así lo expresa la STC 173/1998 (FJ 7)“:

“Pues bien, uno de los criterios fundamentales que, junto a los ya mencionados, ha orientado la realización de esta tarea de definición sistemática, ha sido el de reservar al Estado ex artículo 81.1 C.E. la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o «en cuanto tal», en tanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)“.

4. Alguna cuestión de teoría general de los derechos fundamentales. La uniformidad de su definición constitucional

El hilo conductor que debe seguirse para situar correctamente la competencia del artículo 149.1.1 en el orden constitucional diseñado en la CE debe ser éste, en mi opinión: distinguir entre el derecho fundamental y su régimen jurídico. Lo que en cierto modo trató de hacer la STC 173/1998 al distinguir entre el contenido del derecho fundamental y el sector jurídico o ámbito de la realidad sobre el que se proyecta. Esta distinción es capital.

4.1. La definición constitucional de los derechos fundamentales y su indisponibilidad

Algunas de las tesis sobre la relación derechos fundamentales-Estado compuesto se sostienen en tesis como la expresada por Cabellos Espiérrez cuando, reflexionando sobre los giros jurisprudenciales del TC relativos al artículo 149.1.1 CE, parece mantener la “diversidad par-

cial en el contenido de derechos y deberes (allá donde la Constitución no haya dispuesto de inicio la exclusividad de la competencia estatal, naturalmente)".²⁹ Sin embargo, no es posible que haya diversidad de "contenidos" de los derechos fundamentales porque sería contrario a su propia condición de tales. El contenido constitucional de un derecho fundamental es uno: el fijado en abstracto en la Constitución. Si no fuese así, no sólo se relativizaría el contenido normativo de la propia Constitución, su supremacía normativa misma, sino que, además, se negaría la condición de fundamentales a los derechos ya que habrían perdido su carácter de indisponibles en la medida en que lo que sean queda al albur de la voluntad de quien tenga atribuida, según el caso, la competencia sobre el *derecho fundamental* convertido de este modo en *materia competencial*.

Si es ésta la perspectiva que se adopta, no extraña que el debate en torno al artículo 149.1.1 CE haya girado justamente sobre el alcance de una competencia en apariencia concurrente del Estado central y las CC.AA. para regular el *contenido* del derecho fundamental. Sin embargo la tesis aquí sostenida es muy distinta.

A mi entender, el derecho fundamental siempre es uno, su contenido no es plural, y no es *materia competencial*. Siendo así, el artículo 81.1 CE atribuye naturalmente una competencia al Estado, pero no al Estado *central*; o dicho de otro modo, le atribuye una competencia al Estado no en tanto ordenamiento jurídico parcial distinto del de las CC.AA., sino al Estado como *Totalordnung* constituido por la *Gesamtverfassung* encarnada en la CE.

Ocurre que los derechos fundamentales se ejercen en la realidad. Y ese ejercicio que se sucede en distintos ámbitos de la realidad y sectores del ordenamiento jurídico pueden, ciertamente, ser regulados tanto por el Estado, esta vez sí el central, como por las CC.AA. La determinación de quién tiene la competencia en cada caso para realizar esa regulación, convenido que del artículo 53.1 CE no se deriva ningún título competencial en favor del Estado central que le permita regular en cualquier caso y con carácter universal el ejercicio de cualesquiera derechos, dependerá, pues, del reparto de competencias sobre aquellos ámbitos o sectores (la *materia*) dispuesto en el bloque

constitucional. En este contexto, la función del artículo 149.1.1 CE es bien modesta: atribuir al Estado central la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De manera, que no basta con asegurar que nadie será discriminado en ese ejercicio por razón de la procedencia, lo que exige el artículo 139.1 CE. Además, el Estado central puede imponer un régimen jurídico mínimo del ejercicio de los derechos fundamentales.

La Constitución define de una vez el derecho fundamental. Cierto que en abstracto. Pero no es menos cierto que esa abstracción conlleva únicamente una labor interpretativa de concreción de grado superior y mayor complejidad al propio de otras normas del ordenamiento; en modo alguno una disponibilidad del contenido del derecho.³⁰

4.2. El legislador de los derechos fundamentales

La *fundamentalidad* del derecho fundamental estriba justamente en su indisponibilidad al poder público; también al legislador, sea el estatal, el autonómico, e incluso el de la *Gesamtverfassung* (legislador orgánico), salvo cuando obra como poder de reforma constitucional. Los titulares de los derechos, su objeto (lo que regula), su contenido (las técnicas para la protección del objeto) y sus límites (las condiciones de pérdida del amparo iusfundamental) ya están definidos abstractamente en la norma constitucional que contiene el derecho fundamental correspondiente y los poderes públicos, señaladamente el legislador y la jurisdicción ordinaria, están llamados a concretar en cada caso ese contenido (en sentido amplio) de los derechos fundamentales. Es ésta una labor de delimitación que con arreglo al artículo 81.1 CE sólo puede llevar a cabo en nuestro sistema constitucional (con validez para todo el territorio) el legislador orgánico.

En esto, la ley orgánica del artículo 81.1 CE, en tanto puede delimitar el derecho fundamental y establecer cuál sea su contenido constitucional (titulares, objeto, contenido en sentido estricto y límites), cierra una apertura constitucional integrando de este modo un blo-

30. Sobre todos estos extremos, una vez más, véase Bastida y otros, *Teoría general*, ob. cit., Caps. 2, I.1 y 3, I y II, 6, I.1.

que de la constitucionalidad, ya que, en tanto no sea declarada inconstitucional (pues hasta para el legislador orgánico el derecho fundamental es indisponible), lo que sea el derecho fundamental vendrá definido por la ley orgánica que lo desarrolle.³¹ Es por esto que, a mi juicio, el legislador orgánico al tener atribuida esa función de cierre constitucional actúa como órgano de la *Gesamtverfassung* imponiéndose al resto. El artículo 81.1 CE no atribuye, en rigor, *competencias* porque su *materia* no es competencial.

Si esto es así, ni el legislador estatal ni el autonómico están apoderados para introducir diversidad alguna en el contenido del derecho fundamental en cuestión; ni siquiera, desde luego, para contrariar lo dispuesto en la ley orgánica que lo desarrolle de existir ésta. El artículo 53.1 CE, como ya se ha dicho, sólo habilita al legislador estatal y autonómico para regular el ejercicio de los derechos fundamentales fijando sus condiciones de modo, tiempo y forma (STC 292/2000), pero no pudiendo concretar extremo alguno (en principio) relativo a sus titulares, a su objeto, a su contenido en sentido estricto y a sus límites.

La propia CE con su declaración de derechos y las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales, de existir éstas, constituyen un bloque de la constitucionalidad³² al que están sujetos el legislador autonómico, y también el estatal central incluso cuando ejercita su competencia del artículo 149.1.1 CE. Ninguno de estos dos legisladores, el estatal central o el autonómico, están habilitados constitucionalmente para delimitar el contenido (en sentido amplio) de los derechos fundamentales, únicamente pueden regular los ámbitos de la realidad y los sectores jurídicos en los que quepa ser ejercido un derecho fundamental. Sólo en este extremo el legislador estatal central y el autonómico podrán introducir diversidad de regulaciones: en el régimen jurídico del modo, tiempo y lugar de ejercicio de los derechos fundamentales.

31 Este argumento se desarrolla con mayor detalle en la p. 164 y ss. del libro Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Aláez, Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales*, ob. cit.

32. Y no bloque constitucional al carecer la ley orgánica de la nota de necesidad, pues el derecho fundamental despliega toda su eficacia haya o no ley orgánica que lo desarrolle.

5. Una interpretación constitucionalmente conforme del artículo 149.1.1 CE

Soy del parecer, visto lo antecedente, que el artículo 149.1.1 CE presupone dos ideas: que las Comunidades Autónomas tienen potestad para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de sus propias titularidades competenciales; y que la igualdad básica en el ejercicio de los derechos fundamentales deriva, por estar insita en ellos, de la definición constitucional del propio derecho fundamental, y que sólo admite los límites que la Constitución le imponga o quien habilitado por ella pueda hacerlo. La posible restricción a esa igualdad derivada de la identidad del contenido constitucional de los derechos fundamentales, en definitiva, la introducción de diferencias en ese contenido resulta ser materia reservada a la ley orgánica y sustraída a las CC.AA.

Por tanto, la función del artículo 149.1.1 CE es otra: limitar la diversidad derivada de la potestad autonómica sobre regulación del ejercicio de los derechos, fijando, a partir de lo establecido en el precepto constitucional (y la ley orgánica que lo desarrolle en su caso), las *garantías* de esa igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que, por lógica lleva a que la competencia del artículo 149.1.1 CE no sólo sea normativa, sino también organizativa, pues una de esas garantías bien puede serlo un ente público creado con la finalidad de velar y hacer efectiva esa igualdad.

El artículo 149.1.1 CE impone un límite a la diversidad en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que pudiere resultar del ejercicio por las CC. AA de su competencia para hacerlo en aquellas materias respecto de las que posea un título (en este sentido las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2, 87/1985 FJ 8, 37/1987 FJ 10, 156/1995 FJ 5). Con este propósito, el citado precepto habilita al Estado central para imponer esos límites, no al derecho, sino a la competencia autonómica. De hecho la STC 37/2002 afirma que el artículo 149.1.1 CE apodera al Estado central para limitar las competencias de las CC.AA. fijando unas condiciones uniformes de ejercicio de los derechos fundamentales. Pero al tiempo que lo hace, constriñe la competencia estatal, pues el Estado central ya no es el destinatario de una habilitación genérica para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en cualesquiera sectores de la vida social y ámbitos normativos, sino sólo y exclusivamente para hacerlo estableciendo aquellas condiciones bási-

cas de igualdad, que de regularse, desplazan en ese extremo a la normativa autonómica, de existir ésta (SSTC 82/1986 FJ 4 y 173/1998 FJ 9).

Dicho esto, analicemos ahora, de un lado, el alcance de la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales, y de otro, la función del artículo 149.1.1 CE en relación con la diversidad autonómica.

5.1. La igualdad en la diversidad. Los derechos fundamentales: artículos 139 y 149.1.1 CE

Algún autor ha querido ver en el artículo 149.1.1 CE un título competencial que autoriza al Estado central para establecer las condiciones necesarias para alcanzar la igualdad real en el ejercicio de los derechos fundamentales en todo el territorio del Estado.³³ Se ha propuesto también que la función del artículo 149.1.1 CE es la de servir para que el Estado central intervenga corrigiendo las actuaciones discriminatorias de las CC.AA. en materia de derechos fundamentales.³⁴

Semejante tesis no sólo debe salvar el escollo que la propia literalidad del precepto le pone, sino que, además, hace del Estado central en un remedo de instancia de control sobre la actividad reguladora de las CC.AA. en esta materia. Repárese en que ni siquiera el artículo 139.1 CE impone la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales.

33. Quizá el ejemplo más claro es la tesis sostenida por José María Baño León *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988. En esta línea podrían estar Carro Fernández-Valmayor (*Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 CE*, Revista Española de Derecho Constitucional, num.1, 1981, p. 133 y ss.), Alonso de Antonio (*Artículo 149.1.1ª, 4ª, 5ª, 7ª, 10ª a 32ª, 2 y 3: sistema de distribución de competencias*, en "Comentarios a la Constitución española de 1978", Alazana (dir.), Tomo XI, Cortes Generales, EDERSA, 1999), Aragón Reyes en su libro *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 105 y ss.; o Tudela Aranda (*Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994). El propio Cabellos Espíerrez, aunque muy crítico con esta tesis (p. 55 y ss., y 76 y ss. de su libro citado), también se acerca a ella al sostener que el propósito del artículo 149.1.1 es dotar al Estado de un título que le permita garantizar una cierta igualdad en el sistema jurídico (p. 79 y ss.). Deduzco de sus afirmaciones que parece ver en el artículo 149.1.1 CE el título competencial que, en cambio, no posee el Estado para asentar su "spending power" en materia de subvenciones (STC 13/1992, por todas).

34. Quizá el más claro defensor de esta tesis es Corretja Torrens, *La garantía del principio d'igualtat en l'art. 149.1.1*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991.

Cierto es que la propia Constitución ha puesto límites a la potestad autonómica en esta materia. El poder autonómico regulador del ejercicio de los derechos no es un poder genérico, ya que la capacidad jurídica para regular el ejercicio de un derecho fundamental depende por entero de los títulos competenciales y de que éstos atribuyan potestades legislativas a la CC.AA. en cuestión, lo que ya es de suyo una severa restricción a dicha potestad. La primera de ellos, naturalmente, es la que les impone, en lo que ahora importa, el artículo 139.1: la igualdad de posición de todos los españoles ante el correspondiente ordenamiento autonómico (SSTC 122/1988, FJ 5, 319/1993 FJ 5, 37/1994 FJ 19, 173/1998, FJ 10).³⁵

Por otra parte, la reserva de ley del artículo 53.1 CE habilita a las CC.AA. para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, amparando la diversidad en el régimen jurídico de los derechos. Nada impide en la CE que un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico (de su ejercicio, se entiende, desde luego) diverso según el territorio. Cosa distinta es que las CC.AA. no puedan discriminar en la aplicación de ese régimen a sus destinatarios en función de su residencia o procedencia, so pena de vulnerar el artículo 139.1 CE. Pero, de ser ese el caso, la reparación de la discriminación por razón de residencia o procedencia cometida por las CC.AA. no se repara ni requiere de una intervención estatal amparada en el artículo 149.1.1 CE, basta la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica. Es más, sólo el TC podrá declarar si en efecto se ha producido esa infracción del artículo 139.1 en relación con el artículo 14 CE; el Estado central, ni siquiera al amparo del artículo 153 o el artículo 155, podría esgrimir el artículo 149.1.1 CE para legitimar una ley estatal dirigida a corregir esa posible discriminación.

La igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales no deriva ni del artículo 139 CE, ni del artículo 149.1.1 CE. Ni mucho me-

35. Sobre el sentido del artículo 139.1 CE, la relación con el artículo 14 CE y el artículo 149.1.1 CE (y otros títulos competenciales), STC 319/1993, FJ 5; también las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2 y 61/1982 FJ 4. Véase de Ignacio de Otto y Pardo, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*, en: "Estudios sobre Derecho estatal y autonómico", Civitas, Madrid, 1986, pp. 143 y ss.; y de Juan Pemán Gavín su libro *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid 1992, cuyas reflexiones sustentan el planteamiento hecho en este Borrador. En un sentido distinto José María Baño León *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

nos este último precepto es una norma atributiva de competencias sobre la igualdad, ni básica, ni real, ni formal, de los derechos fundamentales.³⁶

El artículo 149.1.1 CE ha traído a la distribución territorial del poder la igualdad esencial en la titularidad y el disfrute de todo derecho fundamental. Esta igualdad es consecuencia de la indisponibilidad de la identidad constitucional de cada derecho fundamental (lo que constitucionalmente es, no lo que el legislador interpreta y concreta en sus leyes qué es). Por definición, pues no sería entonces *fundamental*, en su condición de norma que define el estatuto jurídico básico de la persona y el ciudadano, ligada al principio democrático (art. 1.1, 9.1 y 2, 10.1, 14 y 53.1 CE), no tolera, inicialmente, un tratamiento jurídico diferenciado entre sus titulares respecto de aquellos elementos esenciales que definen la identidad constitucional de cada derecho fundamental.

Ahora bien, esa *identidad* de cada derecho fundamental no implica que el régimen jurídico de su ejercicio deba ser en todo caso uniforme, lo que sería contrario al reconocimiento constitucional de que también las CC.AA. pueden regular el ejercicio de un derecho fundamental al albur de la regulación de las materias cuya competencia tenga atribuida estatutariamente. Esta última circunstancia implica de suyo la posibilidad de que existan diversos regímenes jurídicos del disfrute de los derechos fundamentales que son constitucionalmente admisibles siempre que esas diferenciaciones no sean de las proscritas expresamente en el artículo 14 CE o en el artículo 139.1 CE y, sobre todo, siempre que no supongan una alteración de la identidad constitucional del derecho fundamental en cuestión, es decir, de sus elementos esenciales.

36. Consúltese Germán Fernández Farreres, *El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes*, Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 2, 1999, p. 21 y ss., p. 42 y ss. Sobre el sentido del artículo 139.1 CE, la relación con el artículo 14 CE y el artículo 149.1.1 CE (y otros títulos competenciales), STC 319/1993, FJ 5; también las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2 y 61/1982 FJ 4. Véase de Ignacio de Otto y Pardo, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*, en: "Estudios sobre Derecho estatal y autonómico", Civitas, Madrid, 1986, pp. 143 y ss.; y de Juan Pemán Gavín su libro *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid 1992, cuyas reflexiones sustentan el planteamiento hecho en estas líneas.

Tampoco parece plausible considerar que el propósito del artículo 149.1.1 CE es perseguir la igualdad real atribuyendo al Estado central un título habilitante para practicar políticas de derechos fundamentales en el marco del artículo 9.2 CE, incluso en ámbitos de titularidad autonómica. Ya Cruz Villalón ha señalado, y a esta misma tesis me sumo yo, que el Estado social no es una tarea específica del Estado central por mor del artículo 149.1.1 CE, sino una obligación que sujeta a todos los poderes públicos.³⁷

5.2. La unidad en la igualdad: el artículo 149.1.1 CE

El artículo 149.1.1 (STC 67/1991, FJ 7 a 10 y 173/1998, FJ 9) atribuye al Estado el título competencial por el cual puede regular, y sólo él, las condiciones básicas de la igualdad, esto es, las condiciones imprescindibles para alcanzar la igualdad básica de los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales. En puridad, no es el derecho fundamental la materia del artículo 149.1.1 CE, lo que provocaría el solapamiento con lo ya dispuesto en el artículo 81.1 CE convirtiendo en superfluo uno de los dos preceptos (SSTC 32/1983, 82/1986).³⁸ El objeto del artículo 149.1.1 CE es, más bien, las condiciones básicas que aseguren una igualdad sustancial en el disfrute de los derechos constitucionales, que condicionarán todos los sectores de la vida social sobre los que se proyecte el concreto derecho fundamental, y cuyo establecimiento se atribuye al Estado.

El artículo 149.1.1 CE impone un límite a la diversidad que pudiere resultar del hecho de que la Constitución reconoce competencia en la materia a las Comunidades Autónomas (SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2, 87/1985 FJ 8, 37/1987 FJ 10, 156/1995 FJ 5). Con este

37. Pedro Cruz Villalón, *Los Derechos sociales y el Estatuto de Autonomía*, en "Estudios sobre el Estado social y las Comunidad Autónomas Andaluza", Cámara/Cano (dir.), Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993, p. 98 y ss., p. 108. Véase también el libro de Eva Sáenz Royo, *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson/Civitas/Gobierno de Aragón, Madrid, 2003, p. 277 y ss.

38. Cabría preguntarse si cabe la posibilidad de que puedan coincidir en su objeto el artículo 81.1 y 149.1.1 CE de forma que el desarrollo fundamental también lo pudiera ser de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 cuando el sector social o el ámbito normativo sobre el que se proyecta el derecho fundamental sea un elemento esencial de su definición constitucional (STC 76/1983, FJ 2, y 154/1988).

propósito el citado precepto habilita al Estado central para imponer esos límites. Pero al tiempo que lo hace, constriñe la competencia estatal, pues el Estado ya no recibe una habilitación genérica para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en cualesquiera sectores de la vida social y ámbitos normativos, sino sólo y exclusivamente para hacerlo estableciendo aquellas condiciones básicas de igualdad, que, de regularse, desplazan en ese extremo a la normativa autonómica, de existir ésta (SSTC 82/1986 FJ 4 y 173/1998 FJ 9).³⁹

Por tales “condiciones básicas” podría entenderse la regulación de las condiciones mínimas e indispensables para el ejercicio y la protección del derecho fundamental en todo el territorio del Estado, lo que podría incluir también la normación de la articulación orgánica y procesal de ese ejercicio y protección. Regulación de condiciones básicas que no se reduce únicamente a la dimensión estrictamente normativa de definición e imposición de esas condiciones, sino que, por lógica consecuencia, debe extenderse también al “marco organizativo” que haga posible el ejercicio del derecho fundamental en cuestión y que, en ocasiones, contribuye de forma más eficaz a garantizar la identidad constitucional del derecho en el conjunto del territorio del Estado, que es en lo que consiste la *igualdad* de su disfrute.⁴⁰

Por tanto, el artículo 149.1.1 CE no persigue atribuir al Estado la competencia necesaria para someter los derechos fundamentales a un régimen jurídico uniforme y unitario, sino a que la diversidad de tratamientos jurídicos posibles de su ejercicio e incidencia en diversos sectores de la realidad social y ámbitos normativos encuentre un límite en la identidad constitucional del propio derecho fundamental, lo que el legislador estatal puede garantizar estableciendo

39. Si en efecto, como dice la STC 173/1998, la normativa autonómica puede verse desplazada si se aprueba posteriormente una norma estatal del artículo 149.1.1 CE, este precepto contendría un remedo de competencia parcialmente concurrente en materia de la regulación del ejercicio de derechos fundamentales, pues el Estado puede legislar sobre algo que ha podido ser regulado ya por la Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias (aunque en rigor la concurrencia es impropia, ya que no hay identidad de materias a pesar de que pueda haber coincidencia de objetos de las normas estatal y autonómica).

40. En este sentido podrían leerse las SSTC 5/1981, FJ 27 a, 6/1982 FJ 2 y 4, 137/1986 FJ 4, 154/1988, FJ 5, 61/1997 FJ 8.

cuales son las condiciones básicas de la igualdad en su ejercicio a las que las CC.AA. deben someterse. En fin, que el citado precepto constitucional no faculta al Estado para regular las condiciones que establezcan esa igualdad sustancial, sino las que la garantizan, puesto que el propio principio autonómico limita esa pretensión de uniformidad (art. 2 y 137 CE).

Así pues, el régimen jurídico de un derecho fundamental sólo resulta ser uniforme en esas "condiciones básicas", al margen, claro está, de lo establecido por el legislador orgánico desarrollando el derecho fundamental mismo. Unas condiciones básicas que deben limitarse a las mínimas e indispensables para que el derecho fundamental sea reconocible como tal. Pero dichas condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE no se deben identificar con aspectos de los elementos esenciales del derecho, que como tales son materia de su desarrollo.⁴¹ No es objeto del artículo 149.1.1 CE ni el derecho fundamental mismo, ni la igualdad en su régimen jurídico, sino las garantías de que el ejercicio del derecho fundamental en cuestión responde a un estándar mínimo en todo el territorio del Estado.

5.3. Las competencias de las CC.AA. para la mayor garantía de los derechos

Por último, cabe preguntarse si las CC.AA. pueden ir más allá de las garantías que el Estado central establezca. Nada hay, a mi juicio, que lo impida, pues el artículo 149.1.1 CE habilita al Estado central para una actuación de mínimos, "básica", pero no de máximos.

En efecto, a mi juicio, el Estado central sólo puede uniformar el régimen jurídico del ejercicio de los derechos fundamentales estableciendo unas condiciones mínimas, indispensables; estableciendo, pues, un estándar mínimo de condiciones de tiempo, espacio y modo de ejercicio de los derechos fundamentales igual en todo el territorio del Estado.

La decisión sobre cuándo se dan las circunstancias para proceder a promulgar una ley del artículo 149.1.1 CE obedece en esencia a

41. Así lo decía con acierto el Voto Particular formulado a la STC 173/1998.

un juicio de oportunidad jurídica en la medida en que el artículo 149.1.1 CE es un título competencial y no una medida coercitiva en manos del Estado para el control del cumplimiento por las CC.AA. de sus obligaciones para con los derechos fundamentales.

Ahora bien, incluso en el caso de que se aprobase una ley del artículo 149.1.1 CE, nada obsta para que las CC.AA. regulasen el ejercicio de los derechos en aquellas materias de su competencia y en el marco de la norma estatal estableciendo mayores garantías o protecciones suplementarias al ejercicio de los derechos fundamentales respecto de las previstas en la legislación estatal. La ley del artículo 149.1.1 CE no es una norma con cuya aprobación se sustraiga a las CC.AA. su competencia de regulación del ejercicio de los derechos, por mucho que la pueda limitar o condicionar. Prueba de ello es la posibilidad de que las CC.AA. reconozcan una serie de prestaciones a favor de los titulares de los derechos fundamentales en cuestión superiores, o, simplemente, no previstas en la legislación estatal. La competencia autonómica sobre regulación de los derechos deriva del artículo 53.1 CE en relación con el acervo de sus titularidades competenciales, no de la legislación estatal del artículo 149.1.1 CE.

6. Conclusiones

Lo dicho hasta el momento puede sustanciarse en las siguientes afirmaciones. El artículo 149.1.1 CE habilita al Estado central para establecer límites a la diversidad del régimen autonómico del ejercicio de los derechos fundamentales, pero no contiene un principio de uniformidad del régimen jurídico de los derechos fundamentales. El artículo 149.1.1 no atribuye una competencia sobre la igualdad en el ejercicio que imponga un régimen uniforme y unitario del mismo, sino una competencia para establecer las garantías de esa igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que, por lógica lleva a que la competencia del artículo 149.1.1 CE no sólo sea normativa, sino también organizativa y procedimental.

La función del artículo 149.1.1 consiste en otorgar un título competencial exclusivo al Estado central, no para desarrollar el derecho fundamental, ni para regular el ejercicio de todos los derechos en cualesquiera situaciones y casos, sino para fijar unas condiciones y reglas mínimas sobre el ejercicio de los derechos con el fin

de uniformar únicamente en este extremo la posible diversidad de regímenes autonómicos reguladores del ejercicio de los derechos en aquellos ámbitos encuadrables en materias de competencia autonómica.

El Estado no desarrolla los derechos fundamentales con la norma creada en el ejercicio de la competencia del artículo 149.1.1 CE, ni persigue con ello lograr la igualdad sustancial en su régimen jurídico. Este precepto le habilita tan sólo, lo que no es poco, a limitar la posible diversidad en la regulación de las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejercicio de los derechos fundamentales, fijando las que sean básicas para asegurar un estándar mínimo igual de ejercicio en todo el territorio del Estado a fin de garantizar la identidad constitucional del derecho en todo el territorio, sin perjuicio de que las CC.AA. puedan mejorar ese estándar mínimo en uso de sus competencias.

En caso de que el legislador estatal dicte normas legales al amparo del artículo 149.1.1 CE, la legislación autonómica deberá adaptarse a ese estándar mínimo so pena de incurrir en infracción sobrevenida del orden constitucional de reparto de competencias, lo que, en su caso, provocará únicamente la inaplicabilidad de la ley autonómica, pero no su inconstitucionalidad. A mi juicio, así debe entenderse la STC 173/1998 cuando afirma que la ley del Estado desplaza a la autonómica en estos casos, como una manifestación, acaso la única, del principio recogido en el artículo 149.3 CE según el cual el derecho del Estado prevalece sobre el de las CC.AA. en caso de conflicto en todo lo que no esté atribuido en exclusiva a la competencia de éstas, como así sucede en este supuesto.

No obstante, la limitación impuesta al derecho autonómico por la ley estatal del artículo 149.1.1 CE sólo es lícita en tanto el derecho del Estado se constriñe a la fijación de las garantías mínimas e indispensables para asegurar un estándar básico de ejercicio de los derechos para todo el territorio del Estado. El objeto del artículo 149.1.1 CE no son los derechos fundamentales, sino las garantías básicas de la igualdad en su ejercicio. Tampoco impone un criterio de homogeneidad y uniformidad en régimen jurídico de los derechos fundamentales, sino un límite a la diversidad autonómica en el que estará justificado cuando esa diversidad pueda suponer una alteración sustancial de la definición constitucional del propio derecho.

Tampoco del artículo 149.1.1 CE, en relación con el artículo 53.1 CE, se puede deducir una habilitación universal a favor del Estado para regular el ejercicio de cualquier derecho fundamental en todo caso y circunstancia. El legislador estatal sólo puede regular el ejercicio de los derechos cuando esa regulación tiene lugar en materias de su competencia. Con carácter general sólo puede normar las condiciones básicas para perseguir la igualdad en el ejercicio de los derechos, pero no la igualdad en ese ejercicio en todo el territorio del Estado y tampoco las condiciones básicas de ese ejercicio mismo. El uso de este título competencial por el Estado está sujeto a una finalidad bien precisa.

RESUM

En aquest treball, l'autor examina, tenint en compte la competència estatal de l'article 149.1.1 CE, el paper que tenen els drets fonamentals en l'Estat de les autonomies. A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competència de l'Estat per regular les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat en l'exercici dels drets fonamentals per als ciutadans en el conjunt del territori de l'Estat, nega que els drets fonamentals es puguin considerar una matèria competencial, subjecta a repartiment territorial, i els ubica en la Constitució global en regular les posicions jurídiques fonamentals dels ciutadans. La igualtat bàsica dels ciutadans és en el contingut constitucional dels drets, el qual ha de ser idèntic a tot el territori de l'Estat, sens perjudici de la competència de les comunitats autònomes per regular-ne l'exercici (igualtat en la diversitat); i l'Estat central és competent només per fixar els procediments i les organitzacions que assegurin aquesta identitat dels drets en el conjunt de l'Estat (unitat en la igualtat).

ABSTRACT

In this paper, the author analyses the position of Spanish constitutional rights in the Spanish autonomous State territorial structure by means of art. 149.1.1 of the Spanish Constitution. An analysis of the decisions of the Spanish Constitutional Court regarding state power concerning the basic conditions which safeguard equality in the exercising of constitutional rights throughout the State leads the author to assert that Spanish constitutional rights are not a matter of territorial power. They regulate the basic position of the citizen within the State. Their constitutional definition is the same in every area within the State, despite the power that the Autonomous Governments have to regulate the practice of constitutional rights (equality in diversity); and the central State is empowered to establish the processes and institutions to guarantee the identity of constitutional rights in the State as a whole (unity in equality).

ADMINISTRACIÓN E INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA: VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA LEY DE LA CIENCIA

Marcos Gómez Puente

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La política científica: objetivos y contenido. – 3. La delimitación de competencias. 3.1. Las competencias estatales. 3.2. Las competencias autonómicas. 3.3 La actividad de las entidades locales. 3.4 La competencia de las Universidades públicas. 3.5 Función legislativa o ejecutiva. Otro punto de vista. – 4. La política científica del Estado y de las Comunidades Autónomas. 4.1 La política científica del Estado. 4.1.1 La Administración científica del Estado. 4.1.2 La planificación de la política científica. 4.1.3 El personal investigador. 4.2. La política científica autonómica. 4.2.1 Su dimensión organizativa. 4.2.2 La transferencia de resultados. 4.2.3 La planificación autonómica. 4.2.4 El personal investigador. 4.3. El reto de la coordinación y de la cooperación. – Nota bibliográfica. – *Resum-Abstract*.

1. Introducción

Transcurridos ya más de veinte años desde que fuera aprobada la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (en adelante, LFCIC) puede ser apropiado hacer balance y reflexión general sobre el estado de la regulación y la organización pública de la investigación científica y técnica en nuestro país. Una reflexión que parece oportuna, además, por la declaración de este 2007 como Año de la Ciencia en España para conmemorar el centenario de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, nuestro primer órgano de fomento de la investigación pública.

No puede decirse, como en el tango, que estos veinte años no hayan sido nada. Pero nuestra mirada, si no febril, sí persigue errante (y, a veces, perdida en las sombras del trámite y la organización ad-

ministrativa) un paradigma de investigación científica que se invoca y no acaba de hacerse realidad. Y parece que aún no hemos logrado cerrar la brecha científica y tecnológica que nos separa de otros países de nuestro entorno y que evoca, aunque ya la situación sea muy diferente, las quejas sobre el atraso científico nacional del que se lamentaba Ramón y Cajal hace ya más de un siglo.

Estamos, por otra parte, en un momento de transición o evolución del Estado autonómico, abierto por el nuevo proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía y la anunciada reforma del Senado e incluso de la Constitución, en el que la profundización en la capacidad de autogobierno (acreditada por la experiencia autonómica de los últimos veinticinco años) no debería ser más prioritaria que el fortalecimiento de los símbolos e instrumentos expresivos de la lealtad y de la colaboración institucional que garantizan la unidad y la cohesión del conjunto, donde constitucionalmente encuentra su sentido la autonomía, y de los que depende el buen servicio a la ciudadanía. Y un ámbito en el que cobra verdadero sentido esa afirmación y se siente la necesidad de reforzar esa colaboración es el de la política científica, donde parte del esfuerzo inversor que se realiza, cuantitativamente importante, puede ser cualitativamente menos relevante, por la escasa articulación y coordinación de la política científica estatal y autonómica (y aún local).

Por eso creo que puede ser doblemente oportuna esa reflexión, a la que invito al lector desde estas páginas, haciendo un sumario repaso de los elementos (jurídicos) de la política científica nacional y dando cuenta de alguna de sus novedades más recientes.

2. La política científica: objetivos y contenido

Parece conveniente iniciar este examen del estado de la política científica deteniéndonos a pensar en su finalidad y alcance, en los objetivos y el contenido de las actuaciones normativas y administrativas a través de las que pueda expresarse aquella.

Dichos objetivos se hallan genéricamente prefigurados por la Constitución (en adelante, CE), cuyo artículo 44.2 encomienda a los poderes públicos la promoción de "la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".

De ahí que la política científica sea, antes que nada, política de fomento, de promoción de la actividad investigadora pública o privada y, por tanto, de remoción de los obstáculos formales o materiales que dificulten su desarrollo y ralenticen el progreso científico. Propósito para el que valen tanto las acciones de fomento en sentido técnico-jurídico (esto es, las medidas normativas o administrativas de incentivo o estímulo de la iniciativa ajena y de apoyo o soporte de la misma), como las acciones de servicio público (la adquisición y organización de medios públicos para realizar actividades de investigación en lugar o como complemento de la que desarrollen los particulares), eventualmente combinadas y ordenadas en el tiempo a través de planes o bien otros instrumentos similares de programación temporal u ordenación espacial del gasto o de la inversión pública.

El genérico objetivo político de desarrollo o impulso de la investigación debe relacionarse con el derecho a la producción y creación científica y técnica (la denominada libertad de ciencia del artículo 20.1.1b CE) en la medida en que pueda verse condicionada su efectividad por dificultades materiales, de índole técnica o económica, y pueda facilitarse su ejercicio mediante la disposición pública de medios (equipamiento, infraestructura, formación...) La política de impulso a la investigación, por tanto, encuentra correspondencia en la dimensión institucional o prestacional que tiene el derecho mencionado, como algunos otros derechos de libertad.

Ahora bien, no parece que los objetivos constitucionales de la política científica se circunscriban o agoten con la promoción de la actividad investigadora y de la ciencia como valor y fenómeno culturales. También ha de formar parte de ella la supervisión o el control de la actividad investigadora, pues la investigación que la Constitución ordena promover es la que se realiza "en beneficio del interés general" y, por tanto, los poderes públicos han de verificar que el proceso científico respeta dicho interés cuando se utilizan recursos públicos. Y aunque la investigación se desarrolle exclusivamente con recursos privados no cabe alcanzar una conclusión distinta, pues la libertad científica constitucionalmente reconocida no es plena, sino que tiene su límite en el respeto a los demás derechos del Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4 CE). Y para verificar que la in-

vestigación se realiza dentro de estos límites también se precisa algún tipo de ordenación o control de esa actividad.

De ahí, pues, que esté constitucionalmente justificada la intervención pública sobre el proceso científico y que, por tanto, también deba incorporarse al contenido u objeto de la política pública de investigación la determinación del concreto propósito, alcance, extensión objetiva e instrumentos de dicha intervención, siempre dentro del riguroso respeto del contenido esencial del derecho de producción y creación científico-técnica.

Con esa doble óptica –beneficio para el interés general, límites de la libertad de ciencia– el control público de la investigación puede desplegarse para contener los riesgos derivados para las personas, sus bienes o el ambiente; garantizar los valores éticos que expresan los principios y derechos constitucionales; prevenir el fraude científico, verificando el rigor metodológico y la fiabilidad de la investigación; proteger la propiedad científica e industrial; garantizar la integración del conocimiento científico en el sistema educativo o en el proceso económico-productivo; etc. Objetivos en los que se descubre una dimensión reguladora, no meramente promotora, de la política científica, que por regla general tendrá que instrumentarse a través de las medidas o herramientas propias de la acción administrativa de limitación o policía.

En cualquiera de los planos indicados –fomento o regulación–, se advierte sin dificultad el carácter transversal u horizontal de la política científica, pues sus medidas y objetivos concretos normalmente habrán de conectarse o conciliarse con los de otras políticas públicas y ámbitos de la acción administrativa. Entre ellas destaca, muy significativamente, la política educativa, por la imprescindible retroalimentación que han de proporcionarse el sistema educativo (transfiriendo aptitud y competencia) y el sistema científico (generando y transfiriendo conocimiento), vinculados a través del servicio público de educación superior que corresponde prestar a la universidad, aunando docencia con investigación (artículo 1 LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; en adelante, LOU). Es en la universidad, en efecto, donde se halla la mayoría del personal investigador¹ y se desarrolla gran parte de la actividad investigadora en nuestro país.

1. El siguiente gráfico refleja la ubicación profesional del personal investigador, tecnológico y de apoyo (datos INE).

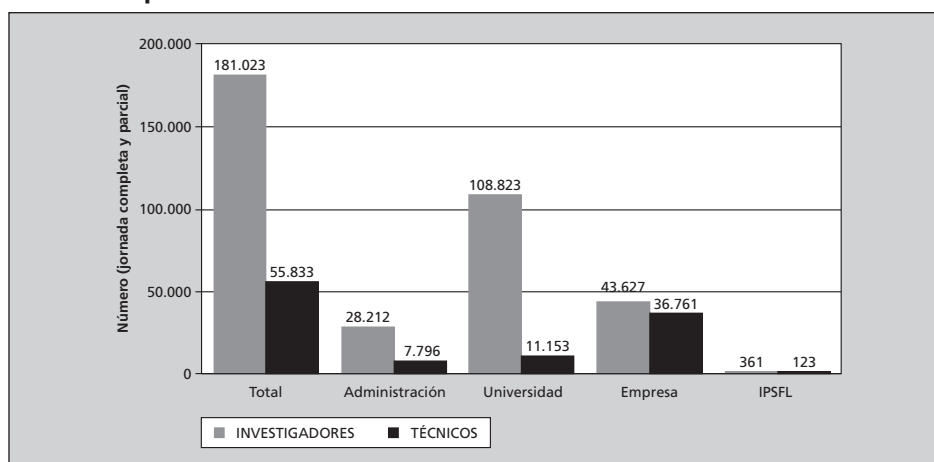
Ambos aspectos, el de la transversalidad de la política científica y el de su propósito u objeto, han de tenerse presentes al analizar la delimitación constitucional de competencias, como seguidamente haremos.

3. La delimitación de competencias

Quizás por la prioridad que quiso otorgarse a la promoción de la ciencia y la investigación científico-técnica o tal vez por la transversalidad material de esta actividad, la definición y ejecución de la política científica constitucionalmente corresponde tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Como veremos enseguida, ambos ostentan una competencia plena, transversal y concurrente para el desarrollo o fomento de la investigación científico-técnica, si bien la Constitución encomienda y reserva al Estado su coordinación general.

En el panorama de la investigación pública, aunque su margen de actuación político sea más reducido, han de incluirse también las Entidades Locales, pues algunas de ellas han querido y sabido involucrarse en el desarrollo y fomento de la actividad investigadora, destinando recursos para ella y financiando o estableciendo centros de investigación.

Personal Empleado en I+D 2005



Por último, pero con la máxima importancia, en este apartado debe aludirse también a la competencia de las Universidades, pues se trata de entidades a las que constitucionalmente se reconoce y garantiza autonomía y, por tanto, las leyes han de reservarles un espacio o margen de decisión propio para la definición y ejecución de su política científica, sin perjuicio de la coordinación general que exija su inserción o integración en el sistema científico-tecnológico.

3.1. Las competencias estatales

Entre las competencias exclusivas del Estado, el artículo 149.1.15ª CE incluye la de “fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica”, perfilando dos ámbitos de actuación bien diferenciados y dejando clara, porque se colige de la propia función de coordinación, la capacidad autonómica de desarrollar una política científica propia.

El significado o alcance de la competencia de fomento admitía una interpretación reducida o restrictiva, ceñida a la tradicional clasificación de las formas de la acción administrativa (policía, fomento y servicio público), que la circunscribía a la mera adopción de medidas de promoción o incentivo de la actividad investigadora (convocatoria y otorgamiento de becas, ayudas a la realización de proyectos de investigación, premios, reconocimientos, beneficios o deducciones fiscales...), sin conferirle otra capacidad normativa o administrativa, ni otra trascendencia reguladora u organizativa, que la que indirectamente pudiera inferirse del establecimiento y desarrollo de tales medidas. Aunque, obviamente, la titularidad de otras competencias sectoriales confería y garantizaba al Estado la capacidad para organizar y regular la actividad científico-técnica que tuviera como objeto específico las materias o elementos propios de esas competencias (por ejemplo, la investigación en medios para la defensa, sobre pesca marítima, transporte aéreo, armas y explosivos, minas o energía). Interpretación de la que procedía la transferencia a las Comunidades Autónomas de todas aquellas funciones y servicios estatales de investigación (personal, equipos, centros, dotaciones, etc.) que no estuvieran directamente vinculados a los ámbitos de competencia sectorial en que, conforme a lo explicado, el Estado podía desarrollar una política distinta a la del simple fomento de la actividad investigadora.

Pero la antedicha interpretación fue expresamente rechazada por la jurisprudencia constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (desde Cataluña) contra la LFCIC, a través de la que se dio expresión y un marco normativo general a la competencia estatal que nos ocupa. La STC 90/1992, del 11 de junio, apoyándose en criterios avanzados en otras ocasiones (SSTC 53/1988, del 24 de marzo), dejó sentado que la competencia estatal (o autonómica) de fomento científico,

i) No se circunscribe “al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares, excluyendo, como contrapuesta, aquellas otras acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de Centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras, sino que la señalada expresión engloba todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y Centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras”.

ii) Confiere “potestades, tanto de orden normativo como ejecutivo, para el pleno desarrollo de la actividad de fomento y promoción, sin que ésta quede circunscrita (...) al ejercicio de potestades ejecutivas”.

iii) Es susceptible de ser utilizada “respecto de cualquier género de materias con independencia de cuál sea el titular de la competencia para la ordenación de éstas”, de modo que puede proyectarse “sobre cualquier sector material, sin que, por tanto, considerando la investigación como contenido inherente a la competencia exclusiva sobre determinada materia, pueda pretenderse la exclusión del ejercicio de la competencia para el fomento de la investigación en los ámbitos materiales cuya titularidad no corresponda a quien ejerce dicha competencia”. Y, por tanto,

iv) Permite al Estado desarrollar acciones de fomento científico (otorgar subvenciones) en materia de competencia autonómica

siempre que la investigación (impulso, ejecución, divulgación) sea su objeto o bien su finalidad principal o predominante (SSTC 103/1989, de 8 de junio, 242/1999, de 21 de diciembre, 190/2000, de 13 de julio, y 175/2003, de 30 de septiembre, entre otras).²

El segundo ámbito de competencia estatal es el referido a la coordinación general de la investigación científico-técnica. Una función que, según la jurisprudencia constitucional (SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 45/1991, de 28 de febrero), se refiere a la "fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la relación recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades" estatales y autonómicas y, por ello mismo, presupone la concurrencia competencial de estas últimas, pues lo que justifica y explica la competencia de coordinación que, con carácter genérico, se atribuye al Estado, es que las Comunidades Autónomas puedan asumir y ejercer una competencia de fomento científico paralela o concurrente, esto es, sustancialmente idéntica a la que ostenta el Estado (STC 90/1992).

Sobre la extensión o alcance de esta competencia estatal de coordinación, la jurisprudencia constitucional ha venido advirtiendo que (STC 90/1992),

2. Uno de los ámbitos más conflictivos es el de las actuaciones (estatales) de promoción de la innovación tecnológica o la calidad industrial que desbordan los límites propios de la investigación científica y técnica y se entrometen en la competencia autonómica en materia de industria. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) "no toda actividad de innovación en el turismo o en cualquier otra materia puede calificarse como investigación, pues la innovación en un sector determinado puede consistir, simplemente, en la aplicación al mismo de los resultados de una investigación ya realizada"; (ii) "no puede reconducirse a la materia 'investigación científica y técnica' cualquier aplicación tecnológica ya existente, por novedosa que fuere para el área en que se implante" (STC 242/1999); (iii) la promoción de la innovación tecnológica debe "formar parte de la vida ordinaria de las empresas, que habrán de incorporar de modo continuado las novedades de la ciencia y la técnica para atender a las necesidades impuestas por la competencia en los mercados (...) [y que] la incorporación de las innovaciones tecnológicas del diseño, la formación de profesionales y la difusión del diseño... se inscribe en lo que hemos llamado ordenación de los sectores industriales, es decir, en la materia industria" (SSTC 186/1999 y 190/2000); y que (iv) la actividad subvencional encaminada a "mejorar el nivel tecnológico de las empresas del sector mediante la incorporación de sistemas (...) como el diseño e implantación de sistemas informáticos, formación tecnológica de los profesionales o asistencia técnica, no pueden ser calificadas, desde la perspectiva del sistema de distribución de competencias como investigación científica y técnica" (STC 242/1999).

i) No puede llegarse a “tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las comunidades autónomas”.

ii) Para ser efectiva, “deben adoptarse las medidas necesarias y suficientes para lograr la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, entre las cuales no es posible descartar (...) la existencia de medidas de coordinación preventiva”.

iii) “La determinación de los medios, cauces y fórmulas para alcanzar ese objetivo integrador de la pluralidad de acciones resultantes del ejercicio de un conjunto de competencias en régimen de concurrencia presenta un muy amplio margen de apreciación y decisión que, en principio, sólo al titular de la competencia de coordinación [esto es, al Estado] corresponde concretar”. Y

iv) Puede justificar la creación de órganos de colaboración de carácter deliberante o consultivo; la imposición de directivas o instrucciones; la elaboración de planes sectoriales en los que se definan y fijen intereses, objetivos y prioridades supralocales; la exigencia de información recíproca; la imposición de medidas de armonización u homogeneización técnica; o incluso la determinación de las autoridades competentes para autorizar ciertas actuaciones, siempre que lo justifique la necesidad de integrar las actuaciones autonómicas (y estatales) en un sistema o conjunto coordinado (SSTC 18/1982, de 4 de mayo, 32/1983, de 28 de abril, 76/1983, de 5 de agosto, 11/1984, de 2 de febrero, o 144/1985, de 25 de octubre, entre otras).

Fomento y coordinación son, pues, los ejes sobre los que se identifica y sustantiva la competencia del Estado en materia de investigación científico-técnica, sin perjuicio de las facultades legislativas o administrativas que también puedan corresponderle, para regular u organizar la actividad científica o técnica en ámbitos específicos, en virtud de otros títulos competenciales propios, sean generales (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos (149.1.1ª CE), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.13ª CE) o sectoriales (bases y coordinación general de la sanidad –149.1.16ª, protección del ambiente –149.1.23ª CE, tenencia y uso de explosivos –149.1.26ª CE–, etc.).

3.2. Las competencias autonómicas

Hallándose el fomento de la investigación científico-técnica entre las competencias que podían asumir las Comunidades Autónomas de vía lenta (artículo 148.1.17^a), tanto éstas como las demás incorporaron a sus primeros estatutos dicha competencia. Y aunque emplearon fórmulas diversas, casi todas ellas aludían a la competencia estatal de fomento y de coordinación, constatando su carácter concurrente y también limitativo, por lo que respecta al segundo aspecto.

En efecto, las expresiones “en coordinación con” (Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, La Rioja, País Vasco), “sin perjuicio de” (Andalucía, Asturias, Cataluña, Extremadura, Navarra) o “en colaboración con” (Baleares), referidas todas ellas a la competencia estatal, se repitieron en los textos estatutarios, acompañándose o alternándose con otras menos habituales alusivas a la competencia estatal en materia de Administraciones públicas (-149.1.18^a CE- Comunidad Valenciana) o cultura (-149.2 CE- Galicia) o a los intereses regionales (Murcia, Castilla-La Mancha). Sólo el Estatuto de Madrid se limitó a enunciar su competencia en materia de fomento de la cultura y la investigación científico-técnica. En todos los casos, pues, se asume una competencia plena o exclusiva, sustancialmente equiparable a la del Estado y concurrente con ella (por tanto, vale todo lo explicado sobre el contenido objetivo o alcance de esta competencia de fomento), salvo en lo referido a la coordinación, donde se halla su límite específico.

Por supuesto, al igual que el Estado, las Comunidades Autónomas disponen también de las facultades legislativas o administrativas para regular u organizar la actividad científico-técnica en ámbitos específicos que puedan corresponderles en razón de otros títulos competenciales propios de carácter general o sectorial (agricultura, industria, sanidad, protección ambiental, etc.)

El enunciado de esta competencia autonómica apenas fue alterado por las sucesivas reformas estatutarias, salvo en los estatutos más recientes, donde se observan algunas novedades que parece oportuno reseñar.

En primer lugar ha de citarse la incorporación de elencos de derechos y libertades de los ciudadanos a los nuevos estatutos, junto a

los que suelen enunciarse diversos objetivos o principios rectores de la política económica y social autonómica. Y entre éstos últimos se incluyen declaraciones, más o menos prolijas, sobre el fomento y desarrollo de la investigación científico-técnica y sobre el desarrollo tecnológico.³ Obviamente, el valor de estas declaraciones es más programático o simbólico, por el compromiso político que expresan, que jurídico, pues formalmente no se derivan de ellas derechos ni obligaciones concretas (que deberán ser determinados por las leyes y medidas que expresen la política autonómica), ni suponen la creación o modificación de título competencial alguno o alteración del régimen de distribución de competencias (como expresamente aclara el artículo 13 EAND), aunque pueden ayudar a interpretar el sentido o finalidad de las disposiciones autonómicas, sirviendo para reafirmar, desarrollar o ampliar, en sede autonómica, los principios rectores de la política económica y social que enuncia la propia Constitución (y que en modo alguno pueden ser restringidos o desconocidos).

En segundo lugar, los nuevos estatutos enuncian la competencia en materia de investigación científico-técnica (en algún caso relacionándola con la innovación y el desarrollo tecnológico, artículos

3. Así, el nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana dispone que "La Generalitat procurará asimismo la protección y defensa de la creatividad artística, científica y técnica, en la forma que determine la Ley competente" (artículo 12) y "fomentará el sistema valenciano de ciencia, tecnología y empresa promoviendo la articulación y cooperación entre las universidades, organismos públicos de investigación, red de institutos tecnológicos de la Comunidad Valenciana y otros agentes públicos y privados, con la finalidad estatutaria de I+D+i y con el fin de fomentar el desarrollo tecnológico y la innovación, con apoyo del progreso y la competitividad empresarial de la Comunidad Valenciana" (artículo 52.2); el Estatuto de Cataluña, haciendo una particular distinción, señala que "Los poderes públicos deben fomentar la investigación y la investigación científica de calidad..." (artículo 44.4); el Estatuto de las Islas Baleares alude también al deber de promover "el progreso científico y técnico de manera que asegure a toda la ciudadanía el acceso a los servicios públicos y el derecho a la salud, la educación, la vivienda, la protección social, el ocio y la cultura" (artículo 12); el Estatuto de Andalucía fija como objetivo básico "El desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas, la suficiencia energética y la evaluación de la calidad, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía" (artículo 10.11) y exige que los poderes autonómicos orienten sus políticas públicas para alcanzar este objetivo mediante la aplicación efectiva de diversos principios rectores entre los que está "El fomento de la capacidad emprendedora, la investigación y la innovación", reconociendo en estos ámbitos la "necesidad de impulsar la labor de las universidades andaluzas" (artículo 37.13). También el Estatuto de Aragón exige de sus poderes públicos que fomenten "la investigación, el desarrollo y la innovación científica, tecnológica y técnica de calidad, así como la creatividad artística" (artículo 28).

30.44 EIBL y 71.41 EARG) desvinculándola de la voz fomento. De este modo parece que se pretende evitar el equívoco que suscitaba esta expresión y clarificar el alcance de esta competencia autonómica exclusiva que, según la jurisprudencia constitucional ya citada, no se circunscribe al mero estímulo o incentivo de la investigación privada (mediante ayudas, premios u otros beneficios), sino también al directo desarrollo de actividades de investigación y divulgación científico-técnica con sus propios centros u organismos (los centros y estructuras de investigación a los que aluden, por ejemplo, los artículos 52.2 ECVL, 158.1 ECAT y 54.1 EAND), y que confiere tanto potestades de orden normativo como ejecutivo (STC 90/1992).

En tercer lugar, casi todos los últimos estatutos han optado por desglosar o desagregar el contenido de la competencia, enunciando con mayor o menor detalle los objetos o aspectos que aglutina. Con esta fórmula parece quererse introducir mayor claridad o seguridad jurídica en la interpretación de los títulos competenciales, en muchos casos fijando en la norma los criterios o la doctrina de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de una competencia dada. Sin embargo, el empleo de esta técnica puede ser contraproducente y ha suscitado alguna controversia.

No me refiero al asunto del “blindaje competencial” que supuestamente persigue, pues, además de tratarse de una expresión poco afortunada y cargada de desconfianza, el esfuerzo en esa intención sería vano, ya que las normas estatutarias, por más que formen parte del bloque de la constitucionalidad, siempre deben ser interpretadas desde la Constitución. Y los preceptos de ésta, según la interpretación que el Tribunal Constitucional juzgue oportuno hacer sobre ellos en cada caso, incluso revisando algunos de sus criterios o doctrinas anteriores, prevalecerían sobre cualquier disposición estatutaria, sin que el presunto blindaje pudiera evitarlo.

Lo que me parece que puede ser contraproducente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la dinámica y fluidez de la articulación competencial, es el riesgo de petrificación del ordenamiento autonómico, en el sentido de que, por no haberse mencionado o incluido en la lista desagregada un aspecto o asunto dado, sea dudoso o incluso deba descartarse que la Comunidad Autónoma haya asumido competencia sobre él, o no pueda renunciar o deshacerse de algún aspecto u objeto que le convenga dejar de la mano esta-

tal haciendo una interpretación menos extensa de la competencia asumida (téngase presente que la Constitución sólo contempla la delegación o transferencia de facultades del Estado hacia las Comunidades Autónomas, no a la inversa). Es verdad que los nuevos estatutos parecen querer dar a estas listas un carácter abierto o no exhaustivo. Al menos eso es lo que parece poder inferirse de la expresión “incluye en todo caso” que precede la lista de materias en el Estatuto catalán y en el aragonés (no así en el Estatuto andaluz, que sólo dice “incluye”). Pero, a la vista está, no parece que con ello se salven las dificultades de inseguridad y rigidez apuntadas.

Quizás por eso no en todos los estatutos se ha utilizado esa fórmula. Se ha hecho, en efecto, en los de Cataluña (artículo 158.1) y Andalucía (artículo 54.1), con idéntica desagregación de la competencia en materia de investigación científico-técnica –referida siempre a los propios centros y estructuras de investigación y a los proyectos financiados por la Comunidad–, en la que se incluyen (sin descartar otros) aspectos como:

i) El establecimiento de líneas propias de investigación y el seguimiento, control y evaluación de los proyectos (los financiados o gestionados por la Comunidad, se entiende).

ii) La organización, régimen de funcionamiento, control, seguimiento y acreditación de los centros y estructuras de investigación radicados en la Comunidad. No obstante ser ésta la redacción estatutaria, no parece que deban considerarse incluidos los que por ser de titularidad del Estado quedan bajo la exclusiva competencia de éste ex artículo 149.1.15ª CE, aunque radiquen en la Comunidad, ni tampoco los de titularidad privada⁴ ... salvo que la intervención autonómica se relacione con la financiación o algún otro beneficio regional o se justifique por algún otro título competencial (sanidad, protección ambiental, etc.).

iii) La regulación y gestión de las becas y de las ayudas convocadas y financiadas por la Comunidad.

4. Así lo preveía expresamente el proyecto del Estatuto catalán (artículo 158.1.b), pero la expresión “incluyendo los de titularidad privada” fue suprimida en virtud de enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (Enmienda número 10, BOCG, Congreso, Serie B, números 210-7, de 3 de enero de 2006).

iv) La regulación y la formación profesional del personal investigador y de apoyo a la investigación, que en buena medida es un aspecto vinculado a las competencias autonómicas en materia de universidades y educación, pues la formación del investigador se inicia en los estadios más avanzados o superiores del sistema educativo (aunque la difusión y la divulgación del valor social de la ciencia y de sus resultados deban extenderse por todo él). Por ello mismo, esta competencia autonómica debe entenderse asumida sin perjuicio de la competencia estatal en materia de universidades (artículos 27 y 149.1.30ª CE).⁵

v) La difusión de la ciencia y la transferencia de resultados.

Otras comunidades, en cambio, han sido menos detallistas en la descripción de su competencia. El Estatuto de Aragón, por ejemplo, señala que su competencia “comprende, en todo caso, la planificación, programación y coordinación de la actividad investigadora de la Universidad y de los demás centros públicos y privados, la transferencia de conocimientos y el fomento y desarrollo de las tecnologías para la sociedad de la información” (artículo 71.41ª). El Estatuto balear opta por yuxtaponer su competencia exclusiva en materia de investigación, innovación y desarrollo científico y técnico con el “establecimiento de líneas propias de investigación y seguimiento, control y evolución [nótese que no dice evaluación, aunque parece obvio que también se refiere a ella] de los proyectos” (artículo 30.44). Y el Estatuto de la Comunidad Valenciana se limita a enunciar el título “Investigación, (...) Fomento y desarrollo, en el marco de su política científico-tecnológica, de la I+D+i”, añadiendo la declaración de corte programático a que se ha hecho referencia anteriormente.

En cuarto lugar, se observan algunas variaciones estatutarias en el reconocimiento de la competencia del Estado que, como se ha visto, le habilita para desarrollar toda clase de actuaciones de fomento o desarrollo de la investigación en paralela concurrencia con la Comunidad autónoma, pero también para intervenir sobre la actuación de ésta por necesidades de la coordinación general. Al asumir esta competencia autonómica exclusiva, algunos de los nuevos estatutos mantienen la expresión de reserva “sin perjuicio de” (referida

5. Véase la Enmienda número 10 al proyecto de Estatuto catalán (BOCG, Congreso, Serie B, número 210-7, 3 de enero de 2006).

genéricamente al artículo 149.1 [artículos 52.1 ECVL, 30.44 EIBL, 71.41 EARG]), pero otros han optado por suprimirla, sin mayor indicación (ECAT) o aclarando genéricamente que las competencias autonómicas se ejercerán respetando lo dispuesto en la Constitución (artículo 42.1 EAND). Ciertamente, no podría ser de otra manera, porque los Estatutos de Autonomía encuentran su origen en la propia Constitución y, en este sentido, realmente nada añaden esas expresiones estatutarias de contención autonómica y respeto a la competencia estatal. Pero no parecen estar de más y aún parece aconsejable la inclusión de estas expresiones, porque revelan lealtad hacia el sistema autonómico, clarifican la integración y la complementariedad de los ordenamientos estatal y autonómico y cierran el paso a lecturas estatutarias equívocas y opuestas al principio de unidad en el que encuentra su fundamento constitucional la autonomía.

En quinto lugar ha de mencionarse la incorporación de una "competencia compartida sobre la coordinación de los centros y estructuras de investigación" de la Comunidad en los Estatutos de Autonomía de Cataluña (artículo 158.2) y de Andalucía (artículo 54.2).

El origen de esta fórmula se halla en el proyecto del Estatuto catalán que reconocía a la Generalitat competencia para la "coordinación de los centros y de las estructuras de investigación de Cataluña" (artículo 158.1.c del redactado inicial), expresión que abarcaba tanto a los de titularidad autonómica como a los del Estado o privados, pero que, tras el paso por las Cortes, quedó limitada a los centros y estructuras de titularidad autonómica, como se ha dicho antes. Y al hallarse reservada para el Estado la competencia general de coordinación (artículo 149.1.15ª CE), en la misma enmienda el Grupo Parlamentario Socialista propuso que se incluyera una referencia del tipo "respetando la legislación estatal", "respetando las competencias del Estado" o similar. Enmienda de la que resultó una modificación transaccional en la Ponencia Conjunta, que la Comisión Constitucional aprobó, con la formulación antes indicada (la competencia compartida de coordinación que enuncia ahora el artículo 158.2), cuya superioridad o ventaja sobre la inicial, en términos de claridad, resulta discutible. Sólo se trataría, pues, de la competencia autonómica para coordinar los propios centros de investigación, inherente a su propia capacidad organizativa, como venía siendo asumido por algunas disposiciones estatales (por ejemplo, el Real Decreto 1383/1978, de 23 de junio, de traspaso de competencias a la Generalitat en materia de agricultura).

En cualquier caso, lo que parece desprenderse del precepto es la existencia de dos niveles o ámbitos de coordinación: uno regional, de competencia autonómica, referido exclusivamente a los centros de investigación de titularidad de la Comunidad; y otro general, de competencia estatal, referido a todos los centros y estructuras (públicos) de investigación de la Comunidad, tanto a los de titularidad autonómica como estatal. Obviamente, la coordinación a nivel regional debe adecuarse a las exigencias u objetivos de la coordinación general que determine el Estado y este funcionamiento articulado o conjunto explicaría que se otorgue a esta competencia de coordinación el carácter de competencia compartida, sin que esta calificación pueda suponer reducción o merma de las facultades de coordinación general que la Constitución reserva al Estado.

Novedosa resulta también, en sexto lugar, la mención de la competencia autonómica para promover o realizar la investigación, la innovación y el desarrollo y la transferencia tecnológica en ámbitos sectoriales específicos, como la agricultura, la ganadería y la pesca (artículos 116 ECAT, 48 EAND), como la educación (artículos 131 ECAT, 52 EAND), como el deporte (artículo 134.1 ECAT), la vivienda (artículo 137 ECAT, 56 EAND), la salud (artículo 55 EAND), la protección ambiental (artículo 11 ECAT, 57 EAND), la biotecnología (artículo 199 EAND) u otros.

Este reconocimiento sectorial puede guardar relación con la aspiración autonómica de que se transfieran los recursos y servicios con los que el Estado viene desarrollando actividades de investigación en dichos ámbitos materiales, principalmente a través de sus organismos públicos de investigación, como en su día y tempranamente fueron transferidas a algunas comunidades autónomas los medios y el personal de algunos centros y unidades de investigación del viejo Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias⁶ (no así, en cambio, los de la in-

6. Véanse, por ejemplo, los Reales Decretos 1383/1978, de 23 de junio, de traspaso de competencias de la Administración del Estado a la Generalitat en materia de agricultura; 1981/1978, de 15 de julio, de transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de agricultura, industria, comercio y urbanismo; 298/1979, de 26 de enero, de transferencia de competencias de la Administración del Estado en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, agricultura, urbanismo y turismo; 299/1979, de 26 de enero, de transferencia de competencias de la Administración del Estado en materia de agricultura, urbanismo, turismo, ferias interiores y transportes; 698/1979, de 13 de febrero, de transferencia de competencias de la

vestigación oceanográfica, competencia transferida sin recursos específicos).⁷ Y podría ser visto como una invitación o propuesta para hacer lo mismo con los recursos de investigación en los sectores mencionados, aunque –o precisamente porque– de esta competencia autonómica no se deriva el deber del Estado de desprenderse de aquéllos, toda vez que ostenta y conserva la competencia para la investigación que le confiere el artículo 149.1.15ª CE.

Así lo ha entendido, en efecto, el Tribunal Constitucional, señalando que el alcance de “la competencia que al Estado le ha sido constitucionalmente atribuida para el fomento de la investigación técnica, sí ampara el mantenimiento de la titularidad estatal de los Centros de investigación, así como la creación de nuevos centros y órganos dedicados a tal actividad, se hallen o no ubicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma” (STC 90/1992).

En séptimo lugar han de citarse las previsiones referidas a la competencia autonómica en materia de universidades, que, por la misión propia de éstas, también interesa a la investigación y la transferencia tecnológica, a la que deben dedicar parte de sus recursos y personal.

Algunos estatutos asumen esta competencia de modo exclusivo mas “sin perjuicio de la autonomía universitaria” (artículos 172 ECAT, 36 EAB, 53 EAND). Reserva que, en realidad, ha de entenderse hecha en favor de lo dispuesto en la legislación estatal (o sea, la LOU y sus disposiciones de desarrollo) tanto por ese concepto (la autonomía universitaria), como por otros títulos competenciales del Estado (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejer-

Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de Administración local, agricultura, transporte, urbanismo, actividades molestas y turismo; 2245/1979, de 7 de septiembre, de transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General Interinsular de las Islas Baleares en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, ferias interiores, turismo, transportes y Administración Local; o 2843/1979, de 7 de diciembre, de transferencia de competencias de la Administración del Estado en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, turismo, Administración Local, cultura y sanidad.

7. Véanse los Reales Decretos 2241/1981, de 3 de agosto, de traspaso de servicios del Estado en materia de investigación oceanográfica; 2687/1983, de 21 de septiembre, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de Cofradías de Pescadores, Formación Profesional Náutico-Pesquera e investigación oceanográfica; o 1964/1982, de 30 de julio, de traspaso de servicios del Estado en materia de investigación oceanográfica.

cicio de los derechos, en relación con el de educación –artículos 27 y 149.1.1ª CE–, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas –artículo 149.1.18ª CE– o condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE –artículo 149.1.30ª CE–), en los que encuentra fundamento constitucional dicha legislación.

Por ello, parece más clara y acertada la fórmula utilizada en el Estatuto aragonés que reconoce a la Comunidad “competencia compartida en enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que, en todo caso, incluye la ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa...; la formación y el perfeccionamiento del personal docente; la garantía de la calidad del sistema educativo, y la ordenación, coordinación y descentralización del sistema universitario de Aragón con respeto al principio de autonomía universitaria” (artículo 73 EARG).

Así pues, en virtud de este título competencial, la política autonómica de investigación puede expresarse mediante decisiones y actuaciones referidas a la organización universitaria (creación, modificación, supresión o adscripción de centros o institutos de investigación), el régimen del personal investigador (formación, selección, movilidad y retribución del personal investigador), la evaluación de su actividad investigadora o la transferencia tecnológica, según lo previsto en la LOU (por ejemplo, artículos 8, 10, 41, 55 o 69).

Otro aspecto novedoso sobre el que debe llamarse la atención (octavo asunto) es la regulación estatutaria de las formas de cooperación política y administrativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que resulta especialmente necesaria –y es bastante deficitaria– en un ámbito, como éste, en que concurren las competencias de ambas organizaciones. A ello aluden expresamente algunos estatutos (artículos 158.3 ECAT, 54.3 EAND) al prever que los criterios de colaboración entre el Estado y la Comunidad Autónoma en materia de política de investigación, desarrollo e innovación se fijen en el marco de los cauces de relación que institucionalizan, lo que constituye una clara remisión a las respectivas Comisiones Bilaterales (aunque hay otras formas convencionales y de participación genéricamente previstas, que pueden encontrar acogida en la legislación estatal sectorial, para articular la relación con el Estado o con otras comunidades autónomas).

En noveno lugar debe mencionarse la participación autonómica “en la fijación de las políticas que afecten a estas materias” (artículo 158.3 ECAT), o “en la fijación de la voluntad del Estado respecto de las políticas que afecten a esta materia” (artículo 54.3 EAND), “en el ámbito de la Unión Europea y en otros organismos e instituciones internacionales”, a la que aluden los nuevos estatutos, muy probablemente considerando la importancia de la acción comunitaria a través del programa marco plurianual de investigación, desarrollo e innovación.

Y en décimo y último lugar resultan novedosas las cláusulas generales de distribución de competencias de algunos estatutos (artículo 110 ECAT, 42 EAND y 71 y 75 EARG), en las que se define el alcance formal o funcional (o material) de las competencias según su carácter exclusivo, compartido o ejecutivo (o su relación con el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la Unión Europea).

La competencia exclusiva otorga plenas facultades para el desarrollo de una política propia mediante el ejercicio de la potestad legislativa, la potestad reglamentaria o la función ejecutiva en la materia de que se trate, otorgando al Derecho autonómico carácter preferente sobre cualquier otro y teniendo, por tanto, únicamente carácter supletorio el Derecho estatal. Obviamente, esta capacidad se refiere sólo al ámbito material de competencia autonómica o, si se prefiere, se reconoce “sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado” o “respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1” de la Constitución, como respectivamente aclaran los Estatutos andaluz (artículo 42.2.1º) y aragonés (artículo 71).

En las materias de competencia compartida, la potestad legislativa, reglamentaria o ejecutiva de la Comunidad queda vinculada o subordinada a las bases que fije el Estado (“como principios o mínimo común normativo”, añade el ECAT –artículo 111–) en normas con rango de ley, hallándose la Comunidad facultada para establecer políticas propias con el margen o amplitud que le permita la legislación estatal (y debe permitírsele, con arreglo al criterio de la jurisprudencia constitucional –SSTC 32/1981, de 28 de julio, 98/1985, de 29 de julio, 147/1991, de 4 de julio, o 50/1999, de 6 de abril, entre otras–).

Y las competencias de carácter ejecutivo sólo autorizan el ejercicio de las potestades administrativas (de organización, reglamenta-

ria, etc.) que requiera la ejecución de la normativa estatal sobre una determinada materia o ámbito de la acción pública, debiendo asegurar la efectividad de la política del Estado y sin tener capacidad, pues, para desarrollar una política propia.

Queda así enunciado el decálogo de las novedades que se observan en los últimos estatutos por lo que respecta a las competencias autonómicas en materia de investigación. Por supuesto, al igual que el Estado, las Comunidades Autónomas disponen también de facultades legislativas o administrativas para regular u organizar la actividad científica o técnica en ámbitos específicos que puedan corresponderles en razón de otros títulos competenciales propios de carácter general o sectorial (agricultura, industria, sanidad, protección ambiental, etc.). En algún caso, acompañados incluso de previsiones específicas sobre los límites (éticos) de la investigación (por ejemplo, el artículo 54.7 ECVL: "La Generalitat velará para que la investigación por medio de personas se ajuste a las previsiones acordadas en la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina").

En general, la relevancia de estas novedades, por lo que respecta a la extensión o contenido de la competencia autonómica en la materia que nos ocupa, puede considerarse más formal que sustancial, pues antes que atribuir a las Comunidades ámbitos de decisión o funciones previamente pertenecientes al Estado (y dado que ambos tienen competencia en la materia), parecen venir simplemente a detallar y dar más precisa expresión o cobertura normativa a las facultades que, de hecho, venían ejerciendo en virtud de las competencias inicialmente asumidas. Y si en esta materia la novedad reside, más que nada, en la clarificación de la sustancia de la competencia, no parece que vaya a producirse ningún distanciamiento o separación entre las Comunidades Autónomas en lo que respecta a su nivel de autonomía o capacidad para desarrollar una política científica.

Respecto de la situación preexistente, no obstante, hay tres diferencias que parece oportuno destacar:

- i) La previsión de que la legislación estatal básica, en el contexto de una materia de competencia compartida, deba tener rango de ley y carácter principal o abstracto, de mínimo común normativo (artículo 111.1 ECAT). Ciertamente, ésa es la preferencia que se desprende de la doctrina constitucional, aunque ésta no

descarta que las bases puedan hallarse en normas de inferior rango o tener mayor concreción o detalle. Y al imponer como norma para la delimitación competencial lo que es sólo un criterio o preferencia interpretativa, la disposición estatutaria podría incurrir en contradicción con la doctrina constitucional que descarta la validez constitucional de las normas meramente interpretativas de lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, y 214/1989, de 21 de diciembre).

ii) La petrificación del régimen de algunos objetos propios de la política científica que antes podían quedar del lado de la competencia autonómica o no en función de lo dispuesto en la legislación estatal y que, al haberse incorporado al estatuto, ahora será más difícil modificar, por la mayor rigidez formal del mismo. Es el caso, por ejemplo, del régimen de creación, modificación o adscripción de centros de investigación de las universidades o del régimen de su personal investigador (parece que para hacer cambios no se tratará ya sólo de modificar la LOU, sino también los estatutos). Y,

iii) La incorporación a los nuevos textos estatutarios de mecanismos de cooperación y articulación competencial entre la Comunidad y el Estado, como las Comisiones Bilaterales de Cooperación (artículos 183 ECAT, 220 EAND, 90 EARG); la formalización de convenios u otros instrumentos bilaterales de relación para asuntos de interés autonómico específico (artículos 174.2 ECAT, 219.2 EAND); la participación autonómica (orgánica o procedimental) en la elaboración de las decisiones del Estado en los términos que éste determine (artículos 174.3 ECAT, 218 EAND, 89 EARG) o en órganos y procedimientos multilaterales de colaboración en asuntos de interés común (artículo 221 EAND); los instrumentos de colaboración interautonómica (artículos 178 ECAT, 91 EARG); y también los consorcios u otros entes que, en virtud de dichos instrumentos, puedan constituirse para la gestión compartida de determinados recursos o servicios. Los mecanismos de participación y cooperación que reciben expresión estatutaria, pero que no son enteramente nuevos, de un modo u otro, estaban ya contemplados en la legislación ordinaria (general o sectorial) o arraigados por la práctica institucional en el marco de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (conferencias sectoriales, consejos). De modo que los

estatutos parecen venir a institucionalizar los mecanismos de cooperación, situándolos en el contexto de la lealtad institucional (coordinación, ayuda mutua, solidaridad), cuya generalización y reforzamiento constituyen (un aspecto pendiente o mejorable) la clave del funcionamiento unitario y armónico del sistema autonómico, así como también de la efectividad y de la eficiencia de las políticas que puedan desarrollar el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito que nos ocupa, evitando la dispersión o la duplicidad del esfuerzo inversor que realizan para el fomento de la investigación científica y técnica.

3.3. La actividad de las entidades locales

Aun siendo marginal o de menor relevancia, también parece oportuno mencionar aquí la actividad de fomento de la investigación que desarrollan algunos municipios (y provincias), bien a través de sus servicios o instalaciones museísticas o culturales, bien mediante la creación o financiación de organismos de investigación (un caso paradigmático es el Instituto Municipal de Investigación Biomédica de Barcelona) o de apoyo a la investigación (las entidades promotoras o gestoras de los parques científico-tecnológicos, por ejemplo), o bien mediante el otorgamiento de becas o ayudas o la realización de actividades de divulgación científica.

Realmente, esta actividad municipal, aunque puede guardar relación o conexión con otras competencias locales (protección ambiental, patrimonio histórico-artístico, salubridad, atención primaria, cultura –artículos 25, 26 y 28 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985; en adelante LRBRL–), carece de soporte competencial específico, pues ni la legislación local (al menos la estatal), ni la LFCIC atribuyen competencia alguna a las entidades locales para el fomento o desarrollo de la investigación científica. Aunque sí cuenta con el respaldo de la competencia general que se reconoce al municipio para “promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, así como “para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias” (artículo 25.1 LRBRL) y para “realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección

del medio ambiente” (artículo 28 LRBRL). Previsiones que, unidas al mandato que el artículo 44.2 CE dirige a todos los poderes públicos, proporcionan suficiente cobertura formal a estas actuaciones municipales que, por otro lado, no deberían sustraerse, pese a su carácter residual o marginal, de la coordinación de las medidas de política científica que corresponde realizar al Estado (y, en su caso, a la Comunidad Autónoma respectiva).

3.4. La competencia de las Universidades públicas

El cuadro competencial de la política científica debe completarse con las funciones atribuidas a las Universidades, a quienes la Constitución reconoce autonomía “en los términos que la ley establezca” (artículo 27.9 CE). Una autonomía que, con independencia de la controversia existente sobre su naturaleza (si se trata de un derecho fundamental o de una garantía institucional), limita o condiciona la capacidad reguladora del legislador estatal o autonómico, pues está obligado a respetar un ámbito de decisión o actuación lo suficientemente amplio como para que pueda identificarse o reconocerse aquélla.

El alcance de esa autonomía, que encuentra fundamento en la necesidad de garantizar y hacer efectivos el derecho a la educación (superior) y las libertades de cátedra y de creación científica y técnica (artículos 20.1.b y .c y 27 CE), lo determina hoy la LOU, en términos parecidos, aunque algo más amplios, a los que antaño fijara la Ley de Reforma Universitaria. Ése es también el texto legal en el que se expresan, en relación con las Universidades, las competencias estatales en materia de educación (normativa básica para el desarrollo del artículo 27 CE y regulación de las condiciones de obtención, homologación y expedición de títulos académicos y profesionales –artículo 149.1.30ª CE–), establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos (149.1.1ª CE), coordinación de la investigación (149.1.15ª CE) o régimen jurídico de las Administraciones públicas (149.1.18ª CE), y que, por tanto, junto con los Estatutos autonómicos, sirve como marco de referencia para el ejercicio de las competencias autonómicas.

La autonomía que la citada legislación estatal reserva a las Universidades, sin perjuicio de la competencia propia de las Comunidades Autónomas, comprende aspectos referidos a (artículo 2.2 LOU):

i) La capacidad para dictar sus propias normas de organización y funcionamiento (estatutos, normas de régimen interno) y elegir a los miembros de sus órganos de gobierno y representación. Aunque deben respetar los principios y reglas que enuncia la LOU y superar el control de legalidad del gobierno autonómico (artículo 6 LOU).

ii) La creación y adscripción de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación. Aunque la creación de escuelas, facultades e institutos de investigación (como su supresión o adscripción) deben ser aprobadas por la Comunidad Autónoma (artículos 8 y 10 LOU).

iii) La elaboración y aprobación de planes y programas de investigación propios, sin perjuicio de las competencias del Estado o de las comunidades autónomas sobre fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico (artículo 41.2 LOU).

iv) El régimen del personal investigador (selección, contratación, formación, promoción), diferenciando los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios del personal contratado, en los términos que contempla la LOU, que encomienda a las Comunidades Autónomas la regulación del régimen retributivo del personal docente e investigador contratado (artículo 55.1), como han previsto a su vez algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía. También se permite que las Comunidades Autónomas establezcan retribuciones adicionales para el personal docente e investigador funcionario (artículo 69 LOU).

v) La ordenación académica (admisión de alumnos, permanencia, verificación de conocimientos, títulos) de los estudios de doctorado con los que se inicia la carrera del investigador (artículos 38 y 42 LOU).

vi) La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y patrimonio. Aunque el grueso de su financiación procede de las Comunidades Autónomas y del Estado y deben rendir cuentas ante ellos (artículo 81 LOU).

vii) O el establecimiento de relaciones con otras entidades para

la promoción y desarrollo de sus fines institucionales (artículo 2.2.j LOU).

Ésos son, muy resumidamente, los espacios de autonomía que se reservan a las Universidades públicas, siendo reducido, también por las limitaciones presupuestarias, el margen de actuación que se les otorga para desarrollar una política científica propia.

Se encuentra aquí, probablemente, uno de los asuntos sobre los que debería reorientarse el debate de la ordenación universitaria. Pues aunque de la simple contemplación del capital humano y técnico disponible pueda colegirse que la política científica no pueda desarrollarse sin la Universidad, alguna reflexión habría que hacer sobre la conveniencia (o no) de que sea la universidad quien desarrolle una política científica propia o, incluso, de que participe en la definición de la política científica autonómica o estatal. Una reflexión sobre la participación de la Universidad en el impulso o la definición de la política científica –la participación en la elaboración de los planes de I+D, por ejemplo, y sus modalidades (orgánica, procedimental...)– que sigue pendiente y que requiere un argumentario ajeno o distinto al tradicionalmente empleado en la discusión sobre el contenido o alcance de su autonomía (o sea, bajo el prisma de la efectividad de la libertad de ciencia y cátedra en que se fundamenta) y relacionado con la representatividad, legitimación y misión social de la institución.

3.5. Función legislativa o ejecutiva. Otro punto de vista

Finalmente, el análisis de la delimitación competencial puede abordarse también desde un punto de vista funcional, en lo que respecta al reparto de poderes entre el legislativo y el ejecutivo y también a las formas de participación o integración de los diferentes agentes responsables de la actividad científica y tecnológica en el proceso de definición de la política científica.

Un enfoque que forzosamente nos sitúa ante el procedimiento de elaboración y aprobación de los planes nacionales de investigación u otros instrumentos similares del Estado (y de las Comunidades Autónomas), que definen los objetivos, la estrategia y las medidas sobre las que se articula o desarrolla la política científica. Aquí la reflexión puede hacerse a partir de dos preguntas: la primera, ¿quién

debe aprobar los planes?; la segunda, ¿quiénes y cómo deben participar en su elaboración?

Respecto de lo primero, la vigente LFCIC prevé que sea el Gobierno quien apruebe el Plan Nacional, a propuesta de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología y en coordinación con los órganos de planificación económica de la Administración del Estado, siendo el instrumento posteriormente remitido a las Cortes Generales, a las que también debe enviarse anualmente una memoria o informe sobre su desarrollo (artículo 6 LFCIC).

La intervención de las Cortes se reduce, pues, al trámite formal de su envío para conocimiento de los Diputados, que puede ir seguido (no necesariamente) de la comparecencia (un tanto rutinaria) de algún alto cargo ante la Comisión respectiva del Congreso o del Senado (antes la de Ciencia y Tecnología, ahora la de Educación y Ciencia) para presentar el instrumento (o la memoria anual) y contestar las preguntas que, en su caso, puedan formular los parlamentarios.⁸ A la vista de ello, cabe plantearse si un plan de estas características (con significación estratégica, alcance plurianual, relevancia presupuestaria, amplio alcance subjetivo, impacto socioeconómico e, incluso, condicionamientos éticos) no merecería, cuanto menos, ser presentado o debatido con mayor estrépito parlamentario, al menos en sus aspectos generales, dejando de lado cuestiones técnicas o de detalle, y aún poder ser objeto de alguna enmienda o resolución (en el sentido que se apunta, muy distinta es la aprobación del Programa Marco Comunitario de I+D, que se somete al procedimiento de codecisión entre el Consejo y el Parlamento de la Unión Europea [artículo 251 TCE]). Aunque deja algún margen para el debate parlamentario sobre el plan el procedimiento de aprobación de las leyes anuales de presupuestos, donde se concretan las partidas para su desarrollo.

Ése es el modelo imperante también en las Comunidades Autónomas, aunque nos encontramos con situaciones diversas. Hay territorios en los que la aprobación de los planes se ha regulado por ley, a veces definiendo los objetivos, criterios y aun la estructura que de-

8. En su redacción originaria la LFCIC dispuso la constitución de una Comisión Mixta del Congreso y el Senado para conocer el Plan Nacional y la memoria anual sobre su desarrollo (DA 1ª), pero la previsión fue derogada por el artículo Único de la Ley 5/2000, de 16 de octubre.

ben seguir estos instrumentos, y corresponde al Ejecutivo autonómico, incluyendo o no un trámite de conocimiento (y aun de pronunciamiento) parlamentario.⁹ En otros casos los planes son regulados y apro-

9. Así, en *Aragón*, la Ley 9/2003 de 12 de marzo, de fomento y coordinación de la investigación, el desarrollo y la transferencia de conocimientos, determina los objetivos generales del plan y prevé que se apruebe por Decreto, pero no hay ningún trámite parlamentario específico. En *Canarias*, la Ley 5/2001, de 9 de julio, de Promoción y Desarrollo de la Investigación Científica y la Innovación, encomienda a una Oficina de Ciencia, Tecnología e Innovación la elaboración de los anteproyectos de los planes, de acuerdo con los objetivos y directrices contenidas en aquella y tomando en consideración las sugerencias y recomendaciones que le hicieran llegar un Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación y la Comisión de Coordinación a la que también corresponde, previo informe del anterior órgano citado, elevar los planes al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva y posterior dación de cuentas al Parlamento de Canarias. De igual manera, en *Castilla y León* la Ley 17/2002, de 19 de diciembre, de fomento y coordinación general de la investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i) atribuye a la Comisión de Coordinación de Ciencia y Tecnología la elaboración del anteproyecto de la Estrategia Regional de I+D+i, de acuerdo con los objetivos y las directrices contenidas en aquella y tomando en consideración las sugerencias y recomendaciones que le hiciera llegar el Consejo Asesor de Ciencia y Tecnología; es la Comisión, previo informe del último órgano citado, quien eleva a la Junta el instrumento para su definitiva aprobación y posterior dación de cuentas a las Cortes Regionales. En la *Comunidad Valenciana* la Ley 7/1997, de 9 de diciembre, de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y del Desarrollo Tecnológico prevé que sea una Comisión Gestora Interdepartamental, en coordinación con los órganos de planificación económica del Gobierno Valenciano, la que elabore el plan, lo someta a informe de los órganos asesores y lo eleve al Gobierno Valenciano para su aprobación; esa Comisión también lo evaluará anualmente, elaborando una memoria que someterá a la aprobación del Gobierno. En *Galicia* cuentan con una detallada Ley 12/1993, de 6 de agosto, de fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico (fija objetivos, criterios, estructura y elementos de actuación) que encomienda la elaboración, coordinación, seguimiento y aprobación inicial del plan a la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología de Galicia (CICETGA), que lo elevará a la Xunta para su aprobación definitiva y posterior remisión al Parlamento, para su conocimiento solamente. En las *Islas Baleares* el Plan Balear de I+D se aprueba por simple Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología, de conformidad con lo previsto en la Ley 7/1997, de 20 de noviembre, de Investigación y Desarrollo Tecnológico. En *La Rioja* la Ley 3/1998, de 16 de marzo, de Investigación y Desarrollo Tecnológico, prevé que se aprueben por decreto, sin ningún trámite o intervención parlamentarios. En *Madrid* es la Ley 5/1998, de 7 de mayo, de Investigación Científica y Tecnológica, la que regula su elaboración que corresponde a la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología que, previo informe del Consejo de Ciencia y Tecnología y una vez aprobado inicialmente, lo eleva por medio del Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno para su aprobación definitiva y remisión a la Asamblea de Madrid, requiriendo el pronunciamiento de ésta sobre el mismo, de conformidad con lo previsto por su reglamento. Y en *Murcia* cuentan desde hace poco con la Ley 8/2007, de 23 de abril, de Fomento y Coordinación de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que encomienda al Consejo de Gobierno la aprobación del plan, a propuesta de la Comisión Interdepartamental de Ciencia, Tecnología e Innovación y con el apoyo en la elaboración de una Unidad de Gestión del Plan Regional de Ciencia, Tecnología e Innovación, sin ningún trámite parlamentario específico, aunque

bados por Decretos o simples acuerdos (internos, que son objeto de publicación oficial) de los ejecutivos, sin otra cobertura legal que la que pueda inferirse del propio Estatuto de Autonomía, del genérico reconocimiento de la potestad de planificación o de las alusiones a los planes regionales contenidas en la LFCIC y en las leyes regionales de presupuestos o universidades.¹⁰ Y aun hay otros supuestos en que los ejecutivos aprueban los planes sin sujetarse a ningún procedimiento específicamente regulado, ni darles ninguna publicidad jurídica u oficial.¹¹

El segundo aspecto a considerar es el de la participación en la elaboración de los planes y la definición de sus objetivos e instrumentos (medios financieros, jurídicos, materiales, personales...).

Si en la ejecución de los planes están llamados a participar los organismos públicos estatales y autonómicos, las Universidades y otras instituciones y empresas públicas y privadas que conforman el sistema científico-tecnológico parece lógico que se escuche y tenga alguna influencia su opinión al definir el contenido y las acciones de aquéllos. Por otro lado, la coexistencia de planes autonómicos y estatales y su adecuada articulación y coordinación, tan necesaria, aconseja

el Consejo de Gobierno debe informar a la Asamblea Regional sobre el seguimiento y la evaluación del Plan, mediante el traslado de la memoria anual correspondiente.

10. Es el caso de *Andalucía*, donde los sucesivos planes han sido regulados y aprobados por decretos y acuerdos del Gobierno andaluz que invocan el Estatuto de Autonomía y las potestades administrativas de planificación y subvención; de *Castilla-La Mancha*, donde la elaboración material del plan estaba confiada a la Comisión Regional de Ciencia y Tecnología regulada por D. 123/1998, de 15 de diciembre (correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación), hasta que por D. 283/2004, de 21 de diciembre, se modificó la composición y funciones de dicha Comisión y se derogó la disposición antes citada sin que exista ahora, por tanto, ninguna previsión específica para su elaboración; y de *Extremadura*, donde el D. 177/1996, de 23 de diciembre, que también crea la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología, establece el Plan Extremeño de Investigación cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad.

11. Así sucede en *Cantabria*, donde el plan ha sido elaborado por una Comisión Delegada (creada por D. 125/2004, de 11 de noviembre) que lo eleva al Gobierno para su aprobación (entendemos que por simple acuerdo, pues no consta su publicación oficial). En *Cataluña* corresponde al Consejo Interdepartamental de Investigación e Innovación Tecnológica (D. 313/2004, de 8 de junio) la elaboración, seguimiento y evaluación de los planes que aprueba el Gobierno catalán y no he podido confirmar la existencia de otras previsiones. Un vacío normativo en el que también parecen moverse los planes de *Navarra*, el *País Vasco* y el *Principado de Asturias*, donde tampoco son objeto de publicación oficial (aunque sí de divulgación mediática).

también el reforzamiento de la (recíproca) participación del Estado y de las Comunidades Autónomas en la elaboración de sus respectivos instrumentos, que constituye expresión de la cooperación que racional y constitucionalmente están llamados a prestarse.

El examen de los trámites que acompañan la elaboración y aprobación de los planes de fomento científico-tecnológico de ámbito estatal o autonómico permite concluir que en la mayoría de los casos la integración, orgánica o procedimental, del parecer de los agentes del sistema de I+D y la confrontación y composición de los intereses (públicos y privados) concurrentes son limitadas y poco satisfactorias, pues no están suficientemente formalizadas ni aseguradas. La simple lectura de la legislación estatal parece llevarnos a esa conclusión.

En efecto, la elaboración del Plan Nacional está confiada a la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (CICYT), compuesta sólo por órganos superiores y altos órganos directivos de la Administración General del Estado (artículo 7 LFCIC).¹² Y en su tramitación intervienen, por un lado, el órgano de participación de la comunidad científica y de los agentes económicos y sociales, el Consejo Asesor para la Ciencia y la Tecnología (artículo 9 LFCIC), que puede proponer la inclusión de objetivos al plan, asesorar a la citada Comisión e informar sobre el plan elaborado antes de su aprobación, pero que tiene una limitada representatividad (pues los vocales o consejeros, aunque procedentes de diversos sectores del sistema, son designados por el ministro, como se verá más adelante). Y, por otro lado, el órgano paritario de coordinación autonómica, el Consejo General de la Ciencia y la Tecnología (artículo 12 LFCIC), integrado por los consejeros autonómicos del ramo y por los miembros de la CICYT que, en igual número, designe el ministro que preside ambos órganos. Es un órgano que también puede proponer la inclusión de objetivos y programas en el plan y emitir informe previo sobre el mismo, "especialmente en lo que se refiere al mejor uso de la totalidad de los recursos y medios de investigación disponibles", pero que, por su carácter multilateral, máximo nivel y periodicidad (semestral), no tiene suficiente dinamis-

12. Véase más adelante la composición de la CICYT determinada por Real Decreto 1786/2000, de 27 de octubre, modificado por Real Decreto 1864/2004, de 6 de septiembre; junto a la formación plenaria existe una Comisión Permanente que, a su vez, creó un Comité de Apoyo y Seguimiento de la CICYT (CAS) que se reúne con mucha mayor frecuencia y proporciona continuidad y dinamismo a la coordinación departamental que busca la Comisión.

mo, ni toma directo conocimiento del estado o evolución del proyecto de plan hasta que se le presenta éste, ya prácticamente concluido o cerrado, de manera que, aun cuando facilite el intercambio de información muy general o de posiciones e impresiones políticas (lo que de por sí ya es interesante), no suele determinar el sentido de la planificación elaborada desde la Administración estatal.

Ciertamente, la LFCIC (artículo 7) permite que a los departamentos ministeriales se adscriban temporalmente personal científico, expertos en desarrollo tecnológico y otros especialistas relacionados con actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico para colaborar en la elaboración material del plan o sus programas, pero se trata de una posibilidad fundada en razones operativas u organizativas, no de representación, por lo que no puede considerarse como una auténtico cauce de participación.

Y si a lo dicho añadimos que la legislación tampoco contempla trámites de participación que propicien la recepción (pública y transparente) de expresiones de interés (encuestas, consulta, información pública, audiencia, etc.), aunque de facto se someta también al dictamen del Consejo Económico y Social, puede ofrecer dudas la suficiencia de la representación bajo la que se elabora el Plan Nacional (al igual que en la mayoría de los planes autonómicos). Un asunto sujeto, probablemente, a controversia,¹³ descubriéndose otro importante tema abierto a la reflexión y discusión: si el plan debe ser el resultado sólo del estudio y la deliberación de los técnicos dirigidos por el Ejecutivo o debe ir precedido, además, de un amplio debate y consenso social que tenga reflejo en sus determinaciones.

4. La política científica del Estado y de las Comunidades Autónomas

Desde el punto de vista jurídico, la política científica del Estado y de las Comunidades Autónomas no presenta grandes diferencias.

13. En la propia memoria de presentación del vigente Plan Nacional de I+D+i 2004-2007 puede leerse que "La elaboración del Plan contó con una amplia participación de todo el sistema de Ciencia-Tecnología-Empresa-Sociedad (más de 450 expertos de universidades, organismos públicos, centros tecnológicos y empresas), incluidas las Comunidades Autónomas, departamentos ministeriales y otras instancias (Consejo Asesor, Consejo Económico y Social)".

Para estudiarlas se han revisado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, estatales y autonómicas, que tienen relación directa o indirecta con la investigación. También se han tenido en cuenta los acuerdos o convenios interadministrativos, cada vez más numerosos, celebrados por las Administraciones estatal y autonómicas y las resoluciones referidas a la adopción o desarrollo de planes o programas específicos, cuando ha podido constatarse su existencia y cotejarse su contenido (muchas veces no reciben publicación oficial).

Como puede comprenderse, el contenido de todas estas disposiciones es muy variado y hasta inabarcable, lo que obliga a dejar de lado las menos relevantes que se refieren, por ejemplo, a (i) la configuración de la estructura orgánica general (Departamentos, Direcciones Generales, Subdirecciones, Servicios...) o su estructura organizativa (puestos de trabajo), a menos que traten de la creación de nuevos órganos (comisiones, consejos, etc.) con específicas y relevantes atribuciones sobre orientación, gestión o control de la investigación; (ii) la competencia, composición o funcionamiento de diversos órganos colegiados, pertenecientes a otros ámbitos o sectores de la acción pública, en los que eventualmente se hallan representados los órganos u organismos públicos con competencias en materia de investigación; (iii) las disposiciones que atribuyen a estos órganos sectoriales, de manera un tanto formularia, inespecíficas funciones de promoción, consulta o asesoramiento sobre acciones o líneas de investigación en las particulares materias de su competencia; (iv) las disposiciones organizativas y reglamentos internos de las Universidades públicas; o (v) las que contienen delegaciones de competencia de escaso alcance o realizan meras encomiendas de gestión de proyectos de investigación o de ejecución de trabajos propios de éstos.

Por su escasa significación para la valoración jurídica de la política científica, tampoco se ha prestado atención a (vi) las declaraciones de principio, meramente programáticas, sobre el interés de la investigación y la necesidad de su promoción en un determinado ámbito o sector (contenidas de forma casi ritual en las exposiciones de motivos o en las disposiciones preliminares de algunas leyes, sin hallarse luego acompañadas de acciones, medidas o regulaciones concretas), ni a (vii) las disposiciones que, al regular una determinada actividad o materia distinta, contienen alguna medida muy específica para facilitar la investigación (por ejemplo, las exenciones o dispensas que permiten realizar alguna actividad genéricamente prohibida cuando persigue fi-

nes de investigación [acampadas o caza en espacios protegidos, plantación de viñedos], las referidas al régimen de los bienes de interés cultural o las incluidas para el fomento de estudios vinculados con la protección y promoción de denominaciones de origen, entre otras).

Asimismo, tampoco se han examinado con detenimiento las disposiciones referidas (viii) al establecimiento o actualización de tasas y precios públicos (por servicios académicos, de laboratorios públicos de investigación y otros similares), (ix) el desarrollo o ejecución de investigaciones que carecen de finalidad o carácter científico (pesquisas técnicas de incendios, detección de riesgos laborales, investigación de accidentes, investigación comercial de mercados [seguros, turismo, agricultura, alimentación, etc.]) y (x) las que, dictadas por las Universidades o por las Administraciones autonómicas, convocan singulares procedimientos para la concesión de subvenciones o ayudas en muy diferentes órdenes sectoriales para la ejecución de proyectos o actividades relacionados con la investigación, la divulgación o difusión científica, la transferencia de los resultados de la investigación u otros objetos similares. En relación con éstas últimas, el lector entenderá lo difícil que resulta sistematizar la variopinta diversidad de objetos, fines y regímenes de todas estas convocatorias, cuya material ejecución normalmente queda bajo la competencia de los diferentes departamentos y se financia con los créditos propios de sus respectivos programas de gasto (a veces, no específicamente vinculados a la investigación).¹⁴

14. Puede ser ilustrativa, no obstante, la contemplación de los datos sobre distribución del presupuesto público en I+D en 2005 que muestra la siguiente tabla (fuente, Eurostat):

Objetivos socioeconómicos	ESP	UE-25		ESP	UE-25
Producción y tecnología industrial	25,2	10,9	Exploración y explotación del espacio	3,2	5,0
Investigación financiada por fondos generales de Universidad	18,1	32,0	Control y protección del medio ambiente	3,0	2,7
Defensa	16,1	13,6	Estructuras sociales y sus relaciones	2,1	3,1
Protección y mejora de la salud humana	8,7	7,3	Producción, distribución y utilización racional de energía	1,6	2,8
Investigación no orientada	8,6	14,5	Exploración y explotación de la tierra	1,4	1,7
Producción y tecnología agrícola	5,2	3,4	Otra investigación civil	2,8	1,4
Infraestructura y planificación general del uso de la tierra	4,0	1,8			

Aunque el enfoque de este estudio es esencialmente jurídico, en este apartado preliminar parece oportuno indicar cuál es peso específico que tiene, desde el punto de vista presupuestario, la política de investigación y desarrollo estatal y autonómica.

Con ese fin se han cotejado las leyes de presupuestos para 2006, buscando en ellas la expresión del gasto público correspondiente a la función investigadora (la antiguamente denominada "función 54" –y ahora "función 46"–, a la que alude el artículo 4 LFCIC). Sin embargo, el importe de dicho gasto sólo se detalla o expresa en algunas leyes presupuestarias, con el siguiente resultado:

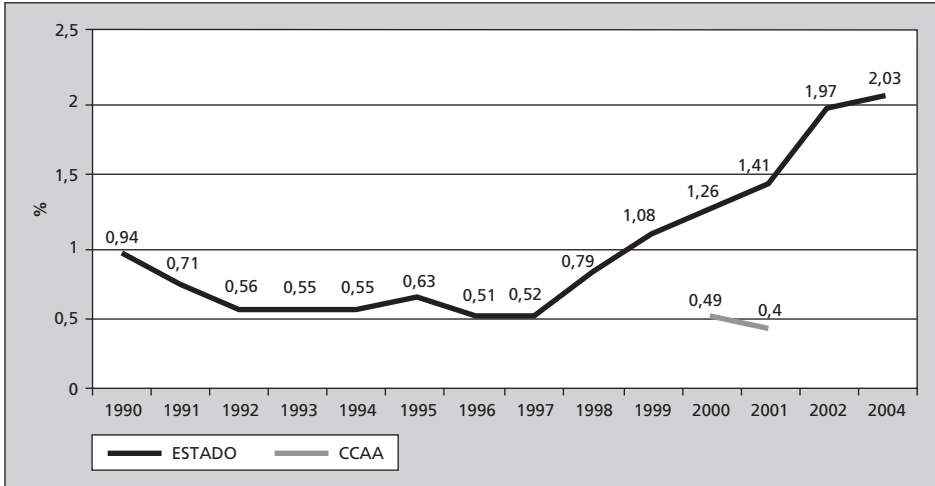
Comunidad Autónoma	Importe*	%**	Comunidad Autónoma	Importe*	%**
Andalucía	498,23	1,81	Galicia	97,39	0,98
Canarias	20,79	0,24	Madrid	123,85	0,74
Cantabria	35,57	1,71	Murcia	27,61	0,75
Castilla-La Mancha	48,68	0,65	Principado de Asturias	28,97	0,78
Castilla-León	206,46	2,28			
Estado	6.546	2,42			

* En millones de euros.

** Sobre presupuesto total.

Resulta también útil contrastar el gasto realizado por el Estado y las Comunidades Autónomas en investigación científica, técnica y aplicada (obligaciones reconocidas), aunque los datos disponibles son escasos y están poco actualizados en lo que respecta a las Comunidades Autónomas. En el gráfico adjunto se muestra la relación porcentual existente entre el gasto público total y el gasto en I+D, derivándose de ella la creciente prioridad que se otorga a éste último en el reparto presupuestario estatal (no es posible saber si los presupuestos autonómicos siguen la misma tendencia):

Porcentaje de gasto en I+D sobre gasto público total



Datos IEF, BADESPE.

Lo que sí parece posible aventurar, a la vista de estos datos, es que por regla general los presupuestos autonómicos otorgan menos prioridad al gasto en investigación, innovación y desarrollo que los estatales. Aunque, en el sentir de algunos responsables autonómicos, este hecho podría también ponerse en relación con la escasez de recursos disponibles para esta línea de gasto público, al no haberse apenas transferido a las Comunidades Autónomas servicios ni recursos estatales en materia de investigación en razón de la competencia que ostenta el propio Estado para el fomento (y la coordinación) de la investigación científica y técnica (artículo 149.1.15ª CE). Circunstancia que ha motivado la insatisfacción de varias Comunidades y algún conflicto que la jurisprudencia constitucional, por medio de la STC 90/1992, de 11 de junio (impugnación de la LFCIC), ha resuelto a favor del Estado, entendiendo que éste no se halla obligado a transferir los recursos o servicios afectados al ejercicio de una competencia propia, si bien concurrente con la asumida por las Comunidades en la misma materia. El asunto es sobradamente conocido, resultando ahora innecesario detenerse a dar cuenta detallada del mismo.

Para analizar completamente los instrumentos y formas jurídicas y el alcance de la política estatal y autonómica en materia de in-

investigación y desarrollo tecnológico sería conveniente seguir dos líneas de estudio: Una, referida las actuaciones de índole organizativa, esto es, referidas a la disposición y ordenación de los recursos públicos, materiales y personales, afectados a dicha política, examinando cuáles son los elementos más significativos de la estructura de la Administración científica (conformación del sector público, ordenación del personal investigador, técnicas e instrumentos empleados, participación y colaboración administrativa...); la otra, orientada a determinar el alcance jurídico de la intervención pública, para lo que puede seguirse la clásica óptica de las formas de acción, distinguiendo y analizando las medidas de regulación (limitación o control), fomento (promoción) o desarrollo (servicios públicos) de la actividad investigadora. En el presente estudio, por la contención que justificadamente exige el medio en que se publica, se sigue únicamente la primera línea apuntada, de manera que este análisis no es completo.

4.1. La política científica del Estado

4.1.1. La Administración científica del Estado

Comenzando por los aspectos organizativos, después de la remodelación ministerial de 2004, que puso fin a la efímera existencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología, el impulso de la política científica del Estado corresponde esencialmente al Ministerio de Educación y Ciencia (Real Decreto 1553/2004, de 25 de junio), a través de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de la que depende la Secretaría General de Política Científica y Tecnológica (y de ésta, a su vez, la Dirección General de Investigación y la Dirección General de Política Tecnológica).

Sobre los indicados *órganos superiores y directivos* recaen las funciones de (i) impulso, programación y supervisión en materia de investigación científica y tecnológica, en especial del Plan Nacional de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica; (ii) definición de medidas para mejorar la participación y coordinación de los agentes que intervienen en el sistema español de ciencia, tecnología y empresa, promoviendo la transferencia de resultados de investigación; (iii) impulso de la cooperación con las Comunidades Autónomas (iv) articulación y desarrollo de las relaciones interministeriales para

dar un enfoque coherente e integrado a todas las políticas relacionadas con la científica y tecnológica; y (v) impulso, desarrollo y coordinación de las actividades de los organismos públicos de investigación adscritos al departamento.

Aunque el impulso de la política científica corresponda a los mencionados órganos, la proyección sectorial de los objetivos y medidas que la integran requiere una elaboración y desarrollo transversal, apoyado y coordinado con las demás políticas públicas departamentales. Una integración que se organiza a través de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (CICYT) y se instrumenta en el Plan Nacional, siendo aquélla el "órgano de planificación, coordinación y seguimiento" de éste (artículo 7 LFCIC). Parece, por consiguiente, que el Plan Nacional delimita (y aun agota) la competencia funcional de la CICYT, cuyas atribuciones aparecen siempre vinculadas a dicho instrumento y a sus programas respectivos.¹⁵

Determinada inicialmente por la propia LFCIC (Disposición Transitoria 1ª) y adscrita al Ministerio de Educación y Ciencia, la composición actual de la CICYT es la siguiente (Real Decreto 1786/2000, de 27 de octubre):

15. Según el artículo 7.3 LFCIC, además de la elaboración del Plan Nacional, a la CICYT le corresponde: a) Proponer la asignación de fondos destinados a los programas *del Plan Nacional*; b) Coordinar las actividades de investigación que se realicen en cumplimiento *del Plan Nacional*; c) Coordinar e integrar en el *Plan Nacional* los proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico...; d) Evaluar el cumplimiento del *Plan Nacional* y de los programas presupuestarios correspondientes al mismo; e) Coordinar con el *Plan Nacional* las transferencias tecnológicas que se deriven de los programas de adquisiciones de otros Departamentos; f) Presentar al Gobierno para su elevación a las Cortes Generales una memoria anual relativa al cumplimiento del *Plan Nacional*; g) Orientar la política de formación de investigadores en todos sus niveles...; h) Recabar, coordinar y suministrar la información científica y tecnológica necesaria para el cumplimiento del *Plan Nacional*; i) Elevar al Gobierno las propuestas necesarias para asegurar el desarrollo y cumplimiento del *Plan Nacional*. También las funciones enumeradas en el artículo 8 LFCIC aparecen directamente vinculadas al Plan Nacional y sus programas.

Composición de la CICYT

Presidente	Presidente del Gobierno	
Vicepresidente 1º	Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia.	
Vicepresidente 2º	Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda.	
Vocales	Ministro Asuntos Exteriores y de Cooperación. Ministro Fomento. Ministro Educación y Ciencia. Ministro Industria, Turismo y Comercio. Ministro Agricultura, Pesca y Alimentación. Ministro Administraciones Públicas. Ministro Cultura. Ministro Sanidad y Consumo. Ministro Medio Ambiente. Ministro Vivienda.	Director Gabinete de Presidencia del Gobierno. Director Oficina Económica del Presidente del Gobierno. Secretario de Estado de Defensa. Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Secretario de Estado de Economía. Secretario de Estado de Universidades e Investigación. Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Secretario General de Política Científica y Tecnológica. Secretario General de Empleo. Secretario General de Sanidad.

(*) Podrán ser convocados representantes de otros Departamentos ministeriales competentes en razón de los asuntos que se puedan tratar en las reuniones de la Comisión Interministerial.

La CICYT puede actuar con esta formación plenaria o a través de su Comisión Permanente:

Composición de la Comisión Permanente CICYT

Presidente	Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia.	
Vicepresidente	Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda.	
Vocales	Ministro Educación y Ciencia Ministro Industria, Turismo y Comercio Ministro Agricultura, Pesca y Alimentación Ministro Cultura Ministro Sanidad y Consumo	Director Gabinete de Presidencia del Gobierno. Director Oficina Económica del Presidente del Gobierno. Secretario de Estado de Defensa. Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Secretario de Estado de Economía. Secretario de Estado de Universidades e Investigación. Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Secretario General de Política Científica y Tecnológica. Secretario General de Empleo. Secretario General de Sanidad.

(*) Nótese que incorpora miembros distintos que la formación plenaria.

En 2004, la Comisión Permanente de la CICYT creó un Comité de Apoyo y Seguimiento (CAS), que es un órgano de corte netamente ejecutivo o instrumental, que prepara las reuniones de la Comisión y les da soporte y continuidad, reuniéndose con mayor frecuencia (y que realiza parte de las funciones otrora atribuidas a la Secretaría General del Plan Nacional y luego a la Dirección General de Investigación).

La composición de la CICYT (y aun sus funciones) evidencian que se trata de un órgano de coordinación departamental exclusivamente, no de coordinación territorial, por más que el Plan Nacional que debe elaborar esté llamado a servir como instrumento de coordinación general de la investigación científico y técnica (artículo 1 LFCIC). Considerando esto último, precisamente, las instituciones catalanas impugnaron la composición de la CICYT por no hallarse representadas las Comunidades Autónomas. Pero la ya citada STC 90/1992 desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto aduciendo (i) que la coordinación general que persigue el Plan Nacional puede lograrse por otros cauces orgánicos o procedimentales (a través del Consejo General, al que luego aludiré); y (ii) que "el Estado (...) ha podido legítimamente prever la elaboración y aprobación de un Plan Nacional que, comprendiendo únicamente, como contenido necesario, las actividades que han de desarrollar los Organismos de investigación de titularidad estatal, al no condicionar por sí mismo, ni interferir, la competencia de la Generalidad de Cataluña para elaborar y poner en práctica su Plan de investigación al amparo de su propia competencia, ningún reproche de inconstitucionalidad puede merecer". Argumento, este último, menos atendible, pues un Plan Nacional que se refiera y circunscriba únicamente a las actividades de investigación promovidas o desarrolladas desde los departamentos y organismos estatales (y, esto es, en gran medida, lo que ha venido sucediendo) servirá como instrumento de fomento científico, pero difícilmente podrá satisfacer la función de coordinación general que legalmente también tiene asignada (artículos 1, 6 y 9 LFCIC).

Como órgano de participación de la comunidad científica (en la elaboración, seguimiento y evaluación del Plan Nacional) y de asesoramiento (no vinculante) a la CICYT, la LFCIC creó el Consejo Asesor para la Ciencia y la Tecnología (artículo 9), dejando al reglamento la determinación de su composición (Disposición Transitoria 2ª) que, considerada su función legal, debería proporcionar a este órgano cierta representatividad e independencia. Los primeros reglamentos otorgaban al ministro la facultad de designar a los miembros del Consejo

de “entre los propuestos” por los organismos o asociaciones vinculados a la investigación o después de “oídos” éstos (así, Reales Decretos 834/1987, de 19 de junio, y Real Decreto 1213/1990, de 28 de septiembre), pero la regulación vigente ha suprimido dicha limitación ampliando la discrecionalidad de la designación ministerial en detrimento de la representatividad real o efectiva de los designados. Si a esto añadimos que buena parte de los miembros natos del Consejo son los titulares de diversos órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado o de sus organismos (e incluso miembros también de la CICYT o su Permanente), se desvanece la imagen de representatividad e independencia que parece esbozar la LFCIC.

En efecto, según lo previsto en el Real Decreto 413/2001, de 20 de abril, la composición del Consejo Asesor (adaptada a la nueva estructura orgánica departamental) debería ser la siguiente:¹⁶

Composición del Consejo Asesor para la Ciencia y la Tecnología

Presidente	Ministro de Ciencia y Tecnología (Educación y Ciencia)	
Vicepresidente	Secretario de Estado de Política Científica y Tecnológica	
Vocales	10 representantes de la comunidad científica (4 Rectores, 2 Directores de OPI). 3 representantes de las asociaciones privadas de investigación y centros tecnológicos. 7 representantes de empresas innovadoras. 2 representantes asociaciones empresariales más representativas. 2 representantes organizaciones sindicales más representativas.	Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación. Secretario de Estado de Universidades e Investigación. Subsecretario de Economía y Hacienda. Secretario General de Sanidad. Secretario General de Pesca Marítima. <i>Secretario General de Medio Ambiente.</i> Director General de Investigación. Director General de Política Tecnológica.

16. Según la información que facilita la página web del Ministerio de Educación y Ciencia el Consejo tendría ahora la siguiente (y más reducida) formación (no muy ajustada a la disposición citada, si no son erróneos estos datos):

Presidente	Ministro de Educación y Ciencia	
Vicepresidente	Secretario de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información	
Consejeros	Rector Universidad de Málaga Rector Universidad Ramón Lluc Rector Universidad de Valencia Rector Universidad Autónoma de Madrid Presidente CSIC	Presidente CIEMAT Director del Instituto Carlos III Director Confederación de Sociedades Científicas de España Director Fundación española para la Ciencia y la Tecnología Directora Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas

Y como órgano de coordinación general (territorial) la LFCIC creó el Consejo General de la Ciencia y Tecnología integrado por un representante de cada Comunidad Autónoma (con categoría de consejero) y por los miembros de la CICYT que en número equivalente determine su presidente, que lo es también de este Consejo.¹⁷ A él se aludirá más adelante.

En este mismo orden organizativo han de mencionarse los *organismos públicos de investigación (OPI)*,¹⁸ a quienes se confía la actividad científica propiamente dicha, en ejecución de los correspondientes programas del Plan Nacional, de los encargos que les sean encomendados o de los convenios de objeto científico que suscriban con las Comunidades Autónomas. No parece necesario detallar ahora las peculiaridades de cada uno de estos entes, pero sí conviene destacar dos asuntos generales.

Primero, en lo que respecta a su régimen jurídico, cabe destacar la existencia de un conjunto de disposiciones especiales que les apartan del régimen ordinario de los organismos autónomos y que se han ido agregando legislativamente para facilitar algunos tipos de actuación que se ajustan mejor a las necesidades y prácticas de la actividad investigadora. Por ejemplo, (i) las facultades para celebrar convenios de colaboración (para la ejecución de proyectos de I+D+i o la realización de actividades de transferencia, formación o creación y gestión de centros de investigación) con empresas públicas o privadas, siempre que no tengan el objeto propio de los contratos administrativos (artículo 15.3 LFCIC); (ii) la facultad de contratar laboralmente personal investigador, científico o técnico para la realización de proyectos específicos (artículo 17.1.a LFCIC); (iii) la contratación laboral para la incorporación de investigadores al sistema, sujeta a determinadas particularidades (artículo 17.1.b LFCIC); (iv) la facultad de incorporar a su propio presupuesto los rendimientos económicos de su actividad investigadora, incluso para premiar la productividad de sus empleados (si lo acepta el Ministerio

17. El Consejo se constituyó por primera vez el 30 de marzo de 1987 y su vigente reglamento de funcionamiento fue aprobado el 19 de abril de 2001.

18. Son los siguientes: el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), el Instituto Geológico y Minero (IGME), el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas (INTA), el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA), el Instituto Español de Oceanografía (IEO) y el Instituto de Salud Carlos III.

de Hacienda, artículo 18 LFCIC); o (v) la participación en el capital o la creación de sociedades mercantiles para el desarrollo de la investigación o la comercialización de sus resultados, incluidas diversas facilidades para el personal cuando se den dichas circunstancias (artículo 19 LFCIC).

Segundo, en lo que respecta a su organización o forma de personificación (pero ligada a la anotada particularidad de régimen jurídico), por la anunciada conversión en agencias de estos entes, tradicionalmente configurados como organismos autónomos.

La intención de este nuevo tipo subjetivo es aumentar la autonomía operativa o de gestión de la organización (con un régimen patrimonial y de contratación, financiero, de personal y de retribuciones más flexible –si se prefiere, con menor dependencia operativa del ministerio de adscripción– y adaptable al contrato plurianual de gestión que determine sus objetivos), pero también reforzar el control de su eficacia y resultados respecto de los objetivos fijados y la responsabilidad de los gestores (destinatarios de evaluaciones e incentivos). Obviando ahora la discusión acerca de si hubiera sido más conveniente modificar el régimen general de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1997, con el referido propósito, en lugar de crear este nuevo tipo o modelo, lo cierto es que la nueva Ley de Agencias estatales (Ley 28/2006, de 18 de julio) propicia su generalización. Proceso, por tanto, en el que se verán inmersos los organismos de investigación (como se desprende ahora de la propia LFCIC),¹⁹ cuyas actividades, habitualmente vinculadas a la ejecución de programas, convenios y encargos específicos, parecen cuadrar muy bien con la filosofía de la planificación, objetivos y control por resultados que ins-

19. Con ocasión de la última reforma de la LOU (por LO 4/2007, de 12 de abril) se ha añadido al artículo 17 LFCIC un párrafo 3º que dice así (la cursiva es mía): “3. Sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, las Universidades Públicas, *las Agencias Estatales de Investigación* y los centros públicos de investigación no estatales, así como las instituciones sin ánimo de lucro que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico podrán, previa convocatoria pública, garantizando los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a la legislación aplicable y a sus normas de organización y funcionamiento, y en función de sus necesidades de personal y de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias celebrar contratos con carácter indefinido y dedicación a tiempo completo, con los investigadores que hayan sido contratados conforme a las previsiones de la letra b) del apartado 1 y que en el desarrollo de su actividad hayan superado con criterios de excelencia la evaluación correspondiente. La finalidad del contrato será realizar las funciones de la institución y prioritariamente tareas de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

pira el nuevo modelo. Por otra parte, la previsión de que las Administraciones autonómicas puedan participar en las agencias y designar sus representantes en el órgano rector de aquéllas, puede contribuir a que se desarrolle e institucionalice bajo este modelo la colaboración que vienen manteniendo los OPI y aquéllas, mediante la concertación de convenios, para la realización de actividades de investigación.

Así, la propia Ley de Agencias (DA 3ª) autoriza la "recreación", como agencia, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y del Instituto de Salud Carlos III (luego Agencia Estatal de Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III) y autoriza al Gobierno a transformar en agencias los organismos públicos cuando sus objetivos y actividades se correspondan con la naturaleza de aquéllas (DA 5ª), haciendo la salvedad de que a las agencias surgidas de la conversión de los OPI (¿y acaso no al nuevo CSIC, a la Agencia de Salud Carlos III o a las nuevas agencias estatales de investigación que puedan crearse?) les será de aplicación la LFCIC.

El protagonismo de los OPI, por otra parte, no debe hacernos olvidar que no son los únicos organismos estatales que desarrollan actividades de fomento o realización de la investigación, pues éstas se hallan dentro de los cometidos principales o accesorios de muchos otros, sin que sea posible aquí detallarlos todos.²⁰

No parece que vaya a seguir el mismo destino que los OPI, porque su configuración como entidad pública empresarial ya le confiere gran autonomía de gestión, el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI). Es el ente responsable de promover la explotación comercial de los resultados de la investigación, la creación de empresas de base tecnológica, la implantación de nuevas tecnologías en las empresas y la implicación o participación de éstas en proyectos y programas de investigación aplicada y desarrollo tecnológico. Y para ello sigue básicamente tres líneas de actuación: la financiación (previa evaluación) de proyectos de I+D+i desarrollados por empresas o

20. Por citar algunos de los que tienen asumidas funciones de investigación en ámbitos específicos: Instituto Nacional de Administración Pública, Biblioteca Nacional, Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, Consejo Superior de Deportes, Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, Centro Nacional de Información Geográfica, Centro de Investigaciones Sociológicas, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Museo Nacional de El Prado, Instituto de Astrofísica de Canarias, etc.

para su creación (recuérdese que uno de los puntos débiles de nuestro sistema es la baja inversión privada en I+D), la gestión de la participación española en programas internacionales de cooperación tecnológica (grandes instalaciones, industria aeronáutica y espacial) y la promoción de transferencia tecnológica (programas bilaterales de cooperación).

Otro ámbito de la Administración científica estatal es el de los *organismos de evaluación*.

Por un lado está la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP) que, pese a su denominación, es un simple órgano administrativo (una subdirección general, directamente dependiente de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación) al que corresponde (i) realizar con objetividad e independencia las tareas que se le asignen para la evaluación científico-técnica anterior y posterior a las acciones del Plan Nacional; (ii) participar en la realización de los estudios y análisis prospectivos que en materia de investigación científica y desarrollo tecnológico le sean encomendados; y (iii) realizar cualesquiera otras actividades de evaluación que le encomiende la citada Secretaría de Estado (artículo 2.5 Real Decreto 1533/2004, de 25 de junio).

Pero tras esta modesta apariencia formal, la ANEP despliega una significativa actividad en la que, con la participación de un amplísimo número de investigadores, tecnólogos y expertos (agrupados en 26 áreas temáticas) y de una Comisión Asesora, anualmente se lleva a cabo la evaluación de más de 20.000 solicitudes o proyectos de investigación. Aunque integrada también por científicos, la composición de esa Comisión Asesora (que establece criterios generales e indicadores para efectuar la evaluación y asesora en la designación de los coordinadores de la evaluación de cada área) suscita alguna reserva, no tanto porque su designación sea discrecional, sino porque al ser muy reducido el número de vocales (seis) algunas áreas científicas quedan desprovistas de cualquier representación y, por no ser escuchadas o explicadas sus peculiaridades metodológicas o científicas, pueden verse preteridos en la evaluación los proyectos o solicitudes procedentes de aquéllas.²¹

21. Las adscripción de áreas temáticas a efectos de su representación en la Comisión Asesora de la ANEP es la siguiente:

La experiencia adquirida por la ANEP y la ausencia, hasta fechas más recientes de otros órganos similares (como los que ahora han constituido algunas Comunidades Autónomas), han propiciado que sus servicios de evaluación científico-técnica fueran solicitados no sólo por los departamentos ministeriales, sino también por algunas Comunidades Autónomas, Universidades, organismos de investigación y fundaciones, mostrando la utilidad de la colaboración.

También realizan funciones de evaluación, no tanto de la investigación propiamente dicha, cuanto de la actividad del investigador, la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI) y la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

El primer órgano citado cumple esencialmente una función retributiva (aunque el reconocimiento que otorga –los sexenios– ahora vale también a otros efectos –participación en órganos de selec-

Vocales Comisión Asesora ANEP	Áreas disciplinares
Humanidades	Área de Filología y Filosofía Área de Historia y Arte Área de Psicología y Ciencias de la Educación
Ciencias Económicas, Sociales y Jurídicas	Área de Derecho Área de Economía Área de Ciencias Sociales
Ingeniería y Tecnología	Área de Ciencia y Tecnología de Materiales Área de Ingeniería Civil y Arquitectura Área de Ingeniería Eléctrica, Electrónica y Automática Área de Ingeniería Mecánica, Naval y Aeronáutica Área de Tecnología Electrónica y de las Comunicaciones Área de Tecnología Química Área de Transferencia de Tecnología y Desarrollo Tecnológico
Ciencias Experimentales	Área de Ciencias de la Computación y Tecnología Informática Área de Física y Ciencias del Espacio Área de Matemáticas Área de Química
Recursos Naturales y Medio Ambiente	Área de Agricultura Área de Biología Vegetal, Animal y Ecología Área de Ciencias de la Tierra
Ciencias de la Salud	Área de Biología Molecular, Celular y Genética Área de Fisiología y Farmacología Área de Medicina Área de Ciencia y Tecnología de Alimentos Área de Ganadería y Pesca

ción y promoción, por ejemplo—), evaluando el rendimiento científico de los profesores universitarios y del personal de las escalas científicas del CSIC cuando voluntariamente lo soliciten. De hecho, el sistema trae causa del artículo 45.3 de la ya derogada Ley de Reforma Universitaria y está regulado en el Real Decreto 1086/89, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado (aplicable sólo a los profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, pues los contratados en régimen laboral se regirán por lo dispuesto en la legislación autonómica).

La Comisión, que aún se rige por una OM de 2 de diciembre de 1994, la preside el Director General de Investigación, siendo sus vocales 7 representantes del Ministerio de Educación y Ciencia y 17 representantes designados por cada una de las Comunidades Autónomas. Representación que, sin que pueda juzgarse inoportuna, pues instrumenta y refleja la participación y colaboración de quienes dirigen la política universitaria, no parece tener mucha utilidad funcional ya que la evaluación que le corresponde realizar debe estar presidida por la objetividad y la especialidad técnicas. Y, por eso mismo, la CNEAI debe apoyarse en el asesoramiento de los miembros de la comunidad científica, creándose para cada evaluación una serie de Comités Asesores por ámbitos científicos (con una distribución disciplinar que suele juzgarse más acertada que la utilizada para designar la Comisión Asesora de la ANEP),²² cuyos miembros son científicos "sénior" (con al menos tres sexenios) designados a propuesta de la propia Comisión y una vez oída la Comisión Académica del Consejo de Universidades.

Más amplias funciones tiene legalmente encomendadas la ANECA (artículo 31.2 LOU), entidad de naturaleza fundacional concebida para la evaluación, certificación y acreditación no sólo de la actividad docente, investigadora y de gestión del profesorado universitario (a efectos de selección o contratación, principalmente), sino también de las enseñanzas, actividades, programas y servicios de las universida-

22. Se contemplan 11 campos científicos: Matemáticas y Física; Química; Biología Celular y Molecular; Ciencias Biomédicas; Ciencias de la Naturaleza; Ingenierías y Arquitectura, con tres variantes: Tecnologías Mecánicas y de la Producción, Ingenierías de la Comunicación, Computación y Electrónica y Arquitectura, Ingeniería Civil, Construcción y Urbanismo; Ciencias Sociales, Políticas y del Comportamiento; Ciencias Económicas y Empresariales; Derecho; Historia y Arte; y Filosofía, Filología y Lingüística.

des. Funciones que la sitúan más en el área de influencia de la política universitaria que de la científica, por el que no la dedicaremos aquí más comentarios, aunque sí es preciso dejar apuntada la aparición de numerosas ANECA autonómicas con un perfil similar.

Hay, por último, un conjunto de órganos que realizan otro tipo de evaluación: la *evaluación ética de la investigación*. Es el caso, por ejemplo, de los comités éticos de investigación clínica o biomédica previstos en la legislación sanitaria del Estado (la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, o la Ley 14/1007, de 3 de julio, sobre investigación biomédica), aunque por regla general no se trate de órganos estatales, por haberse transferido a las Comunidades Autónomas los servicios o centros sanitarios en los que se desarrollan su actividad y los proyectos de investigación.

Como se verá luego, la legislación autonómica también ha previsto la existencia de órganos similares en otros ámbitos disciplinares (por ejemplo, la investigación fitogenética), lo que guarda relación con la competencia existente para hacerlo. Al tratarse, en realidad, de una actividad de control y regulación de la investigación, no de fomento científico, la exigencia u ordenación de este tipo de órganos corresponde al titular de la competencia sobre la materia (sanidad, agricultura, ganadería, deporte...) objeto de la investigación que se pretende supervisar éticamente, motivo por el que suele recaer en las Comunidades Autónomas dicha responsabilidad.

Con independencia de lo dicho, parece oportuno comentar la necesidad de asegurar la relación entre estos comités y la sociedad cuyos valores éticos pretenden preservar. Esto resulta más fácil cuando las propias leyes, expresión de la voluntad de esa sociedad, les señalan los principios éticos a seguir (así lo hacen, por ejemplo, las leyes sanitarias antes citadas). Pero aun cuando exista esta pauta legal, y con más motivo si no la hay, parece conveniente que su composición responda a criterios tanto de especialización técnica como de representatividad social. Ésa es la idea que late en la acertada cautela legal de incluir en los comités antes citados personas ajenas a las profesiones (biomédicas) con al menos un licenciado en Derecho especialista en la materia (bioética), aunque posiblemente podría desarrollarse más (reglamentariamente) la representatividad de los miembros no técnicos que se integren en dichos órganos.

4.1.2. La planificación de la política científica

En este momento no resulta posible ahondar en la significación de la planificación administrativa, ni en las valoraciones ideológicas que suscita. Limitémonos a recordar que se trata de una técnica de identificación y priorización de necesidades y objetivos, de organización y disposición de recursos y de programación temporal y coordinación de actuaciones para realizar un determinado fin o propósito.

Un fin, unos objetivos, unos medios y una previsión temporal de actuaciones; éstos son los elementos sobre los que se construye el contenido de cualquier plan que, para serlo de verdad, debe sustentarse en una ordenación prospectiva y finalista de los recursos disponibles, no limitarse a poner bajo un vestido común –como algunas veces sucede, con propósito más mediático que organizativo– un conjunto de medidas sostenidas o nuevas pero carentes de una orientación común y de la debida complementariedad e integración.

Pues bien, la LFCIC señala que la política estatal de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica debe hacerse a través de un Plan Nacional. Éste es el instrumento técnico a través del cual el Ejecutivo debe perseguir los fines de interés general que señala la Ley (artículo 2): progreso científico-tecnológico, uso racional de los recursos naturales, crecimiento económico, competitividad y mejora del empleo, desarrollo de los servicios públicos, fortalecimiento de la defensa nacional, protección de los bienes culturales, mejora de la calidad de la enseñanza... Fines todos ellos vinculados a los principios rectores de la política económica y social constitucionalmente declarados, cuya realización efectiva depende en gran medida del soporte que proporciona el conocimiento y el desarrollo científicos.

De esa proyección sectorial o transversal de la política científica deriva la necesidad de articularla con las demás políticas públicas formando un todo integrado y coherente. Y por eso la planificación parece una técnica idónea para integrar, organizar y programar en el tiempo, tanto para el ámbito público como para el privado o empresarial (artículo 5 LFCIC), las medidas de fomento (normativas, financieras, organizativas...) y de coordinación de la investigación que impulse la realización de esos fines.

Parece así que, en el diseño de la LFCIC, el Plan Nacional debería venir a integrar y coordinar las políticas de fomento de la investigación departamentales y aún las autonómicas, pues dicho instrumento se establece también para la coordinación general (artículo 1). Pero resulta obvio que hasta la fecha no ha cumplido esa función en lo que respecta a las Comunidades Autónomas (buena muestra de ello es la inexistencia de programas autonómicos)²³ y que escapan a su influencia integradora algunas actuaciones de los Departamentos, de las Universidades o de otros centros públicos (y privados) de investigación que conforman el sistema científico-tecnológico. Así que no parece enteramente satisfecha la voluntad legal.

La funcionalidad del plan puede verse también comprometida por su falta de obligatoriedad. Ciertamente, la existencia del plan constituye una necesidad legal y su falta de aprobación (inactividad) o la inobservancia de algunos (pocos) trámites necesarios de su procedimiento de elaboración podrían (teóricamente y gozando de legitimación) sustentar la intervención de los Tribunales para exigir o anular el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adopta (artículo 6 LFCIC). Pero, en realidad, el Plan Nacional no es más que un acto administrativo interno, pues no tiene carácter normativo, ni recibe publicación oficial, pudiendo afirmarse que carece de auténtica eficacia jurídica (*ad extra*) y no tiene mayor obligatoriedad que la que pueda inferirse de la autovinculación administrativa o de la responsabilidad política. Ni siquiera los compromisos presupuestarios plurianuales que expresa son firmes, pues dependen de la aprobación anual de la ley de presupuestos. Y si el horizonte temporal que contempla se extiende a otra legislatura y se producen cambios de gobierno, no existe ninguna garantía de que el nuevo Ejecutivo aplique el plan como fue concebido, lo que puede echar por tierra el esfuerzo y los objetivos puestos en su elaboración. De ahí la necesidad de que el plan se elabore y apruebe desde la premisa de la participación, la integración y la colaboración y con un amplio consenso social y político que refuerce su estabilidad y permanencia, sin perjuicio de los ajustes que aconseje su ejecución o desarrollo.

23. En virtud de un reajuste efectuado en 1989 se incluyeron en el I Plan Nacional dos programas autonómicos cofinanciados: el de "Química Fina" de Cataluña (que se mantuvo en el II Plan Nacional) y el de "Nuevas Tecnologías para la Modernización de la Industria Tradicional" de la Comunidad Valenciana. Pero son los dos únicos ejemplos.

En fin, cuando escribo estas páginas, la CICYT acaba de elevar al Gobierno el nuevo y VI Plan Nacional de I+D+i 2008-2011. En esta ocasión el plan viene precedido y respaldado por dos iniciativas gubernamentales que resulta oportuno mencionar: por un lado, el Programa Nacional de Reformas que el Gobierno español presentó ante la Comisión Europea en octubre de 2005, en respuesta al acuerdo adoptado por el Consejo Europeo para relanzar la Estrategia de Lisboa. Es un documento que define la política económica del Gobierno para alcanzar plena convergencia con la Unión Europea en 2010 en renta *per cápita*, empleo y desarrollo de la sociedad de la información mediante el desarrollo de actuaciones ordenadas en siete ejes de actuación. Uno de ellos es la estrategia de I+D+i y se identifica con la iniciativa Ingenio 2010 dirigida a (i) aumentar los recursos destinados a la I+D+i; (ii) concentrar ese incremento en las actuaciones que se consideran más relevantes para el sistema (CENIT –fomento de los consorcios estratégicos–, CONSOLIDER –fomento de la excelencia investigadora–, AVANZ@ –desarrollo de la sociedad de la información–); (iii) impulsar reformas normativas para favorecer las actividades de I+D+i (simplificación de los procedimientos de subvención y contratación pública, situación administrativa de excedencia tecnológica, transformación de los OPI); (iv) mejorar el seguimiento y evaluación de la política científica; e (v) impulsar la coordinación regional para reducir desequilibrios, evitar la dispersión de recursos y aumentar la efectividad de la inversión pública. Y por otro lado, pero en directa relación con este último objetivo, la Estrategia Nacional de Ciencia y Tecnología, respaldada por el Consejo General, la CICYT y la III Conferencia de Presidentes. A ella me referiré más adelante, pues puede ser un primer hito, confiemos en que no quede sólo en símbolo, para lograr una efectiva cooperación y coordinación entre las políticas estatales y autonómicas.

Como puede comprenderse, no resulta posible detallar aquí todas las modalidades de fomento (becas, ayudas a la investigación y otras subvenciones a fondo perdido, anticipos y créditos reembolsables) en que pueden desgranarse los programas y acciones estratégicas que ordenarán el gasto de los recursos que las leyes presupuestarias asignen al nuevo Plan Nacional de acuerdo con sus previsiones. Pero sí podemos dejar anotada su estructura, que permite hacerse una idea de su contenido y alcance.

Esa estructura descansa en cuatro áreas u órdenes en las que pueden agruparse sus objetivos: (i) la generación de conocimiento y

capacidad científicos (investigación e investigadores); (ii) el fomento de la cooperación (entre el Estado y las Comunidades Autónomas y todos los demás agentes del sistema); (iii) impulso del desarrollo y la innovación tecnológica (en sectores identificados –alimentación, agricultura y pesca; medio ambiente y ecoinnovación; energía; seguridad y defensa; construcción, ordenación del territorio y patrimonio cultural; turismo; sector aeroespacial; transporte e infraestructuras; sectores industrial y farmacéutico); y (iv) acciones estratégicas (sobre salud, biotecnología, cambio climático y energía, telecomunicaciones y sociedad de la información y nanociencia y nanotecnología, que se distribuirán horizontalmente por todas las líneas y programas del plan).

Y para dar cumplimiento a los diferentes objetivos que se fija en cada una de esas áreas, el plan contempla un conjunto de actuaciones (iniciativas, convocatorias) agregadas en diversos programas nacionales y líneas, como sigue:

Líneas Instrumentales de Acción	Programas Nacionales
Recursos humanos	1. Formación de recursos humanos 2. Movilidad de recursos humanos 3. Contratación e incorporación de recursos humanos
Proyectos de I+D+i	4. Proyectos de investigación fundamental no orientada 5. Proyectos de investigación aplicada 6. Proyectos de desarrollo experimental 7. Proyectos de innovación
Fortalecimiento institucional	8. Fortalecimiento institucional
Infraestructuras	9. Infraestructuras científico-tecnológicas
Utilización del conocimiento	10. Transferencia tecnológica y promoción de empresas de base tecnológica
Articulación e internacionalización del sistema	11. Redes 12. Cooperación público-privada 13. Internacionalización de la I+D

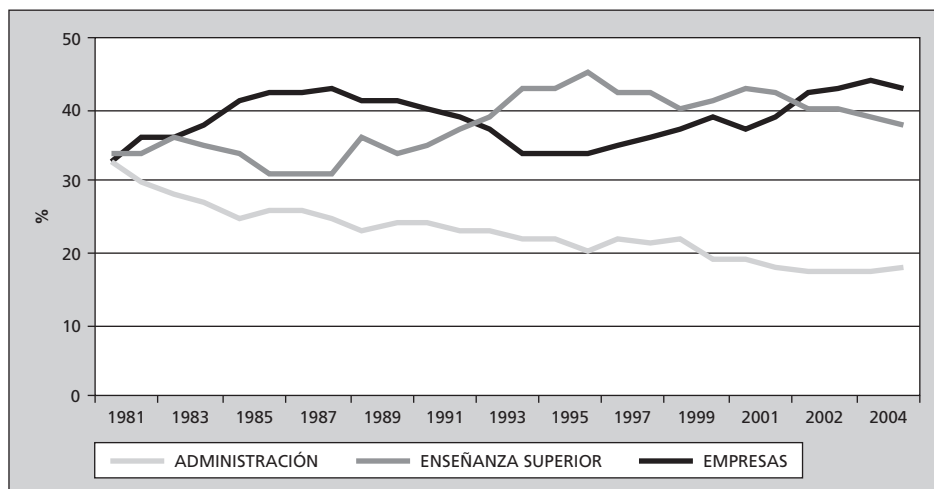
4.1.3. El personal investigador

“La investigación necesita más cabezas que medios (Severo Ochoa)”. Y la actividad investigadora que desarrolla la Administración científica requiere tanto del esfuerzo del personal investigador que

presta servicio en ellas, como del personal administrativo que ayuda a gestionar los recursos o del personal auxiliar que realiza labores de mantenimiento o instrumentales (que en algún caso precisan un elevado nivel de formación y cualificación técnica). Todos ellos conforman, en un sentido amplio y con independencia del carácter laboral o funcional de su relación de servicio, la función pública investigadora, cuya superioridad cuantitativa frente al empleo privado es notoria.

Esa situación se ha intentado modificar en los últimos años para reducir la distancia entre el empleo público y el privado, mediante acciones de fomento de la contratación privada de personal investigador y tecnológico (los programas de becas Ramón y Cajal, Juan de la Cierva o Torres Quevedo), mediante cambios normativos destinados a facilitar la movilidad del investigador público hacia el sector privado (artículo 19 LFCIC) y mediante otras iniciativas de transferencia de resultados de investigación a las empresas. No obstante, el efecto de estas medidas en términos cuantitativos no parece arrojar aún resultados significativos (como puede verse en el gráfico adjunto).²⁴

Porcentaje de gasto en I+D sobre gasto público total



24. Datos INE. Los datos son globales y se refieren, por tanto, a todo el empleo público (estatal y autonómico). Nótese que en los datos enseñanza superior se incluyen los de la enseñanza privada (aunque relativamente poco significativos).

Debe tenerse presente que al cuantificar los recursos humanos de titularidad pública implicados en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, se contabiliza personal con empleos y situaciones de servicio muy diferentes. Diferencias que son significativas también desde el punto de vista de las competencias normativa y ejecutiva para regular el régimen de ingreso o servicio de este personal.

Así, por ejemplo, las Universidades públicas cuentan con personal docente e investigador que son funcionarios de carrera cuyas condiciones de ingreso, promoción y régimen administrativo regula esencialmente la legislación del Estado (la LOU). Pero también pueden dotarse de profesores e investigadores contratados laboralmente en las condiciones que determine la legislación autonómica. El personal investigador de los organismos autonómicos de investigación, en cuanto que funcionario, estará sujeto a las determinaciones de la legislación estatal básica (el Estatuto del Empleado Público), de obligado cumplimiento para la legislación autonómica de función pública. Y las condiciones del personal laboral del Estado estarán sujetas a una normativa convencional distinta a la del personal investigador laboral de los centros o Administraciones autonómicas.

Además hay un colectivo cuantitativamente importante, el de los becarios de investigación, el personal investigador en formación, que aun no siendo empleados públicos sí forman parte de los recursos humanos involucrados en la I+D pública. Tampoco es infrecuente que se vincule a ella personal en regímenes administrativos de contratación.²⁵ O que las Administraciones promuevan la creación de sociedades mercantiles de titularidad pública y fundaciones privadas de públi-

25. La Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984 quiso acabar con la práctica, muy extendida y habitual en muchos organismos públicos de investigación, de contratar personal temporal en régimen administrativo. Su DA 4ª prohibió la celebración de nuevos contratos administrativos de colaboración y dio carácter excepcional a la contratación administrativa de personal, reservándola para "la realización de trabajos específicos y concretos no habituales". Un tipo contractual que hoy debemos considerar incluido entre los contratos de consultoría, asistencia y servicios que regula la legislación de contratos en cuyo objeto cabe, en efecto, la contratación de personas para la realización de estudios u otras actividades complementarias de la investigación (muestreos, análisis masivo de datos...) en colaboración con la Administración y bajo su supervisión. Típicamente administrativos, estos contratos no dan lugar a una relación de empleo, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los contratos laborales de duración determinada que pueden celebrar los organismos públicos para la realización de un proyecto específico de investigación o para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología (artículo 17 LFCE).

ca iniciativa para el desarrollo de actividades de interés público, también en el ámbito de la investigación científica y técnica, que contratan personal investigador en puro régimen laboral. De hecho, se han introducido algunos cambios en el régimen de la función pública investigadora para permitir a los funcionarios abandonar temporalmente la situación de servicio activo para incorporarse, en régimen de Derecho Privado, a sociedades mercantiles de titularidad de los organismos públicos de investigación o en las que participan éstos (artículo 19.2 LFCIC).

La situación jurídica del personal de la I+D pública es, por tanto, muy variada y la competencia reguladora del Estado no se ciñe a la ordenación del personal de sus propios organismos de investigación, sino que, en virtud de títulos competenciales diversos (derecho laboral, educación superior, fiscalidad, bases de la función pública, contratación, régimen jurídico de las Administraciones públicas, etc.) puede extenderse al personal que presta servicios en otros centros públicos o privados de investigación.

Dejando ahora de lado al personal docente e investigador de las Universidades, que cuenta con su legislación específica (que acaba de volver a modificar el régimen de selección, sustituyendo el sistema de la habilitación presencial por el de la acreditación nacional, previa a la oposición –artículo 57 LOU–; incluye mecanismos de evaluación (artículo 31 LOU); y ha creado una nueva situación de excedencia tecnológica –artículos 32 y 83 LOU–), y centrándonos en el personal funcionario de los organismos públicos de investigación del Estado cabe señalar que también su heterogeneidad es una nota característica.

A reducir la diversidad y heterogeneidad de las escalas funcionariales de los organismos autónomos vino la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984 (en adelante, LMRFP), que si bien admitió la existencia de normas especiales para el personal docente e investigador, incluyó dentro de su ámbito de aplicación al personal de los organismos autónomos y dispuso medidas para la racionalización de sus escalas.

Recuérdese que el actual modelo de función pública descansa sobre la noción de puesto de trabajo –y por ello la relación de puestos de trabajo es el instrumento que protagoniza la ordenación y disposición de los recursos humanos–, pero que los cuerpos y escalas de funcionarios conservan su utilidad como instrumento de clasificación

del personal estatutario y de ordenación de su carrera administrativa. Quienes se ponen al servicio de la Administración como funcionarios públicos pasan a formar parte de un determinado cuerpo (o escala, clase o categoría) en el que se reúnen o integran los que tienen una titulación y formación profesional común, han sido seleccionados con idénticos o similares criterios de especialización y capacitación técnica y con parecidas pruebas y están preparados para el desempeño de un determinado tipo de funciones.

Tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público, los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios están ordenados a su vez en grupos y subgrupos, teniendo en cuenta la titulación exigida a los funcionarios para ingresar en aquéllos (artículo 76), aunque no deja de resultar incoherente –y hasta sorprendente– que no se reconozca la diferencia entre el título de doctor (exigido para ingresar en algunos cuerpos y que acredita la capacidad investigadora) y el simple título de grado. Esta agrupación de todos los cuerpos y escalas en grupos y subgrupos ayuda a simplificar y reducir su enorme variedad, facilita la distribución funcional de los empleados por los diferentes puestos de trabajo y tiene, además, implicaciones de carácter retributivo.

En esa dirección uniformadora, el artículo 27 LMRFP autorizó al Gobierno a unificar los cuerpos y escalas de similares características. Y la DA 9ª procedió a integrar o unificar en escalas generales (de carácter administrativo o especial) a buena parte del personal de las escalas propias de cada organismo autónomo. Esta integración alcanzó también a las escalas de algunos organismos de investigación, si bien algunos de ellos (el CSIC, el INTA...) conservaron sus propias escalas de especialistas, atendiendo quizás a las peculiaridades propias de este personal que la propia LMRFP reconocía (artículo 1.2). Por consiguiente, parte del personal investigador quedó integrado en escalas departamentales, mientras el resto siguió agrupado en las escalas específicas de cada organismo, adscritas al ministerio responsable de éste.

La posterior aprobación de la LFCIC supuso la reordenación de los organismos autónomos específicamente dedicados a la investigación –los organismos públicos de investigación–, estableciendo un marco común de organización y funcionamiento para todos ellos, en un primer intento de racionalizar la Administración científica española. Se autorizó así al Gobierno a aprobar nuevos reglamentos

de organización, funcionamiento y personal para el CSIC, el CIEMAT (antes JEN), el IGME, el INTA y el IEO (DA 3ª); y también para el Instituto de Astrofísica de Canarias (DA 11ª). Reglamentos que apenas introdujeron cambios en lo referente a la clasificación del personal de los organismos.

La organización de la Administración científica se vio profundamente transformada con la creación en 2000 del (ya desaparecido) Ministerio de Ciencia y Tecnología, en el que se reunieron competencias antes atribuidas al Ministerio de Educación y Ciencia y otros departamentos. Novedad tras la que no se ocultaba el propósito más ambicioso, también más arriesgado, de reordenar integralmente la estructura de los organismos públicos de investigación, quizás de cara a su ulterior concentración en un único y gran organismo estatal de investigación.

Así parecía anunciarlo la creación de la Secretaría General de Política Científica (artículo 5 Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de Departamentos ministeriales), a la que se encomendó la coordinación de los organismos públicos de investigación dependientes del Ministerio de Ciencia y Tecnología y parece que iba a tener continuidad por una profunda modificación o sustitución de la LFCIC –una nueva Ley de la Ciencia–, aunque sólo llegaron a aprobarse algunas modificaciones singulares y el Gobierno actual no parece compartir ese propósito más general.

En cualquier caso, parece que venía a allanar el camino de esa reestructuración integral de los OPI la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Por medio de esta Ley (artículo 35) se crearon las Escalas de Investigadores Titulares y de Técnicos Superiores Especialistas de los OPIS, para integrar en ellas a los funcionarios del CIEMAT, el INIA, el IEO o el IGME (y los funcionarios del Cuerpo de Titulados Superiores del CSIC) que reunían una serie de requisitos referidos a su formación y experiencia como investigadores o tecnólogos respectivamente (las condiciones específicas de integración en estas escalas fueron reguladas luego por el Real Decreto 868/2001, de 21 de julio). Medidas de ordenación del personal que tuvieron continuidad en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo artículo 47 crea tres nuevas escalas: Escala de Técnicos Especialistas de Grado Medio (grupo B), Escala de Ayudantes de

Investigación (grupo C) y Escala de Auxiliares de Investigación (grupo D).

De este modo parece que se quería progresar en la simplificación de la función pública investigadora, armonizando las clasificaciones de personal del CSIC y de los demás OPIS para darles una común orientación o ubicación en el seno de una única carrera administrativa investigadora. Y probablemente, como he dicho, para facilitar la integración de los OPIS en una única organización administrativa. Aunque la reordenación de los cuerpos también podía relacionarse con la necesidad de configurar una carrera administrativa más variada y escalonada, que ofreciera mayores oportunidades de promoción interna, que estimulara la competitividad del personal, que mejorara la movilidad interdepartamental de los investigadores y que permitiera una ágil agregación o agrupación interdisciplinar de éstos (grupos de investigación más flexibles), objetivos todos deseables.

Ahora, la anunciada transformación en Agencia del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y de otros organismos públicos de investigación abre una incógnita sobre la continuidad y justificación del referido proceso de uniformización que se ha descrito. Tiempo de mudanza en el que también convendría pararse a pensar si las categorías generales y tradicionales de la función pública resultan adecuadas al perfil y la carrera propia de los investigadores.

4.2. La política científica autonómica

4.2.1. Su dimensión organizativa

El estudio de la organización autonómica de la investigación debe comenzar por los *órganos y entidades de dirección y gestión, control, evaluación y asesoramiento* en materia de investigación. En lo que se refiere a los *órganos superiores*, responsables de la definición, impulso y ejecución de la política científica y tecnológica, la contemplación de la estructura departamental de los Ejecutivos autonómicos permite apreciar que las competencias en materia de investigación científica y desarrollo tecnológico no suelen atribuirse a un único departamento gubernamental, sino que se reparten entre los departamentos responsables de la política educativa y la industrial, en la forma que muestra la siguiente tabla (datos de abril 2007):

COMUNIDAD	GOBIERNO	DEPARTAMENTOS
Andalucía	PSOE	Innovación, Ciencia y Empresas / Educación y Ciencia
Aragón	PSOE*-PAR	Ciencia, Tecnología y Universidad*
Asturias	PSOE	Educación y Ciencia
Canarias	CC	Educación, Cultura y Deporte
Cantabria	PSOE	Educación / Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico
Castilla y León	PP	Educación
Castilla-La Mancha	PSOE	Educación y Ciencia
Cataluña	PSC-ERC*-ICV	Innovación, Universidades y Empresa*
Com. Valenciana	PP	Empresa, Universidad y Ciencia
Extremadura	PSOE	Infraestructuras y Desarrollo Tecnológico / Educación
Galicia	PSOE-BNG	Innovación e Industria / Educación y Ordenación Universitaria
Islas Baleares	PP	Economía, Hacienda e Innovación
La Rioja	PP	Educación, Cultura y Deporte
Madrid	PP	Educación / Economía e Innovación Tecnológica
Murcia	PP	Educación y Cultura
Navarra	UPN-CDN	Industria y Tecnología, Comercio y Trabajo / Educación
País Vasco	PNV-EA*-EB	Educación, Universidades e Investigación*

El hecho de compartir competencias propias de la política científica y el carácter horizontal que suele tener ésta, pues sus objetivos y medidas han de proyectarse por todos los sectores de la acción administrativa y muchas veces requiere, por ello mismo, la actuación conjunta o unitaria de los departamentos implicados, determina la existencia de *órganos interdepartamentales de coordinación* en casi todas las Comunidades Autónomas (por ejemplo, el Consejo Interdepartamental de Investigación e Innovación Tecnológica de Cataluña [CIRIT], la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología de Extremadura [CICYTEX], la Comisión Interdepartamental de Ciencia y Tecnología de Galicia [CICETGA], o la Comisión Interdepartamental de Investigación y Desarrollo Tecnológico de La Rioja). En la mayor parte de los casos estos órganos intervienen en la planificación, coordinación, seguimiento y control de los instrumentos o planes de programación de la inversión o el gasto en política científica (y a veces están asistidos por una unidad de apoyo, como la Oficina de la Ciencia de Canarias).

Junto a los habituales órganos de dirección y gestión (direcciones generales, subdirecciones, servicios...), en la organización autónoma de la investigación resulta posible singularizar algunos *órganos de supervisión o control* de la actividad investigadora desde la óptica de la prevención y confinamiento de sus riesgos materiales (pers-

pectiva técnica relacionada con los efectos nocivos que la investigación pueda tener sobre la salud de las personas, su patrimonio o el ambiente) y morales (perspectiva ética relacionada con el respeto a la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales).²⁶

Puede observarse también cómo paulatinamente casi todas las Comunidades Autónomas van dotándose de sus propios *órganos u organismos de acreditación, evaluación y prospectiva científica y tecnológica* establecidos para efectuar el seguimiento del profesorado o la actividad de las Universidades existentes en su territorio (a imagen de la ANECA o de la CNEAI) o el sistema autonómico de ciencia, tecnología y empresa en su conjunto (a imagen de la ANEP).

Al primer perfil responde, por ejemplo, la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco cuyos estatutos han sido aprobados por Decreto 138/2006; creada por la Ley vasca 3/2004, de 25 de febrero, se trata de un entidad pública de Derecho privado que, por tanto, somete su actividad en las relaciones externas, con carácter general, a las normas del Derecho civil, mercantil y laboral que le sean aplicables, excepto en los actos de evaluación, acreditación o certificación y los que impliquen el ejercicio de potestades públicas, los cuales quedan sometidos al Derecho público.

Al segundo perfil, de proyección más amplia, parece responder, en Aragón, la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria, entidad de Derecho público creada por la Ley aragonesa 5/2005, de 14 de junio, para promover la mejora de la calidad del sistema universitario aragonés favoreciendo su relación con el mundo empresarial y laboral y la sociedad. Y en la Comunidad Valenciana, la recientemente creada Agencia Valenciana de Evaluación y Prospectiva (Ley 5/2006,

26. Por ejemplo, la Comisión Biotecnológica que en Aragón supervisa la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (Decreto 65/2006); los Comités de Ética de Investigación Clínica de Cataluña, cuya acreditación y requerimientos regula el Decreto 406/2006; el Comité Valenciano de Control de los Organismos Modificados Genéticamente creado por la Comunidad de Valencia (Decreto 69/2006), a quien compete autorizar la liberalización voluntaria de estos organismos con fines de investigación; la Comisión de Uso Racional del Medicamento que en Extremadura coordina la investigación clínica con medicamentos (Ley 6/2006, de 9 de noviembre); o el Comité de Bioética de la Consejería del Medio Rural de Galicia en lo referente a la experimentación con animales.

de 25 de mayo), configurada como entidad de Derecho público y sometida al Derecho privado salvo en lo preceptuado por su Ley fundacional (o las disposiciones que la desarrollen), la legislación de la Hacienda autonómica o cuando ejercite potestades administrativas o celebre contratos (sujetándose ente último caso a "las previsiones que al respecto se contienen en la legislación vigente sobre contratos de las Administraciones públicas, para este tipo de entes"). Junto con el ejercicio de las funciones de acreditación y evaluación de las instituciones universitarias y del profesorado, se le encomienda la evaluación de programas tecnológicos, empresariales, de investigación y de desarrollo y la prospectiva y el análisis de las nuevas demandas tecnológicas, científicas y universitarias de utilidad para la Comunidad Valenciana. Actividades que puede realizar por propia iniciativa o por delegación o encargo de otras Administraciones y entidades públicas en virtud de las correspondientes encomiendas, convenios, acuerdos de colaboración.

También se han dotado las Comunidades Autónomas de *órganos consultivos* (que eventualmente facilitan la coordinación interdepartamental, como los que se han citado antes) para orientar su política científica. Por citar algunos ejemplos, Galicia cuenta con un Consejo Asesor de Investigación y Desarrollo Tecnológico (creado por la Ley 12/1993, de 6 de agosto). Y la Comunidad Valenciana ha dado recientemente nueva denominación, composición y normas de funcionamiento al Alto Consejo Consultivo en Investigación, Desarrollo e Innovación de la Presidencia de la Generalidad (Decreto 136/2006), órgano colegiado interdepartamental del que son miembros los titulares de los órganos superiores y directivos de las Consejerías con competencias directas o conexas sobre investigación y desarrollo y un número (indeterminado) de vocales científicos directamente designados por el presidente.

Junto a los órganos consultivos específicos de la política científica, sin embargo, hay muchos otros órganos colegiados, de carácter sectorial, a los que su normativa de creación o funcionamiento atribuye funciones de asesoramiento o consulta relacionadas con la investigación de las materias propias de su competencia sectorial.

En la organización regional de la investigación ha de hacerse un capítulo específico para las *entidades autonómicas de investigación*.

Las Comunidades Autónomas tienen a reproducir el modelo de la organización estatal creando sus propios organismos de investigación, normalmente de conformidad con lo dispuesto en leyes autonómicas específicas para cada organismo, ejercitando las potestades de autoorganización que les confieren los respectivos Estatutos de Autonomía y aprovechando, en algún caso (investigación agraria, por ejemplo), los recursos transferidos desde el Estado.

Estos entes suelen adoptar la forma propia de los organismos autónomos, aunque también se advierten otros tipos de personificación, como entidades públicas empresariales, fundaciones privadas de patrono público o sociedades mercantiles de pública titularidad, o incluso la constitución de centros o unidades administrativas sin personalidad jurídica. Sin embargo, lo habitual es que no se trate de entidades de investigación en sentido estricto, esto es, dedicadas exclusivamente a labores de investigación o desarrollo tecnológico, sino que se les encomienden el desarrollo de éstas conjuntamente con otras funciones y servicios administrativos. En este mismo orden merecen una mención separada los organismos o entidades prestadoras de servicios sanitarios.

No es posible enumerar ahora todo este elenco de instituciones, objeto de una dinámica organizativa muy voluble, pero puede ser ilustrativo el repaso de los cambios o novedades que trajo consigo el último ejercicio normativo.

Así, tras el examen de las disposiciones normativas y por lo que respecta a los *organismos públicos de naturaleza esencialmente investigadora*, debe señalarse que en 2006 La Rioja ha dado nueva configuración legal al Instituto de Estudios Riojanos.²⁷ Andalucía ha modi-

27. Una dependencia administrativa con prolongada tradición cultural en la región que, creada por la Diputación Provincial de Logroño en 1946, fue adscrita a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte al organizarse la Comunidad Autónoma y asumir ésta los recursos y servicios de aquélla. La Ley riojana 1/1989, de 24 de abril, dispuso que el Consejo de Gobierno pudiera conferirle personalidad jurídica (DA 4ª), pero el Ejecutivo autonómico no hizo uso de esa habilitación al dictar diversos reglamentos que han venido disciplinando su organización y funcionamiento. Ahora, la Ley riojana 4/2006, de 19 abril, le otorga la consideración de organismo autónomo, adscrito a la Consejería competente en materia de cultura, para la investigación, promoción, difusión y divulgación de la ciencia y cultura riojanas y de sus valores, con una visión multidisciplinar e intersectorial (artículo 1). En desarrollo de la misma, por Decreto 56/2006 se han aprobado sus nuevos estatutos.

ficado los Estatutos del organismo autónomo Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción.²⁸ Aragón ha hecho importantes cambios en la organización, composición y funcionamiento de su Centro de Investigación y Tecnología Agraria, entidad de Derecho público que debe ajustar su actividad al Derecho privado, y en particular en sus relaciones externas, tráfico patrimonial y mercantil (Ley 6/2006, de 22 de junio). En Cataluña se han modificado los estatutos del Consorcio del Centro de Investigación Ecológica y Aplicaciones Forestales.²⁹ Cantabria ha modificado la estructura orgánica del Centro de Investigación del Medio Ambiente.³⁰ La Comunidad Valenciana ha reorganizado el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias, creando en él nuevos centros o unidades (D. 128/2006), y el Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo.³¹ Y Murcia ha procedido a modificar los estatutos y la estructura orgánica del organismo autónomo Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (Decretos 13/2006 y 14/2006) para adecuarlos a las exigencias de la legislación autonómica de organización y régimen jurídico.³²

Entre los *organismos que no tienen naturaleza esencialmente investigadora* pero realizan funciones de investigación puede citar-

28. Uno de sus primeros organismos de investigación, constituido con recursos y servicios transferidos del Estado, que ahora se adscribe a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, cambiando algunos aspectos del sistema de designación de directores de los centros de la entidad y reordenar el sistema de selección o ingreso de su personal investigador.

29. Una entidad en la que participan la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad de Barcelona, el Instituto de Estudios Catalanes y varios Departamentos de la Generalidad, actuando como presidente el Consejero de Medio Ambiente y Vivienda. Se dedica a la investigación básica en el ámbito de la ecología terrestre, especialmente la forestal, y de la gestión del medio ambiente (Decreto 375/2006).

30. Un organismo con propia personalidad jurídica creado en 1991 para desarrollar estudios de calidad ambiental y actividades de información, educación y difusión, hallándose ahora en consideración su transformación en agencia.

31. Un organismo autónomo de carácter administrativo (creado por la Ley valenciana 2/2004, de 28 de mayo) al que se otorga la consideración de entidad autonómica de referencia en materia de investigación científica y técnica sobre la prevención de riesgos laborales (Decreto 122/2006).

32. Se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, que fue creado por la Ley murciana 8/2002, de 30 de octubre, para desarrollar actividades de investigación de interés para los sectores agrario, forestal y alimentario, el pesquero, el del marisqueo, la acuicultura marina, la agricultura y cualquier otra forma de cultivo industrial.

se la creación en Extremadura del Centro de Información Cartográfica y Territorial (Decreto 181/2006), al que se atribuye la elaboración de programas de investigación y de formación científica y técnica en el ámbito de su competencia. En La Rioja se ha creado una Agencia del Conocimiento y la Tecnología que se trata, pese a su denominación, de una entidad pública empresarial concebida para impulsar y promover el uso de las nuevas tecnologías y el desarrollo de la Administración electrónica y, en lo que nos interesa, la capacitación, la investigación tecnológica y la gestión del conocimiento en dicho ámbito material (Ley 3/2006, de 17 de marzo). También puede citarse para Navarra, el Instituto Navarro de Salud Laboral, organismo autónomo que tiene encomendadas funciones para la investigación de patologías y riesgos laborales y cuyos estatutos acaban de ser revisados (Decreto 16/2006). O la creación por el Principado de Asturias del Instituto Asturiano de Estadística (artículo 36 Ley asturiana 7/2007, de 3 de noviembre), organismo autónomo de carácter administrativo al que se confía la coordinación, organización e impulso de la estadística regional, además de estar llamado a promover la investigación en esta disciplina, colaborando con las Universidades, centros de investigación y demás entidades autonómicas y locales.

En este punto ha de mencionarse también la existencia de *organismos o entidades prestadoras de servicios sanitarios* que, bajo diferentes formas de personificación, realizan también actividades de investigación.³³

33. Así, en Andalucía existen varias empresas públicas para la gestión de los hospitales y centros hospitalarios de la Comunidad (Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir), confiándoseles, entre otros fines, el fomento de programas de investigación para la promoción de la salud; en 2006 se ha creado otra nueva entidad (Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir) y se han modificado los estatutos de estas empresas (Decreto 190/2006), siendo todas ellas entidades de Derecho público que han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado (o sea, entidades públicas empresariales). En Cataluña también realizan actividades de investigación los órganos y servicios del Instituto Catalán de la Salud (Decreto 53/2006). En las Islas Baleares cuentan con el Servicio Balear de Salud, ente público de carácter autónomo regulado por la Ley balear 5/2003, de 4 de abril, que puede ejecutar y coordinar programas de investigación y que actúa con sujeción al ordenamiento administrativo (habiendo sido recientemente aprobado su estatuto por Decreto 39/2006). Desde hace tiempo (Ley 10/1990, de 23 de noviembre) también Navarra cuenta con un organismo autónomo, denominado Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, cuyo estatuto ha sido revisado por Decreto 45/2006 y entre cuyas funciones está el desarrollo de programas de investigación.

Entre las *formas privadas de personificación* debe citarse en este 2006 la constitución por iniciativa de la Comunidad de Madrid de la Fundación de la Energía.³⁴ Y otra fundación de pública iniciativa promueve, en Cantabria, la creación del Centro Internacional de Estudios Superiores del Español.³⁵

En algunos casos se ha previsto que este tipo de entidades asuman y gestionen funciones delegadas o encomendadas por la Administración Pública, "en relación con programas autonómicos, nacionales o de la Unión Europea, para el fomento de la investigación" y que ejecuten o colaboren en "programas de actuación financiados por las Administraciones públicas nacionales o de la Unión Europea, y cualesquiera otros apoyados por entidades públicas o privadas, que tengan por objeto el fomento de la investigación o de la formación relacionados con el fin fundacional", previsiones que deben ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas sobre el marco contractual de la encomienda de gestión y sus límites cuando tenga por objeto actividades que deban realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

Por lo que se refiere a las *sociedades mercantiles de titularidad autonómica*, en 2006 Aragón ha creado la empresa Parque Tecnológico del Motor de Aragón, S.A., para promover el desarrollo de esta infraestructura y captar empresas y entidades de investigación, innovación o desarrollo –del sector de la automoción– interesadas en hacer uso de ella. Galicia ha procedido a disolver y liquidar la Sociedad Anónima de Gestión del Centro Tecnológico del

34. En cuyo patronato participan, además de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid, la Confederación Empresarial Independiente de Madrid-CEOE, la Universidad Politécnica de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos, las mercantiles BP España, CEPSA, Endesa Energía, Iberdrola, Unión FENOSA y Gas Natural y la Fundación Repsol-YPF. Entre los fines fundacionales está el fomento y la participación en programas y proyectos de investigación y desarrollo tecnológico relacionados con la energía, la transferencia de tecnológica entre empresas y la actuación como centro de información y coordinación entre quienes desarrollen actividades de investigación en este ámbito.

35. Concebido como un centro de formación superior, investigación y difusión de la lengua y de la cultura española fundamentalmente dirigido a ciudadanos extranjeros (que tendrá sede en el edificio de la antigua Universidad Pontificia de Comillas, una vez acometida su rehabilitación).

Mar.³⁶ La investigación y el desarrollo tecnológico, en el orden de la protección ambiental, es uno de los fines de la empresa pública Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A.³⁷

Estos son algunos ejemplos recientes, como digo, de las variadas formas de personificación que utilizan las Comunidades Autónomas para organizar sus actividades de promoción y desarrollo de la investigación.

Por último, no resulta infrecuente que las disposiciones organizativas (a veces más como fórmula de estilo de dudosa realización práctica) atribuyan labores o funciones de promoción o desarrollo de la investigación científica a simples *órganos, centros o unidades administrativas creados con otra finalidad sectorial* distinta y más específica.³⁸

36. La entidad fue creada por Decreto 265/2004, entre otros fines, para participar en la promoción y ejecución de proyectos de investigación sobre recursos pesqueros pero no ha llegado a desarrollar actividad alguna. Según parece, estaba llamada a complementar o suceder la actividad de una fundación preexistente, con similar objeto e idéntica denominación, constituida en 2001 por iniciativa de la Xunta de Galicia y el Ministerio de Educación y Ciencia y de cuyo patronato forman parte, además, las Universidades Santiago de Compostela, La Coruña y Vigo, el Instituto Español de Oceanografía, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), la Secretaría General de Pesca Marítima, el Centro Técnico Nacional de Conservación de Productos de la Pesca y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria.

37. Constituida en 2006 por Castilla-La Mancha para el desarrollo, gestión y ejecución de planes, proyectos, infraestructuras, obras y programas de actuación relacionados, directa o indirectamente, con el medioambiente, la gestión integral de residuos, la prevención y extinción de incendios forestales, el desarrollo rural, y la gestión y explotación de actividades económicas relacionadas con los recursos o valores medioambientales. La nueva entidad mercantil se rige por el ordenamiento jurídico privado, salvo, como es lógico, en las materias en que sea de aplicación la normativa pública presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación administrativa (Ley manchega 1/2006, de 23 de marzo).

38. Circunscribiéndonos también al pasado ejercicio, éste es el caso, por ejemplo, en Aragón, del Museo Pedagógico en materia de investigación e innovación educativa (Decreto 112/2006); en Cataluña, del Centro de Trasfusiones, en lo que atañe a la investigación sobre hemoterapias (Decreto 298/2006), del Consejo de Pesca y Asuntos Marítimos, en lo que respecta a la investigación oceanográfica (Decreto 336/2006), o de los Consejos Asesores asociados a los planes directores de sanidad (Decretos 29/2006, 30/2006, 39/2006); en Cantabria, del recientemente creado Observatorio Cántabro de Apoyo a la Familia (Decreto 58/2006); en la Comunidad Valenciana, del Consejo Asesor de Investigación en Ciencias de la Salud, órgano consultivo adscrito a la Consejería de Sanidad a la que asesora en la definición de líneas prioritarias de investigación en dicho ámbito (Decreto 149/2006), o del Consejo Valenciano del Deporte (Ley valenciana 3/2006, de 12 de mayo), órgano consultivo cuyos estatutos ha sido aprobado por Decreto 170/2006; en Extremadura, del Consejo Asesor sobre Diabetes (Decreto 93/2006) o de las Comisiones Sociosanitarias de zona (Decreto

Un tercer bloque o conjunto de la organización regional de la investigación lo conforman los *institutos universitarios de investigación*.

Son centros dedicados a la investigación científica y técnica (o a la creación artística) que la Universidad puede constituir por sí sola o conjuntamente con otras universidades o entidades públicas o privadas mediante convenios u otras formas de cooperación, siempre que cuente con el beneplácito de su Consejo Social y de la Comunidad Autónoma (artículos 8.2 y 10 LOU). Ésa puede ser también la forma que adopten las instituciones o centros de investigación públicos o privados que, mediante el correspondiente convenio, se adscriban a las Universidades públicas, siendo también necesaria la iniciativa o el parecer favorable del Consejo Social y de la Comunidad Autónoma (artículo 10.3 LOU). Durante 2006 se han creado varios institutos universitarios de investigación, en su mayor parte fruto de la colaboración, paulatinamente más intensa, entre las Universidades y las respectivas Administraciones autonómicas (y en algún caso de la Administración estatal, a través de sus organismos públicos de investigación).³⁹

7/2006), entre cuyas funciones está la promoción de investigaciones y estudios en dichos ámbitos; de los centros de tecnificación y rendimiento deportivo que la Ley del Deporte de las Islas Baleares (Ley 14/2006, de 17 de octubre) prevé que se creen en colaboración con otras administraciones y federaciones deportivas, del Centro Balear de Información y Documentación para la Juventud (Ley 10/2006, de 26 de julio), del Observatorio Permanente de Apoyo a la Familia (Decreto 45/2006) o del Instituto Balear de la Energía (Decreto 72/2006), órgano administrativo de asesoramiento sobre investigación, innovación y desarrollo en materia de energía que puede proponer la realización y evaluación de programas de investigación en este ámbito; del Centro de Transfusiones (Decreto 13/2006) o del Centro Riojano de Innovación Educativa (Decreto 61/2006) de La Rioja; del Instituto de Nutrición y Trastornos Alimentarios de la Comunidad de Madrid (Ley 4/2006, de 22 de diciembre); del Instituto de Medicina Legal de Madrid (Decreto 37/2006) o de Cataluña (Decreto 411/2006) que, como los demás de su clase, son órganos de la Administración judicial previstos en la LOPJ llamados a prestar asistencia técnica en materia de medicina forense a los órganos jurisdiccionales, fiscales y a las oficinas del Registro Civil; del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Murcia, que puede promover proyectos de investigación con medios propios o en colaboración con otras instituciones de investigación (Decreto 219/2006); del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra (Decreto 9/2006); del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia del Principado de Asturias (Decreto 10/2006).

39. Así, Canarias ha aprobado la creación en la Universidad de la Laguna del Instituto Universitario de Tecnologías Biomédicas (Decreto 11/2006) y del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres (Decreto 12/2006), de 8 de febrero); Cantabria ha aprobado la creación en la Universidad de Cantabria del Instituto de Investigación de Hidráulica Ambiental (Decreto 30/2006); y la Comunidad Valenciana ha aprobado la creación en la Universidad de Alicante del Instituto Universitario Multidisciplinar para el Estudio del Medio "Ramón

A la vista de lo expuesto, parece posible concluir que en buena medida la Administración científica autonómica imita la organización estatal. Mimetismo que no siempre puede explicarse por el efecto uniformador de una legislación estatal básica, pero sí por la funcionalidad práctica del modelo, y que en ocasiones no resulta justificado a la luz de la más reducida dimensión de la Comunidad.

4.2.2. La transferencia de resultados

No son infrecuentes las disposiciones, de rango legal o reglamentario, que en muy diversos sectores económicos y ámbitos de la acción pública encomiendan a las Administraciones públicas la adopción de medidas o programas dirigidos a impulsar la transferencia del conocimiento científico y tecnológico entre los centros de generación y los agentes productivos, constituyendo la misma presupuesto indispensable de los procesos de innovación y mejora de la competitividad.

Sirvan de muestra las que durante el pasado ejercicio han efectuado, por ejemplo, en Aragón la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y fomento de la actividad industrial (artículo 33.d.2º y 5º: promocionar la transferencia de conocimientos y la innovación y propiciar que el sistema de investigación, desarrollo y transferencia de conocimiento y la industria actúen de manera conjunta con objetivos complementarios) o la Ley 15/2006, de 28 diciembre, de montes (artículo 108: “la administración (...) impulsará las actividades tendentes a incrementar la formación técnica de los profesionales del sector forestal, la transferencia de tecnología, la modernización y la mejora de los procesos de transformación”, objetivo para el que podrán otorgarse convenios de colaboración con centros de investigación, empresas de transformación, Universidades o cualesquiera otras entidades oportunas). Y en Murcia, la Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de energías renovables y ahorro y eficiencia energética.

Margalef” (Decreto 47/2006), del Instituto Universitario de Investigación Informática, del Instituto Universitario de Investigaciones Turísticas y del Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz (todos ellos por Decreto 107/2006) y en la Universidad Politécnica de Valencia del Instituto de Restauración del Patrimonio (Decreto 6/2006) y ha dado nueva denominación al Instituto Universitario de Tecnología Cerámica Agustín Escardino de la Universidad Jaime I de Castellón (Decreto 89/2006, antes Instituto de Tecnología Cerámica).

Mas, por importantes que puedan considerarse, estas declaraciones legales sirven de poco si no van acompañadas o encuentran desarrollo en medidas e instrumentos adecuados y reales. Sobre el papel, las leyes suelen habilitar el uso de instrumentos financieros (subvenciones a fondo perdido, avales, préstamos, inversiones directas, beneficios fiscales...), la celebración de convenios de colaboración, la conformación de plataformas o redes participativas (en las que se relacionen e intercambien conocimientos y experiencias los investigadores, tecnólogos y empresarios) y la constitución de unidades administrativas, centros o entidades especializadas en dicho objetivo.

De hecho, casi todos los organismos autonómicos de investigación (y las Universidades –artículo 41.4 LOU–, a través de sus respectivas OTRI y la red que conforman) tienen estatutariamente encomendada la realización de actividades de formación y transferencia de tecnología en las materias propias de su competencia científica (agricultura, pesca, etc.) y en las Comunidades existen otros entes específicamente creados para ello, como digo, con variada forma jurídica (órganos sin personalidad, entes públicos empresariales, fundaciones de patrono público, sociedades mercantiles...) No es preciso enumerarlos ahora, pero en su conjunto son más de 200 las oficinas o centros de transferencia registrados en todo el país.

Éste puede ser también el lugar oportuno para mencionar la existencia de agencias o entidades regionales que, como el CDTI estatal, pero a diferente escala, promueven la implicación de las empresas en el proceso científico-tecnológico para mejorar su competitividad y explotar comercialmente los resultados de la investigación.⁴⁰

Y un instrumento muy extendido, que no siempre cumple la finalidad pretendida (pues en la práctica puede quedar reducido a una mera actuación urbanística de ofrecimiento de suelo industrial), es el de la creación de parques tecnológicos para concentrar espacialmente a los agentes del sistema científico-tecnológico y empresarial y facilita su actuación complementaria y sinérgica.

40. Como, por ejemplo, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), el Instituto Tecnológico de Aragón (ITA), la Sociedad para el Desarrollo Regional de Cantabria (SODERCAN), el Centre D'Innovació i Desenvolupament Empresarial (CIDEM), la Agencia de Desarrollo Económico de La Rioja (ADER), el Instituto de Fomento de la Región de Murcia (INFO) o el Instituto de Desarrollo Económico del Principado de Asturias.

4.2.3. La planificación autonómica

Lo mismo que la Unión Europea (programas marco de I+D) o el Estado (planes nacionales de investigación científica y tecnológica), todas las Comunidades Autónomas cuentan con instrumentos de orientación y programación temporal y sectorial del gasto público en materia de investigación y desarrollo tecnológico para la ejecución de las medidas administrativas a través de las que se expresa la política científica respectiva y se combina el ejercicio de las competencias autonómicas en esta materia junto con las de definición de las bases, ordenación, planificación y fomento de la actividad económica y el desarrollo regional.

Estos instrumentos adoptan habitualmente la misma forma –hay que preguntarse si justificadamente– que el Plan Nacional y aun tienen, a veces, una estructura similar, en lo que se refiere a la disposición de sus objetivos, líneas prioritarias, programas (horizontales y sectoriales), temas y acciones. Pero no siempre se logra una adecuada o suficiente conjunción con aquél o con los instrumentos europeos (como el VII Programa Marco Comunitario 2007-2013).

Dado que el marco temporal de estos planes autonómicos de investigación y desarrollo difiere de una Comunidad a otra y cada una de ellas se halla en un momento o fase diferente de la ejecución de sus respectivos planes, voy a limitarme a señalar cuál es su situación actual.

En 2006 entraron en su último año de ejecución los siguientes planes:

COMUNIDAD	DENOMINACIÓN DEL INSTRUMENTO	VIGENCIA
Canarias	Plan Canario de I+D+i 2003-2006	2003-2006
Cantabria	Plan Estratégico de Desarrollo Tecnológico de Cantabria 2002-2006*	2002-2006
Castilla y León	Estrategia Regional de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación 2002-2006	2002-2006
C. Valenciana	Plan Valenciano de I+D+i 2001-2006	2001-2006
Región de Murcia	Plan de Ciencia y Tecnología 2003-2006	2003-2006

* No es un plan de I+D en sentido estricto, pero sí un instrumento de programación del gasto con inversiones para desarrollo empresarial y tecnológico.

Y en 2007 se hallan en pleno proceso de ejecución los siguientes instrumentos:

COMUNIDAD	DENOMINACIÓN DEL INSTRUMENTO	VIGENCIA
Aragón	II Plan Autonómico de Investigación, Desarrollo y Transferencia de Conocimientos (II PAID)	2005-2008
Asturias	Plan de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación	2006-2009
Cantabria	Plan Regional de Investigación, Desarrollo e Innovación	2006-2010
Castilla-La Mancha	Plan Regional de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación (PRINCET)	2005-2010
Cataluña	Plan de Investigación e Innovación de Cataluña	2005-2008
Extremadura	III Plan Regional de Investigación, Desarrollo e Innovación	2005-2008
Islas Baleares	Plan de Ciencia, Tecnología e Innovación de las Islas Baleares	2005-2008
Madrid	IV Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica (IV PRICIT)	2005-2008
Navarra	Plan Tecnológico de Navarra	2004-2007
La Rioja	Plan Riojano de I+D+i	2003-2007

En las restantes Comunidades Autónomas, extinguidos ya los instrumentos previamente existentes, se han venido estudiando sus resultados, realizando consultas y discutiendo y definiendo prioridades y objetivos para elaborar y aprobar otros nuevos.

En el caso de Andalucía, acaba de aprobarse el nuevo Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación 2007-2013 (PAIDI), que ahora integra en un instrumento único dos que hasta ahora se formulaban por separado: el Plan Andaluz de Investigación (PAI) y el Plan Director de Innovación y Desarrollo Tecnológico para Andalucía (PLADIT). Es el principal instrumento de programación, coordinación, dinamización y evaluación de la política de desarrollo científico y tecnológico de la Junta de Andalucía. En su procedimiento de elaboración, liderado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, se ha incluido un informe del Consejo Andaluz de Universidades y un trámite de audiencia a las universidades y centros públicos de investigación de Andalucía para la aportación de sugerencias y observaciones, sometiéndose luego la propuesta a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y, finalmente, al Consejo de Gobierno, para su aprobación como Decreto y presentación ante el Parlamento (Decreto 86/2007, de 27 de marzo).

También Canarias ha completado la elaboración del Plan Integral Canario de Investigación, Desarrollo e Innovación para el periodo 2007-

2010 (según información facilitada por el Gobierno canario, aunque en el boletín oficial de la Comunidad, salvo error mío, no hay constancia de acuerdo o disposición alguna sobre el mismo). En Murcia se acaba de presentar el II Plan de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia 2007-2010. Y por lo que respecta al País Vasco, su Plan de Ciencia, Tecnología e Innovación expiró en 2004 y no he podido constatar la existencia de un instrumento similar posterior (sí que se han adoptado otros planes de más limitado y variado alcance, entre los que puede destacarse, por su relación o conexión con la política de I+D, el Plan de Competitividad Empresarial e Innovación Social, que promueve el Departamento de Industria), aunque el Lehendakari ha anunciado la intención del Gobierno Vasco de aprobar un nuevo plan cuatrienal en cuya elaboración intervendría un futuro Consejo Vasco para la Innovación y Desarrollo que contaría con la presencia de todas las Universidades y las Administraciones con competencias en materia de investigación.

No es posible aquí detallar las previsiones de todos estos planes que, aun considerando las condiciones socioeconómicas peculiares de cada territorio y las diferencias cualitativas y cuantitativas que determinan, presentan objetivos o fines similares en lo que respecta a la mejora de la productividad y competitividad del sistema científico-tecnológico y empresarial, lo mismo que los planes nacionales. Quizás por eso son muy similares las medidas administrativas que contemplan: (i) las ayudas dirigidas a la formación, contratación, permanencia, movilidad y transferencia del personal investigador, la creación de infraestructuras científico-tecnológicas, la constitución de redes de transferencia, la realización de actividades de difusión y divulgación, la formación y consolidación de grupos de investigación, la financiación de sus actividades o el apoyo a los centros donde se realice investigación de excelencia; (ii) la conclusión de contratos programa para el desarrollo conjunto de proyectos o actividades de cooperación; (iii) la definición de acciones estratégicas; (iv) la realización de estudios sobre viabilidad de infraestructuras científicas o sobre prospectiva; (v) dotaciones para la adquisición de infraestructuras científico-técnicas y material bibliográfico; (vi) apoyo a la organización de congresos y reuniones científicas; y (vii) diversos tipos de incentivos empresariales para la participación en proyectos de investigación europeos o nacionales, registro de patentes, constitución de redes, etc.

No obstante dicha similitud, tras la comparación de los instrumentos autonómicos y estatales de planeamiento se advierte cierta

atomización y dispersión de esfuerzos, actuaciones paralelas y duplicidades que evidencian la falta de cohesión y articulación del conjunto de las iniciativas públicas y la necesidad de una coordinación más intensa (sobre todo en el momento de la orientación estratégica y elaboración de los planes) que mejore la eficiencia del sistema científico-tecnológico en su conjunto.

4.2.4. El personal investigador

Factor clave de cualquier política científica es la reunión y adecuada ordenación de los recursos humanos dedicados a la investigación. A la hora de analizar la política de personal parece necesario distinguir entre las medidas referidas a la función pública investigadora (esto es, al personal integrado en la organización administrativa que, manteniendo relaciones de servicio de diversa naturaleza, realiza actividades de investigación o de apoyo a la investigación [tecnólogos] en las Universidades y centros de investigación del sector público) y las referidas a la formación e incremento del número de investigadores y técnicos de apoyo disponibles para la sociedad civil y el desarrollo de la demanda empresarial de este cualificado empleo.

Por lo que respecta al primer tipo de medidas y en lo que se refiere al personal de los organismos y centros autonómicos de investigación la sistematización de las disposiciones es muy complicada, por la diversa ordenación que tienen las funciones públicas autonómicas. A primera vista no resulta posible hacerse una idea de conjunto (sobre el sistema de ingreso, los cuerpos y escalas existentes, los sistemas de promoción o carrera, etc., que deben presumirse idénticos al del resto de la función pública regional, en el marco de la propia legislación autonómica y la legislación estatal básica), ni extraer conclusiones generales sobre la política de personal que están realizando las Comunidades Autónomas (para lo que serían necesarios algunos datos estadísticos y presupuestarios). Mas, a falta de un estudio más detenido, la impresión es que no son muchas las que cuentan con cuerpos o escalas funcionariales de específica dedicación científica, sino que son los funcionarios de genéricos cuerpos facultativos los que realizan actividades científicas cuando lo requiere el puesto que tienen asignado. Y parece que, hallándose sometidos al mismo régimen de ordenación que el resto del personal, no son destinatarios de una política específica para el personal investigador, salvo en lo que pueda

afectarles la política del centro de investigación en el que presten servicio.

Desde hace poco tiempo, más habituales han sido las disposiciones normativas referidas al profesorado de las Universidades existentes en la comunidad, en virtud del margen de manobra que la LOU ha dejado a las Comunidades Autónomas. En esta legislación estatal básica (y ahora en algunos nuevos Estatutos autonómicos) tienen su referente o marco las normas que regulan los procedimientos de acreditación previos a la contratación de profesorado (artículos 50 y 52 LOU), el régimen de este profesorado contratado (artículos 58.1 y 55.1 LOU) o las retribuciones adicionales del personal docente e investigador (artículos 55.2 y 69.3 LOU), necesariamente asociadas a procedimientos de evaluación de su actividad (artículos 55.4 y 69.4 LOU).⁴¹

En cuanto al segundo tipo de medidas (las referidas a la cualificación e incremento del personal investigador) la política autonómi-

41. A título puramente ilustrativo cabe señalar cómo en 2006 Andalucía reguló el procedimiento para la evaluación de la actividad docente, investigadora y de gestión del personal docente e investigador de las universidades públicas andaluzas (Orden de 26 de mayo). En Cataluña se han regulado las funciones del profesorado contratado por las universidades catalanas (Decreto 404/2006), desarrollando las categorías de profesorado contempladas en la Ley catalana de Universidades (Ley 1/2003, de 19 de febrero) que conforman una suerte de carrera académica laboral (catedráticos, profesores agregados, profesores colaboradores, lectores, asociados, visitantes, eméritos y a los profesores con actividad honoraria), reconociendo plena capacidad investigadora a los profesores que estén en posesión del título de doctor. También se han fijado las retribuciones adicionales del personal docente e investigador funcionario y contratado de las Universidades públicas catalanas (Decreto 405/2006), subordinadas a la dedicación plena (a tiempo completo) y a la evaluación positiva del mérito docente, de investigación o de gestión. En la Comunidad Valenciana se han efectuado ajustes en la normativa vigente de contratación y retribuciones (Decreto 174/2002) para permitir, de un lado, que se mantengan transitoriamente y dentro de ciertos límites las retribuciones adicionales que las propias universidades habían establecido antes de entrar en vigor dicha normativa autonómica; y, por otro lado, que transitoriamente puedan proveerse por concursos de méritos las plazas de profesor contratado doctor o de profesor colaborador creadas por transformación de plazas de ayudante o de profesor asociado preexistentes a la LOU (Decreto 117/2006). Por su parte, Galicia ha modificado el protocolo de evaluación de la Comisión Gallega de Informes, Evaluación y Acreditación (Orden de 26 de mayo) y el procedimiento para solicitar los complementos de reconocimientos a la labor docente y a la labor investigadora (Orden de 11 de abril). También en las Islas Baleares se ha modificado la normativa de régimen y retribuciones (Decreto 21/2006). Y en el País Vasco se han establecido por primera vez los complementos retributivos adicionales del personal docente e investigador de la universidad pública (Decreto 209/2006), incluyendo el uso del euskera entre los méritos relevantes para su asignación.

ca descansa sobre todo en medidas de fomento como las becas de formación del personal investigador, las ayudas e incentivos empresariales para la contratación de jóvenes investigadores o tecnólogos, las ayudas a la movilidad (entre centros de formación e investigación) y la transferencia (vinculación con empresas), las campañas de publicidad y divulgación de la actividad científica, etc.

4.3. El reto de la coordinación y de la cooperación

La confluencia competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas (y aún de las Entidades Locales) en materia de fomento de la investigación científica y técnica pone en evidencia, más claramente que en otros ámbitos, la necesidad y la importancia de una actuación coordinada y apoyada en la colaboración recíproca. Sólo así podrá evitarse la dispersión, la redundancia o la baja efectividad de la inversión pública a la que puede conducir el establecimiento de sistemas paralelos de organización y financiación pública de la investigación carentes de la debida integración y complementariedad. Y ahí es donde reside la justificación racional de la competencia de coordinación general que se reserva al Estado.

La jurisprudencia constitucional, como se explicó antes, ha ido perfilando el significado de la competencia de coordinación en términos generales, identificándola con la capacidad de adoptar "medidas necesarias y suficientes para lograr la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema", tanto de propósito preventivo, como operativo o reactivo; o de establecer "medios, cauces y fórmulas para alcanzar este objetivo integrador de la pluralidad de acciones resultantes del ejercicio de un conjunto de competencias en régimen de concurrencia", reconociendo al titular de la competencia de coordinación "un muy amplio margen de apreciación y decisión" (STC 90/1992). Mas todavía parece necesario discutir y fijar, a partir de este planteamiento teórico, cuál sea el contenido funcional de la coordinación que necesita la política científica. Por ejemplo, si debe extenderse a la previsión y ordenación del gasto público regional (límites de la autonomía presupuestaria), a la organización científica autonómica (suficiencia de los centros de investigación, como se hace con las universidades), a la cualificación del personal investigador (registro y acreditación), al tipo de investigación que se fomenta (básica o aplicada, ámbitos sectoriales) o que debe quedar

excluida de la financiación pública (límites éticos), a la construcción de infraestructuras científicas (para fomentar el equilibrio territorial), a los sistemas de transferencia tecnológica, a la integración de iniciativas de perfil eurocomunitario, etc. Estos son algunos de los aspectos sobre los que podría mantenerse la discusión sobre el alcance de la coordinación, guiada por criterios racionales y objetivos (especialización, subsidiariedad, intereses específicos, utilidad recíproca...) y planteada desde la lealtad y el consenso, para que pueda hacerse efectiva por vía voluntaria y cooperativa, sin necesidad de hacer uso de medios imperativos. Puede parecer una utopía, pero sin esa actuación coordinada y cooperativa, dirigida a mejorar la calidad y eficiencia del gasto público, no su cantidad, resultará más difícil dar el impulso que precisa el sistema de ciencia, tecnología y empresa para mantener y mejorar su competitividad.

La observación de la organización y actividad de las Administraciones permite identificar ámbitos donde la colaboración ya resulta habitual e incluso se ha institucionalizado. Encontramos un fecundo ejemplo en la creación de centros (consorcios) o institutos (universitarios) de investigación, fruto del compromiso de las Universidades, la Administración regional y la Administración del Estado, ésta última normalmente a través de sus organismos públicos de investigación. O en la celebración de convenios para facilitar asesoramiento o asistencia a las Comunidades Autónomas en materia de investigación científica e innovación tecnológica (ejecución de proyectos de investigación, transferencia de conocimiento, creación de centros, etc.), expresamente prevista en la LFCIC (artículos 14.c y 15). O en los convenios de colaboración para el fomento de la innovación y desarrollo tecnológico que celebra el CDTI con similares organismos autonómicos. O en la más novedosa utilización de Protocolos Generales para instrumentar la colaboración entre el Estado (MEC) y las Comunidades Autónomas en la ejecución de programas nacionales (como el Programa I3 –Incentivación, Incorporación e Intensificación de la actividad investigadora–).

Pero sin desmerecer el interés y el valor de esos ejemplos, los actuales mecanismos legales de coordinación y cooperación parecen un tanto insatisfactorios y mejorables. Como se ha explicado anteriormente, los planes nacionales no han servido para realizar esta coordinación general: la limitada participación autonómica en su formulación (sólo a través del informe del Consejo General de la Ciencia

y la Tecnología), la inexistencia de programas autonómicos y la proliferación de planes regionales así parecen confirmarlo. La composición (paritaria y al máximo nivel), periodicidad (semestral) y formato (rígido) del Consejo General, sin una dotación permanente de recursos humanos y materiales que dé continuidad a su trabajo, no facilita el efectivo ejercicio de sus funciones, aunque sí ha servido para exponer las posiciones políticas y tender cauces de intercambio de información. Y la Conferencia Sectorial de Ciencia y Tecnología que se constituyó el 24 de febrero de 2005 no se ha vuelto a reunir.

No obstante, recientemente se han dado algunos pasos para modificar esa situación. Ya se ha hecho referencia al énfasis que ponen algunos nuevos Estatutos en los mecanismos de participación y de colaboración bilateral (a veces con expresa mención de la política científica, Disposición Transitoria 9ª EIBL). También se han advertido las posibilidades de participación autonómica que abren las nuevas agencias estatales. Además, en el Consejo General de la Ciencia y la Tecnología de junio de 2006 el impulso de la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas fue el principal asunto del orden del día, manifestándose la necesidad de pasar del mero intercambio de información a la prospección, evaluación y planificación conjunta, mejorar la partición nacional en los programas marco de la Unión Europea y compartir recursos más eficientemente, objetivos para los que se propuso crear un grupo de trabajo permanente para reflexionar sobre esa necesidad. Fue también uno de los asuntos del orden del día de la III Conferencia de Presidentes (autonómicos), celebrada el pasado 11 de enero de 2007, en la que se resolvió (i) impulsar la elaboración conjunta del nuevo Plan Nacional; (ii) definir conjuntamente nuevos programas de investigación en materia ambiental (aguas, cambio climático); (iii) la adhesión autonómica a los objetivos de I+D+i previstos en el Programa Nacional de Reformas; (iv) crear un fondo para dotar de mayores recursos financieros a las comunidades autónomas que mejoren su participación en el Programa Marco Comunitario de I+D+i; (v) unificar los mecanismos de evaluación de programas y proyectos en un sistema integral de seguimiento y evaluación; (vi) aumentar el número de investigadores en el sistema nacional de salud; (vii) aprobar el mapa de grandes infraestructuras científicas y tecnológicas (que había acordado el Consejo General de diciembre de 2006); y (viii) promover conjuntamente la celebración del Año de la Ciencia. Y el impulso de la cooperación también es uno de los ejes de la Estrategia Nacional de Ciencia y Tecnología que han

refrendado el Consejo General, la CICYT y la III Conferencia de Presidentes.

La Estrategia es un documento de carácter prospectivo (fija su horizonte temporal en 2015) que se presenta como el instrumento vertebrador e integrador de las políticas de investigación que determina, con un amplio consenso, el marco de principios y objetivos generales a partir de los cuales han de elaborarse los futuros planes nacionales y regionales de I+D, sentando las bases para el establecimiento de un marco de mayor cooperación. De ser así, y dada su importancia, habría que pensar en la conveniencia de que se formalicen los cauces de participación en su elaboración y no se sustraiga al conocimiento y discusión de las Cortes (como en el caso de los planes).

Por de pronto, el nuevo Plan Nacional 2008-2011 que acaba de presentarse ya se hace eco de las orientaciones que marca la Estrategia y, en particular, en lo que se refiere a la cooperación prevé que tenga lugar mediante (i) la información recíproca (la modalidad más desarrollada hasta la fecha); (ii) la participación o codecisión en la definición de instrumentos (planes, programas, convocatorias –fase ascendente–); (iii) la ejecución conjunta de algunas actuaciones (cogestión y corresponsabilidad –fase descendente–); (iv) la cofinanciación (financiación complementaria) de las iniciativas estatales y autonómicas; y (v) la puesta en funcionamiento del sistema integral de seguimiento y evaluación. Salvo ésta última, todas son modalidades de colaboración en las que existe ya alguna experiencia (en este u otros ámbitos competenciales), tratándose ahora de conseguir su normalización y generalización.

Ése es el novedoso compromiso político que expresan los documentos citados. Pero ahora hay que esperar a ver cuándo y con qué alcance llega a hacerse realidad. Confiamos que no sean veinte años.

Nota bibliográfica

CALONGE VELÁZQUEZ, A. *Administración e Investigación*. Madrid: McGraw Hill, 1996.

CUETO PÉREZ, M. *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*. Barcelona: Cedecs, 2002.

GONZÁLEZ GARCÍA, M. I.; J. A. LÓPEZ CEREZO; J. L. LUJÁN LÓPEZ. *Ciencia, tecnología y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1996.

PIÑAR MAÑAS, J. L. "El sistema institucional de investigación científica y la Universidad. Una aproximación al modelo español". *Revista de Administración Pública*, núm. 118 (1989).

TORTOSA, E. "El Plan Nacional de I+D y las Comunidades Autónomas". *Política Científica*, núm. 32 (1992).

SANZ MENÉNDEZ, L. *Estado, ciencia y tecnología en España 1939-1997*. Madrid: Alianza, 1997.

VV.AA. *El paper de les comunitats autònomes en l'ordenació i gestió del sistema universitari i la política de recerca*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, 2002.

———. "Derecho Administrativo, ciencia y tecnología". *Documentación Administrativa*, núm. 265-266 (2003).

———. "La investigación y la ciencia en España: perspectivas y propuestas". *Encuentros multidisciplinares*, vol. 8, núm. 22 (2006).

———. "20 años de la Ley de la Ciencia". *Revista Madri+d*, núm. 1 (2006).

RESUM

Vint anys després de la Llei de la ciència, s'examina el marc normatiu i organitzatiu actual de la investigació científica a Espanya bo i proposant una reflexió sobre les seves particularitats. Amb aquest propòsit, l'article examina, primer, les normes que delimiten les competències científiques de l'Estat, de les comunitats autònomes, de les entitats locals i de les universitats, davant de la jurisprudència constitucional i de les últimes reformes estatutàries. I sistematiza, després, per la seva tipologia formal i el seu objecte material, les normes dictades en exercici de les seves competències respectives, com també les formes organitzatives de l'Administració científica. D'aquesta anàlisi s'infereix un cert mimetisme i paral·lelisme entre els ordenaments autonòmics i l'estatal, possiblement causat per la seva articulació normativa i l'escassa coordinació i convergència de les polítiques científiques. Per això, l'estudi s'atura finalment en les normes que exigeixen aquesta coordinació i col·laboració interadministrativa i en els òrgans i els procediments mitjançant els quals es podria articular millor, alhora que repassa algunes iniciatives polítiques recents amb què es pretén superar aquest dèficit de col·laboració.

ABSTRACT

Twenty years after the Science Law, the current regulatory and organisational framework of scientific research in Spain is examined with consideration of its distinguishing features. With this in mind, the article examines, first, the regulations defining the scientific powers of the State, the autonomous regions, local institutions and universities in terms of constitutional jurisprudence and the recent statutory reforms. It then systematises by formal type and material purpose the regulations passed while exercising their respective powers, as well as the organisational forms of the scientific government. This analysis suggests some degree of imitation and parallelism between the autonomous regional and state regulations, possibly due to its regulatory articulation and the lack of co-ordination and convergence of scientific policies. As a result, the study finally looks at the regulations required by this inter-governmental co-ordination and collaboration and the bodies and procedures by which it could better be articulated, as well as reviewing some recent political initiatives which aimed to overcome this lack of collaboration.

LA PARTICIPACIÓ DE LA GENERALITAT EN L'EXERCICI DE COMPETÈNCIES ESTATALS A L'ESTATUT DE 2006: LES INFRAESTRUCTURES DEL TRANSPORT

Mercè Corretja i Torrens

Responsable de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autònomic
Professora associada de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: 1. Els criteris constitucionals en la distribució de competències en relació amb les obres públiques, transports, ferrocarrils, ports i aeroports. – 2. La noció d'exclusivitat reforçada i el desglossament material. – 3. La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals. 3.1. Diferències entre participació i col·laboració. 3.2. La participació en competències estatals prevista a l'Estatut 2006. – 4. La participació en les infraestructures del transport. 4.1. Participació en la qualificació d'interès general. 4.2. Participació en la planificació i programació d'obres i infraestructures d'interès general. 4.3. Participació en la gestió de les obres d'interès general i dels serveis adscrits. 4.4. Participació en la gestió dels ports i aeroports d'interès general. 4.5. El criteri territorial i l'afectació a una altra comunitat autònoma. 4.6. Presència en organismes estatals. – 5. Conclusions. – Bibliografia. – *Resumen-Abstract*.

1. Els criteris constitucionals en la distribució de competències en relació amb les obres públiques, transports, ferrocarrils, ports i aeroports

L'Estatut d'autonomia de Catalunya ha introduït importants novetats tècniques en l'àmbit de les competències. D'una banda, recupera i reforça la noció d'exclusivitat pel que fa a la titularitat de la competència enfront de l'expansivitat dels títols competencials estatals, i, de l'altra, consagra les fórmules de col·laboració i participació en l'exercici de les competències, tot afavorint la negociació política i la integració dels diferents interessos en joc en la decisió final. L'objecte d'aquest treball és aprofundir en l'estudi d'aquesta aparent parado-

xa en l'àmbit de les competències territorials i, més especialment, de les infraestructures del transport.

L'Estatut d'autonomia configura la participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals exclusives en matèries com els ports i aeroports d'interès general, les obres públiques d'interès general o la realització de les quals afecti una altra comunitat autònoma, els ferrocarrils i transports terrestres que circulin dins els territoris de més d'una comunitat autònoma i les aigües que passin per més d'una comunitat autònoma. Totes aquestes competències estatals s'exerceixen damunt el territori de Catalunya i, per tant, tenen una incidència directa sobre la competència també exclusiva de la Generalitat sobre l'ordenació del territori i del paisatge, del litoral i de l'urbanisme i sobre les correlatives competències de la Generalitat: ports, aeroports i obres públiques que no estan qualificades d'interès general, ferrocarrils i transports que circulen íntegrament dins de Catalunya i aigües que transcorren íntegrament dins de Catalunya. Aquesta afectació d'interessos s'ha posat en relleu en diversos conflictes i recursos d'inconstitucionalitat i en diverses ocasions el Tribunal Constitucional ha subratllat la necessitat d'articular fórmules de col·laboració i d'intercanvi recíproc d'informació entre les administracions implicades.

Els criteris de delimitació competencial que preveu la Constitució en aquestes matèries són l'interès general, l'abast territorial de l'objecte de la competència o l'afectació a una comunitat autònoma. El criteri de l'interès general requereix una qualificació prèvia o un reconeixement previ, que no pot quedar a mans d'una sola de les parts, com ha assenyalat el mateix Tribunal Constitucional, ja que comparten el total desapoderament competencial de l'altra part.¹

Els altres dos criteris emprats en aquestes matèries, que l'objecte de les competències ultrapassi el territori de Catalunya o afecti una altra comunitat autònoma, no hauria tampoc d'impedir tota intervenció de la Generalitat en relació amb aigües o ferrocarrils que transcorren pel seu territori (encara que provinquin o segueixin més enllà d'aquest) o carreteres estatals que travessen el territori de Catalunya i connecten amb carreteres de la Generalitat, produint nombrosos impactes econòmics, ambientals, demogràfics i polítics en aquest

territori o afectant serveis públics que corresponen en exclusiva a la Generalitat, com el transport terrestre intracomunitari.

L'evidència d'aquests impactes i la necessitat de col·laboració administrativa en aquestes matèries s'ha anat articulant des de fa temps mitjançant l'establiment de convenis de cooperació, informes o tràmits de consulta en els procediments administratius corresponents o, fins i tot, creant consorcis de gestió.

D'altra banda, cal esmentar també les disposicions de l'Estatut d'autonomia de 1979 en aquestes matèries. L'Estatut de 1979 va optar per atribuir a la Generalitat competències exclusives en relació a les obres públiques que no tinguin la qualificació legal d'interès general de l'Estat o la realització de les quals no afecti una altra comunitat autònoma; les carreteres que transcorrin íntegrament per territori de Catalunya; i els ferrocarrils, ports, heliports i aeroports "sens perjudici d'allò que disposen els números 20 i 21 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució".

Pel que fa a la gestió de les infraestructures de competència estatal l'article 11.8 de l'Estatut de 1979 va preveure que la Generalitat pogués assumir la gestió dels ports i aeroports d'interès general si l'Estat deixava de reservar-se la gestió directa d'aquestes infraestructures. Es tractava d'una norma que habilitava una cessió extraestatutària de competències de l'Estat a la Generalitat. El Decret 2876/1980, de 12 de desembre, de traspàs de serveis en matèria de ports de l'Estat a la Generalitat, va emprar aquesta habilitació per desqualificar d'interès general les instal·lacions portuàries de Badalona i i cedir-ne la gestió a la Generalitat.² En matèria de ferrocarrils, l'article 11.9 de l'Estatut de 1979 també va preveure que la competència executiva correspongués a la Generalitat quan el servei de transport tingués llur origen i destinació en el territori de Catalunya (encara que no hi circulés íntegrament) malgrat que circulés damunt d'infraestructures estatals "sens perjudici de l'execució directa que es reservi l'Estat".

També com a antecedent de l'actual Estatut cal esmentar algun intent d'introduir mecanismes de participació de les comunitats

2. Veg. Diversos autors: El desplegament autonòmic a Catalunya. Sectors Aigües, d'Arquitectura i Habitatge, de Carreteres, de Medi Ambient, de Ports i Costes, de Transports i Urbanisme, IEA, Barcelona, 1988.

autònomes en l'execució de competències estatals com la modificació de la Llei 27/1992, de ports i de la marina mercant, per la Llei 62/1997, que va atribuir la facultat de nomenament dels membres del Consell d'Administració i del president de les entitats estatals de dret públic que gestionen els ports a les comunitats autònomes.

Front als criteris exposats, l'Estatut de 2006 aposta clarament per fórmules menys rígides i per afavorir la col·laboració i la participació entre administracions públiques.

2. La noció d'exclusivitat reforçada i el desglossament material

L'Estatut d'autonomia de 2006 atribueix competències exclusives a la Generalitat en les següents matèries relacionades amb l'àmbit objecte d'aquest treball:

- Ports, aeroports i altres infraestructures del transport (article 140 EAC).
- Xarxa viària i ferroviària (article 140 EAC).
- Obres públiques que s'executen a Catalunya (article 148 EAC).
- El transport terrestre intracomunitari i, en concret, els centres de transport, logística i distribució localitzats a Catalunya (article 169 EAC).³

L'exclusivitat es fonamenta en funció de diferents criteris de repartiment competencial: la qualificació d'interès general, la titularitat de la xarxa o bé la localització de la instal·lació.

El concepte d'exclusivitat es troba definit a la clàusula general de l'article 110 EAC. Així, en totes les competències exclusives correspon a la Generalitat, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, de tal forma que s'exclou

3. A més, la Generalitat té competència exclusiva sobre ordenació del territori i del paisatge, del litoral i urbanisme (article 149 EAC).

tota intervenció estatal, sigui mitjançant normes bàsiques o d'altres títols horitzontals. La segona part del precepte amb l'incís "correspon únicament a la Generalitat l'exercici d'aquestes potestats i funcions..." palesa el caràcter exclusiu de l'atribució competencial i recupera el concepte de competència exclusiva reforçada que s'havia anat diluint al llarg dels darrers vint-i-cinc anys d'autonomia. Ara bé, en l'exercici de les competències, la Generalitat haurà de respectar la legislació estatal en aquells àmbits en què el legislador estatal sigui competent (per exemple, sobre domini públic marítimoterrestre). Aquest plantejament comporta un canvi substancial en la interpretació que fins ara s'ha fet de les competències exclusives autonòmiques.

Fins ara, en les competències exclusives tant si l'Estatut d'autonomia contenia explícitament una clàusula "sens perjudici" de les competències estatals com si no en contenia, s'entenia que l'Estat podia tenir títols competencials concurrents amb les comunitats autònomes, de tal forma que una mateixa matèria es podia regular per totes dues instàncies malgrat que, com hem dit, la competència autonòmica fos exclusiva. A la pràctica, això comportava convertir les competències exclusives en compartides.⁴ L'Estatut d'autonomia aprovat per la Llei orgànica 6/2006 recupera i reforça la noció d'exclusivitat, atribuint en aquest cas de forma íntegra la titularitat de la competència a la Generalitat. La connexió entre matèries de competència exclusiva de la Generalitat i matèries de competència estatal, però, queda reconeguda en el mateix Estatut, que la situa en l'àmbit de l'exercici, mai de la titularitat.⁵

Així, l'exclusivitat de la competència autonòmica es garanteix amb la substitució de la clàusula "sens perjudici" per l'incís "respectant el que estableixi l'Estat en exercici de les competències que li

4. Diversos estudis i treballs han analitzat la utilització expansiva dels títols competencials estatals. Veg. Enric Argullol: *Criteris per a un desenvolupament institucional*, IEA, Barcelona, 1999; Javier Barnés: *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, IEA, Barcelona, 2004; Manuel Carrasco: *El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas*, Tirant lo Blanch i IEA, València, 2005; i, en especial, el capítol "Balanz i diagnòsi de l'aplicació de l'Estatut", a: *Informe sobre la reforma de l'Estatut*, IEA, Barcelona, 2003.

5. Veg. C. Viver i Pi-Sunyer: "L'Estatut de 2006", *Revista Activitat Parlamentària*, núm. 10, on exposa les tècniques de l'exclusivitat reforçada i del desglossament emprades pel nou Estatut, així com la interpretació de la clàusula "respectant". En el mateix sentit, veg. Dictamen 251/06 de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat (*Memòria d'Activitats, 2006, Barcelona*).

atribueixi l'article [...] de la Constitució".⁶ Aquest incís té per objectiu assenyalar que quan la Generalitat legisli sobre una matèria de competència exclusiva ho farà tenint en compte el que hagi establert l'Estat en virtut dels seus títols competencials en una altra matèria, però en cap cas no es pot interpretar en sentit que comporta una habilitació a l'Estat per regular també la matèria de competència exclusiva de la Generalitat, com fins ara ha succeït. És una clàusula que afecta l'exercici de la competència i no la titularitat.

Per tal de delimitar clarament l'àmbit material de les competències exclusives de la Generalitat, l'Estatut evita emprar categories materials genèriques, susceptibles de ser incloses en més d'un títol competencial, com succeeix amb l'Estatut de 1979, i, en canvi, utilitza la tècnica del desglossament.⁷ Així, mitjançant l'atomització de les matèries es defineix de forma concreta i precisa un nucli material mínim que integra cada una de les matèries atribuïdes a la competència de la Generalitat, i s'eliminen les ambigüitats i duplicitats. Amb aquesta tècnica es poden identificar i atribuir a la competència exclusiva de la Generalitat àmbits materials que poden tenir connexió amb més d'un títol competencial o que l'Estat s'havia atribuït en virtut de títols horitzontals o de la titularitat del sòl, com per exemple la gestió dels títols d'ocupació i ús del domini públic marítimoterrestre.

Aquesta tècnica permet també incloure dins dels diferents àmbits sectorials la potestat de planificació. Així, a més a més de la competència genèrica sobre ordenació del territori i del paisatge, del litoral i urbanisme,⁸ també s'atribueix en exclusiva a la Generalitat la competència sobre planificació sectorial en matèria d'infraestructures del transport com són els ports, els aeroports i els heliports, que no tinguin la qualificació legal d'interès general (article 140.1 EAC); de la xarxa viària de Catalunya (article 140.5.a) EAC) i de les obres públiques que no siguin qualificades d'interès general ni afectin una altra comunitat autònoma (article 148.1 EAC). Pel que fa a la xarxa

6. Per exemple, en l'article 116.1 EAC o, en relació amb el territori, l'article 149.3 EAC, que estableix: "Correspon a la Generalitat, en matèria d'ordenació del litoral, respectant el règim general del domini públic, la competència exclusiva que inclou en tot cas [...]".

7. Carles Viver i Pi-Sunyer: "L'Estatut de 2006", *Revista Activitat Parlamentària*, núm. 10; E. Albertí: "El blindatge de les competències i la reforma estatutària", a *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31.

8. Prevista a l'article 149 EAC, amb caràcter exclusiu.

ferroviària de la qual és titular la Generalitat no s'esmenta específicament aquesta potestat, però s'entén inclosa en tant que la competència és exclusiva (article 140.6 EAC). En relació amb els centres de transport, logística i distribució, la seva ubicació i emplaçament s'ha de situar dins de la competència exclusiva sobre transports (article 169.4 EAC) en relació amb l'ordenació del territori i urbanisme (article 149 EAC).

Per tant, la potestat de planificació queda reservada en tot cas a la Generalitat en tots els àmbits i sectors que té atribuïts com a competència exclusiva.

La utilització de l'expressió "en tot cas" remarca el caràcter de mínims d'aquests nucli de submatèries expressament fixades que pertanyen a la competència de la Generalitat. Això, però, no exclou que d'altres submatèries també formin part d'aquest nucli material o que en el futur s'hi puguin considerar incloses altres submatèries que tinguin una connexió material evident amb la matèria principal. En resum, es pot afirmar que la delimitació compleix una funció de fixació de mínims (en molts casos, les submatèries especificades han estat objecte de controvèrsia competencial) i que la clàusula "en tot cas" garanteix la no petrificació de les matèries i el caràcter obert i flexible de les clàusules des de la perspectiva material.

3. La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals

3.1. Diferències entre participació i col·laboració

Enfront de l'exclusivitat que acabem d'examinar, l'Estatut configura un nou tipus de competència: la participació en l'exercici de competències estatals, en el marc de l'impuls de les fórmules de col·laboració i cooperació que és una característica comuna a totes les reformes estatutàries aprovades o en curs.⁹

9. Impuls a la col·laboració que es fa més patent en l'àmbit de les infraestructures. Veg. J. F. Sánchez Barrilao: "34. Transportes y comunicaciones" i "35. Puertos y aeropuertos", dins l'obra d'F. Balaguer (dir.): *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

En primer lloc, cal establir les diferències entre la participació i la col·laboració interadministrativa.

Els mecanismes de col·laboració i cooperació interadministrativa tenen per objecte l'exercici conjunt o compartit de competències que corresponen a diferents administracions, les quals es troben en posició d'igualtat i actuen de forma voluntària. Les formes d'articular aquesta col·laboració són diverses i la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, en regula alguns supòsits: convenis,¹⁰ creació d'organismes conjunts de gestió com els consorcis, els plans o programes i les conferències sectorials o altres òrgans de cooperació multilateral. En altres lleis sectorials o en la legislació bàsica de règim local hi trobem també nombrosos exemples: informes vinculants,¹¹ mancomunitats (en l'àmbit local) o altres entitats de dret públic o privat o els plans o programes en què intervenen diverses administracions.¹²

En la participació, en canvi, només una de les administracions és titular de la competència però el seu exercici afecta l'esfera d'interessos d'una altra administració, de tal forma que, per tal de garantir el respecte a aquesta esfera d'interessos, s'articulen diferents mecanismes d'audiència o consulta (un informe no vinculant, una consulta prèvia). No hi ha, per tant, una posició d'igualtat i el seu fonament és el principi de representació o d'audiència que permet compartir facultats en l'àmbit de l'exercici, però que garanteix, en tot cas, la titularitat única de la competència.

10. J. M. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre administraciones públicas*, Madrid, 1997; i F. Velasco Caballero: "Los convenios entre administraciones públicas", a *Civitas RE-DA*, núm. 103.

11. Veg. J. M.^a Rodríguez de Santiago: "Principio de colaboración y articulación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con proyección directa sobre el territorio", a *Territorio y Autonomía: El alcance territorial de las competencias*, IEA, Barcelona, 2006.

12. Veg. E. Albertí: "Relaciones entre las Administraciones públicas", a Leguina, J. i Sánchez, M. (dir.): *Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos, Madrid, 1993; R. Fernández Montalvo: *Relaciones Interadministrativas de colaboración y cooperación*. Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid-Barcelona, 2000; A. Hernández Lafuente: "Técnicas y fórmulas de cooperación en el Estado Autonomo", a *El funcionamiento del Estado Autonomo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

3.2. La participació en competències estatals prevista a l'Estatut 2006

La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals que preveu l'Estatut se situa en general en l'àmbit de la participació i no en el de la col·laboració interadministrativa, de tal forma que, respectant la titularitat estatal de la competència, la Generalitat hi intervé en la mesura que resulta afectat el territori sobre el qual exerceix les seves competències (la seva configuració) i, per tant, hi té un interès concret.¹³ La col·laboració es preveu quan la Generalitat és titular de competències que cal gestionar conjuntament o que cal preservar, o bé quan se li encomana la gestió mitjançant conveni d'obres o de serveis públics no reservats constitucionalment a l'Estat en virtut del principi de descentralització administrativa.¹⁴

En general, en els supòsits de participació, la fórmula emprada per l'Estatut és la utilització del verb en present i la remissió de la determinació del mecanisme de participació a la normativa o a la legislació estatal, a un futur conveni o, amb caràcter general, als "mecanismes del títol V" de l'Estatut, on es regula la "Participació en institucions i en procediments de presa de decisions estatals" i la "Comissió Bilateral Generalitat-Estat".¹⁵ De vegades, simplement es preveu la

13. L'Estatut preveu la participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals que afecten el territori (infraestructures del transport, aigües, obres públiques, ordenació del territori i del paisatge, del litoral i urbanisme i transports) i també en matèries no estrictament territorials com són: salut (convocatòries de formació sanitària especialitzada); immigració; energia i mines; notariat i registres; planificació general de l'activitat econòmica; relacions amb les entitats religioses; treball; estadístiques; recerca i menors, així com en la determinació del caràcter territorialitzable o no de les subvencions estatals, en les relacions amb la Unió Europea i en l'àmbit del finançament autonòmic.

14. L'Estatut preveu la col·laboració amb l'Estat en les matèries d'aigües (execució i explotació d'obres hidràuliques), cultura, denominacions d'origen, joventut, fires, corporacions de dret públic (cambres de comerç, indústria i navegació), obres públiques d'interès general (gestió dels serveis), ordenació del litoral (execució i gestió d'obres d'interès general), recerca i emergències i protecció civil (seguretat nuclear).

15. Per exemple: "Correspon a la Generalitat la participació en la planificació i la programació de ports i aeroports d'interès general, en els termes que determini la normativa estatal" (article 140.4 EAC); o: "En el supòsit de les obres qualificades d'interès general o que afecten una altra comunitat autònoma, es poden subscriure convenis de col·laboració per a la gestió dels serveis" (article 148.3 EAC). Cal remarcar que el document de treball tramès per l'Institut d'Estudis Autonòmics al Parlament per a l'elaboració de l'Estatut atribuïa a la Comissió Bilateral Generalitat-Estat la funció de deliberar i, si s'escau, fer propostes en relació amb la "planificació i gestió de les infraestructures d'interès general". Aquest

participació sense cap més concreció. Per tant (amb les excepcions que s'esmenten tot seguit), la participació no serà d'aplicació immediata a partir de l'entrada en vigor de l'Estatut sinó que es configura com una remissió que requereix una concreció futura per part del titular de la competència (l'Estat).

Es pot afirmar que les previsions de l'Estatut sobre participació són una clàusula de garantia a favor de la Generalitat que l'Estat haurà de fer efectives en un moment posterior. Es manté així la titularitat de les competències estatals, que no resulta afectada, i es manté també la plena disponibilitat de l'Estat sobre la determinació del mecanisme de participació. Ara bé, aquestes previsions són vinculants per a l'Estat en el sentit que l'obliguen a establir aquest mecanisme. Es tracta, en definitiva, de mandats.

Cal no oblidar que l'Estatut és una llei orgànica estatal, prèviament pactada entre la comunitat autònoma i l'Estat, i que, per tant, és resultat d'un acord bilateral. L'establiment de mandats en els estatuts d'autonomia no és un fet nou sinó una constant en els diversos estatuts d'autonomia aprovats fins a l'actualitat.¹⁶ El límit assenyalat per la doctrina a aquests mandats és que no poden impedir o menyscabar l'exercici de les competències estatals ni substituir el legislador estatal. En els supòsits analitzats hem de concloure que el límit ha estat plenament respectat, ja que es tracta de simples "remissions" a normes estatals futures.

Ens trobem, però, algunes excepcions importants: quan el mateix Estatut determina que el mecanisme de participació és un informe preceptiu. Es tracta dels vuit supòsits següents: En la decisió de qualificar ports i aeroports o altres infraestructures del transport d'interès general (article 140.3 EAC); en la decisió de qualificar una obra pública d'interès general (article 148.2 EAC); en la proposta de

apartat va decaure en l'aprovació de la proposta d'EAC pel Parlament de Catalunya, que manté, però, la intervenció de la Comissió Bilateral en els articles 140 i 148. És al Congrés dels Diputats on s'acaba substituint aquesta intervenció per una remissió a la normativa estatal (article 140) i al títol V (article 148). Veg. M. Carrillo (dir.): *L'Estatut d'autonomia de Catalunya 2006. Textos jurídics*, IEA, Barcelona, 2007.

16. La legitimitat dels mandats estatutaris adreçats al legislador estatal ha estat estudiada per S. Muñoz Machado a "El mito del estatuto-constitución y las reformas estatutarias" (*Informe Comunidades Autónomas*, 2004, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005).

transvasament de conques que impliqui la modificació dels recursos hídrics del seu àmbit territorial (article 117.4 EAC); en el procediment d'atorgament de les autoritzacions de les instal·lacions de producció i transport d'energia que superin el territori de Catalunya o quan l'energia sigui objecte d'aprofitament fora d'aquest territori (article 133.2 EAC); en la decisió d'integració de línies o serveis de transport que transcorrin íntegrament per Catalunya en línies o serveis d'àmbit superior (article 169.2 EAC). En dos supòsits requereix un informe preceptiu de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat: en la declaració i delimitació d'espais naturals dotats amb un règim de protecció estatal (article 144.4 EAC) i en la determinació de l'emplaçament d'infraestructures i equipaments de titularitat estatal a Catalunya (article 149.2 EAC). Finalment, es preveu la deliberació prèvia de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat i un informe previ i determinant de la Generalitat en el supòsit d'autorització de noves modalitats de joc i apostes d'àmbit estatal o la modificació de les existents (article 141.2 EAC).¹⁷

En tots els procediments indicats la decisió estatal té una incidència directa sobre l'àmbit competencial de la Generalitat, que es veu reduït o ampliat en funció d'aquesta decisió, i, per tant, la decisió compleix una funció delimitadora de l'àmbit de la competència que la Constitució no li ha reservat. En conseqüència, l'Estatut d'autonomia, que és un instrument jurídic vàlid per delimitar competències,¹⁸ estableix un mecanisme com és l'informe preceptiu de la Generalitat

17. Com hem dit, el document de treball tramès per l'Institut d'Estudis Autònoms al Parlament preveia la deliberació i informe previ de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat per a la qualificació d'interès general d'una obra pública o d'un port o aeroport, i així es va mantenir en el text aprovat pel Parlament de Catalunya el 30.09.2005 (art. 140). Veg. M. Carrillo (dir.): *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*, IEA, Barcelona, 2007.

18. Sobre l'Estatut d'autonomia com a norma delimitadora de les competències, veg. Carles Viver i Pi-Sunyer: "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídicocostitucional", a *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 1, Barcelona, 2005. Enfront de la delimitació de competències que ha portat a terme el legislador bàsic estatal, aprofitant el caràcter obert i flexible de la Constitució i dels estatuts d'autonomia aprovats, que utilitzen categories materials obertes i no defineixen les tipologies competencials, la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya recupera aquesta funció delimitadora de les competències per a l'Estatut, com a instrument constitucionalment adequat per dur-la a terme, tant per la seva posició en el sistema de fonts com pel seu caràcter de norma constitucional bàsica de la comunitat autònoma i com a llei paccionada i integrada en el bloc de la constitucionalitat, supraordenada, com ha dit el Tribunal Constitucional, en relació amb la legislació bàsica estatal.

(que és l'altra instància titular de la competència en joc) per limitar la unilateralitat de la decisió estatal. En tot cas, però, cal observar que aquests informes no són vinculants.¹⁹ Només en un cas l'informe es qualifica de "determinant".²⁰

Aquestes previsions expresses, a més, determinen que l'informe preceptiu esdevingui un tràmit obligatori des de l'entrada en vigor de l'Estatut; no cal cap desplegament o modificació normativa ni legislativa perquè sigui aplicable. No obstant això, seria aconsellable la seva inserció en el procediment administratiu corresponent per tal de precisar el moment, el termini i l'òrgan competent per fer la sol·licitud així com l'òrgan competent per emetre l'informe.

En qualsevol cas, ni la col·laboració ni la participació es poden imposar, però, unilateralment i, per tant, sempre requereixen l'acord de les diverses voluntats afectades, tal com hem subratllat. A més a més, cal fer constar que la participació sempre ha de respectar un límit: mai no pot condicionar la competència estatal ni introduir mecanismes de codecisió, és a dir, no pot convertir la competència estatal en compartida ni substituir la decisió estatal.²¹ Només afecta l'exercici de la competència però mai la seva titularitat, que continua sent estatal, ja que les competències, com ha dit el Tribunal Constitucional, són irrenunciables i indisponibles. La participació, per tant, no requereix traspàs de la titularitat de la competència: és un mecanisme de representació.

19. En un sentit similar, el Consell Consultiu va determinar la constitucionalitat del text estatutari que establia la participació de la Generalitat en la qualificació d'interès general de ports i aeroports o d'obres públiques mitjançant la deliberació i l'informe preceptiu de la Comissió Bilateral en atenció a l'afectació d'interessos singulars de Catalunya que podien justificar la bilateralitat; mentre que va concloure que eren inconstitucionals els supòsits en què l'Estatut atribuïa directament la gestió de la infraestructura a la Generalitat per considerar que condicionava l'exercici de les competències estatals i no era compatible amb el principi de multilateralitat (pàgines 71 a 73 del Dictamen del Consell Consultiu, <http://www.cconsultiu.cat>), encara que el mateix Estatut remetia a una llei orgànica de l'article 150.2 CE per tal de fer efectiva aquesta atribució.

20. El caràcter "determinant" d'un informe implica que si el Govern estatal no recull la posició de la Generalitat ho ha de motivar davant de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat (disposició addicional segona EAC). El qualificatiu prové de l'article 83.3 de la Llei estatal 30/1992.

21. Aquest és el criteri de les SSTC 40/1998 i 204/2002. El Tribunal Constitucional estableix que els informes de les comunitats autònomes en el procediment d'ubicació d'un nou port o aeroport d'interès general no poden tenir caràcter vinculant per a l'Administració estatal, ja que aleshores seria tant com supeditar l'exercici de la competència exclusiva de l'Estat a la competència autonòmica d'ordenació del territori i urbanisme.

A continuació examinarem els supòsits de participació que preveu l'Estatut en relació amb les obres públiques i les infraestructures del transport, a partir de les regles de distribució competencial previstes a la Constitució de 1978: la qualificació d'interès general, l'afectació a una altra comunitat autònoma i la territorialitat, i veurem els canvis que introdueix l'EAC 2006 en cada un d'aquests criteris.

4. La participació en les infraestructures del transport

4.1. Participació en la qualificació d'interès general

La qualificació d'interès general d'una obra pública fins ara s'ha considerat com una atribució o reserva competencial a favor de l'Estat (en virtut de l'article 149.1.24 CE) que exclou tota intervenció de la Generalitat. A la inversa, la Generalitat va assumir mitjançant l'article 9.13 EAC 1979 la competència exclusiva sobre les obres públiques no qualificades d'interès general. Aquesta atribució es manté amb caràcter exclusiu en l'article 148.1 EAC.

El criteri de l'interès general s'empra com a regla competencial en relació amb les obres públiques (i, per extensió, en relació amb les carreteres), els ports i els aeroports.

Les obres públiques d'interès general s'executen damunt del territori de Catalunya i no constitueixen espais aïllats sinó que es connecten i repercuteixen en el conjunt d'infraestructures i actuacions que afecten aquest territori, per la qual cosa, a la pràctica, afecten tots els nivells administratius que tenen projecció territorial (estatal, autonòmic i local) i fan necessari l'acord de les diferents administracions públiques implicades per tal que col·laborin entre elles mitjançant instruments convencionals o organismes de gestió mixtos (convenis, consorcis, etc.), de forma que cada administració conserva la titularitat de les seves competències però l'exercici es fa de forma conjunta.

D'altra banda, les lleis estatals sectorials han fet una interpretació extensiva de la potestat estatal de qualificar obres d'interès general, qualificació que s'ha vinculat legalment a la prevalença de la planificació estatal sobre la planificació territorial, que és competència exclusiva de la Generalitat. Així, el títol competencial autonòmic sobre ordenació del territori s'ha anat convertint en un títol residual

per decisió del legislador estatal.²² El mateix ha succeït amb la competència exclusiva sobre urbanisme, que també ha cedit davant de la planificació sectorial estatal.²³

Per tant, l'Estatut de 2006 preveu que en el supòsit d'obres públiques, ports i aeroports que tinguin la qualificació d'interès general,²⁴ la Generalitat participi en l'exercici de la competència estatal de diferents maneres i en diferents fases en funció del tipus d'obra concreta, però sense alterar en cap cas la titularitat estatal de la competència.

En la qualificació de l'obra o infraestructura (atesa la incidència directa d'aquestes potestats en la competència exclusiva sobre ordenació del territori i urbanisme de la Generalitat) es garanteix la participació de la Generalitat mitjançant un informe previ no vinculant (articles 148.2 EAC per a la qualificació de tot tipus d'obres en general, incloses les carreteres, i 140.3 EAC pel que fa a les infraestructures del transport). L'Estat conserva, per tant, la decisió final però deixa de ser un procediment unilateral.²⁵

Cal tenir en compte que la Constitució no estableix com es qualifica una obra d'interès general ni quins criteris s'han de complir i que el Tribunal Constitucional ja ha declarat en alguna ocasió que la decisió unilateral de l'Estat en la qualificació és inconstitucional. La qualificació afec-

22. La STC 40/1998, reconeix la prevalença del títol competencial estatal sobre ports d'interès general sobre la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'ordenació del territori.

23. Com assenyala Santiago Muñoz Machado, el repartiment de competències entre Estat i comunitats autònomes ha comportat la inversió de la regla general vigent fins aleshores, que afirmava el caràcter universal, dominant i prevalent de la competència d'ordenació territorial enfront de les competències sectorials. En l'actualitat, preval la competència més específica. Veg. "El territorio como ámbito de ejercicio de las competencias", dins l'obra *Territorio y autonomía: el alcance territorial de la competencias autonómicas*, IEA, Barcelona, 2006.

24. Només es manté la necessitat de qualificació "legal" d'interès general que figurava en l'Estatut de 1979 per als ports i aeroports, ja que per a la resta de supòsits s'ha suprimit aquest adjectiu. De fet, el Tribunal Constitucional ja havia establert que "legal" equivalia a "normatiu" en relació amb les carreteres en la STC 65/1998.

25. Com s'ha dit, en el document de treball de l'IEA i en el text de l'Estatut aprovat pel Parlament de Catalunya el 30 de setembre de 2005, aquest tràmit consistia en la "deliberació i informe de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat", i constituïa una manifestació del principi de bilateralitat, la constitucionalitat del qual havia quedat expressament reconeguda pel Dictamen del Consell Consultiu (Dictamen núm. 269). Veg. M. Carrillo (dir.): *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*, IEA, Barcelona, 2007.

ta directament l'esfera d'interessos de la Generalitat, ja que implica automàticament que aquella obra o infraestructura sigui competència de l'Estat i deixi de ser-ho de la Generalitat. I a la inversa: en el supòsit hipotètic que es produís una "desqualificació" d'interès general (per modificació de les circumstàncies que han justificat la qualificació o bé per modificació legislativa dels criteris fixats pel legislador estatal que justifiquen la qualificació) l'obra o la infraestructura quedarien automàticament incloses dins de la competència exclusiva de la Generalitat.

Per tant, l'article 137 CE ofereix fonament constitucional suficient per reconèixer la participació de la Generalitat en la decisió estatal que pot reduir o ampliar la seva competència.

Aquest informe és preceptiu a partir de l'entrada en vigor de l'Estatut d'autonomia i, per tant, amb independència que la legislació estatal el prevegi de forma expressa, com hem dit. Seria, però, convenient que quedés recollit per motius de seguretat jurídica.

4.2. Participació en la planificació i programació d'obres i infraestructures d'interès general

En la fase de planificació i programació de l'obra o infraestructura, la concreció del mecanisme de participació es difereix a la legislació o normativa estatal i al títol V de l'Estatut (articles 148.2 EAC i 140.4 EAC).²⁶

La referència al títol V de l'article 148 es pot interpretar com una crida a la intervenció de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat,²⁷ justificada per l'existència d'interessos singulars de la Generalitat afectats per la planificació estatal sectorial (que s'imposa en cas de conflicte a la planificació territorial i urbanística de la Generalitat). Aquesta participació de la Comissió es podria produir en un moment inicial i,

26. En la mateixa línia, l'article 117.2 preveu la participació de la Generalitat en la planificació i programació de les obres hidràuliques d'interès general (en els termes que prevegi la legislació estatal).

27. Aquesta Comissió està concebuda com el "marc general i permanent de relació entre el Govern i la Generalitat i el Govern de l'Estat" segons l'article 183.1 EAC i, per tant, té un paper eminentment polític i no administratiu o de gestió, en tant que expressió del principi de bilateralitat.

posteriorment, es podria articular un mecanisme concret de participació per mitjà de la legislació o normativa estatal, que podria ser un informe (tal com ja preveuen actualment algunes lleis estatals, com la Llei 27/1992, de ports i de la marina mercant) o bé la designació de vocals en l'organisme estatal que aprova la planificació i programació (tal com preveu l'article 140.2 EAC).

4.3. Participació en la gestió de les obres d'interès general i dels serveis adscrits

En la fase de gestió de les obres d'interès general i dels serveis públics als quals queden adscrites (és a dir, un cop ja s'ha executat l'obra i comença la seva utilització o explotació, conservació i manteniment) cal tenir en compte que el principi de descentralització administrativa i l'existència de serveis públics de competència de la Generalitat permeten sostenir la necessitat d'utilitzar mecanismes de col·laboració més intensos que no pas la simple participació. Per exemple, els convenis bilaterals de gestió en el cas de les obres d'interès general de l'article 148.2 EAC.²⁸ De fet, aquesta fórmula ja s'utilitza força en l'actualitat però ara queda reforçada en quedar integrada en el text estatutari com a mecanisme normal de gestió.²⁹

4.4. Participació en la gestió dels ports i aeroports d'interès general

Per als ports i aeroports d'interès general s'estableix una regla específica. Es preveuen dues possibilitats alternatives: bé que la

28. En relació amb altres tipus d'obra pública que no són estrictament infraestructures del transport, aquest mecanisme també s'aplica a les obres d'interès general situades al litoral català (article 149.4 EAC) i a les obres hidràuliques d'interès general: tant en les conques internes (article 117.2 EAC) com en les conques compartides (article 117.3.b) EAC). Cal tenir en compte que actualment l'article 124 del Reial decret legislatiu 1/2000, que aprova el text refós de la Llei d'aigües, ja ho preveu. Considerem que es tracta de supòsits de col·laboració i no de participació.

29. Per exemple, el Conveni de cooperació en infraestructures i medi ambient al Delta del Llobregat, subscrit el 16 d'abril de 1994, pel llavors Ministeri d'Obres Públiques, Transports i Medi Ambient, la Generalitat de Catalunya, el Consell Comarcal del Baix Llobregat, la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona i els ajuntaments de Barcelona i del Prat de Llobregat.

Generalitat participi en la gestió, o bé que l'assumeixi "d'acord amb el que preveuen les lleis". Aquestes infraestructures presenten unes característiques pròpies pel fet que la Constitució les reserva a la competència exclusiva de l'Estat en la seva totalitat, incloent-hi les facultats de gestió.

Com hem vist, l'Estatut de 1979 ja preveia que la Generalitat pogués assumir aquesta gestió però amb molt poc èxit fins ara. Per la seva banda, el document de treball tramès per l'Institut d'Estudis Autònomic al Parlament de Catalunya preveia en l'article corresponent a infraestructures del transport i de les comunicacions el traspass extraestatutari a la Generalitat de la gestió dels ports i aeroports d'interès general mitjançant una llei orgànica de transferència de les previstes a l'article 150.2 CE, amb remissió a una disposició addicional on s'especificava que la seva reforma no estava sotmesa als requisits de la resta de disposicions estatutàries. La disposició addicional tercera del text aprovat pel Parlament de Catalunya el 30 de setembre de 2005 va mantenir l'esmentada transferència i va afegir que una llei del Parlament regularia el règim jurídic i econòmic específic per a ambdues infraestructures que tindrien, a més, un règim de funcionament acordat per la Comissió Bilateral Estat-Generalitat.³⁰

El text finalment aprovat no preveu la transferència, però tampoc la descarta. La diferència entre participar o assumir la gestió implica que, en el segon cas, correspondria a la Generalitat la totalitat de la gestió (sense intervenció estatal) i, per tant, l'Estat li hauria de transferir o delegar facultats que corresponen al seu àmbit competencial mitjançant una llei orgànica de les previstes a l'article 150.2 CE. La transferència de facultats comporta la transferència de la titularitat de la competència de tal forma que la comunitat autònoma receptora les exerceix en nom propi, mentre que la delegació només implica una alteració de l'exercici, de tal forma que la comunitat exerceix la competència i, en conseqüència, pot prendre decisions i dictar actes normatius i d'execució però en nom de l'Estat. De la mateixa forma, en el supòsit previst al primer incís de l'article 140.3 (participar en la gestió) es manté la titularitat estatal de la compe-

30. Veg. M. Carrillo (dir.): *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*, IEA, Barcelona, 2007.

tència però les facultats en què pot participar la Generalitat són més limitades, atès que no cal utilitzar l'article 150.2 CE i, per tant, es manté la naturalesa estatal de l'ens gestor. Per tal d'anar més enllà de les actuals fórmules de participació que ja preveu la Llei 27/1992, de ports i de la marina mercant (nomenament del president i del consell d'administració de les autoritats portuàries, designació d'un nombre de vocals en representació de la Generalitat), es podrien articular diferents possibilitats: des de la fixació de quotes més altes de representació de les respectives administracions públiques en els consells d'administració de les empreses estatals fins a l'articulació de formes més properes a la col·laboració, amb la creació d'un consorci administratiu, si es vol mantenir la gestió directa dels ports i aeroports, o canviar a formes de gestió indirecta mitjançant la creació d'una societat d'economia mixta (en la qual podrien concórrer les diferents administracions públiques amb interessos i competències i el capital privat) o bé, en el cas dels aeroports, es podria crear una societat filial de l'actual gestor aeroportuari estatal, amb autonomia de gestió,³¹ passant per l'encàrrec de gestió d'una o més activitats o funcions i mantenint, però, la naturalesa estatal de l'entitat gestora.³²

La fórmula del consorci implicaria, a més, en la mesura que és un instrument de col·laboració interadministrativa, el reconeixement explícit que la Generalitat també és titular de competències exclusives que resulten afectades per aquestes infraestructures, com són l'ordenació del territori i del paisatge, l'urbanisme i el litoral, el transport terrestre i el transport marítim que transcorrin íntegrament per Catalunya, el comerç o el turisme, i de competències compartides com l'ordenació de l'activitat econòmica a Catalunya, que fan necessari l'exercici conjunt i coordinat d'aquestes competències. La creació d'un organisme comú per a la gestió dels mitjans materials i personals i la gestió coordinada de competències no comporta, però, que

31. Aquestes són algunes de les fórmules enunciades en el treball d'Eva Nieto Garrido: "La gestión compartida del aeropuerto de Barcelona-El Prat. Reflexiones", publicat a *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 4.

32. Figura regulada a l'article 15 de la Llei 30/1992, i que permet atribuir a un òrgan o entitat d'una altra administració activitats de tipus material, tècnic o de serveis, però sense cedir la competència ni els elements substantius del seu exercici, de tal forma que l'ens titular de la competència ha de dictar tots els actes jurídics necessaris per tal de donar cobertura jurídica a les activitats encomanades.

aquestes siguin exercides de forma mancomunada; cal mantenir l'exercici de separat de competències.³³

La participació en la gestió, a diferència de l'assumpció, no requereix un traspàs previ de competències o facultats estatals a la Generalitat, ja que la titularitat de la competència continua sent estatal. No es tracta d'un supòsit de gestió compartida. Igual com actualment l'Estat porta a terme la gestió directa d'aquestes infraestructures mitjançant entitats públiques, en el futur es podria optar per la gestió indirecta mitjançant una societat concessionària exclusivament privada o per la gestió mitjançant una comunitat autònoma o un ens mixt amb participació autonòmica. En tot cas, és l'Estat qui decideix la forma de gestió tot concretant el mandat estatutari. La dissociació entre titularitat i exercici de la prestació d'un servei públic pròpia del contracte de gestió de serveis públics permet que l'ens públic mantingui la titularitat de la competència executiva, del servei i del conjunt de facultats de direcció, regulació i control, però que la prestació efectiva del servei es porti a terme per una persona física o jurídica privada o pública. Per tant, es tracta d'articular un mecanisme que permeti a la Generalitat ser present en l'entitat gestora, utilitzant qualsevol de les fórmules que hem esmentat més amunt.

D'altra banda, les infraestructures afectades per aquesta participació són diverses: els dos ports d'interès general (Barcelona i Tarragona) i els quatre aeroports d'interès general existents a Catalunya (Barcelona-El Prat, Girona, Reus i Sabadell), i, per tant, caldria adoptar la solució més convenient a cada una d'elles.

La referència a les lleis de l'article 140.3 EAC es pot interpretar tant en el sentit que afecta els dos supòsits (de tal forma que tant la participació com l'assumpció de la gestió requereixin una llei reguladora) com que només afecta el segon (en aquest cas seria una referència a les lleis orgàniques de delegació o transferència de l'article 150.2 CE).

Per tant, com a conclusió, es pot afirmar que amb el nou Estatut d'autonomia la qualificació d'interès general en relació amb les obres

33. Veg. J. M. Rodríguez de Santiago: "Principio de colaboración y articulación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con proyección directa sobre el territorio", a *Territorio y autonomía: El alcance territorial de las competencias autonómicas*, IEA, 2006.

públiques i infraestructures no exclou totalment la intervenció de la Generalitat. Aquesta qualificació deixa de ser un mecanisme arbitrari de l'Estat i queda subjecta a uns límits: la participació en la qualificació de la Generalitat (que li permet manifestar la seva posició i posar en relleu els interessos afectats per la decisió); i, en segon lloc, es preveu que la Generalitat hagi de participar en l'exercici de les competències estatals, tant en la fase de planificació i programació de les diferents infraestructures i obres públiques qualificades d'interès general (si bé serà la normativa o legislació estatal la que defineixi el mecanisme concret de participació) com en la fase de gestió, en què es preveuen fórmules de col·laboració interadministrativa més respectuoses amb les competències de la Generalitat. En general, la col·laboració s'articula mitjançant convenis, amb l'excepció dels ports i aeroports d'interès general, per als quals l'Estatut deixa obertes diferents possibilitats de participació.

Un supòsit totalment diferent d'aquest és el regulat pel legislador estatal en algunes lleis mediambientals,³⁴ en les quals s'ha atribuït (de forma unilateral) competències de gestió que els estatuts d'autonomia havien atribuït a les comunitats autònomes, tot invocant títols competencials de caràcter bàsic. En aquells supòsits, l'Estat pretén compartir la gestió que correspon a les comunitats autònomes i no merament participar en la gestió de competència autonòmica tot intentant fixar unilateralment la composició dels òrgans de gestió dels parcs naturals o la seva organització interna. En aquest cas el Tribunal Constitucional va declarar la inconstitucionalitat dels articles impugnats i només excepcionalment va admetre que la intervenció estatal en la gestió (de competència autonòmica) pot trobar fonament en la competència estatal bàsica quan es donin determinats requisits. Hi ha, per tant, una diferència fonamental entre la participació de la Generalitat en les competències de gestió de titularitat estatal que

34. Com la Llei 41/1997, de 5 de novembre, esmentada per la professora Eva Nieto Garrido en el treball esmentat. De les SSTC citades pel treball, l'autora extreu la doctrina constitucional que l'Estat no pot "participar" en la gestió dels parcs naturals atribuïda a les comunitats autònomes, ja que les competències són irrenunciables (afirmació que compartim) i que només excepcionalment es pot admetre aquesta participació quan la intervenció estatal estigui justificada perquè és considerada bàsica. Entenem que aquest no seria un supòsit estricte de participació en el sentit que aquí exposem, sinó un conflicte de competències bases-desplegament, en el qual el Tribunal Constitucional ha de determinar l'abast de les bases estatals, i que es resol en termes generals a favor de les comunitats autònomes.

preveu l'Estatut i l'autoatribució per l'Estat de facultats de gestió que corresponen a les comunitats autònomes en virtut dels seus respectius estatuts d'autonomia, invocant competències de caràcter bàsic, i és que la primera es basa en el principi d'audiència i en la descentralització administrativa (principi proclamat expressament per l'article 103 CE) i la segona, en el principi contrari. La primera, a més, respecta la voluntat del titular de la competència i és fruit d'un acord voluntari; la segona, en canvi, respon a una voluntat unilateral i afecta directament la titularitat de la competència, que es pretén compartir, i no només el seu exercici, ja que s'invoca la titularitat d'una competència bàsica.

4.5. El criteri territorial i l'afectació a una altra comunitat autònoma

Els dos criteris restants per a la distribució de competències als quals hem al·ludit són el territori: quan l'activitat o el servei supera l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma, la Constitució reserva la competència a l'Estat; i a la inversa, l'Estatut d'autonomia de 1979 atribuïa la competència exclusiva a la Generalitat quan l'activitat té lloc íntegrament en el territori de Catalunya, i el de l'afectació a una altra comunitat autònoma. El criteri territorial s'aplicava així en l'àmbit de les infraestructures del transport als ferrocarrils (articles 149.1.21 CE i 9.15 EAC 1979) i a les carreteres (article 9.15 EAC 1979), i el de l'afectació, només a les obres públiques (article 149.1.24 CE i article 9.13 EAC 1979).

El territori no és només un límit per a l'exercici de les competències autonòmiques sinó que esdevé, en aquest cas, un criteri d'atribució de la titularitat de la competència. Això ha implicat que determinades carreteres o línies de ferrocarril que transcorren íntegrament per territori de Catalunya, en la mesura que es connecten amb d'altres infraestructures extracomunitàries o formin part de xarxes que superin el territori de Catalunya, han quedat automàticament excloses de la competència de la Generalitat.

Doncs bé, l'Estatut d'autonomia de 2006 també matisa aquest criteri en els termes següents: confirma la titularitat de la competència a favor de la Generalitat quan la infraestructura o activitat es desenvolupa íntegrament en el territori de Catalunya, però preveu la par-

ticipació de la Generalitat en l'exercici de les competències estatals quan aquestes es desenvolupin a Catalunya encara que la infraestructura o el servei superin aquest territori.

Així, tant pel que fa a les carreteres com a les infraestructures ferroviàries, se substitueix la concepció lineal per la noció de xarxa viària o ferroviària, que porta implícita la idea de connexió i, per extensió, de supraterritorialitat. El criteri del territori se substitueix pel de la titularitat de la xarxa com a criteri de distribució de competències. En conseqüència, correspon a la Generalitat la competència exclusiva sobre la xarxa viària i sobre la xarxa ferroviària de la seva titularitat i la participació en la planificació i gestió tant de la xarxa viària com de la ferroviària de titularitat estatal (article 140.5 i 140.6). En conseqüència, encara que la xarxa viària o ferroviària de titularitat estatal superi el territori de Catalunya, alguns trams podrien ser objecte de traspàs a la Generalitat i incorporar-se a la xarxa de titularitat autonòmica, amb la qual cosa es modificaria automàticament el seu règim competencial.

Pel que fa a la participació en la planificació i en la gestió d'aquestes infraestructures, es remet a la normativa estatal la seva concreció, i es podrà dur a terme mitjançant un conveni o un organisme de gestió.³⁵

En matèria de transport terrestre el criteri d'atribució competencial segueix sent el territori. Així, tot el transport que transcorre íntegrament per Catalunya s'atribueix a la competència exclusiva de la Generalitat, amb independència de la titularitat de la infraestructura (article 169.1 EAC). En conseqüència, el transport de rodalies i regional de Renfe a Catalunya, que fins ara no havia estat objecte de traspàs, queda atribuït directament a la competència exclusiva

35. Cal recordar que l'article 149 no reserva a l'Estat cap competència sobre carreteres que superin el territori de Catalunya o afectin altres comunitats autònomes; aquest criteri es va introduir unilateralment pel legislador estatal a la Llei 65/1988, de carreteres de l'Estat. Atès que l'EAC 2006 interpreta restrictivament l'abast material del concepte d'obra pública d'interès general o la realització de la qual afecti una altra comunitat autònoma, no hi hauria cap impediment constitucional perquè la Generalitat assumís la planificació i la gestió coordinada de tota la xarxa viària en el territori de Catalunya, encara que es tracti de vies que connectin amb altres comunitats autònomes o infraestructures d'interès general. En tot cas, es poden arbitrar mecanismes de col·laboració amb altres comunitats autònomes o amb l'Estat si s'escau (article 115.2 EAC sobre supraterritorialitat).

de la Generalitat, encara que circuli damunt d'una infraestructura de titularitat estatal. En conseqüència, el traspàs esdevé ineludible. En el mateix sentit, els centres de transport, logística i distribució localitzats a Catalunya pertanyen a la competència exclusiva de la Generalitat.

Per tant, d'una banda, quan el concepte de xarxa substitueix la noció lineal de carretera o ferrocarril, el criteri de distribució competencial deixa de ser el territori i queda substituït per la titularitat estatal o autonòmica de la xarxa. D'altra banda, sobre tot el territori de Catalunya, la Generalitat participa en la gestió de les xarxes estatals i, per tant, la titularitat esdevé irrellevant. D'aquest fet es deriven dues conseqüències: la primera, que qualsevol tram de la xarxa viària o ferroviària estatal és traspassable (encara que el conjunt de la xarxa superi el territori de Catalunya) i, per aquest fet, és susceptible de formar part de la xarxa autonòmica de competència exclusiva de la Generalitat; i la segona és que en relació amb la xarxa de titularitat estatal situada en el territori de Catalunya es garanteix la participació de la Generalitat en tant que administració amb competències afectades (el transport terrestre intracomunitari i la planificació urbanística), d'una banda, i en tant que administració territorialment més propera al servei públic de transport i als interessos dels ciutadans, i, per tant, queden respectades tant les seves competències de planificació territorial i urbanística com el principi de descentralització administrativa constitucionalment establert.

Finalment, en matèria de transports l'Estatut preveu la participació de la Generalitat mitjançant un informe previ quan la línia de transport s'hagi d'integrar en una línia o servei d'àmbit superior (article 169.2 EAC), i la participació en l'establiment del servei mitjançant els mecanismes del títol V quan un servei ferroviari garanteixi la comunicació amb una altra comunitat o el trànsit internacional (article 169.3 EAC). En coherència amb el que ja hem exposat en altres matèries i tot reforçant en aquesta matèria el criteri territorial per a l'atribució de competències, la participació s'instrumenta amb informe quan la Generalitat pot quedar desapoderada de la seva competència (com esdevé en el cas de la qualificació d'interès general d'obres o infraestructures), i mitjançant els mecanismes del títol V quan està en condicions d'igualtat competencial amb l'altra comunitat afectada o amb l'Estat. En aquest segon cas,

caldrà determinar el mecanisme concret de participació (podria ser un conveni de col·laboració amb l'Estat o amb altres comunitats autònomes).

En relació amb el criteri de l'afectació a una altra comunitat autònoma, simplement es preveu que es poden subscriure convenis de gestió dels serveis per a les obres públiques que compleixin aquest criteri (article 148.3 EAC), les quals queden assimilades, per tant, a les obres públiques d'interès general.

4.6. Presència en organismes estatals

En darrer terme, també hem de fer referència a la participació de la Generalitat en la designació de membres dels organismes supraautonòmics estatals que exerceixen competències sobre infraestructures del transport situades a Catalunya de titularitat estatal (és a dir, a Renfe, Puertos del Estado, AENA, ADIF o GIF).

L'article 53 de l'Estatut d'autonomia de 1979 preveia també la participació de la Generalitat en organismes estatals, però a la pràctica va tenir una aplicació molt limitada.

Aquesta participació requereix modificar les lleis estatals que regulen aquests organismes i acordar amb l'Estat la forma de designació dels vocals per fer efectiva aquesta presència. Els mecanismes són dos: la Generalitat designa directament membres d'aquests organismes, o bé la Generalitat participa en el procés de designació juntament amb altres comunitats autònomes. Aquest precepte és una concreció en l'àmbit de les empreses estatals que gestionen infraestructures del que l'article 182 estableix també per a altres organismes econòmics i socials. Per tant, la seva articulació concreta s'haurà d'acordar amb l'Estat.

L'articulació de les diferents formes de designació de vocals es pot fer tenint en compte una representació ponderada de totes les comunitats autònomes en aquests organismes o afavorint les que resulten més afectades des de la perspectiva competencial o bé simplement les que ho hagin previst a llurs estatuts d'autonomia. En tot cas, caldrà pactar aquests fórmules amb l'Estat i, segurament, amb les altres comunitats autònomes implicades.

5. Conclusions

En síntesi i per concloure, es pot afirmar que en relació amb les infraestructures del transport i les obres públiques (i, per connexió, en relació amb l'ordenació del territori i l'urbanisme) la Generalitat amplia les seves competències, sigui en algun cas per la presència de noves matèries atribuïdes en exclusiva, sigui, en general, per l'ampliació de potestats que es deriva de la definició general de les tipologies competencials, especialment de la definició de competència exclusiva de l'article 110 EAC. L'aplicació de la tècnica del desglossament permet recuperar matèries i garantir l'abast material de la competència de la Generalitat enfront dels títols horitzontals estatals, així com garantir la potestat de planificació en cada sector, a més de la potestat general de planificació vinculada a l'ordenació territorial i a l'urbanisme. Ara bé, aquests àmbits s'hauran de desplegar legislativament pel Parlament de Catalunya i, en algun cas, amb traspass previ de mitjans i serveis de l'Estat a la Generalitat.

Al mateix temps que l'Estatut estableix una noció d'exclusivitat reforçada, també es configura un nou tipus de competència, la participació en competències estatals, que garanteix la intervenció de la Generalitat en totes les decisions estatals que afectin el territori de Catalunya, encara que afectin altres comunitats, ultrapassin aquest territori o siguin qualificades d'interès general. La participació és, per tant, un element que modula la rigidesa de la distribució competencial anterior i permet introduir mecanismes propers a la col·laboració i cooperació institucional, sense afectar, però, la titularitat estatal de la competència. En l'àmbit de la gestió es configuren mecanismes de col·laboració més intensos que no pas la simple participació, amb l'excepció dels ports i aeroports d'interès general.

La participació parteix d'un acord bilateral (expressat pel mateix Estatut d'autonomia) entre les institucions afectades i reconeix la titularitat estatal de la competència, al mateix temps que té per objecte fer efectiu tant el principi democràtic vinculat al dret de representació i audiència, quan la Generalitat tingui interessos afectats per l'exercici de la competència estatal, com el principi de descentralització administrativa en l'àmbit de la gestió d'obres o de serveis. En tot cas, l'Estatut remet la concreció del mecanisme a una decisió estatal posterior, normativa o convencional, i respecta la ti-

tularitat estatal de la competència. Es tracta d'un mandat constitucionalment legítim, ja que no substitueix la decisió estatal ni impedeix que l'Estat exerceixi les seves competències. La posada en funcionament dels mecanismes de participació (organismes bilaterals de consens, informes previs) cobra per tant un gran relleu.

En definitiva, per tant, l'Estatut aposta clarament en aquest àmbit, com també en termes generals, per garantir l'exclusivitat de la titularitat de les competències però habilitar mecanismes d'exercici compartit.

En algun cas, quan l'Estat pot adoptar una decisió que afecta l'abast de la competència, l'Estatut precisa el mecanisme de participació (un informe preceptiu). Aquests informes no són vinculants i, per tant, l'Estat continua tenint el control de la decisió final, però la determinació estatutària permet a la Generalitat intervenir en aquesta decisió. Aquests informes són directament aplicables des de l'entrada en vigor de l'Estatut i tenen una important transcendència política, ja que permeten a la Generalitat expressar la seva posició i posar de manifest els interessos propis afectats.

S'ha de fer una referència especial als ports i aeroports qualificats d'interès general (i d'altres infraestructures del transport d'interès general) en la mesura que l'Estatut d'autonomia preveu que la seva gestió sigui participada o assumida per la Generalitat. En conseqüència, l'Estat ha d'optar per una de les dues possibilitats que l'Estatut ha deixat obertes per tal de donar compliment al mandat estatutari. Pot escollir entre el traspàs de les funcions estatals (mitjançant una llei orgànica de delegació o transferència de les previstes a l'article 150.2 CE) o per l'articulació d'un mecanisme de participació (sense necessitat de traspàs de funcions), mantenint la titularitat de la competència.

Finalment, també caldrà acordar amb l'Estat un procediment per tal que la Generalitat participi en la designació de vocals en els diferents organismes estatals d'abast supraautonòmic amb competències en matèria d'infraestructures que exerceixen funcions sobre el territori de Catalunya, i determinar tant el nombre de vocals com els organismes concrets.

Bibliografia

ALBERTÍ, E. "Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14 (1985).

———. "Relaciones entre las Administraciones Públicas". A: J. LEGUINA i M. SÁNCHEZ (dir.). *Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos: Madrid, 1993.

———. "El blindatge de les competències i la reforma estatutària". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31.

ARGULLOL, E. *Criteris per a un desenvolupament institucional*. Barcelona: IEA, 1999.

BARNES, J. *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*. Barcelona: IEA, 2004.

CARRASCO, M. *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*. València: IEA / Tirant lo Blanch, 2005.

CARRILLO, M. (ed.). *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*. Barcelona: IEA: 2007.

CORRETJA, M. "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña". A: L. ORTEGA (dir.). *La reforma del Estado Autonomico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

DD.AA. *Territorio y Autonomía: El alcance territorial de las competencias*. Barcelona: IEA, 2006.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R. *Relaciones Interadministrativas de colaboración y cooperación*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons / Diputació de Barcelona, 2000.

HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.). *El funcionamiento del Estado Autonomico*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1999.

Informe sobre la reforma de l'Estatut. Barcelona: IEA, 2003.

MUÑOZ MACHADO, S. "El mito del estatuto-constitución y las reformas estatutarias". A: *Informe Comunidades Autónomas 2004*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2005.

NIETO GARRIDO, E. "La gestión compartida del aeropuerto de Barcelona-El Prat. Reflexiones". *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 4 (2007).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *Los convenios entre Administraciones públicas*. Marcial Pons: Madrid, 1997.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. "34. Transportes y comunicaciones" i "35. Puertos y aeropuertos". A: F. BALAGUER (dir.). *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.

TORNOS MAS, J. *Los Estatutos de Autonomía de Catalunya*. Madrid: Iustel, 2007.

VELASCO CABALLERO, F. "Los convenios entre administraciones públicas". *Civitas REDA*, núm. 103.

VIVER I PI-SUNYER, C. "L'Estatut de 2006". *Activitat Parlamentària*, núm. 10 (2006).

———. "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídicococonstitucional". *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 1 (2005).

RESUMEN

El Estatuto de Autonomía de Cataluña ha reforzado, por un lado, la noción de competencia exclusiva y, por otro, ha apostado claramente por impulsar mecanismos de colaboración y participación en el ejercicio de las competencias. El artículo se centra en un estudio de la técnica de la participación de la Generalitat en el ejercicio de competencias estatales. La participación, a diferencia de la colaboración interadministrativa, respeta la titularidad estatal de la competencia pero introduce un mecanismo de flexibilidad en su ejercicio. Parte de un acuerdo bilateral, expresado por el Estatuto como norma paccionada y remite al Estado la concreción del mecanismo (informes, convenios, organismos bilaterales, consorcios). Al mismo tiempo, refleja el principio democrático vinculado al derecho de representación y audiencia que corresponde a la Generalidad en la medida en que el ejercicio de las competencias estatales pueda afectar a su ámbito competencial.

El Estatuto de 2006 abunda en la utilización de dicho mecanismo, en especial, en las competencias relativas a infraestructuras del transporte, donde frente a la rigidez en la aplicación de los criterios constitucionales (calificación de interés general, ámbito territorial y afectación de otra comunidad autónoma) se proponen fórmulas más respetuosas con las competencias autonómicas y que, en muchos casos, ya se venían aplicando en la práctica.

ABSTRACT

The Statute of Autonomy of Catalonia has on the one hand reinforced the idea of exclusive powers, and on the other, is clearly committed to promoting mechanisms of co-operation and participation in the exercising of powers. The article focuses on a study of the Catalan Autonomous Regional Government's technique of participation in exercising state powers. This participation, unlike inter-governmental co-operation, respects the state-based nature of the power but introduces a mechanism of flexibility in exercising it. It is based on a bilateral agreement, expressed by the Statute as an agreed regulation and refers the specification of the mechanism (reports, agreements, bilateral bodies, associations) to the State. At the same time, it reflects the democratic principle linked to the right to representation and a public hearing which pertains to the Catalan Autonomous Regional Government insofar as the exercising of state powers may affect its sphere of powers.

The Statute of 2006 elaborates on the use of this mechanism, and in particular, on powers relating to transport infrastructures, where instead of

rigidity in the application of constitutional criteria (classification as of general interest, territorial scope and effect on another Autonomous Region) formulas that are more respectful of autonomous regional powers are proposed and these are those that in many cases had been applied in practice.

EL PARLAMENT DE CATALUNYA EN CLAU DE FUTUR

Jordi Capó Giol

Catedràtic de Ciència Política
Universitat de Barcelona

Joan Marcet Morera

Professor titulat de Dret Constitucional
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARI: 1. Els parlaments: la reforma sempre exigida. – 2. El Parlament de Catalunya: L'experiència de vint-i-cinc anys. – 3. Les funcions del Parlament. – 4. La nova consideració estatutària del Parlament. – 5. Representació i composició. Anàlisi empírica i propostes legislatives. – 6. La durada del mandat representatiu. – 7. La composició numèrica del Parlament. 7.1. Sobre la representativitat. 7.2. Sobre el treball parlamentari. 7.3. Recursos i despeses. – 8. El sistema electoral. – 9. Un parlament en clau de futur: propostes de reforma. 9.1. Organització i funcionament de la cambra. 9.1.1. Enfortiment del paper del diputat. 9.1.2. Incrementar els mitjans humans i materials dels parlamentaris. 9.1.3. Major transparència en el funcionament dels grups parlamentaris. 9.1.4. Més mitjans per al Parlament. 9.2. Aprofundir les funcions del Parlament. 9.2.1. Millorar el debat parlamentari. 9.2.2. Un procediment legislatiu més àgil i participatiu. 9.2.3. L'avaluació de la producció legislativa. 9.2.4. Un millor control dels ingressos i despeses públics. 9.2.5. Incrementar la informació i el control polític de l'acció del Govern. 9.3. Potenciar la relació dels diputats amb els ciutadans. 9.4. Una política de comunicació més activa. – *Resumen-Abstract.*

1. Els parlaments: la reforma sempre exigida

Constitueix un tòpic, quasi tan antic com la mateixa existència de la institució moderna, referir-se a la crisi dels parlaments. La queixa acompanya tota la història de la modernització democràtica des que el parlament deixava de tenir característiques oligàrquiques i superava el sufragi censatari per arribar al sufragi universal; la paraula és immediatament represa per indicar les tensions provocades per la transformació de l'Estat liberal en un altre d'intervencionista, i continua acompanyant-nos en els nostres sistemes polítics actuals, caracteritzats com a democràcies d'audiència.

El concepte de *crisi* té, doncs, un llarg recorregut que difícilment pot fer referència al mateix tipus de processos i problemes, però, a més, disposa d'una versatilitat semàntica que li dona una ambigüitat útil per a molts usos. Entre la crisi entesa com a decadència i la crisi entesa com a transformació hi ha espai per a un ampli consens polític i acadèmic i el concepte resol amb bon estil la manca d'anàlisis més acurades.

Crisi: quina crisi? Podem remuntar-nos a una mítica edat d'or del parlamentarisme –i ens faltaria posar-nos d'acord si ens referim al primer moment del constitucionalisme en què els parlaments imposen la seva presència als monarques absoluts o al període d'entreguerres en què per un període molt curt sembla que dominaven als executius– i veuríem, sens dubte, que representació, legislació i control –les tres típiques funcions parlamentàries– es realitzaven amb unes pautes que avui considerariem notòriament insuficients.

D'on ve aquesta insatisfacció amb el parlamentarisme actual? Possiblement, d'un aspecte relacional. Els parlaments eren pràcticament les úniques institucions democràtiques o en procés de ser-ho –en confrontació amb una Església retardatària i unes institucions absolutistes– que volien o podien parlar en nom del poble; per això, eren suficientment forts com per apropiarse d'un concepte monista, el de *sobirania*. Els parlaments afirmaven representar, ells i només ells, la nació, el poble. Una nació, un poble, una sobirania, un representant: el parlament. Quan en el procés històric aquesta equació es trenca, el parlament perd la seva posició privilegiada i la construcció teòrica de la sobirania parlamentària es refugia en el mite de l'edat d'or perduda però que, com els bons mites, mai podrà recuperar-se.

Efectivament, els parlaments actuals estan en concurrència amb el liderat simbòlic dels executius a través de la presidencialització de les eleccions, el desplaçament de la representació cap als partits i les organitzacions socials, les televisions i les ràdios com a lloc del debat polític, la burocràcia i els grups de pressió com a definidors de les polítiques públiques, etc. Són frases molt ràpides i discutibles i no és ara el moment d'explicar de quina forma concreta pot veure's afectat el legislatiu per aquesta interrelació de factors mediàtics i tecnocràtics. Es tracta de posar alguns exemples, sense fer-ne la llista completa, per a posar de manifest que avui els parlaments ja no tenen un monopoli en cap de les funcions atorgades constitucionalment i que s'han

convertit en uns actors més del procés polític relacionats amb d'altres en formes de col·laboració i conflicte.

Aquest és el fenomen subjacent a la noció de crisi –la concurrència en la representació i definició dels interessos polítics i socials– que es veu agreujat per una contradicció entre els valors típics del parlamentarisme i determinades perspectives de segments importants de l'opinió pública. Ens referim al fet que el procés parlamentari imposa el debat, el ritme lent, la deliberació, la contradicció, mentre que els electors prefereixen solucions ràpides, executives.

Aquesta seria una aproximació, una descripció breu d'allò que convencionalment, però també amb molt poc rigor, denominem *crisi dels parlaments*. L'hem definida com un problema relacional, com una concurrència amb d'altres actors en el marc d'una opinió pública que, en molts casos, està distanciada dels valors inherents i irrenunciables de la institució. Per tant, la preocupació desborda el marc clàssic de la submissió del poder legislatiu al govern. És coneguda aquesta reflexió: els parlaments estarien en crisi perquè els controlen els executius amb les seves majories partidistes.

Contra aquesta idea tan comuna alguns estudis recents apunten, però, noves perspectives d'anàlisi: "El bon funcionament d'un règim parlamentari no depèn pas tant de la natura de les relacions entre els poders executiu i legislatiu, de l'extensió o de la qualitat de les majories sorgides de les eleccions, com de la capacitat del conjunt parlament-govern en assegurar efectivament la direcció dels afers públics i d'arribar a obtenir el suport dels ciutadans en aquest exercici. [...] La qüestió ja no és saber si el parlament està sotmès o no a l'executiu i als partits, i com ho està, sinó determinar si la lògica parlamentària [...] continua sent el motor de govern o si ja no és res més que un principi de legitimació abstracta".¹

En realitat no són sols els parlaments els que perden la seva funció de direcció política sinó que aquesta, com a tal, sembla esvair-

1. Vegeu Costa, O.; Kerrouche, E.; Magnette, P.: "Le temps du parlementarisme désenchanté? Les parlements face aux nouveaux modes de gouvernance". A: Costa, O.; Kerrouche, E.; Magnette, P.: *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe?* Brussel·les: Editions de l'Université de Bruxelles, 2004.

se en el si de la societat. La pregunta pertinent és qui dirigeix els processos que entenem sota el nom de *globalització*? Qui domina o controla les transformacions que s'estan produint avui en els estats del benestar i les democràcies? Si aquestes són les preguntes pertinents, aleshores la relació legislatiu-executiu ja no pot veure's com un joc a suma zero en el qual l'un guanya el que l'altre perd. Es tractarà, amb més exactitud, d'un procés en el qual un reforçament mutu pot servir per a consolidar les seves posicions complementàries en una xarxa d'actors cada dia més complexa i en la qual tots els que hi intervenen necessiten establir aliances per adquirir poder.

Així, els paràmetres de la crisi mostren, al mateix temps, els camins a emprendre per a millorar la posició parlamentària en un sistema de governança en el qual els conceptes de *jerarquia* i *cooperació* s'imbriquen mútuament. En efecte, el parlament ja no podrà reclamar cap sobirania però s'haurà d'esforçar per entendre quina és la lògica sota la qual s'haurà de relacionar amb els altres actors. El parlament com a legislador "únic" ha passat a la història, però podrà ésser un bon legislador –i això és un exemple– si té un bon discurs tècnic per a parlar amb els tècnics, si sap com arribar a l'opinió pública, si entén que la rapidesa és una característica de la societat actual...

El parlament ha anat perdent centralitat per causa d'un conjunt de factors que van des de la moderna concepció de sobirania popular, la força normativa de la Constitució i el paper dels òrgans jurisdiccionals constitucionals, fins a la modificació del sistema i la mateixa estructura interna dels partits, l'increment de la intervenció estatal i el predomini del principi d'eficàcia.

Fins i tot des de l'òptica mediàtica, l'existència d'una informació sobre l'activitat de les cambres que no aconsegueix ni el relleu ni l'extensió i ubicació temporal que mereixeria l'òrgan on resideix la sobirania popular, constitueix un element concret i complementari de preocupació, tant des del punt de vista institucional com polític.

Però, des d'una òptica global i general, el parlament se situa avui com la institució més apta per contradir les lògiques exclusivament burocràtiques, més pròpies dels governs, en la mesura que està en contacte més directe amb els ciutadans, als quals representa. En

paraules d'Olivier Duhamel sobre el paper del parlament avui: "Control d'allò que és, d'una banda, reflexió d'allò que pot i ha de ser, d'una altra; tot dins la discreció del treball sense càmera però amb la transparència de la discussió pública. Aquest somni, quan s'acomplexi, donarà a la democràcia deliberant la seva consistència real i a la democràcia governant, la seva vertadera efectivitat".² Des d'aquesta perspectiva, el model de parlament imaginable s'inscriuria en una forma de govern "neoparlamentària", en la qual la divisió de poders s'establiria, sobretot, entre l'oposició parlamentària i el contínuum majoria-govern.

Així doncs, caldria recuperar l'espontaneïtat del parlament i superar l'excés de racionalització i de rigidesa procedimental, que tenen avui dos enemics: les inèrcies i els anomenats "precedents parlamentaris", que deixen sense cap marge la vivesa d'un parlament modern; cal guanyar la batalla a la burocratització creixent de la seva organització, tant en l'estructura interna com en les relacions polítiques; cal equilibrar el diputat i el grup parlamentari i flexibilitzar, entre altres aspectes, tant la presa de decisions dels grups com l'excessivament estricta disciplina de grup. Cal, sense cap mena de dubte, incrementar els mitjans, tant de la institució com dels diputats, amb una necessària, i tot just iniciada, adaptació de la cambra al nou context tecnològic.

Aquest és el marc d'aquestes pàgines orientades a suggerir algunes propostes perquè el Parlament de Catalunya pugui ésser més actiu, més influent, més eficaç, més conegut i valorat. Confrontat a una mítica edat d'or, el parlament, com les democràcies, sempre serà insatisfactori; però posat davant de les relacions que realment estableix també sempre existeixen possibilitats per a les reformes potencials, incrementals, que li confereixin més capacitat d'intervenció real en les decisions polítiques. Així, no es tracta de trobar la gran idea que ens faci oblidar definitivament el concepte de *crisi*, sinó d'acceptar-lo com un element permanent. La crisi, com que està mal definida, com que és un mite, no es resoldrà; però, a la vegada, ens exigeix permanentment la reforma. La desil·lusió que generen les cambres ens ha d'estimular constantment a buscar millores parcials i solucions provisionals.

2. Vegeu O. Duhamel: *Les démocraties*, París: du Seuil, 1993.

2. El Parlament de Catalunya: l'experiència de vint-i-cinc anys

L'entramat institucional de la Generalitat –prefigurat en la Constitució espanyola de 1978, en el seu article 152– es concreta i desenvolupa en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, tant en el de 1979 a través del seu article 1, del títol segon, i de les disposicions transitòries quarta i cinquena, com en el nou Estatut de 2006, a través de l'article 2, dels títols segon i tercer i de la disposició transitòria segona, que deixa en vigor algunes disposicions transitòries –especialment la quarta– de l'Estatut de 1979. El desenvolupament normatiu, a través de lleis emanades del Parlament, dels òrgans d'autogovern, i en concret del Parlament, ha completat en part aquesta estructura institucional. Però la pràctica política duta a terme al llarg de la vida de la institució parlamentària ens dona també un coneixement més real d'aquesta.

D'acord amb les previsions estatutàries, el Parlament de Catalunya representa el poble de Catalunya i exerceix els poders legislatiu i de control del Govern, característics de totes les cambres en els règims parlamentaris. En les anàlisis primigènies es caracteritzava el parlament com la clau de volta de l'estructura institucional de la Generalitat de Catalunya, a partir de la clara preeminència que l'Estatut li atorga sobre la resta d'institucions, per bé que ja s'apuntava que futures lleis de desenvolupament estatutari referides al Parlament, així com la relació de forces que es donés a la Cambra, i en conseqüència entre composició del Consell Executiu i majoria parlamentària, podien fer variar aquesta preeminència formal en favor del president i el seu Consell.³

Com s'assenyala en estudis posteriors referits al Parlament de Catalunya, l'evolució de la seva posició en aquest entramat institucional de la Generalitat, de manera coherent amb l'evolució contemporània i recent dels parlaments moderns, manté formalment la seva naturalesa jurídica de màxima representació del poble de Catalunya, que aprova les lleis i els pressupostos, i que nomena i pot fer cessar el President de la Generalitat. Però es constata també que la majoria parlamentària s'orienta de manera sistemàtica cap a la direcció que marca el president i el seu Consell Executiu, i l'oposició s'ha de conformar a presen-

3. Vegeu, per exemple, el capítol de M. Gerpe "Las instituciones de la Generalidad de Cataluña" al llibre d'I. Molas, M. Gerpe, J. Botella, J. Marcet i I. E. Pitarch *El Parlamento de Cataluña*. Barcelona: Ariel, 1981.

tar alternatives diferents, intentant arribar d'aquesta manera a l'electorat, i a introduir petits canvis, si són acceptats per la majoria, a les lleis proposades i finalment aprovades per la mateixa majoria. Aquesta situació s'ha vist condicionada i més o menys agreujada en funció de la composició de la Cambra, de manera que la potència i major presència del Parlament es relaciona amb la no existència de majoria absoluta d'una sola força política i amb la necessitat d'acords parlamentaris o de govern per tal d'aconseguir una majoria governamental estable.

El Parlament de Catalunya ha viscut amb plenitud sencera tota l'evolució dels parlaments contemporanis en un sistema de parlamentarisme racionalitzat i majoritari. El primer Parlament, elegit el 1980, coincideix amb la recuperació estatutària de la institució, amb una composició pluripartidista i on la coalició més nombrosa –Convergència i Unió, amb 43 escons– queda lluny de la majoria parlamentària i ha d'accedir al govern amb acords parlamentaris amb Centristes de Catalunya-UCD i Esquerra Republicana de Catalunya. Les tres legislatures següents, en les quals la coalició de CiU obté la majoria absoluta, difuminen de manera notable el paper del Parlament i evolucionen cap a l'assimilació grup parlamentari de CiU –expressió unívoca del Parlament– Govern. La pèrdua de la majoria absoluta de CiU l'any 1995 i la conformació de governs amb suport parlamentari del Partit Popular en la cinquena i sisena legislatures, així com la formació d'un govern que rep el suport de tres grups parlamentaris –PSC-CpC, ERC i ICV-EuiA– a partir de les eleccions de 2003, ha fet possible una recuperació notable del paper polític del Parlament i ha trencat, especialment a partir de la setena legislatura, l'assimilació entre la institució i el grup o grups que en conformen la majoria, malgrat que la lògica del sistema parlamentari contemporani faciliti la preservació de la majoria governamental enfront dels intents de l'oposició de portar les respectives majories de govern a situacions de crisi política. Encara caldria fer referència a dos aspectes concrets en aquests apunts sobre el paper dels grups parlamentaris: d'una banda, la relació que es produeix entre partit, grup parlamentari de la majoria i govern, i, d'altra banda, la relació diputat-grup parlamentari. La primera de les qüestions és rellevant per tal de constatar la submissió del grup parlamentari bé al partit del qual és expressió, bé al govern al qual dóna suport. En aquesta relació a tres bandes és, doncs, el grup parlamentari el que apareix com a simple instrument, com a apèndix d'una identitat partit-govern en la mesura que, de forma habitual, es dóna una coincidència en les persones

que ostenten la màxima direcció del partit i del govern.⁴ Del segon element apuntat, la relació diputat-grup parlamentari, mediatitzada també per la relació entre el diputat i el partit polític, importa constatar el caràcter dependent del diputat envers el seu grup parlamentari, no solament per l'existència de la disciplina interna del grup, sinó també per l'articulació jurídic-constitucional del mandat parlamentari en el model d'Estat de partits i per l'existència d'una submissió per continuar que es trobaria a la base de la genèrica submersió del diputat en el grup i de l'acatament de les seves condicions de funcionament i disciplina interna.⁵

1. Composició dels grups parlamentaris per legislatures

	Primera	Segona	Tercera	Quarta	Cinquena	Sisena	Setena	Vuitena
CIU	43	72	69	70	60	56	46	48
PSC-CpC	33	41	42	40	34	50	42	37
ERC	14	5	6	11	13	12	23	21
PP		11	6	7	17	12	15	14
ICV-EUiA	25	6	9	7	11	5	9	12
C,s								3
CC-UCD	18							
PSA	2							
CDS			3					

Font: Elaboració pròpia a partir de les dades del Parlament de Catalunya.

Des del punt de vista de la seva organització i funcionament, el Parlament de Catalunya no aporta elements de gran novetat respecte a l'estructura organitzativa i a les normes de funcionament d'altres cambres parlamentàries.

El canvi profund en l'estructura organitzativa i en el funcionament dels parlaments liberals ha comportat una clara tendència a la

4. Vegeu en aquest sentit el capítol de P. Jover i J. Marcet "Teoria i realitat en les relacions del Govern amb el grup parlamentari i el partit majoritari" al llibre col·lectiu *El Govern a la Constitució espanyola i als Estatuts d'Autonomia*. Barcelona: Diputació de Barcelona, 1985; i també J. Marcet: "La posición de la mayoría en las relaciones entre las Cortes Generales y el Gobierno". A: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 22 (1991).

5. Sobre aquestes qüestions es poden consultar F. Caamaño: *El mandato parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991; i J. L. García Guerrero: *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

complexitat de les actuals cambres parlamentàries. Els parlaments liberals s'estructuraven de forma més espontània, amb menys rigidesa organitzativa, on el plenari de la cambra, més lligat als esdeveniments polítics, tenia un sentit més directe i improvisat. La creixent complexitat de les funcions que duen a terme els parlaments moderns, en la mesura que s'incrementa la complexitat política, econòmica i social de les respectives societats que representen, ha obligat a introduir un conjunt d'estructures més complexes –i, moltes vegades, més burocràtiques–, a planificar més i millor el seu treball i a una regulació més intensa i també més complexa del funcionament de les cambres parlamentàries.⁶

El Reglament del Parlament de Catalunya, elaborat durant els primers mesos posteriors a les primeres eleccions autonòmiques i aprovat pel Ple el 24 de juliol de 1980, no s'escapa en els seus trets generals, i en especial pel que fa a l'organització i el funcionament de la cambra, a un notable grau de mimetisme amb relació a la regulació reglamentària del Congrés dels Diputats, que des del maig de 1979 i durant la primera meitat de 1980 estava elaborant un avantprojecte de Reglament definitiu, per bé que aquest no serà aprovat finalment fins el febrer de 1982. Les modificacions parcials posteriors del Reglament del Parlament, i fins a l'aprovació del nou Reglament el desembre de 2005, no s'aparten d'aquesta tendència general d'assimilar els elements d'estructura organitzativa i de funcionament del Congrés dels Diputats, per bé que el Reglament de la cambra catalana manté, i reforça sobretot a través dels criteris interpretatius i les normes supletòries, alguns elements d'originalitat, més derivats de la seva pròpia dinàmica política i parlamentària que no pas de cercar una adequada adaptació a les especificitats de la posició i funcions del Parlament com a cambra autonòmica.

Pel que fa a les disposicions generals de funcionament, cal mencionar els elements que connecten amb la consideració del Parlament com a òrgan deliberant i com a institució que fa efectiu el principi de publicitat de la vida política.

6. Els minuciosos treballs d'I. E. Pitarch i C. Viver, realitzats a l'inici de l'existència de l'actual Parlament de Catalunya, però plenament vigents en les seves línies explicatives principals, estalvien detallar-ne l'organització. Vegeu els capítols d'I. E. Pitarch sobre organització i funcionament del Parlament al llibre d'I. Molas i altres *El Parlamento de Cataluña*, ja citat, i els capítols VIII i IX de l'article de C. Viver "Naturalesa jurídica. Organització i funcionament del Parlament de Catalunya", ja citat.

Com a òrgan deliberant el Parlament adopta les seves decisions i funciona en les seves activitats d'acord amb un procés complex, que comença en l'acte de proposta o iniciativa i continua a través d'un procediment de tramitació d'aquesta proposta inicial que inclou les previsions de debat i de votació pertinents en cada supòsit.⁷ L'obertura a la participació experta, individual o col·lectiva, en els diversos processos parlamentaris constitueix encara avui un dels elements de debat teòric, a la recerca de l'equilibri adequat entre el principi representatiu i l'eficàcia del treball del Parlament. El nou Reglament de la cambra, aprovat el desembre de 2005, ha obert una porta a la participació de les organitzacions i els grups socials, a través de preveure la possibilitat de compareixença d'aquest tipus d'organitzacions i grups davant les comissions quan aquestes tramitin una iniciativa legislativa (art. 106).

També bona part dels mecanismes de funcionament del Parlament tenen com a finalitat, o l'haurien de tenir, facilitar l'efectivitat del principi de publicitat que la institució parlamentària ha de dur a terme per tal de donar a conèixer les diverses orientacions i opcions polítiques existents en el seu interior i de fer-les més assequibles als ciutadans. Per això, la publicitat de la pràctica totalitat dels treballs, debats, votacions i acords del Parlament constitueix un element consubstancial amb la seva pròpia naturalesa. Les excepcions a aquest principi de publicitat tenen sentit només si no impedeixen l'expressió del pluralisme, que el Parlament expressa com a reflex del pluralisme polític que existeix en tota societat democràtica i que el Parlament intenta integrar, a través del debat i de l'aplicació del principi de la majoria, en un teòric interès general.

Els mitjans que es poden utilitzar per a fer efectiu aquest principi de publicitat passen per la més tradicional presència de públic, és a dir, de ciutadans i ciutadanes interessats, a les sessions del Ple del Parlament, per la progressiva incorporació dels mitjans de comunicació en la transmissió a la ciutadania de les tasques parlamentàries –des de la més clàssica de la premsa escrita amb la incorporació de la figura del cronista parlamentari fins a la més recent dels mitjans audiovisuals i especialment la televisió– i per la difusió que el mateix Parlament fa de les tasques que realitza, sigui a través de Butlletins i Diaris de Sessions oficials, sigui a través dels mitjans que les noves tecnologies

7. També sobre el funcionament del Parlament es pot acudir a una descripció més detallada que hi ha al capítol corresponent del llibre col·lectiu *El Parlamento de Catalunya*, ja citat.

de la societat de la informació posa també al seu abast, com són els webs o els canals propis de televisió. La utilització actual i en una perspectiva futura dels mitjans més actuals de relació entre el Parlament i la societat s'analitzen posteriorment.

3. Les funcions del Parlament

El Parlament de Catalunya comparteix amb les altres cambres autonòmiques i amb la pràctica totalitat de parlaments les dificultats de definició pràctica de les seves funcions, dificultats incrementades en les darreres dècades pel protagonisme guanyat pels governs, per la superior capacitat tècnica de l'Administració pública i per la rígida disciplina dels grups parlamentaris, entre els principals motius.

Les funcions expressades en l'Estatut d'Autonomia (art. 55), i després precisades de manera més explícita en el mateix Reglament de la Cambra, en el de 1980 i en l'actualment vigent de desembre de 2005, es poden classificar i descriure des de diverses perspectives que, en tots els casos, assumeixen l'estructura funcional anunciada des de l'assentament dels sistemes democràtico-liberals i que, amb algunes variacions de major o menor entitat segons els casos, ha arribat fins els nostres dies.⁸

No es tracta ara de reiterar aquestes descripcions, sinó, a més d'apuntar la particularitat d'algun dels enunciats jurídic-formals de les funcions parlamentàries, extreure alguna conclusió de l'exercici pràctic d'aquestes funcions i, per tant, del rendiment i l'eficàcia institucional del Parlament.

La més notable particularitat pel que fa a l'enunciat estatutari de les funcions atribuïdes al Parlament de Catalunya és, com han destacat diversos autors, la inclusió del terme *impuls* de l'acció política i de govern, situat al costat del més tradicional concepte de *control* (art. 30 de l'EAC de 1979 i art. 55 del vigent EAC de 2006). Al marge de la novetat que significa la inclusió d'aquest "terme-funció" des del punt de vista del dret comparat, la seva juridificació no ha resolt l'acotació del seu abast funcional. La doctrina més continguda inclou dins d'aquesta fun-

8. Vegeu, per exemple, el capítol de M. Gerpe sobre "Las funciones del Parlamento de Cataluña" al llibre ja citat *El Parlamento de Cataluña*, o els apartats o capítols corresponents dels diversos manuals de *Dret Públic de Catalunya*.

ció parlamentària el debat i la votació de les proposicions no de llei i les mocions. Altres autors amplien la funció d'impuls a tota aquella activitat parlamentària que, coincidint amb el contingut donat en el parlamentarisme italià al concepte d'*indirizzo politico*, comporta alguna iniciativa per part del Parlament en la fixació de programes generals o específics del Govern per tal d'incidir, en major o menor mesura, en el seu desenvolupament. Des d'aquesta segona òptica, caldria incloure també tant el procés d'investidura del president de la Generalitat –en els elements formalitzats jurídicament, en la Llei o el Reglament parlamentari, així com en els elements d'abast extraparlamentari–, com ara els debats d'orientació política general i/o sectorial, i els debats de plans específics del Govern. En definitiva, tota aquella activitat parlamentària que, culminant en algun tipus de votació, fos susceptible d'incidir en l'orientació política i en l'activitat executiva del Govern.

2. Activitat parlamentària

LEGISLATURES							
	I 1980-84	II 1984-88	III 1988-92	IV 1992-95	V 1995-99	VI 1999-03	VII* 2003-06
FUNCIÓ LEGISLATIVA							
Projectes de llei							
– presentats	113	79	83	47	67	92	
– aprovats	78	73	77	40	60	81	43
Proposicions de llei							
– presentades	52	33	45	63	143	204	
– aprovades	13	9	2	4	12	27	41**
Decrets legislatius		4	2	15			
INICIATIVES DE CONTROL I IMPULS POLÍTIC							
Mocions de censura	1					1	
Proposicions no de llei i resolucions							
presentades	212	262	594	1.281	2.361	3.773	
aprovades	156	165	246	235	1.015	2.160	1.179
Interpel·lacions	217	225	339	471	651	1.145	246

Font: elaboració pròpia a partir de les dades de les Memòries de les diverses legislatures del Parlament de Catalunya.⁹

9. Notes * Només es poden donar les dades d'iniciatives aprovades, ja que la memòria de la VII legislatura no està encara tencada.

** S'inclouen com a proposicions de llei aprovades tant la proposta de reforma estatutària com el nou Reglament de la Cambra.

Una simple mirada a les dades de l'activitat duta a terme pel Parlament de Catalunya al llarg de les set legislatures que ha complert fins al 2006, ens il·lustra sobre el pes comparatiu de les grans funcions parlamentàries, perfectament equiparable a allò que succeeix en altres parlaments estatals o autonòmics.

Així, es pot comprovar que s'ha desenvolupat una notable activitat legislativa –en els vint-i-sis anys analitzats s'han aprovat 452 projectes de llei, 98 proposicions de llei i 21 decrets legislatius–, però l'increment d'activitat més espectacular al llarg de les diverses legislatures s'ha realitzat, com es pot veure en el quadre comparatiu, en el camp de les funcions de control i impuls polític del Govern.

Una aproximació explicativa sobre el menor espai que ocupa la funció legislativa en la tasca parlamentària l'ofereix tant l'estreta relació de la llei amb el programa de govern de la majoria parlamentària com els diversos elements que han contribuït a una clara transformació del valor jurídic i de la ubicació de la llei en la jerarquia normativa. Avui la llei ha abandonat en bona mesura la seva naturalesa de norma de caràcter general, obligatòria, clara i marcada per la seva intangibilitat.

En un estudi referit al treball parlamentari durant la Cinquena República francesa, s'arriba a relacionar la controvertida "crisi del Parlament" amb el que els autors de l'estudi anomenen "declivi de la llei".¹⁰ L'estudi constata, però, que el treball desenvolupat en el Parlament francès no és menor ara que abans, sinó tot al contrari, ja que estadísticament el treball que s'hi du a terme és més intens, malgrat que la manera de treballar, la forma com els parlamentaris intervenen en el procés legislatiu i el pes mateix d'aquest procés legislatiu s'han transformat de manera profunda. El que cal, en tot cas, és una renovació del Parlament i la introducció de reformes que, també pel que fa a la funció legislativa, racionalitzin i reforcin el paper del Parlament.

Així doncs, la situació d'estancament relatiu de la funció legislativa del Parlament de Catalunya i el creixement progressiu de les

10. Vegeu J. P. Camby i P. Servent: *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, París: Montchrestien, 1997.

activitats relacionades amb la funció de control i impuls de l'acció del Govern és assimilable a la que es pot trobar analitzant l'evolució temporal de l'activitat d'altres parlaments.

En el cas dels parlaments autonòmics, l'estudi dirigit pel professor Antonio J. Porras Nadales sobre el rendiment i l'eficàcia d'aquests parlaments¹¹ apunta clarament dos elements a tenir en compte: d'una banda, que, després de vint anys, es pot detectar un clar procés expansiu en termes de rendiment quantitatiu (amb lògics i significatius diferencials territorials), i, d'altra banda, que la lògica del mateix procés autonòmic condiona en bona part el rendiment global de l'activitat legislativa, considerada tradicionalment com a funció més significativa de les cambres parlamentàries.

Si s'observen, doncs, les dades globals referides a l'activitat del Parlament de Catalunya, i les comparem amb aquelles que ofereix l'estadística parlamentària del Congrés dels Diputats,¹² i els elements que apunten els estudis sobre l'activitat del conjunt dels parlaments autonòmics,¹³ es pot concloure que l'activitat parlamentària, tant a Catalunya com a la resta de l'Estat, tendeix a seguir el patró dels països de major tradició parlamentària on la funció de control i impuls polític se situa al centre de la vida del parlament.¹⁴ Les cambres parlamentàries augmenten el seu protagonisme en les funcions de control i impuls polític, així que com a escenari de debat, dins la lògica progressivament emergent de les polítiques públiques, i com a reflex –sobretot a través de l'increment de les activitats netament d'impuls polític, especialment notable en el cas dels parlaments autonòmics– de l'entrada en el joc i el debat polític de nous aspectes o problemes que afecten la societat contemporània globalitzada.

11. Vegeu A. J. Porras Nadales: "Rendimiento institucional y eficacia parlamentaria", en el llibre col·lectiu *El Parlamento del siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002, pàgs. 189 i ss.

12. Vegeu a www.congreso.es l'apartat d'estadística parlamentària en la pàgina referida a "funciones".

13. Vegeu, a més del treball ja citat d'A. J. Porras Nadales, el capítol de L. López Nieto i altres: "Un primer balance sobre la actividad de los Parlamentos autonómicos", en el llibre ja citat *El Parlamento del siglo XXI*.

14. Vegeu, entre d'altres, A. Barbera: *I Parlamenti*, Roma: Laterza, 1999; F. Pau (coord.): *Parlamento y control del Gobierno*. Madrid: Aranzadi, 1998; E. Guerrero Salom: *Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno*, Madrid: Tecnos, 2000.

Un element d'avenç i novetat, respecte a l'experiència de funcionament del Parlament de Catalunya en els darrers vint-i-sis anys, és la inclusió en el seu nou Reglament d'una regulació força més detallada dels processos d'elecció i designació de càrrecs que li correspon realitzar al Parlament. S'incorpora així, dins el que alguns autors anomenen "funció electiva", un procediment per a l'elecció de càrrecs públics (art. 157 del nou Reglament de la cambra) i un procediment per a la seva possible revocació (art. 158).

La nova regulació se situa en el camí d'una superació formal del simple referendament pel Ple del Parlament dels candidats que han estat negociats i acordats de manera prèvia pels grups parlamentaris, en funció de quotes preestablertes. Una experiència similar, encara que no del tot coincident, iniciada en la sisena legislatura (2000-2004) pel Congrés dels Diputats i el Senat espanyol, a través d'una més rígida "Comissió de Nomenaments", no ha acabat de donar els fruits que es pretenien aconseguir, atès que s'ha mantingut la rigidesa inicial en la negociació i elaboració de les propostes de candidats entre els grups parlamentaris.¹⁵

Més original és la previsió d'un procediment per tal de procedir a la revocació dels càrrecs elegits o designats pel Parlament, si bé, en aquest cas, només es pot aplicar el procediment previst quan la llei corresponent estableixi la possibilitat de revocació del càrrec en qüestió, situació que encara no està incorporada en cap de les lleis vigents a Catalunya sobre òrgans o organismes els membres dels quals han de ser elegits pel Parlament de Catalunya.

4. La nova consideració estatutària del Parlament

En la línia ja apuntada en tractar el desenvolupament normatiu del Parlament, el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya amplia de manera notable la referència al Parlament, dins el títol dedicat a les institucions. Si l'Estatut de 1979 dedica sis articles a definir el paper polític, la naturalesa jurídica i les funcions i estructura del Parlament de Catalunya, el nou text estatutari duplica el nombre d'articles, fins a dotze, dedicats

15. Vegeu sobre aquesta qüestió la monografia de Cristina Pauner Chulvi: *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

a aquest òrgan considerat central dins l'entramat institucional de la Generalitat, i incorpora la major part dels continguts principals de la llei 3/1983 del Parlament, President i Consell Executiu de la Generalitat.

L'Estatut de 2006 referma d'entrada el caràcter representatiu i simbòlic del Parlament com a expressió de la voluntat d'autogovern del poble de Catalunya. Aquest refermament quedaria exemplificat en la proclamació singularitzada del Parlament com a òrgan de representació i en l'addició, en la descripció inicial de les funcions del Parlament, del seu caràcter d'expressió i àmbit preferent del pluralisme polític.

Es regulen ara aspectes referits al principi d'autonomia parlamentària, s'incorporen nous elements d'organització i funcionament de la cambra –entre els quals la possibilitat de creació de comissions d'investigació, de tramitació de peticions individuals o col·lectives dirigides al Parlament o la necessitat d'establiment de mecanismes de participació ciutadana, així com la regulació del règim de reunions i sessions– i es concreten i amplien les previsions referides a la funció legislativa. De manera més específica s'aborda la delegació en el Govern de la potestat legislativa (decrets legislatius) i s'incorpora com a novetat la possibilitat que el Govern dicti decrets-lllei a convalidar pel Parlament en el termini dels 30 dies subsegüents a la seva promulgació. Mentre que la potenciació de la tècnica de la legislació delegada és, en general, defensada com un increment efectiu de les formes de col·laboració lògiques, i tècnicament millors, entre Parlament i Executiu, la incorporació del decret-lllei és més discutida. Així, aquesta incorporació del decret-lllei significa tant una novetat interna com una d'externa, per referència a la resta d'ordenaments estatutaris, en els quals no apareix com a possible font del dret autonòmic. No sembla que aquesta incorporació, en la mesura que l'abast del decret-lllei s'estableix en el text estatutari, pugui provocar controvèrsia doctrinal, com sí que l'havia provocat la utilització no estatutària d'aquest tipus de norma.¹⁶

Un segon element gira al voltant de la consideració pràctica del Parlament com a instrument de control i impuls del Govern. A més de la reiteració d'aquestes funcions en la definició inicial del Parlament, el nou Estatut incorpora un capítol dedicat a les relacions entre el Parlament i el Govern, on es contemplen els drets i les obligacions dels

membres del Govern envers el Parlament, es concreta el principi de responsabilitat política del Govern i els seus membres davant del Parlament i es preveu la possibilitat de dissolució anticipada de la cambra.

També el nou Reglament del Parlament de Catalunya ha avançat en la concreció i l'aprofundiment dels diversos mecanismes d'impuls i control de l'acció política i de govern, sense que s'aportin, però, grans novetats respecte a les previsions legals o reglamentàries vigents fins ara.

Sense menystenir la potestat legislativa del Parlament, i, en conseqüència la importància de les tasques del Parlament en la seva funció de discutir i aprovar lleis, funció que també ha estat millorada en els seus procediments pel nou Reglament de la cambra, tant la pràctica del treball parlamentari com consideracions analítiques del seu rendiment posen l'accent a concedir un major relleu a les tasques d'impuls i de control que realitza el Parlament sobre el Govern. Dins d'aquesta activitat se situaria també, encara que connectada amb la funció legislativa, la necessària avaluació de les lleis que pocs parlaments han posat en marxa.

Finalment, encara caldria fer menció de l'existència d'un marc de relacions interinstitucionals en les quals el Parlament participa. Aquí s'inclourien, d'una banda, el conjunt de relacions formals i materials amb la resta d'òrgans i organismes diversos que integren l'entramat institucional de la Generalitat (Govern, Poder Judicial –en especial el nou Consell de Justícia de Catalunya–, Síndic de Greuges, Sindicatura de Comptes i Consell de Garanties Estatutàries; també els organismes creats per llei com el Consell de l'Audiovisual de Catalunya i la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió), i, d'altra banda, aquelles relacions que desborden l'àmbit de Catalunya i que, a través del Parlament, es mantenen amb institucions estatals (Senat o organismes de coordinació entre parlaments autonòmics) o institucions europees (especialment la Conferència de les Assemblees Legislatives Regionals d'Europa).

5. Representació i composició. Anàlisi empírica i propostes legislatives

L'article 55.1 del nou Estatut d'Autonomia de Catalunya obre el seu títol II, dedicat a les institucions, amb una afirmació clàssica: "El

Parlament representa el poble de Catalunya". Aquesta afirmació tan senzilla comporta efectes simbòlics i pràctics que situen el Parlament en el centre de la teoria democràtica i constitueixen un límit a totes les explicacions sobre la crisi dels parlaments moderns. Aquests poden quedar subordinats a l'Executiu, marginats pels partits polítics, desplaçats pels mitjans de comunicació... En cap cas, però, cap d'ells no podrà reclamar la funció exclusiva, única, de representar com a institució la totalitat del poble de Catalunya.

La competència que sobre el títol representatiu puguin efectuar altres aspectes externs a la mateixa institució com ara partits, associacions d'interessos, lideratges més o menys carismàtics o, fins i tot, els mitjans de comunicació en la formació del debat públic i l'expressió de la societat constitueixen la raó de fons de la pèrdua de pes relatiu dels parlaments en la imatge pública. Ara bé, aquests aspectes no seran analitzats en aquest apartat, que té l'abast més limitat d'observar algunes característiques de la representació específicament parlamentària a Catalunya i proposar sobre això mesures factibles de correcció per mitjà d'una actuació legislativa.

En aquest sentit abordarem de manera consecutiva la durada del mandat representatiu, la composició numèrica de la Cambra, les característiques sociodemogràfiques dels diputats i diputades, l'experiència política d'aquests i, finalment, el sistema electoral. Sobre tots aquests temes és factible actuar legislativament per a millorar-ne el resultat.

6. La durada del mandat representiu

No sembla que l'article 56.1 de l'actual Estatut hagi provocat un fort debat entre els nostres representants ni en els àmbits de l'opinió pública malgrat que sigui essencial perquè afecta el procés democràtic en establir la cadència de les eleccions i la composició de la representació que en resulta. Diu l'article:

"El Parlament es compon d'un mínim de cent diputats i un màxim de cent cinquanta, elegits per a un termini de quatre anys [...]."

Pel que fa al mandat parlamentari, l'article reproduïx d'aquesta manera la situació fins ara vigent que estableix les eleccions cada

quatre anys, excepte si intervén una dissolució anticipada. Un cop aprovat el nou Estatut, potser ja no tindrà gaire sentit fer-hi una reflexió; però potser també val la pena tenir en compte que s'ha perdut una oportunitat per a establir un mandat més llarg, de cinc anys, per exemple.¹⁷ La idea pot sorprendre perquè sembla que vagi en contra de la democratització i participació pública; però a favor seu cal dir que el ritme d'eleccions locals, generals, europees i catalanes comporta seriosos problemes a l'hora d'efectuar les polítiques públiques, dificulta el finançament dels partits, agreuja la conflictivitat del discurs polític, etc.

Per tant, un debat públic sobre aquest tema hauria permès apreciar amb tots els arguments necessaris la conveniència d'una mesura com la que aquí es suggereix,¹⁸ i reafirmar o desmentir la idea que un mandat lleugerament més llarg seria una pèrdua de qualitat democràtica.

7. La composició numèrica del Parlament

Com ja hem vist, l'Estatut preveu que el Parlament de Catalunya estigui format per un nombre de diputats situat entre 100 i 150. Aquesta redacció millora tècnicament l'Estatut de 1979, en el qual no apareixia cap referència al nombre de diputats fins la disposició transitòria quarta, que, com és conegut, regulava de manera provisional les eleccions catalanes.

La incorporació en l'actual redactat d'una referència a un màxim i un mínim resulta així una millora de tècnica legislativa important en la mesura que emmarca els límits en els quals s'ha de moure una futura llei electoral catalana. Se segueix així també el procediment previst en la Constitució espanyola, que també defineix la composició del Congrés en un número situat entre 300 i 400 diputats. La Constitució espanyola partia d'una situació prèvia de 350 diputats, que la norma constitucional ha permès mantenir posteriorment en la LOREG.

17. Com França, la Gran Bretanya o el Canadà.

18. J. M. Vallès s'ho planteja de passada en un article que té un altre objectiu: "Els criteris bàsics de la futura llei electoral catalana". A: VV.AA: *Reflexions al voltant de la llei electoral catalana*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2003.

No és descartable que una solució similar sigui adoptada en la llei electoral catalana, mantenint la xifra de 135 diputats a elegir. De totes maneres, en un article dedicat a reflexionar sobre el Parlament potser no sigui sobrer dedicar algunes paraules a les dimensions "òptimes" que hauria de tenir el Parlament català.

Val a dir que aquesta no és una reflexió que es pugui efectuar d'una manera tecnocràtica. No existeix cap manual d'instruccions que defineixi al legislador quants diputats ha de tenir el seu parlament, i nosaltres no hem sabut trobar referència a cap article acadèmic on aquest punt es plantegi. En realitat, cada parlament té les seves dimensions de resultes d'un procés històric, diferenciat per països, en els quals els diferents conflictes polítics, juntament amb criteris geogràfics i demogràfics, han produït, sense que ningú s'ho plantejés teòricament, un determinat nivell de representació. Quin sentit té, doncs, que nosaltres pretenguem fer una petita teorització sobre la dimensió del nostre Parlament? Per què intentar alguna cosa que altres no han fet? La resposta es troba en la mateixa situació política, que obliga a prendre decisions sobre el tema pel fet de no haver-se determinat en el Projecte d'Estatut una xifra exacta. Potser val la pena, per tant, conèixer almenys les conseqüències de les decisions que s'adoptin o, el que és el mateix, els grans elements de reflexió que pot haver-hi darrere de les opcions efectuades.

Comencem, però, per situar els 135 diputats del Parlament de Catalunya en una perspectiva comparada. (Veure taula 3 i 4)

El quadre permet apreciar que la representativitat, mesurada en termes de relació diputats/nombre d'habitants, presenta una dualitat força marcada. D'una banda, petits països, de dimensions més o menys semblants a les de Catalunya, i, d'una altra, els grans estats. En els primers, la representació és inferior a un diputat per cada cinquanta mil habitants. En els segons, la xifra tendeix a ésser superior als cent mil. Sobre aquesta divisió es poden fer matisacions. Portugal, per exemple, té més diputats dels que correspondrien en una escala "ben ordenada" de població, i el Regne Unit en tindria menys. Però no ens interessa ara entrar en aquestes distincions, com tampoc en la incidència de la existència d'un senat. Entre el Senat francès, l'alemany o l'anglès les diferències constitucionals són tantes que la dada es fa irrelevant sobre el fet de la representació.

3. Diputats per països

	Població en milers d'habitants el 1996	Nombre de diputats Cambra baixa	Relació diputats/població (en milers)
Luxemburg	411	60	1:6,9
Irlanda	3.584	166	1:21,6
Finlàndia	5.126	200	1:25,6
Suècia	8.920	349	1:25,6
Dinamarca	5.247	179	1:29,3
Grècia	10.530	300	1:35,1
Portugal	9.856	230	1:42,9
Àustria*	8.046	183	1:44,0
Bèlgica*	10.194	150	1:68,0
Gran Bretanya*	58.680	659	1:89,0
Itàlia*	57.370	630	1:91,1
França*	58.388	577	1:101,2
Holanda*	15.534	150	1:103,6
Espanya*	39.312	350	1:112,3
Alemanya*	81.825	669	1:122,3

* Països amb segona cambra.

Font: European Economy n. 62. Eurostat Interparliamentary Union. Citat per Freire, A. et al.¹⁹

4. Parlament de Catalunya

	Població en milers d'habitants el 2004	Nombre diputats	Relació diputats/habitants
Catalunya	6.087	135	1:45,0

Ens interessa més fixar-nos en els dos països de dimensions semblants a la catalana –Finlàndia i Dinamarca–, que tenen unes dimensions pel que fa al nombre de diputats d'entre 179 i 200 i la seva ràtio de representació se situa entre els vint-i-cinc mil i els trenta mil habitants per diputat. No cal, però, oblidar –i no és un matís irrellevant– que es tracta de parlaments estatals i, per tant, amb un àmbit de potestats diferent del català.

En aquest context, l'actual Parlament de Catalunya –subestatal– té una ràtio de representació més elevada que els dos països ci-

19. Freire, A. et al.: *O Parlamento Português: uma reforma necessaria*. Lisboa: Imprensa de Ciències Sociais, Assembleia da República, Instituto Adelino Amaro da Costa, 2002.

tats anteriorment; però, en tot cas, se situa en l'escala alta de representació. A Catalunya cada diputat representa teòricament 45.000 habitants,²⁰ com Àustria; és a dir, en les proporcions dels països petits i mitjans d'Europa.

Vegem ara les dades referides a una comparació amb les altres comunitats autònomes.

5. Relació escons/població per CCAA

	Cens/escons			Cens/escons	
	Escons	(en milers)		Escons	(en milers)
Andalusia	109	50	Extremadura	65	13
Aragó	67	15	Galícia	75	32
Astúries	45	21	Madrid	103	39
Balears	59	10	Múrcia	45	19
Canàries	60	21	Navarra	50	9
Cantabria	39	11	Euskadi	75	23
Castella i Lleó	84	25	Rioja	33	7
Castella-la Manxa	47	29	València	89	35
Catalunya	135	37			

Font: Wert, J. I.²¹

A diferència del quadre 3, en aquest la representativitat no és referida al conjunt de la població sinó al cens electoral (amb una major precisió tècnica, al nostre entendre). El quadre revela que, d'una banda, el Parlament de Catalunya és el més nombrós en xifres absolutes –135–, seguit per Madrid (103) i Andalusia (109); d'altra banda, però, queda col·locat en un nivell mitjà atenent la relació diputats/població. Els parlamentaris de Catalunya representen 37 electors censats, xifra similar als 35 de València ó els 39 de Madrid (amb petites variacions segons l'evolució del cens).

Les dades comparatives no situen, per tant, el Parlament de Catalunya ni en el pla internacional –amb la matisació ja efectuada

20. Aquesta és una mitjana. Les diferències són molt marcades segons les circumscripcions, com s'analitzarà posteriorment.

21. Wert, I.: "Elecciones autonómicas en España 1980-1996: una visión de conjunto". A: Alcántara, M. i Martínez, A. (eds.): *Las elecciones autonómicas en España, 1980-1997*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1998.

de la diferent natura d'aquests parlaments— ni en relació amb les altres CCAA en unes xifres excepcionals. Tant en un cas com en l'altre, la seva escala actual és mitja, i es podria argumentar per raons simbòliques i representatives la conveniència d'un creixement del seu nombre de diputats fins arribar als cent cinquanta, com preveu el nou Estatut.

No s'han d'oblidar les raons simbòliques. La idea nacional de Catalunya pot comportar, quasi de manera subreptícia, la concepció que el nostre Parlament ha de presentar unes dimensions àmplies per reforçar així la imatge d'una Catalunya-Estat.

Més interès té la concepció democratitzadora de la representació, que podria argumentar que en rebaixar-se la ràtio diputat/població es millora la funció representativa dels diputats. Així, un nombre elevat de diputats comportaria que cadascun d'ells hagués de representar una xifra reduïda de ciutadans, amb la qual cosa s'afavoriria una relació més intensa entre els interessos de la ciutadania i els seus portaveus.

Ara bé, ambdues idees mereixen, com a mínim, una discussió més aprofundida. Des del punt de vista simbòlic, no és gens evident que un organisme sigui més important com més gran sigui la seva composició. En molts casos, és al contrari: una dimensió reduïda aporta unes característiques d'exclusivitat, associades a poder, que redunden en el prestigi d'aquesta institució. Només caldrà recordar aquí que el Senat nord-americà està compost exclusivament per dos senadors per estat (que representen correlativament una xifra de població elevadíssima).

Tampoc és tan evident que la mesura de la representativitat l'atorgui la relació diputats/població. La representació va lligada també a les regles de selecció dels diputats (tot el procés electoral en el seu conjunt), al mateix poder institucional que aquests tenen i també a l'homogeneïtat política i social del cens electoral. Aquesta última referència, que sembla més ambigua, indica que si el criteri de representativitat fos mesurat només pel nombre de diputats, les cambres haurien de créixer sense límits. La representació té més a veure amb el nombre de grups i d'interessos que cal que siguin representats que no pas amb el de nombre de persones que hi han de ser representades.

Però encara hi ha més. El Parlament no és només una institució representativa; es tracta també d'un organisme de treball. O dit d'una altra manera potser més precisa: la representació del Parlament es compleix en el seu treball. És en la defensa dels interessos socials i la seva agregació on els diputats exerceixen la seva funció representativa. Una elecció sense una activitat parlamentària posterior no tindria sentit. Un parlament, amb molts o pocs diputats, sense debat, sense aprovació de lleis, sense control de l'Executiu, difícilment seria considerat representatiu.²²

Per tant, més enllà de les comparacions amb d'altres països o comunitats autònomes, cal tenir en compte els diferents aspectes en els quals es despleguen les dimensions d'un parlament. Com dèiem més amunt, mai no hem vist un tractament teòric d'aquesta qüestió, però hi aportarem algunes idees per entendre quines conseqüències pot tenir la variació del nombre de diputats actuals, en funció de les perspectives que dona l'Estatut de 2006.

El nombre de diputats d'un parlament afecta: 1) la representativitat; 2) el treball parlamentari; 3) els recursos i despeses del parlament.

7.1. Sobre la representativitat

La representació és la funció general de l'existència dels parlaments, identificada amb l'expressió "El Parlament representa el Poble". La noció de representativitat és més precisa i fa referència als mecanismes de selecció i identificació dels ciutadans amb els seus mediadors parlamentaris. La representativitat està lligada al procés electoral i és un component tan bàsic de la representació que es fa difícil, terminològicament, trobar unes paraules prou discriminants; però insistim que la representació no s'esgota en la representativitat.

22. Sobre el concepte de *representació*, la referència canònica és Pitkin, H. N.: *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press, 1967 (edició espanyola del Centro de Estudios Constitucionales). Tot i que determinats arguments de Pitkin poden ésser discutibles, no pot negar-se –i és el seu punt essencial– que la representació constitueix primordialment un actuar. Per això, en aquest capítol els temes de representació i representativitat queden sempre interrelacionats amb els del treball i el rendiment parlamentari.

No hi ha una xifra teòrica per a determinar quants diputats són necessaris o convenients per a complir els requisits de representativitat imprescindibles en una democràcia. Com hem repetit ja diverses vegades, el nombre de diputats s'ha format històricament atenent les lluites polítiques, la geografia, la població. En canvi, sí que és possible determinar teòricament que un increment del nombre de diputats comporta o pot comportar conseqüències sobre la proporcionalitat i la diversitat.

A les conseqüències que ha tingut el sistema electoral català "provisional" sobre la proporcionalitat ja ens referirem més endavant. Per tant, no farem ni una sola menció als seus evidents defectes. Aquí volem centrar-nos tan sols en el problema de les dimensions de la cambra catalana. És evident que en la configuració provincial actual de les circumscripcions electorals, les seves dimensions tenen una magnitud suficient per a garantir una proporcionalitat elevada en cadascuna d'aquestes províncies. La nostra reflexió es mou en una altra perspectiva. La imprescindible elaboració d'una futura llei electoral planteja la possibilitat que les circumscripcions tinguin una dimensió territorial més petita que les províncies –posem, però només a títol d'exemple, les vegueries–, fet que comportaria la reducció del nombre de diputats per circumscripció. Disminuiria, per tant, la proporcionalitat d'aquestes (especialment, les poc poblades).

En aquest context hipotètic, incrementar el nombre de diputats a 150 milloraria la proporcionalitat d'algunes d'aquestes circumscripcions perquè, en haver-hi més diputats, també en correspondrien més a les circumscripcions menors. Naturalment, disminuir el nombre de diputats a 100 dificultaria aquest propòsit.

De totes maneres, s'ha de tenir present que aquestes afirmacions són teòriques. La variació del nombre de diputats no estableix mecànicament aquests efectes si es modifiquen altres circumstàncies rellevants. Si el Parlament estigués compost per 150 diputats, però tots ells o una part considerable fossin elegits per una fórmula majoritària, aleshores no tindria una proporcionalitat més elevada sinó inferior.²³ Per tant,

23. Aquest contraexemple pot considerar-se contrari al contingut del nou Estatut d'Autonomia, que en el seu art. 56.2 estableix que el sistema electoral ha d'ésser de representació proporcional. Si s'utilitza aquí es per indicar de manera molt comprensible que, per ell mateix, l'increment del nombre de diputats no assegura més proporcionalitat, però sí que hi contribueix si s'acompanya d'altres mecanismes electorals.

podem dir, en definitiva, que un increment del nombre de diputats facilitaria un lleuger increment de la proporcionalitat a condició que finalment s'adoptés una fórmula proporcional en circumscripcions menors a les actuals.

Igual que per la proporcionalitat, també la variabilitat s'ha de considerar d'una manera tendencial: l'increment del nombre de diputats pot contribuir a diversificar-ne la composició sociodemogràfica o a incrementar en xifres absolutes el nombre de diputats de grups poc representats.

La proporcionalitat és una dimensió relacionada amb la trasllació dels votants dels partits a la seva força parlamentària; la variabilitat té a veure amb la representació de les identitats i els interessos. En un parlament amb més diputats la seva diferenciació pot créixer per diverses vies. D'una banda, en incrementar-se el nombre de diputats disponibles a cada partit, aquests poden compondre les seves llistes donant entrada a nous grups fins aquell moment no considerats (per exemple, "en les llistes del nostre partit no hi ha agricultors, però ara podem incorporar-ne algun a la nostra candidatura"). D'altra banda, grups ja presents però marginats en xifres relatives, àdhuc si el seu percentatge no es modifiqués, es veurien reforçats en tenir més diputats (per exemple, el nombre de diputades adquireix una massa crítica superior). Finalment, s'amplia la diferenciació interna dels grups ja presents (per exemple, més diputades, unes de dretes, unes d'esquerres...).

Per la via de la proporcionalitat i de la diversitat interna és com recupera valor la tesi democràtica que és convenient augmentar el nombre de diputats per disminuir el nombre de persones que cada diputat representa. En efecte, el que és rellevant no és el nombre de persones que cada diputat representa sinó el nombre de veus que es fa present en el parlament.²⁴ Una reforma que incrementés el nombre de diputats del Parlament de Catalunya però que simultàniament no afavorís la proporcionalitat i la variabilitat interna deixaria

24. La representació és essencialment actuació (Pitkin, *op. cit.*) però no s'ha d'oblidar la importància d'una bona "representació descriptiva" per a la millora de la deliberació. Mansbridge, J.: "La representació de la diferència: una defensa contingente de la representació descriptiva". A: Maiz, R. (ed.): *Construcción de Europa, democracia y globalización*. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

de tenir sentit, encara que en abstracte –perquè la xifra és només matemàtica– cada diputat representés menys ciutadans.

7.2. Sobre el treball parlamentari

El treball parlamentari és una variable normalment no considerada a l'hora d'analitzar la dimensió dels parlaments, però és essencial tenir-la en compte, tant perquè la representació consisteix essencialment en una activitat com per les mateixes exigències funcionals de les cambres. En el fons, es tracta de preguntar-se les raons estrictament parlamentàries que aconsellarien o desaconsellarien canvis en el nombre de diputats. Si més amunt veiem quina era l'explicació representativa que podria portar a una millora en la ràtio diputat/població, cal estudiar ara si existeixen justificacions derivades de l'activitat parlamentària dels representants.

A priori, i també en abstracte com fèiem més amunt, un increment en el nombre de diputats comporta la possibilitat d'un treball més intens o del mateix treball d'una forma més relaxada. Naturalment, la disminució portaria a la situació contrària. Però aquestes són afirmacions massa generals que exigeixen una concreció superior. Així, per exemple, més diputats no tindrien quasi incidència en el desenvolupament de les sessions plenàries, atès que en aquest òrgan la majoria de diputats han d'adoptar una actitud passiva de mers oients, votant segons les instruccions rebudes dels seus caps de fila.

Força més interès tindria una variació en la composició de les comissions perquè aquestes són el veritable centre de treball parlamentari. En aquest sentit, l'increment del nombre de diputats possibilitaria bé augmentar el nombre de comissions (seria necessari aleshores definir-ne quines i per què), bé elevar-ne el nombre de diputats que les formen. Les dues opcions són diferents en la mesura que la primera afecta el rendiment (és a dir, l'*output*, el que es produeix) mentre que la segona es relaciona amb el treball (la manera de fer les coses, sense que aquestes en si siguin diferents).

Limitem-nos ara a aquesta última possibilitat. Un increment del nombre de diputats beneficia en primer lloc els grups petits perquè aquests, en disposar d'un o dos diputats més, poden distribuir millor

la feina en comissió dels seus representants, si aquests estan forçats a formar part de diverses comissions. Per als grups grans, més diputats poden representar també la possibilitat d'una major especialització dels seus diputats en poder-los distribuir millor en les comissions. Aquesta és una derivació benèfica d'una altra conseqüència més neutra, l'existència de més diputats en una comissió; si es manté el mateix treball, disminueix la part que li correspon a cada diputat (deixant que, del mateix grup, uns altres siguin especialistes i limitant-se a votar segons les instruccions). Alhora, el treball es fa més lent. És ben conegut que comissions i comitès, perquè siguin eficaços, és convenient que tinguin un nombre reduït de membres, ja que el ritme de debat és més ràpid, la negociació més factible, etc. Per contra, un nombre elevat ritualitza el procediment i estabilitza les posicions dels representants.

Aquestes són consideracions generals que podrien fer referència a qualsevol parlament; però, aplicades al cas català, quines serien les raons que podrien portar a un increment dels seus diputats? A nosaltres no ens sembla que el Parlament es trobi davant d'un excés de treball que no pugui afrontar amb els parlamentaris actuals. Una comparació amb el Congreso de los Diputados revela que l'activitat parlamentària catalana no està precisament saturada.

6. Desenvolupament de les sessions plenàries (elaboració pròpia)

	Catalunya - VI legislatura	Espanya - VI legislatura
Núm. de sessions	88	271
Núm. de reunions	156	
Nombre total d'hores	864	1.354h,34m
Mitjana d'hores per reunió	5,32	

Font per a Catalunya: www.parlament-cat.net; per a Espanya: "Memoria de la VI legislatura", Congreso de los Diputados.

En efecte, la VI legislatura catalana, que s'estén des de l'octubre de 1999 al novembre de 2003, resulta comparable per la seva durada a la també VI legislatura espanyola del març de 1996 al març de 2000. Les xifres demostren clarament que el Parlament espanyol es caracteritza per una activitat més elevada. En un període de temps similar, el Congreso de los Diputados estigué reunit 1.354 hores i el Parlament català, 864.

En relació amb aquestes xifres poden fer-se matisacions. Pot pensar-se, per exemple, que la cambra baixa espanyola, pel fet de tenir un nombre més elevat de grups parlamentaris, requereix un debat més lent que allarga les sessions. L'índex, per tant, és només això, un indicador, un senyal de referència, sotmès al control d'altres variables. Tanmateix, semblaria que els diputats espanyols estan sotmesos a uns ritmes de treball molt més intensos dels que s'estilen en el Parlament català. En efecte, l'activitat del Ple, tot i ésser molt formalitzada, constitueix un bon resum del conjunt del treball parlamentari en la mesura que en el Plenari conflueixen les altres actuacions de caire preparatori.

7. Mesa i Diputació Permanent

	Catalunya	Espanya
Diputació Permanent	Núm. de sessions	8
	Núm. total d'hores	16
	Mitjana d'hores	2h 3m
Mesa	Núm. de sessions	213
	Núm. total d'hores	334h 52m
	Mitjana d'hores	46m

Fonts citades més amunt. Elaboració pròpia.

D'aquesta forma, l'observació d'altres òrgans de les cambres porta a conclusions similars. Així, pel que fa a les reunions de la Mesa, les xifres són molt semblants respecte del nombre de sessions (238 per a Espanya i 213 per a Catalunya), però no el nombre d'hores esmerçades, 335 contra 166 en favor d'Espanya. Naturalment, sempre pot argumentar-se que els diputats de Madrid podrien tenir un estil deliberatiu més barroc i lent, però una afirmació d'aquesta mena segurament seria falsa, i el que indiquen les xifres és que en la Mesa del Congreso s'hi debat més temps, fet que comporta una durada de les sessions superiors.

Tot i així, encara pot posar-se en dubte que les taules anteriors copsin en la seva complexitat el treball parlamentari. El Ple té un caràcter formalitzat i ritualitzat, la Mesa compleix funcions de direcció i ordenació dels treballs, la Diputació Permanent és un organisme supletori; cap d'ells, per tant, reflecteix del tot l'autèntica activitat dels diputats. Cal, per tant, observar què passa en les comissions.

8. Comissions

		Catalunya	Espanya
Comissions*	Sessions	605	1.082
	Hores	1.360*	3.584h 45m
	Mitjana d'hores	1h 38m	

Fonts citades més amunt. Elaboració pròpia.

*Atenció error en les estadístiques oficials (figuren 267 hores).

El quadre és ben revelador del fet que també en aquest aspecte les xifres indiquen una activitat molt més elevada en el cas espanyol que en el català. A més, encara s'hauria de fer constar que les dades són molt més favorables al Congreso que al Parlament, perquè en les dades d'aquest s'inclouen totes les comissions, mentre que per a la cambra espanyola no s'incorporen les comissions no permanents. Dit això, s'observarà que, fins i tot amb els números presentats, les comissions a Espanya tenen més reunions (el doble) i la durada de les sessions és més llarga (dues vegades i mitja més). Per simplicitat ja no indiquem les dades relatives al treball en subcomissions i en ponències; aquí ja les xifres es desborden.

També pot fer-se la matisació que les Cortes tenen més diputats que el Parlament (350 i 135 respectivament) i que, per tant, és lògic que puguin fer més reunions. Simultàniament, per exemple, poden estar reunides les comissions d'Agricultura i d'Economia per assistir-hi diputats diferents; situació que a Catalunya, amb un menor nombre de diputats, podria no donar-se. Però, a part que després puguem observar el treball individual dels diputats, aquí les xifres estan presentades com a indicadors d'una activitat reduïda del Parlament català, derivada de les necessitats objectives de les seves funcions "subestatal". En efecte, si la comparació a través del conjunt de les comissions comporta la possibilitat assenyalada, pot encara reduir-se més l'observació, per fer el màxim d'idèntica la comparança. I les conclusions no són molt diferents. Vegem-ho en dues comissions concretes.

L'estructura de les comissions no és idèntica en el cas espanyol i el català, i, en l'exemple utilitzat, Comerç no figura en la comissió catalana i sí en la d'Economia espanyola, que alhora es desdobla en una de Pressupostos. Tot i així, no hi ha dubte: la comissió d'Economia i Pressupostos a Catalunya es reuneix en 22 sessions, amb un total de

9. Funcionament de comissions

		Parlament de Catalunya	Congreso de los Diputados
Comissió d'Economia, Finances i Pressupostos	Sessions	22	
	Hores	59	
	Mitjana	2h 39m	
Comissió d'Economia, Comerç i Hisenda	Sessions		84
	Hores		316h 5m
	Mitjana		
Comissió de Pressupostos	Sessions		36
	Hores		199h
	Mitjana		

Fonts citades més amunt.

59 hores. A Espanya s'hi dediquen 120 sessions, amb més de 500 hores (i cal recordar que en un mateix lapsus de temps, quatre anys).

Per tot això, no és estrany que la producció legislativa del Parlament també sigui menor. Si fins ara només hem fet referència al treball, sempre quedaria l'opció de pensar que el rendiment es mou per altres paràmetres, que la productivitat per hores treballades és superior. Però, a part que s'hauria de demostrar per què passaria això quan els procediments parlamentaris són molt homogenis arreu, les dades no porten a aquestes conclusions.

10. Rendiment legislatiu

	Parlament de Catalunya	Congreso de los Diputados
Projectes de llei	81	192
Proposicions de llei preses en consideració		107
Lleis aprovades		222
Decrets-lllei convalidats (19 tramitats com llei)		85

Fonts citades més amunt. Elaboració pròpia.

Com indica el quadre 8, l'activitat legislativa del Parlament català és molt inferior a la del seu homònim espanyol. Deixant de banda que a Catalunya no existia fins ara el decret-lllei i, per tant, la seva convalidació, pel que fa a l'aprovació de les lleis, el nombre de projectes i proposicions discutides és molt menor i, en conseqüència, també ho són les lleis aprovades.

Una mirada ràpida a diferents procediments de control porta també a conclusions similars.

11. Instruments de control

	Parlament de Catalunya	Congreso de los Diputados
Interpel·lacions	387	199
Mocions posteriors a interpel·lació	355	175
Proposicions no de llei davant el Ple		440
Proposicions no de llei en comissió	3	1.800
Pregunta oral al president de la Generalitat	214	
Pregunta oral al Govern a respondre en el Ple	346	2.112
Preguntes orals al Govern en comissió		2.829

Fonts citades més amunt. Elaboració pròpia.

En resum, tant l'activitat legislativa com l'activitat de control sembla que són molt menors en el Parlament de Catalunya que en el Congrés espanyol,²⁵ com ja s'intuïa en veure el nombre d'hores dedicades a les sessions en plenari o en comissions. Òbviament, aquest fet no es deriva ni d'una peculiar desmotivació pel treball dels parlamentaris catalans ni d'unes formes particulars del debat del Parlament espanyol.

Es tracta, per contra, de causes estructurals. Un parlament estatal ha de recollir per força una complexitat superior a un altre que ocupa una posició subordinada a aquell (som ben conscients que les paraules són enganyoses; no hi ha subordinació, per exemple, des del punt de vista jurídic quan es parla de competències exclusives, etc.; per tant, ens referim a una definició més política del problema). El Congreso actua sobre un territori superior, sobre més població, aprova un pressupost més elevat, inclou més àmbits competencials, per mitjà de més grups parlamentaris, amb més diputats, etc. Cadascun d'aquests aspectes en reforça un altre i porta a aquesta diferència d'activitat. El Parlament espanyol treballa més que no pas el Parlament català, i això és indubtable i inevitable.

25. Una anàlisi del treball parlamentari del Congreso pot trobar-se a Capo, J.: *La legislación estatal en la España democrática. Una aproximación politológica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990; i Capo, J.: "The Spanish Parliament in a Triangular Relationship, 1982-2000". A: Leston-Bandeira, C. (ed.): *Southern European Parliaments in Democracy*. Londres: Routledge, 2005.

Però no s'hauria de perdre de vista el punt que es debat en aquestes pàgines. De fet, la comparació entre els dos parlaments és només una manera indirecta de posar de manifest que no pot afirmar-se de cap manera que la cambra catalana es caracteritzi per un treball molt intens, una pressió horària insuportable i una activitat i producció frenètica. Si la comparació, salvant totes les distàncies, serveix d'alguna cosa és per indicar que no sembla haver-hi cap dada, interna al funcionament de la cambra, que indiqui la necessitat d'ampliar-ne el nombre de diputats.

7.3. Recursos i despeses

En el debat sobre quin nombre de diputats han de formar la cambra catalana, finalment s'hauria de considerar un últim element, poc present normalment en els debats sobre el parlamentarisme. Ens referim a l'existència d'un cost organitzatiu i econòmic derivat del nombre de diputats.

Els diputats tenen assignats uns honoraris, ocupen uns despatxos, requereixen ordinadors, telèfons, fotocòpies, assistents personals, etc. No és aquí el moment d'ocupar-se d'aquestes qüestions i d'assenyalar-ne en quines s'hauria de fer un esforç suplementari.

En tot cas, cal tenir ben present que un parlament que funcioni requereix una bona dotació econòmica, i que l'argument econòmic no ha d'ésser l'excusa per a no procedir a les millores necessàries. Ara bé, dit això també és cert que les despeses derivades directament dels diputats –per a diferenciar-les de les del funcionament general de la Cambra– serien molt diferents si el parlament estigués compost, per exemple, per cent o, pel contrari, per cent cinquanta diputats. El cost derivat directament del nombre de diputats seria, en aquest cas últim, una vegada i mitja més alt.

Insistim en aquest punt: la nostra argumentació no busca reduir el pressupost del parlament. Al contrari, si proposem, per exemple, secretaris personals, les despeses serien més elevades. El que pretenem dir és que qualsevol increment de diputats té un cost. I que aquest no hauria d'anar en detriment d'altres de potser més necessaris. D'altra banda, incrementar els diputats pot resultar també negatiu des del punt de vista de l'opinió pública. En general, i malgrat la posició cen-

tral que ocupen els parlaments en la teoria democràtica, el fet cert és que en les enquestes les institucions parlamentàries no resulten massa ben valorades.²⁶ En aquest context, qualsevol increment del nombre de diputats pot veure's enfrontat, si bé no a una campanya explícita (que indicaria que pel parlament encara es mobilitzaria algú), sí a un sentiment latent d'insatisfacció.

En resum, són ja moltes consideracions dedicades a un tema sobre el qual la literatura acadèmica o directament política ha reflexionat molt poc: quina és la dimensió idònia d'un parlament? La pregunta no té una resposta precisa. Però si malgrat tot ens hem atrevit a formular-la i a reflexionar-hi és pel fet mateix que el nou Estatut i la necessària i posterior aprovació d'una llei electoral obliguen a definir el nombre de diputats del Parlament català.

En aquest sentit, poden haver-hi raons electorals –o, per parlar més exactament, de representativitat– favorables a l'increment del nombre de diputats, encara que es puguin donar més per pressuposades que no pas per demostrades. En efecte, una anàlisi acurada de la representativitat del Parlament català no l'hem pas feta encara, i ens hi dedicarem en l'epígraf següent. En aquest punt, la nostra argumentació és més teòrica que empírica. En abstracte, un parlament, qualsevol que sia, si incrementa el nombre de diputats pot millorar la seva representativitat, sempre que es faci controlant-ne altres variables que poguessin reduir aquest efecte.

Ara bé, també hem assenyalat que un parlament es caracteritza també pel seu treball i la seva producció legislativa i de control. I en aquest punt, una anàlisi molt empírica porta a la conclusió que és difícil argumentar per a Catalunya la necessitat d'arribar al màxim permès per l'Estatut, i àdhuc podrien veure's arguments per a baixar la xifra de diputats actuals.

Finalment, hem fet un recordatori d'un aspecte que no és essencial, però que tampoc convindria deixar de banda: el pressupost del parlament es veu modificat pel nombre de diputats. I més modificat

26. Aquesta és la conclusió de Hibbing, J. R. i Theiss-Morse, E. a *Congress as public enemy. Public attitudes toward American political institutions*. Cambridge University Press, 1995 (2002). Al nostre entendre, moltes de les seves conclusions són generalitzables per a tots els parlaments europeus.

com més importants siguin els recursos humans i materials posats a disposició dels diputats individuals.

La mirada, per tant, sobre aquests tres aspectes sembla que porta cap a llocs diferents. Si existissin les raons per al creixement, podrien quedar compensades per unes altres en contra. Correspon als polítics en el moment de l'elaboració de la llei electoral la tria per una opció o l'altra, així com ponderar els arguments favorables i els desfavorables. Però potser els dos ensenyaments que aporten aquestes reflexions no són del tot incompatibles. En efecte, potser es pot arribar a la conclusió final que si el mateix grau d'activitat parlamentària i de representativitat política i social pot garantir-se amb un nombre poc elevat de diputats, aquesta seria l'opció teòrica més correcta, i aquella que redundaria en major prestigi parlamentari. A nosaltres no ens sembla impossible garantir representativitat (proporcionalitat i variabilitat), rendiment i prestigi individual i de la institució amb un nombre baix de diputats.

8. El sistema electoral

Molts punts dels que fins ara s'han abordat en els epígrafs anteriors remeten a una futura regulació en una llei electoral. Les possibilitats analitzades de modificació del nombre de diputats, la paritat de gèneres, la limitació de mandats, les inelegibilitats i incompatibilitats, s'han de preveure en una legislació específica catalana, que ja no pot sostenir-se més en la vigència supletòria de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG). Ara bé, aquesta mateixa exigència de la necessitat d'una llei electoral catalana indica el problema possiblement més important amb el qual es troba confrontada la representació parlamentària.

En efecte, com és conegut, el sistema electoral català fou regulat, de manera provisional, en la disposició transitòria quarta de l'Estatut de 1979. Les previsions d'aquest precepte estaven pensades per a possibilitar unes primeres eleccions, donant pas a un parlament que elaboraria el sistema electoral futur.

Aquest és el sentit tècnic que té una disposició transitòria: la desaparició dels seus efectes una vegada aconseguits els supòsits que han motivat la necessitat de la mateixa disposició. Tot i així, aquesta dis-

posició transitòria ha continuat formant el nucli central del sistema electoral de Catalunya al llarg de les set convocatòries electorals des de 1980. El legislador català ha renunciat durant més de vint-i-cinc anys a exercir unes de les màximes expressions de l'autonomia, que consisteix en l'autoregulació de les seves institucions polítiques.

En el nou Estatut s'ha renunciat a forçar una futura llei electoral i s'ha optat per una referència genèrica en l'art. 56 sobre la composició i el règim electoral (on s'inclou la previsió d'una llei que en tot cas haurà de ser aprovada per una majoria de dos terços de la cambra) i al manteniment en vigor de la disposició transitòria quarta de l'Estatut de 1979.

Deixant al marge que, des d'una consideració purament tècnica, es podria considerar que la convocatòria de les eleccions és formalment il·legal per subvertir la finalitat de la norma, és evident que la inexistència d'una llei electoral catalana no contribueix precisament al prestigi de la institució parlamentària. Tampoc hi ajuda que les altres setze comunitats autònomes es regeixin per les seves pròpies lleis electorals almenys des de 1987.

Fetes aquestes consideracions, de totes maneres la urgència en la redacció d'una llei electoral catalana deriva molt més que de les raons formals, de tècnica jurídica, i de les raons de prestigi comparatiu, dels greus problemes polítics derivats de la redacció material, del contingut, de la disposició transitòria. Aquests problemes són inherents a la inicial distribució de diputats a les circumscripcions, que en no corregir-se elaborant una llei electoral pròpia han acabat produint les greus distorsions de la voluntat popular esdevingudes en les dues últimes eleccions.

El tema és prou conegut, i n'existeix una àmplia literatura acadèmica,²⁷ periodística i política, per la qual cosa només farà falta fer-ne un lleuger recordatori i actualitzar-ne algunes dades.

27. Vallès, J. M.: "Cap a una llei electoral catalana. Elements i propostes per al desenvolupament de l'article 31 de l'Estatut". A: *Estudis Electorals*, núm. 6 (1982); Soler, J.: "Las elecciones autonómicas en Cataluña (1980-1985)". A: Alcántara, M. i Martínez, A. (eds.), ja citat; Colomé, G.: "Quince años de experiencia electoral autonómica: el caso de Cataluña". A: Montabes, J. (ed.): *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas i

La disposició transitòria quarta estableix com a circumscripcions electorals les quatre províncies, mitjançant un redactat conífus que reproduim:

“[...] El Parlament de Catalunya estarà integrat per 135 diputats, dels quals la circumscripció de Barcelona elegirà un diputat per cada 50.000 habitants, amb un màxim de 85 diputats. Les circumscripcions de Girona, Lleida i Tarragona elegiran un mínim de sis diputats més un per cada 40.000 habitants, i els seran atribuïts 17, 15 i 18 diputats, respectivament.”

En efecte, la disposició sembla referir-se a un procediment de càlcul que estableix una quota entre diputats i població; però, per una altra banda, fixa imperativament una assignació directa de diputats a les províncies circumscripcions. A primera vista podria semblar que la quota és l'explicació (en inexistència d'una exposició de motius) que justifica el nombre de diputats assignats. El quadre 17 desmenteix rotundament aquesta explicació perquè ja en les primeres eleccions, un diputat per Lleida representava 23.000 habitants, 26.000 els de Tarragona i Girona, i més de 50.000 els de Barcelona.

12. Cost teòric del diputat per circumscripció

	Població 1975	Població 2004
Barcelona, 1 escó	51.645	60.210
Tarragona, 1 escó	26.685	37.452
Girona, 1 escó	25.998	37.234
Lleida, 1 escó	23.223	25.672

Font: per a 1975, Vallès;²⁸ per a 2004, Capó amb dades de l'IDESCAT.

Parlamento de Andalucía, 1998; Lago I. i Montero, J.: “Más votos y menos escaños: el impacto del sistema electoral en las elecciones autonómicas catalanas de 2003”. A: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 105 (2004); Marcet J.: “El régimen electoral de Cataluña”. A: *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23 (2004); i altres que se citen posteriorment.

28. Vallès, J. M.: “Comentari n. 93. Sistema i Dret electoral”. A: *VVAA: Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. III. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona i Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1988.

El sistema electoral, per tant, beneficia clarament unes zones sobre unes altres, i en aquesta mesura els partits guanyadors en els districtes en els quals l'assignació de diputats és més forta que la que correspondria. Els vots no valen igual en tot el territori des de les primeres eleccions i aquesta desigual distribució s'ha anat reforçant, si bé lleugerament, en els 26 anys transcorreguts des d'aleshores.

A aquesta crítica de fons al sistema es pot afegir també la pregunta sobre si la circumscripció provincial és la que millor recull la configuració territorial de Catalunya i la interrogació sobre els possibles efectes de llunyania que provoca als electors el vot a llistes tancades, sense vot preferencial, de fins a 85 diputats. En definitiva, per una raó o una altra, la representativitat dels diputats queda afectada i, en certa mesura, posada en qüestió.

Per contra, el sistema electoral vigent fins ara ha estat fortament proporcional en graus molt superiors als de les eleccions generals espanyoles²⁹ i, en menor mesura, al de les altres comunitats autònomes.³⁰ L'elecció d'un nombre de diputats elevat en cadascuna de les circumscripcions assegura la manca de biaixos en cadascuna d'aquestes, tot i que puguin donar-se petites distorsions en el conjunt de Catalunya, derivades precisament de la desigualtat de distribució de diputats que afavoreix les circumscripcions més despoblades.

En realitat, la feble distorsió existent resulta ésser *significativa*. Les eleccions de 1999 i de 2003 n'han estat la prova en atorgar més diputats al segon partit –Convergència i Unió– que a aquell que havia guanyat les eleccions en nombre de vots, el Partit dels Socialistes de Catalunya.

29. Sobre la proporcionalitat del sistema electoral espanyol, entre moltes altres publicacions, vegeu Montero, J. i Gunther, R.: "Sistemas cerrados y listas abiertas: sobre algunas propuestas de reforma del sistema electoral en España". A: VVAA: *La reforma del régimen electoral general*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Diversos articles (Montero, Vallès, Botella, etc.) a Montabes, J., ja citat. Capo, J.: "Sistema electoral y gobernabilidad española". A: *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 1 (1999).

30. Pallarés, F.: "Los sistemas electorales en las Comunidades Autónomas: Aspectos institucionales", i Llera, F.: "Los rendimientos de los sistemas electorales en las Comunidades Autónomas: el predominio del bipartidismo imperfecto". A: Montabes, J., ja citat

13. Resultats electorals de 1999-2003

	Eleccions 1999			Eleccions 2003		
	% vots	Escons	% escons	% vots	Escons	% escons
PSC-CC*	37,8	52	38,5	31,0	42	31,1
CiU	37,7	56	41,5	30,8	46	34,0
PP	9,5	12	8,9	11,8	15	11,1
ERC	8,6	12	8,9	16,4	23	17,0
ICV	2,5	3	2,2	7,2	9	6,6
Altres	3,9	—	—	2,5	—	—

* El 1999 amb ICV a Girona, Lleida i Tarragona.

El quadre 6 permet veure els dos fenòmens que assenyallem. D'una banda, l'alta proporcionalitat del sistema, però, d'altra, que aquesta no és absoluta. Així, el 1999 Convergència i Unió, amb menys del 39% dels vots, obtenia més del 41% dels diputats, i el 2003, sense arribar al 31% dels sufragis, aconseguí el 34% dels escons. L'explicació es troba en el cost diferent del diputat a les circumscripcions que hem exposat més amunt.

D'aquesta forma, la segona posició electoral es converteix en la primera parlamentària, subvertint així la voluntat majoritària. Les distorsions no són fortes, però són rellevants, significatives, perquè es produeixen en un punt sensible com és la mateixa definició del guanyador. No es tracta només que aquest rebi més del que li correspondria (situació que, per exemple, és la que s'ha donat fins ara en el sistema electoral espanyol), sinó que determina un guanyador que no ho és en la voluntat majoritària dels electors.

Els beneficiats pel sistema argumenten que el fenomen de la inversió del perdedor en guanyador succeeix també en d'altres països; però aquesta explicació no elimina que també en aquests països, com que es produeixen situacions similars, el sistema electoral ha estat sotmès a fortes crítiques, i en resulta afectada la legitimitat. D'altra banda, també s'ha de recordar que, fora de Catalunya, aquest biaix en favor del segon partit no s'ha repetit mai en dues eleccions consecutives, fet que deslegitima en un grau superior els mecanismes de la representativitat política.

Finalment, també és important tenir present que aquestes distorsions –excepcionals– són pròpies de sistemes electorals majoritaris i no

proporcionals, que tenen una lògica completament diferent de la d'aquests últims. En efecte, la gravetat és més notòria en aquest últim cas perquè un dels elements que diferencia el sistema majoritari del proporcional és la *sensitivitat* al canvi electoral. En els sistemes majoritaris, petits canvis en els percentatges poden determinar que un partit del govern es converteixi en oposició i viceversa pel significatiu canvi de diputats que això pot comportar; per contra, els sistemes proporcionals són molt més estables, les petites modificacions en vots comporten febles variacions en diputats. Els sistemes proporcionals no magnifiquen el canvi electoral. El sistema català no sols no el magnifica sinó que el nega de manera repetida. No és un aspecte negligible quan es parla dels problemes de representació del Parlament de Catalunya.

És en interès del Parlament de Catalunya, com a institució, i no únicament d'alguns dels partits polítics que el componen, l'elaboració urgent d'una llei electoral que posi fi a la vigència de la disposició transitòria quarta de l'Estatut de 1979 encara vigent, com s'ha comentat. Segurament, aquesta afirmació no és discutida per ningú, malgrat que no hi hagi encara un acord concret sobre les característiques d'aquesta nova regulació. Una polèmica –falsa– s'ha centrat en un debat en el qual es contraposa la proporcionalitat a la territorialitat. No correspon a aquestes pàgines fer una proposta concreta, que acompanyaria les ja existents, sense tenir, d'altra banda, la possibilitat de fer-ne una exposició detallada i sistemàtica: però, en tot cas, val la pena afirmar de manera rotunda que tècnicament és factible –si hi ha voluntat política– de fer un sistema electoral que sigui veritablement proporcional i, a l'ensem, possibiliti una representació territorial més adequada que la de les actuals províncies, afavorint fins i tot un plus de representació per a les àrees amb menys població.³¹

9. Un Parlament en clau de futur: propostes de reforma

La reforma reglamentària del Parlament de Catalunya, aprovada definitivament el 29 de desembre de 2005, si bé no abasta tots els

31. Diferents propostes en Vallès, J. M.: *Estudis Electorals*, ja citat; Bosch, A.: "El sistema electoral. Una proposta per al sistema electoral de Catalunya". Barcelona: Fundació Bofill, 1995; Capo, J.: "Crítica i proposta per a un sistema electoral per Catalunya", i Magre, J.: "Una proposta de sistema electoral per a Catalunya". A: VVAA: *Reflexions al voltant de la llei electoral catalana*, ja citat.

elements que es podrien considerar a l'hora de plantejar un reforçament del paper polític del Parlament, sí que inclou força novetats, especialment en els aspectes de reforma de la seva organització i funcionament.

Al contrari del que ha succeït en d'altres normatives parlamentàries –com és el cas, per exemple, de l'Assemblea Nacional francesa, que des de 1958 a 2005 ha modificat en vint-i-nou ocasions el seu reglament; o el de la Cambra de Diputats italiana, que entre 1971 i 2005 ha modificat el reglament parlamentari en vint-i-sis ocasions–, el Reglament del Parlament de Catalunya s'havia mantingut en la seva formulació inicial de 1980, sense més modificacions que les derivades dels criteris interpretatius i les normes supletòries que s'han anat incorporant per tal d'omplir aquesta manca de reforma més general.

La reforma reglamentària aprovada el desembre de 2005 aporta, des del punt de vista de l'organització i el funcionament de la cambra, avenços notables en diversos camps, però queden encara diversos elements no abordats, o que no es poden abordar a través d'una simple reforma reglamentària. Alguns de relatius a la mateixa organització i funcionament de la cambra, i altres de relacionats amb les funcions que aquesta compleix. Així, el conjunt de reflexions i propostes que s'aborden en aquest apartat es podrien considerar en futures reformes o adequacions del Reglament, o bé poden constituir propostes d'instrumentació més pràctiques, atès que ultrapassin el marc reglamentari i demanden només la decisió o voluntat de portar-les a la pràctica.

9.1. Organització i funcionament de la cambra

Partint d'una millora general que en aquest terreny ha de significar l'aplicació del nou Reglament del Parlament, es poden encara plantejar diverses propostes per tal d'obrir noves perspectives de renovació de la cambra catalana.

9.1.1. Enfortiment del paper del diputat

Si considerem els diputats com a subjectes de la representació política, al marge del sistema i la fórmula que s'utilitzi per a la seva

elecció, sembla indispensable superar, en alguna mesura, l'excessiva presència dels grups parlamentaris en la vida de la cambra i impulsar la capacitat d'acció i d'iniciativa dels diputats individualment considerats.

Si, d'una banda, el nou Reglament del Parlament incorpora novetats com la possibilitat de delegació de vot en el cas de les diputades que estiguin de baixa per maternitat (art. 84), o reforça determinats aspectes del que és la regulació de l'Estatut dels Diputats (que conforma el conjunt del títol II del nou Reglament), d'altra banda, es mantenen invariables les prerrogatives dels diputats i no s'ha abordat la reconsideració d'aspectes doctrinalment discutits com la permanència sense matisos de la immunitat parlamentària.

Sempre en referència a l'Estatut dels diputats, caldria considerar l'atribució de *facultats d'investigació i proposta de sanció a la Comissió de l'Estatut dels Diputats*, en els casos d'incompliment del règim d'incompatibilitats o d'omissió o falsejament de les declaracions d'activitats i de béns, declaracions que haurien d'estar a l'abast dels membres de la mencionada Comissió de l'Estatut dels Diputats per a ser utilitzada en aquests supòsits. Això comportaria una major credibilitat en la transparència de les activitats i declaracions de béns que realitzen els diputats.

En aquest mateix sentit, s'hauria d'aconseguir una *major transparència dels drets econòmics dels parlamentaris*. Un cop suprimit en el nou Reglament el secretisme amb què s'aprovaven, per la Comissió de Règim Interior –ara suprimida– i pel Ple de la cambra, les assignacions fixes i variables que perceben els diputats, es podria avançar en la transparència fent públiques aquestes assignacions en el mateix web institucional del Parlament, tal com ja ha començat a fer el Congrés dels Diputats o fan, des de fa algun temps, altres parlaments d'Europa.

En la línia d'enfortir el paper del diputat individual, s'hauria de *reforçar el dret d'accés a la informació i el dret d'interrogació*, obrint la possibilitat de sol·licitud de tot tipus de documentació i, sobretot, establint un mecanisme d'emparament de la presidència de la cambra davant la negativa del Govern o l'Administració a entregar la documentació requerida, a retardar-se en l'entrega, a contestar les preguntes escrites o a fer-ho de manera incompleta o incongruent.

Finalment, caldria *obrir a la participació dels diputats individuals els debats parlamentaris més importants*. Així, tant en els debats legislatius de major transcendència com en els debats de control del Govern es podria incorporar un torn de paraula obert als diputats, al marge d'aquell que correspon als representants de cada grup parlamentari. D'aquesta manera, a més de la posició oficial de cada grup, la Cambra tindria constància de les aportacions d'alguns diputats que, bé pel seus coneixements sobre la matèria que es discuteix, bé per la seva representativitat territorial, enriquirien el debat parlamentari corresponent.

9.1.2. Incrementar els mitjans humans i materials dels parlamentaris

La figura d'un assistent personal del diputat és també ineludible si es vol modernitzar el Parlament. Un secretari personal, amb una qualificació acadèmica del màxim nivell (polític, jurista, economista, sociòleg, etc.) hauria de permetre al representant l'atenció al seu despatx personal, al seu correu i pàgina web i la preparació de la tasca legislativa i de control del diputat. Naturalment, aquesta proposta reforça el poder del diputat individual, però no ha d'ésser incompatible amb l'existència dels tècnics necessaris al grup parlamentari. *No hi hauria d'haver, per tant, resistències per part dels grups a potenciar l'autonomia dels seus membres*. Un problema no menor del parlamentarisme català, tributari en això de les pautes inicials del parlamentarisme espanyol, és que els mateixos diputats se senten en molts casos exclosos de les decisions polítiques efectuades pel grup. Qualsevol mesura, per tant, que reforci els mecanismes participatius dels diputats actua en benefici de la deliberació a l'interior dels grups i millora el rendiment de la Cambra.

L'assistent personal afavoriria tant la relació entre la ciutadania i els representants com el treball parlamentari d'aquests últims, així com la seva relació amb els mitjans de comunicació. Es tracta d'una figura multidimensional que en funció de la personalitat del diputat i de les necessitats polítiques del moment s'orientaria cap a unes activitats o altres.

Imperceptiblement, en tractar el tema de la millora dels procediments de relació entre els electors i els representants s'imbriquen

aspectes que sembla que cauen en un altre punt: l'enfortiment dels recursos parlamentaris. La denominada "crisi dels parlaments" no se supera només amb més despesa pública, però moltes mesures proposades no poden portar-se a terme sense un *increment del pressupost parlamentari*.

9.1.3. Major transparència en el funcionament dels grups parlamentaris

La transparència i l'enfortiment en l'actuació del diputat individual no ha de restar ni força ni tampoc transparència al paper estructural que continuen tenint els grups parlamentaris en l'organització i el funcionament de la cambra catalana.

El nou Reglament del Parlament ha aclarit alguns elements de la constitució i l'estructura dels grups parlamentaris, i ha introduït la figura i regulat les condicions i drets dels diputats no adscrits (art. 26) com a forma de penalitzar el transfuguisme.

A més d'aquesta mesura, que reforça la continuïtat dels grups parlamentaris, se'n pot augmentar el paper determinant en el bon funcionament de la cambra, *generalitzant les reunions de les meses de les comissions amb els portaveus de comissió dels diversos grups* a l'hora de confeccionar l'ordre del dia de les seves sessions, de manera que tots els grups parlamentaris en siguin participants i no només aquells que tenen la possibilitat de ser presents en la mesa de cada comissió parlamentària.

Amb l'objectiu d'aconseguir també una major transparència dels grups parlamentaris, caldria, d'una banda, establir l'obligació que aquests *tinguessin i fessin públics els seus reglaments de funcionament intern*, i, d'altra banda, que també *es fessin públiques les assignacions econòmiques i materials* que el pressupost del Parlament els atribueix, a través del mateix web de la Cambra.

9.1.4. Més mitjans per al Parlament

Si diputats i grups parlamentaris augmenten i reforcen el seu paper, cal pensar que el Parlament com a institució es veurà també re-

forçat. Però encara es poden apuntar algunes mesures que ajudin a aquest reforçament en el terreny dels mitjans materials i humans amb què opera el Parlament de Catalunya.

En les darreres legislatures, especialment sota la presidència de Joan Raventós, Joan Rigol i ara Ernest Benach, el Parlament de Catalunya ha incrementat de manera notable els mitjans materials de què disposa, especialment la seva ubicació física i la dotació de personal, per bé que, en gran mesura, aquest increment s'ha posat al servei dels diputats i dels grups parlamentaris. Però la mateixa institució parlamentària hauria de millorar els seus serveis i la seva dotació de mitjans per tal d'incrementar la seva força institucional.

En aquest sentit, sembla indispensable *obrir l'assessorament que la Cambra aporta a les comissions parlamentàries a tècnics i experts no juristes*, de manera que cada comissió, en funció dels seus àmbits de competència i especialització, pugui comptar amb l'ajuda no només dels lletrats dels serveis jurídics de la Cambra, sinó també amb la d'altres assessors o tècnics especialitzats en les diverses matèries (des d'economistes fins a enginyers, arquitectes o urbanistes, i des de politòlegs fins a especialistes en salut o educació).

De manera més general, i pel que fa a la direcció de l'administració parlamentària, es pot pensar en la conveniència d'instaurar la figura *d'un gerent del Parlament*, que podria ser o no un lletrat de la Cambra, però amb un clar objectiu de professionalitzar-ne la gestió.

S'ha assenyalat ja que pensem que seria convenient que els diputats disposessin de despatx propi fora de la seu parlamentària i diferenciat també de les seus dels partits (amb els costos que això suposa: informàtica, telèfon, neteja, etc.), i acabem de proposar com a imprescindible, en la nostra concepció, l'existència d'assistents personals dels diputats. Al costat, dèiem, els grups parlamentaris han de disposar dels tècnics suficients. Més endavant es proposarà la creació d'agències de seguiment de la legislació.

Per què no dir-ho d'una altra forma? *El Parlament de Catalunya hauria d'incrementar la seva plantilla amb un mínim d'uns cent cinquanta professionals, llicenciats universitaris, fet que comportaria el creixement també del nombre de secretaris, bidells, etc.* No ens per-

toca aquí fer-ne un càlcul exacte³² perquè això està sotmès a ritmes i a possibles conflictes polítics respecte a la visió que es tingui del grau convenient de control parlamentari sobre l'Executiu i les polítiques públiques, així com a la dinàmica entre parlamentaris individuals i grups parlamentaris, al creixement de funcions derivades del nou estatut, a la implantació real de l'exclusivitat de la feina parlamentària o a qualsevol altra consideració que es vulgui aportar en el debat.

En tot cas, una cosa és clara: els parlaments, dedicats inicialment a legislar, varen reforçar les seves activitats amb un cos de lletrats jurídics. Els parlaments moderns es veuen enfrontats amb un altre tipus de funcions. Una legislació més tècnica, en molts casos quasi administrativa, i unes feines de control més exigents impliquen un altre tipus d'assistència professional. Podrà discutir-se com es reparteix aquesta entre el parlament com a institució, els grups i els diputats, però la modernització del parlament sempre passarà per l'acreixement dels tècnics al seu servei.

I aquí, per suavitzar la radicalitat de la proposta econòmica, cal tenir present un element mai citat en el debat espanyol o català, però sí en d'altres països: *caldría garantir que les subvencions parlamentàries als grups no fossin desviades als respectius partits*. Encara que materialment els grups parlamentaris formen part dels partits polítics, es tracta de treure rendiment de la distinció formal o jurídica entre els uns i els altres. Així com els diputats requereixen la seva autonomia dels grups, aquests han d'ésser autònoms dels partits perquè això reforça la posició institucional del Parlament. Les subvencions que la llei atorga als grups són perquè aquests compleixin les seves funcions parlamentàries i la distinció pressupostària ajudaria a distingir més clarament entre el que són despeses electorals, despeses de funcionament dels partits i despeses derivades del mateix treball parlamentari (per exemple, l'encàrrec d'estudis).

En aquesta última consideració pot apreciar-se una voluntat que el creixement dels recursos humans, que comporta creixement de des-

32. Evidentment, si el nombre de diputats no està fixat no pot delimitar-se el nombre d'assistents personals. La xifra de 100 diputats comportaria 100 assistents personals i 50 per als òrgans parlamentaris. Aquesta última possiblement sigui baixa si es volen potenciar els òrgans de control i seguiment parlamentari i reforçar el personal al servei dels grups. Per aquesta raó es parla d'un mínim en el text.

peses, estigui acompanyat d'una racionalització d'aquestes. Per això, al llarg del text ja ens hem referit a la *conveniència de disminuir i, en cap cas, d'incrementar el nombre de diputats*. Com s'ha dit, aquesta proposta no té el seu origen en la necessitat d'una racionalització de la despesa, perquè nosaltres entenem que un parlament que funcioni serà forçosament més car; la raó de fons de veure amb prevenció la possibilitat d'incrementar el nombre de diputats es basa sobretot en el gruix del treball parlamentari que és perfectament assumible amb menys diputats dels 135 actuals. Ara bé, algunes de les mesures que proposem quedarien facilitades, des del punt de vista tant econòmic com organitzatiu, com més baix fos el nombre de representants.

Així, el Parlament estaria davant d'un procés en el qual la reducció de la seva dimensió numèrica hauria d'estar acompanyada d'una forta expansió dels recursos humans i materials que li permetessin un aprofundiment de les relacions amb els ciutadans i el control de les polítiques públiques.

El Parlament de Catalunya ja ha fet un esforç per aprofitar els seus mitjans materials i humans i traslladar el treball de la Cambra al conjunt de la societat, però encara avui estudiosos, especialistes i ciutadans en general tenen dificultats per a conèixer o seguir les activitats que duen a terme les comissions i el ple del Parlament. També en aquest terreny cal esmerçar *més recursos i esforços, especialment en el terreny de la informació amb tots els suports tècnics, que facin més transparent també el conjunt del treball parlamentari*.

9.2. Aprofundir les funcions del Parlament

El nou Reglament parlamentari de 2005 ha millorat de manera important els capítols corresponents a les diverses funcions que compleix el Parlament. Tant la regulació general dels debats parlamentaris, com el procediment legislatiu i els instruments destinats a l'impuls i control de l'acció política del Govern, han incorporat força precisions i novetats respecte del Reglament anterior, de vegades introduint aspectes que ja es contenien en la pràctica parlamentària o en la interpretació reglamentària. Tot i així, encara es pot aprofundir i millorar en aquests diversos àmbits i funcions.

9.2.1. Millorar el debat parlamentari

Malgrat la minuciosa regulació que realitza el nou Reglament dels debats parlamentaris, no sembla que aquesta s'orienti cap a una estructura més àgil i que, sobretot, faciliti la dialèctica entre grups i diputats, acabant, així, amb la successió de discursos prèviament preparats i, moltes vegades, sense connexió entre ells.

Sens dubte captaria millor l'interès ciutadà un format de debat parlamentari amb *torns més curts i dialècticament més vius en la previsió de rèpliques i contrarèpliques*. L'establiment en els debats generals del ja mencionat *torn de diputats individuals* donaria encara millor pluralitat al mateix debat entre grups parlamentaris.

En el mateix sentit d'afermar el caràcter dialèctic del debat, caldria que *els autors de la iniciativa que es debat (proposició, moció, etc.) tinguessin sempre un darrer torn d'intervenció* on poguessin constatar breument les argumentacions de la resta d'intervinents.

Igualment, en els debats generals amb el Govern (investidura, censura, debats d'orientació política general, etc.) caldria *suprimir la possibilitat de resposta global del Govern*, incentivant el debat, acotat si cal en el temps, entre aquest i cada grup parlamentari.

Finalment, i pel que fa als debats en les comissions, caldria preveure la possibilitat que en les seves sessions es *poguessin reproduir documents audiovisuals*, quan el tractament de la qüestió ho fes necessari. De manera general, que el debat parlamentari sigui més àgil i viu, que s'incrementi el seu caràcter dialèctic, es relaciona positivament amb el millor compliment de les funcions parlamentàries.

9.2.2. Un procediment legislatiu més àgil i participatiu

La reforma reglamentària de 2005 ha incorporat alguns elements destinats a fer més àgil i participatiu el procediment d'elaboració de les lleis. Així, la supressió de la presa en consideració de les proposicions de llei o la possibilitat de compareixença d'entitats socials, econòmiques o culturals davant la comissió que tramita una determinada iniciativa legislativa, són algunes de les principals novetats reglamentàries que caminen en aquest sentit. Cal considerar també

com un avenç positiu la incorporació en el nou Reglament de la possibilitat de retirada de les iniciatives legislatives, abans de la seva aprovació definitiva (art. 116). D'aquesta manera s'evita, especialment per a les proposicions de Llei d'iniciativa dels grups parlamentaris i, de manera encara més destacada, per a aquelles d'iniciativa popular, la possibilitat que es desvirtui el contingut de la iniciativa original, com ha succeït en alguna ocasió. Hem d'assenyalar, però, que malgrat la valoració positiva d'aquestes modificacions introduïdes en el Reglament de la Cambra encara es pot millorar el conjunt del procediment legislatiu, amb l'objectiu de fer-lo més àgil i participatiu.

Així, la supressió de la presa en consideració de les proposicions de Llei pot acabar amb la formulació sistemàtica, per part de la majoria parlamentària, d'esmenes a la totalitat amb l'única raó de no considerar-ne l'oportunitat política.

En aquesta perspectiva seria millor, sempre amb l'objectiu d'un procediment legislatiu més àgil i políticament més coherent amb el parlamentarisme majoritari, *la celebració d'un debat inicial obligatori sobre l'oportunitat i les línies bàsiques de tota iniciativa legislativa*. Aquest debat inicial general substituiria les esmenes a la totalitat de projectes i proposicions de Llei i permetria fixar, a l'inici del procediment d'elaboració d'una Llei, les posicions que sobre cada iniciativa concreta tinguin els diversos grups parlamentaris.

De manera coherent amb la proposta anterior, després de la tramitació de la iniciativa legislativa d'una forma més concreta i tècnica en la comissió corresponent –on encara es pot *potenciar fent més habitual la presència i compareixença d'organitzacions i grups socials* que tinguin relació amb la qüestió que s'està legislant–, l'aprovació definitiva de la Llei pel ple de la cambra hauria d'anar precedida d'un *debat de tancament també de caràcter polític*, on ja no calgués la votació d'esmenes concretes –o es pogués fer només de manera excepcional– i on s'expressés la valoració i votació final sobre el conjunt del text legislatiu.

Aquest procediment legislatiu, de caràcter més polític en el plenari i de caire més tècnic i participatiu en la comissió legislativa, juntament amb la *pràctica regular de la figura, ara ocasional, del relator* –que té com a principal missió buscar l'acostament de posicions entre les diverses esmenes presentades i assegurar, amb l'assessorament de

lletrats i tècnics en la matèria, la qualitat tècnica i jurídica del text que presenta a la comissió i al plenari– hauria de facilitar el tràmit legislatiu, tot descarregant el ple del Parlament de debats i votacions detallades que en res afavoreixen el seu funcionament i imatge generals.

9.2.3. L'avaluació de la producció legislativa

En la descripció del marc institucional de les funcions del Parlament de Catalunya s'ha fet al·lusió a la necessitat de considerar alguna forma d'avaluació de les lleis, com a activitat situada a cavall de la potestat legislativa i de la funció d'impuls i control de l'acció política del Govern.

Enfront d'una prou visible inflació normativa existent des de ja fa temps i d'una marginació de les cambres legislatives en la tasca de seguiment de les lleis, un cop aquestes han estat aprovades, es tractaria d'*atribuir al Parlament aquesta funció d'avaluació legislativa*, consistent a realitzar un seguiment del desplegament normatiu de les lleis, valorar-ne els resultats de l'aplicació i, si s'escau, proposar-ne la modificació, reforma o derogació.

Aquesta avaluació posterior de les lleis –diferenciada d'aquella que poden realitzar abans de la presentació de la iniciativa o de l'aprovació de la llei per part d'organismes com el Consell Consultiu– és encara una figura poc desenvolupada en el dret comparat, si bé en trobem alguns exemples basats en models diferents als Estats Units o a França.

L'aplicació d'aquestes experiències al sistema institucional català podria concretar-se a través de la creació d'una *comissió parlamentària específica que de manera permanent realitzés aquesta tasca d'avaluació*, amb els objectius ja apuntats d'incorporar el control parlamentari sobre les lleis aprovades pel mateix Parlament de Catalunya, de controlar en cada cas el seu desenvolupament reglamentari, de proposar mesures destinades a un millor i més harmònic desenvolupament de la llei, d'apreciar els efectes produïts per la seva aplicació i, al moment oportú, de proposar les correccions necessàries.

El funcionament d'una comissió d'aquestes característiques demanaria l'adequat suport tècnic, tant intern –a través dels mateixos

serveis del Parlament, lletrats i altres assessors— com extern, encarregant estudis a experts exteriors al Parlament, i sempre comptant amb la indispensable col·laboració del Govern. La realització d'aquests estudis, així com d'enquestes sobre l'avaluació que sobre la legislació realitzen els ciutadans, no solament beneficiaria el rendiment del treball legislatiu del Parlament, sinó que, de manera més general, reforçaria la seva centralitat en el vessant normalment menys visible per a l'opinió pública com és la tasca d'elaboració de les lleis, ja que s'acostuma a vincular quasi de manera exclusiva a la majoria parlamentària-governamental.

Aquesta tasca d'avaluació legislativa s'hauria de realitzar tant sobre les lleis parlamentàries com sobre les normes governamentals amb rang de llei i sobre els reglaments que desenvolupen les lleis. La seva implantació podria ser progressiva i, per tant, inicialment realitzar-se sobre les normes més antigues i de més transcendència social i política, per després anar-se estenent a mesura que s'anés consolidant la comissió parlamentària i la seva pròpia tasca avaluadora.

9.2.4. Un millor control dels ingressos i despeses públics

La simplificació del debat del Projecte de Llei de pressupostos de la Generalitat, consistent sobretot a deixar per al plenari del Parlament només el debat d'esmenes a la totalitat del projecte i el debat final de les esmenes reservades a l'articulat del projecte, així com la creació formal de l'Oficina Pressupostària del Parlament, són les principals novetats incorporades pel nou Reglament de la cambra catalana, que no esgoten, però, els diversos aspectes que caldria millorar amb l'objectiu d'incrementar el control parlamentari sobre els ingressos i despeses públics.

Els pressupostos de la Generalitat són el projecte de llei més important que tramita cada any el Parlament de Catalunya en matèria econòmica, però, a més, incideixen en tots els àmbits de l'acció política i de govern i és per això que la seva tramitació parlamentària ha de tenir un tractament específic i no repetitiu, i, a més, li cal continuïtat a través del seguiment del seu progressiu compliment i de la seva execució. Amb aquests objectius es poden apuntar diverses propostes a realitzar en seu parlamentària.

D'una banda, s'haurien d'establir *dos debats político-econòmics al llarg de l'any*: un primer debat realitzat en el ple de la Cambra, i a celebrar durant el primer trimestre de l'any, en el qual es fixés l'objectiu anual d'orientació pressupostària del conjunt del sector públic català; el segon, a realitzar el mes de setembre abans de la presentació del Projecte de Llei de pressupostos, i realitzat en la Comissió de Pressupostos, sobre l'actuació econòmica i financera de les administracions públiques corresponent a l'any anterior. Aquests dos debats ajudarien al coneixement del conjunt de la Cambra, i de manera especial de l'oposició parlamentària, de l'estat econòmic amb què s'afronta el debat pressupostari posterior.

El debat pressupostari, per la seva banda, hauria de *començar i acabar amb un debat general de caràcter més polític que no pas tècnic en el ple de la Cambra*, i deixar per a la Comissió de Pressupostos el debat tècnic del projecte de Llei i per a cada comissió del Parlament les seccions pressupostàries corresponents al seu àmbit competencial. La regulació del nou Reglament encara manté, com ja s'ha assenyalat, una barreja dels dos tipus de debat, polític i tècnic, en el ple de la Cambra.

Finalment, l'Oficina Pressupostària del Parlament, que el nou Reglament regula en el seu article 203, en tant que òrgan d'assessorament tècnic de la Cambra en matèria econòmica i pressupostària, només pot funcionar de manera efectiva si té una *connexió permanent amb els serveis d'informació, coordinació i programació pressupostària del Departament d'Economia i Finances del Govern*. D'aquesta manera es podrien aconseguir els objectius d'informació i avaluació del contingut dels pressupostos, fer-ne un seguiment de l'execució i avaluar els efectes econòmics i pressupostaris de les diverses iniciatives legislatives.

9.2.5. Incrementar la informació i el control polític de l'acció del Govern

Com s'ha assenyalat en l'anàlisi de les funcions que compleix el Parlament, avui l'impuls i el control de l'activitat política del Govern constitueix l'acció principal que desenvolupa el Parlament de Catalunya, igual que succeeix en la immensa majoria de cambres dels sistemes parlamentaris contemporanis. Així, tot allò que signifiqui incremen-

tar i potenciar els diversos elements del control del Govern ha de contribuir a consolidar aquesta funció parlamentària i, per extensió, el conjunt del Parlament.

Des d'aquest punt de referència i amb l'objectiu de potenciar la capacitat d'avaluació de les polítiques dutes a terme pel Govern, Joan Subirats ha proposat en diverses ocasions *la creació d'una agència que realitzi l'avaluació dels serveis públics i de les polítiques públiques*.³³ Es tractaria de crear una agència, clarament lligada al Parlament i connectada, que no contraposada, a la Sindicatura de Greuges i a la Sindicatura de Comptes, que ja actuen com a organismes auxiliars del Parlament en la seva tasca de seguiment i control de l'actuació del Govern i les administracions públiques catalanes.

En l'àmbit més estrictament dels mecanismes parlamentaris de control al Govern, a més de les novetats ja incorporades pel nou Reglament de la Cambra –com la incorporació del torn de preguntes orals al president de la Generalitat en els plens o l'assegurament de la immediatesa en la tramitació de les interpel·lacions–, es podrien avançar algunes propostes de millora d'aquests instruments.

Es podria preveure la possibilitat de *debats d'actualitat en el ple del Parlament*, tant a instància del Govern com dels grups parlamentaris, sense necessitat de presentar una interpel·lació i com a mesura de tractament periòdic de l'actualitat política, econòmica, social o cultural.

A més de les preguntes al president de la Generalitat, es podria fixar també que en cada període de sessions *el president pogués respondre un nombre determinat d'interpel·lacions*.

Caldria *obrir el control parlamentari*, tant en el seu vessant d'informació documental com a través de compareixences si s'escau, *a aquells particulars o responsables d'empreses que, al marge de la participació de capital públic en el seu capital social, realitzin serveis essencials a la comunitat o serveis de titularitat pública, desenvolupin activitats*

33. Vegeu, per exemple, Joan Subirats: "La centralitat del Parlament de Catalunya: mite, realitat i perspectives", dins el llibre col·lectiu *Vint-i-cinc anys d'Estatut*. Barcelona: Parlament de Catalunya, 2005, pàg. 23.

subjectes a concessió o autorització administrativa, o actuïn en situació de manca de competència pràctica i real.

Pel que fa a les preguntes orals en el ple, s'hauria de considerar que *el grup o grups que integrin la majoria parlamentària tinguin només un percentatge limitat al 25% o 30% del total de preguntes a tramitar en cada sessió*, i que es deixi als grups d'oposició la immensa majoria d'aquest tipus d'iniciatives. Igualment s'hauria de facilitar al màxim *la substitució de preguntes* per raó d'actualitat sobrevinguda. En general, qualsevol mesura que acosti el tràmit de preguntes orals al Govern en el ple al mecanisme més viu i espontani del *question time* britànic milloraria aquest mecanisme de control i interrogació al Govern.

Finalment, a més de les millores en la creació i el funcionament de les comissions d'investigació que ja incorpora el nou Reglament, en els seus articles 58 i 59, es podria encara afegir algun element que facilités i aclarís les competències d'aquest instrument privilegiat i polivalent de control polític. Es tractaria que quan es posi en marxa una comissió d'investigació, aquesta no només funcioni de manera adequada sinó que realment pugui assolir els objectius que han portat a la seva creació i que de manera general té tota comissió d'investigació: conèixer en profunditat els fets objecte de la investigació, formar-se una opinió sobre realitats tècniques, jurídiques i polítiques normalment complexes, apuntar possibles solucions per tal que els fets com els analitzats no es tornin a produir i, si s'escau, depurar les responsabilitats polítiques que es puguin haver produït.

Així, el nou Reglament facilita la creació de les comissions d'investigació –bé per acord del ple de la cambra, lògicament pel vot de la majoria parlamentària, bé a proposta d'una tercera part dels diputats o de tres grups parlamentaris–, però caldria pensar en *un sistema més automàtic de creació de comissions d'investigació*, és a dir, que es poguessin crear a petició de qualsevol grup i que només l'oposició d'una majoria qualificada de dos terços de la cambra pogués rebutjar aquesta creació.

L'article 59 del nou Reglament regula de forma clara la compareixença de qualsevol persona davant les comissions d'investigació, però caldria una millor regulació sobre *l'accés previ a les compareixences a tota documentació pública o privada* necessària per a la in-

vestigació d'aquestes comissions, inclosa la documentació relativa a informacions de caràcter fiscal.

Sense preveure que una regulació encara més oberta d'aquestes comissions d'investigació hagi de produir una proliferació de la seva creació, sí que es podria aconseguir una major utilitat, fins ara negada, a aquest instrument tan polivalent de control polític al Govern, a tercers o de simple recopilació d'informació.

9.3. Potenciar la relació dels diputats amb els ciutadans

Com ha estat repetidament apuntat, l'absència d'una llei electoral catalana comporta importants problemes en la relació entre els electors i els seus representants. El vot a llistes tancades i bloquejades, amb un nombre molt elevat de candidats, produeix un vot molt poc personalitzat i centrat essencialment en els partits. Avui ningú pot pensar que la representació pugui efectuar-se al marge d'aquestes grans formacions polítiques; els partits constitueixen l'enquadrament bàsic de la competició electoral. Tot i així, aquest factor acabat d'assenyalar, reforçat a l'ensem per un Reglament parlamentari que dóna primacia als grups, comporta la difuminació del diputat individual. Es podria dir que el sistema legal no constitueix un estímul per a la carrera política parlamentària i el reforçament d'uns diputats amb prestigi individual propi.

És ben possible que la futura –i ineludible– llei electoral de Catalunya corregeixi, almenys parcialment, aquest problema. Les possibilitats tècniques per a personalitzar la representació són variades, àdhuc mantenint, i aquest és un principi bàsic, la igualtat i la proporcionalitat dels vots. Ara bé, tot i així, al marge de la regulació electoral podrien existir mesures parlamentàries (que són les que aquí ens ocupen) que contribuïssin a estimular la relació entre els diputats i els seus electors.

En aquest sentit, seria convenient pensar en la possibilitat que tots els diputats tinguessin un *despatx finançat pels fons parlamentaris en la seva ciutat, districte o barri de residència*. Un referent físic, connectat al territori, constituïria un element que indicaria la presència del Parlament i dels parlamentaris arreu de Catalunya. Serviria com a senyal per als electors que poden apropar-se a un diputat –al “seu”

diputat, encara que l'expressió no sigui del tot certa— per a exposar-li preocupacions, interessos i demandes.

És obvi que aquest despatx hauria de complir determinades condicions. D'una banda, no hauria de coincidir amb la seu del partit per dues raons: en primer lloc, perquè és convenient diferenciar les funcions del partit de les dels representants; i, en segon lloc, perquè la institució "partit" pateix en l'actualitat d'un cert descrèdit davant de la ciutadania que no estimularia la relació amb els diputats. De fet, les seus de partit ja existeixen i, per tant, el que busca la proposta és crear espais parlamentaris. D'una altra banda, i per la mateixa raó, aquests espais no haurien d'estar en els ajuntaments.³⁴ La tasca d'edil municipal i de diputat haurien de quedar clarament diferenciades.

L'existència d'aquestes oficines parlamentàries hauria de comportar l'obligació del diputat d'atendre-les en un nombre d'hores setmanals, prèviament fixat i conegut. Els despatxos requeririen estar dotats suficientment, i una comissió parlamentària hauria d'ocupar-se de definir tots els aspectes organitzatius que una decisió d'aquest tipus produiria (pressupost, personal, control, etc.).

Pot argumentar-se que en el segle XXI ja no cal la presència material per a determinades funcions. Les noves tecnologies han permès el treball a distància i la creació d'una realitat virtual, que podria fer innecessària aquesta proposta que acabem de suggerir. Nosaltres, però, no ho creiem així: el contacte personal continua essent bàsic; però, a més a més, una mesura no és incompatible amb l'altra. Cal també reforçar els procediments informàtics de relació amb els ciutadans.

Així, tots els diputats han de fer pública una adreça electrònica a disposició dels electors. Aquesta adreça electrònica ha d'ésser coneguda per mitjà de la mateixa pàgina web del Parlament i seria convenient que mantinguessin pàgines web d'informació. Quasi sembla impossible que calgui fer una recomanació d'aquest estil avui dia, però el fet cert és que no és fàcil localitzar les adreces electròniques dels diputats. En la pàgina web del Parlament cal anar a la biografia

34. Són nombrosos els diputats/alcaldes o regidors que en el web parlamentari indiquen com a adreça la de l'ajuntament. Aquesta és una confusió de funcions que comença per destinar recursos municipals a l'activitat parlamentària (pensem, per exemple, en les funcions de secretaria).

individual dels representants³⁵ (per tant, no hi ha una visió immediata i global) i cercar aquesta adreça. Amb tot, la crítica principal no és la d'una certa dificultat sinó essencialment el fet mateix de la inexistència d'aquestes adreces. Tan sols el 13,3% dels diputats indiquen un correu electrònic, i només dos (un d'ells el president) tenen un web propi. Aquesta xifra hauria de corregir-se urgentment. D'alguns altres diputats es pot obtenir l'adreça electrònica acudint a les pàgines dels partits. Per contra, tots els grups tenen adreça visible.

Aquestes dades no són una anècdota, sinó una indicació d'alguns dels problemes als quals ens hem referit en aquestes pàgines. En efecte, la indicació de l'adreça electrònica del grup parlamentari –cosa que no pretenem criticar en absolut– indica la preferència per la canalització cap al grup de la relació amb els ciutadans. És una manifestació més de la jerarquia d'aquest, i la subordinació dels diputats individualment considerats.

Ara bé, podria ésser que s'hi afegissin també un altre tipus d'arguments. Un raonament podria ésser que els ciutadans tampoc fan un ús molt elevat d'aquests instruments i que, per tant, no tindria sentit la informació sobre els correus particulars. Aquest tipus d'excusa no hauria d'ésser acceptat, però, en una visió participativa de la democràcia en la qual cal buscar, precisament, els mecanismes que facilitin la intervenció ciutadana.

Un altre tipus de raonament s'empararia en la situació contrària. La popularització de les adreces electròniques podria comportar una allau d'enviaments impossibles de gestionar pels diputats individuals. Entre *spams*, campanyes massives, ximpleries diverses i autèntiques peticions ciutadanes el diputat podria convertir-se en presoner de la informàtica. Un diputat pot preguntar-se com contestar els missatges rebuts, i com donar-se fins i tot el temps per a una reflexió pausada sobre el tema en un mecanisme en el qual sembla que el ciutadà busqui una resposta immediata.

És evident que en el rerefons de moltes de les mesures que proposem hi ha la *necessitat que els diputats tinguin dedicació exclusiva*

35. Un per un, i tornant cada vegada a la pàgina principal. A més, un grup no fa constar la biografia dels seus diputats, que s'ha d'anar a cercar a la pàgina web del partit.

a la feina parlamentària (i, per aquesta raó, per exemple, som força reticents a la figura de l'alcalde/diputat perquè el mandat parlamentari reforça el seu poder però no millora el rendiment de la Cambra ni en termes de treball ni en termes d'interessos representats);³⁶ aquesta dedicació exclusiva permetria una relativa gestió de la relació informàtica amb els electors, si bé el diputat hauria de disposar de personal de reforç al seu servei.

9.4. Una política de comunicació més activa

En aquest context cal fer una menció als mitjans informàtics i les noves tecnologies de la comunicació. Avui, superant una mancança d'anteriors legislatures, els diputats disposen d'ordinadors personals (com no pot ésser més que obvi) i el Parlament ha avançat en la seva informatització. De totes maneres, *la informatització parlamentària sempre és millorable i la mateixa renovació permanent d'aquestes tecnologies obliga a estar especialment atents a l'actualització d'aquest recurs.*

Sobre això mateix cal fer l'advertiment precautori que tan necessària és una actualització constant de la informàtica parlamentària com tenir en compte els mecanismes clàssics per a aquells segments de la població que tenen més dificultats per a la incorporació en les noves tecnologies. Les relacions dels ciutadans amb el Parlament no poden passar exclusivament per procediments telemàtics, encara que, simultàniament, la Cambra haurà d'estar actualitzant i incorporant constantment les noves tecnologies.

Aquestes tenen dimensions molt àmplies. No haurà d'estranyar en el futur que els diputats estiguin connectats en línia des del seu escó, per exemple, consultant la documentació generada des del mateix Parlament o disponible fora de la Cambra. La relació immediata

36. En la VII legislatura, 28 diputats eren o havien estat alcaldes, i 60 regidors. L'establiment d'un règim d'incompatibilitat (no caldria que fos d'inelegibilitat) que afectés els alcaldes i regidors no va en detriment de la representació i el treball parlamentari, sinó al contrari, perquè permet una dedicació més intensa. Cal observar que la mesura proposada no eliminaria la presència de la sensibilitat municipalista en el Parlament. Continuarien existint diputats que haurien estat regidors o alcaldes, amb tots els seus coneixements i experiències, i amb la representació dels interessos locals que consideressin oportuns.

dels diputats amb els seus electors o amb grups organitzats permet fer algunes utopies futuristes de participació ciutadana, i aquí la paraula *utopia* pren tota la seva ambigüitat derivada de les moltes dimensions semàntiques del concepte. Centrem-nos ara, però, en la pàgina web del nostre parlament, tal com està configurada.

En principi, la informació disponible en xarxa sobre el Parlament de Catalunya és ben correcta i segueix amb força fidelitat les recomanacions efectuades per la Unió Parlamentària Internacional.³⁷ D'aquesta forma es dona informació general sobre el Parlament, la seva història i regulació legal, els resultats electorals i la composició dels grups, l'estadística d'aquesta i altres legislatures, la relació amb altres institucions parlamentàries o governamentals, les lleis aprovades, etc. Una panoràmica completa apareix davant d'aquell que navega per les pàgines parlamentàries.

Alguna consideració, però, pot afegir-s'hi. Ja hem fet menció abans que no hi ha indicació de les adreces electròniques dels diputats; també és apreciable una certa dificultat per al seguiment de determinats aspectes del treball parlamentari. Possiblement aquesta sigui una qüestió que no és advertida pel personal parlamentari amb una utilització quotidiana dels seus recursos informàtics que li permet una correcció espontània dels defectes de desordre; però aquest existeix i fa difícil en certs moments el seguiment d'una temàtica (un tema en discussió, un projecte de llei, etc.).

Per això, serien convenientes dues mesures complementàries. D'una banda, *millorar el cercador* de forma que, amb una o unes poques paraules, quedés classificada tota la informació disponible sobre la temàtica buscada. Es facilitaria així fer un seguiment complet d'un projecte de llei (textos legals, esmenes, etc.) que avui apareix de forma massa segmentada. D'altra banda, *en la pàgina web a disposició dels ciutadans hauria d'aparèixer tota la documentació de la qual disposen els parlamentaris*, excepte aquella especialment reservada.

Quedi clar, especialment per a aquells que no hagin consultat mai la informació en xarxa disponible, que aquesta ja és actualment

37. *Principes directeurs relatifs au contenu et à la structure des sites web parlementaires*, aprovat pel Consell Interparlamentari a la 166a sessió (Amman, 6 de maig de 2000).

molt elevada; per tant, en la nostra proposta busquem només incrementar-ne el grau. Es tracta de millorar un aspecte que s'està resolent bé a partir del convenciment que les noves tecnologies ho fan més fàcil cada dia, i amb el criteri que la informació ha de permetre potenciar la participació ciutadana i dels grups organitzats de la societat. Quan els parlaments eren elegits per poques persones a causa d'un sufragi censatari fortament restringit tenia sentit pensar que la publicitat del treball parlamentari se satisfia amb la possibilitat personal d'assistir a les sessions des de les tribunes i amb la presència dels periodistes. Avui la publicitat ha de consistir en la posada a disposició de tots els ciutadans del material en discussió a partir de les potencialitats que donen les noves tecnologies. En aquest sentit, *la retransmissió pel canal parlamentari o per Internet dels debats del ple i de les comissions haurà d'ésser cada vegada més una pràctica habitual*, generalitzant pràctiques que ara són limitades.

Aquestes mesures, sens dubte, no seran aprofitades per tots els ciutadans. Les noves tecnologies no són una panacea universal a tots els problemes d'allunyament entre representants polítics i electors; com sempre, hi haurà públics més atents i altres de més passius, o grups més capaços de mobilitzar-se davant del treball parlamentari i d'altres amb més dificultats o més renuents. L'existència d'obstacles socials per a l'interès i la participació no han de servir d'argumentació contra una qüestió de principi, perquè la publicitat del treball parlamentari forma part del concepte mateix de la representació política que s'atorga a la institució.

En aquest sentit, els òrgans directius del Parlament (president, mesa, Junta de Portaveus) haurien d'ésser conscients de la *conveniència d'establir una política de comunicació pròpia de la Cambra, diferenciada de la dels partits*. Toquem aquí un punt clau d'alguns dels problemes que afecten la relació entre el Legislatiu i la societat. En efecte, aquesta està mediatitzada pels mitjans de comunicació –valgui la redundància– que, per diverses raons, estan més atents als aspectes personals i conflictius de la política que altres que poden passar més desapercibuts. La vida de les cambres no sempre queda recollida fidelment en el seguiment diari de la informació mediàtica, com acrediten en moltes ocasions les lamentacions expressades per diputats i personal parlamentari. Normalment són els partits els que, en funció dels seus interessos, proveeixen les informacions que els periodistes convertiran en notícia i els periodistes els que buscaran els titu-

lars en les declaracions dels polítics. Però això no esgota el treball parlamentari.

Per què no pensar, doncs, en les possibilitats que el Parlament generi una informació pròpia. Els governs fan campanyes institucionals; n'ha fet alguna el Parlament de Catalunya? La pregunta és no més retòrica perquè nosaltres no pensem pas que el Parlament hagi de caure en els mateixos abusos en què de vegades cauen els executius; el que volem indicar és que el Parlament com a institució es projecta poc sobre l'opinió pública. Es diria que el Parlament està tan identificat amb la idea que representa la societat que no ha arribat a plantejar-se mai la necessitat de fer advertir la seva presència.

Si la necessitat resulta evident, més difícil és concretar la nostra proposta en actuacions pràctiques. Voldríem deixar-la, per tant, com un principi orientador, com el senyal d'un tema a pensar més que no pas com una mesura tancada i resolta. De totes maneres, podem intentar algun exemple que ho concreti.

Així, el Parlament podria publicar una vegada l'any un anunci en els principals diaris amb l'adreça electrònica dels diputats (i la del seu despatx, etc.). Pot dir-se que qui hi estigui interessat ja podria trobar aquesta informació en la pàgina web i que, per tant, es recorre a un medi antiquat, però la nostra proposta té un altre sentit. De fet, és una crida que adverteix els lectors que hi ha aquesta possibilitat, que la utilitzin.

En el mateix sentit, una informació regular del Parlament el primer dia de la setmana informant de la seva agenda completa –“*cartellera parlamentària*” ho denominaríem amb massa atreviment– faria conèixer millor l'activitat parlamentària i podria generar també visites a la pàgina web i als canals audiovisuals. Per què no pensar també que des del mateix Parlament –i, per tant, amb una neutralitat que no tenen els partits– es podrien organitzar *fòrums de debat* amb personalitats rellevants sobre un tema i amb diputats i periodistes com a públic? Aquests debats vinculats a l'activitat de la Cambra podrien servir per a donar visibilitat a la institució.

Es tracta de crear una cultura parlamentària. Un dels problemes del parlamentarisme modern és que l'opinió pública prefereix les formes executives a les deliberatives, mentre que el parlamentarisme

potencia sobretot el debat a través d'un procediment lent. Algunes mesures poden prendre's per a agilitar els tràmits parlamentaris, però, en essència, el Parlament no pot deixar d'ésser el lloc de la confrontació de posicions. Relacionar les opinions dels partits amb les opinions dels representants socials en determinats temes transcendentals contribuiria a reduir la distància entre el Legislatiu i la ciutadania.

En el mateix sentit, el Parlament podria crear en col·laboració amb les universitats un *màster en parlamentarisme o, alternativament, un centre d'estudis parlamentaris*. Com s'ha vist, el cos de lletrats ha d'ésser complementat amb un altre tipus de professionals procedents de camps molt variats i, per tant, faria falta una formació específica. Els assistents personals dels diputats, els tècnics de les comissions de control i seguiment, i tot el personal qualificat parlamentari podria o hauria de cursar aquesta docència. Cal dir que aquesta proposta no pensa específicament en la preparació de les proves per a formar part dels serveis jurídics de les cambres, encara que això pogués fer-se a partir d'un mòdul específic. La idea essencial consisteix, per contra, en la preparació "parlamentària" d'aquells tècnics que la institució necessita (els periodistes parlamentaris podrien estar-hi també interessats) i, per tant, la programació dels cursos hauria d'incidir especialment en la gestió parlamentària, la relació amb els ciutadans i amb el coneixement d'altres experiències d'arreu del món. S'haurà de delimitar, per tant, quin tipus de competències i recursos requereix un gerent parlamentari, un assistent polític, un avaluador legislatiu... Una mesura d'aquest estil, que podria ésser pionera a Espanya, podria contribuir també a la creació d'una certa capitalitat parlamentària a Catalunya, formant personal d'altres comunitats.

Del mateix tipus de preocupacions es deriva la idea que el Parlament hauria d'*estimular els estudis i les publicacions sobre aspectes no jurídics de la seva organització, funcionament i rendiment*. Aquesta afirmació s'ha de llegir en positiu; no pretenem negar la importància dels estudis legals, però aquests últims tenen una tradició més consolidada. Es tracta del fet que és significativa de la mateixa crisi del parlamentarisme la poca atenció que s'ha donat a aspectes claus de l'organisme; així, per exemple, costaria trobar una anàlisi del pressupost parlamentari i la seva evolució. Com contestar aleshores la pregunta de si el pressupost parlamentari és suficient o insuficient? I les retribucions econòmiques dels diputats són les adequades? I com segueix l'opinió pública el debat parlamentari? Les pregun-

tes podrien continuar, però segurament ja queda clar que si el Parlament vol recuperar centralitat i visibilitat ha de promoure beques, doctorats, tesines, articles que l'ajudin a realitzar la seva tasca i al mateix temps informin els especialistes i el públic atent. Per què no pensar en un centre d'estudis parlamentaris que donés un premi anual al millor article sobre la Cambra publicat en un diari i al millor reportatge d'una televisió?

El Parlament també pot *reforçar el programa de pràctiques dels estudiants universitaris* dels últims cursos. Al costat dels assistents personals, dels tècnics i lletrats parlamentaris, els estudiants aconseguirien els crèdits pràctics que avui obtenen també en d'altres institucions i farien un aprenentatge que, si es produeix, els orientaria posteriorment cap a la professionalització parlamentària. Naturalment, aquestes pràctiques no haurien d'anar dirigides solament a estudiants de dret sinó de totes les llicenciatures que hi poguessin estar interessades.

Les activitats docents i investigadores que relacionin el Parlament amb la universitat no han de fer oblidar la importància de totes les activitats que fan conèixer la institució als estudiants de secundària. El coneixement dels valors del parlamentarisme per part dels joves és la millor manera que té el Parlament d'assegurar una clau de futur.

RESUMEN

El artículo presenta algunas propuestas encaminadas a hacer del Parlamento de Cataluña una institución más central en el proceso político. Después de analizar el sentido que puede tener la expresión "crisis de los parlamentos" en las sociedades actuales, se exponen las modificaciones jurídicas del nuevo Estatuto y el Reglamento de 2005 en la línea modernizadora de la institución parlamentaria. Pero, en este objetivo, quedan problemas por resolver y posibilidades de actuación. Los autores proponen algunas medidas que pueden ser polémicas: reducción del número de diputados, reforzamiento de los representantes con respecto a los grupos, contratación de profesionales no juristas, política de comunicación activa, estudios parlamentarios multidisciplinarios, entre otras.

ABSTRACT

The article presents some ideas aimed at making the Parliament of Catalonia a more central institution in the political process. After analysing the possible meaning of the expression "crisis of parliaments" in modern societies, the legal amendments to the new Statute and Regulations of 2005 are set out in terms of modernising parliament. However, in terms of this objective, there are still problems to be resolved and opportunities for action. The authors propose some measures which may be controversial, which include a reduction in the number of deputies, a strengthening of representatives compared to groups, the employment of non-legal professionals, an active communication policy and multidisciplinary parliamentary studies.

LAS COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA EN MATERIA DE PROTECCIÓN PÚBLICA DE MENORES

Ángeles de Palma del Teso

Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción: el papel de la familia y los poderes públicos en la protección de los menores. Las instituciones jurídicas privadas y públicas de protección. – 2. La legislación vigente en materia de protección pública de menores y el marco legal y estatutario en el que fue dictada. 2.1. La legislación vigente en Cataluña sobre protección pública de menores. 2.2. La cuestión del título competencial al amparo del cual se han regulado las instituciones públicas de protección de menores. 2.3. Las consecuencias jurídicas de regular las instituciones de protección pública de menores al amparo del título competencia legislación civil. 2.4. El nuevo marco estatutario. – 3. Las reformas legales en materia de protección de menores actualmente en curso en Cataluña. – *Resum-Abstract.*

El presente estudio tiene por objeto examinar las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores. En primer lugar, se realizará una breve introducción con el fin de precisar las responsabilidades que el ordenamiento atribuye a la familia y a los poderes públicos en la protección de los menores. Se pasará a analizar la legislación vigente en Cataluña en materia de protección pública de menores, el marco legal y el título competencial al amparo del cual ha sido promulgada. A continuación, se examinarán los procesos de reforma legal actualmente en curso. Y, por último, se analizará la nueva situación derivada de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y la incidencia del mismo en las reformas legales emprendidas.

1. Introducción: el papel de la familia y los poderes públicos en la protección de los menores. Las instituciones jurídicas privadas y públicas de protección

La Constitución de 1978 determinó un nuevo marco jurídico de protección de los menores. El artículo 39 de la Constitución establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (apartado 3); la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral de los hijos (apartados 1 y 2); y reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (apartado 4). Esta última previsión nos lleva en particular a la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990). La propia Constitución en su artículo 39.4 vendría a dar rango constitucional a las previsiones de la citada convención, en la medida que garantiza la protección de los derechos que la misma reconoce a los menores y establece las consiguientes obligaciones de los Estados parte.

Los menores tienen, pues, reconocido en nuestro ordenamiento un conjunto de derechos. Los derechos que corresponden a toda persona por el hecho de serlo y, además, aquéllos otros dirigidos a brindarles una especial protección en su condición de personas en desarrollo. En nuestro sistema jurídico, todos los menores tienen derecho a recibir la asistencia, protección y formación necesarias para su desarrollo integral. La responsabilidad de hacer efectivo este derecho ha sido legalmente atribuida en primer término a los padres o tutores (artículo 39.3 CE). Así, nuestro Ordenamiento jurídico contempla un conjunto de instituciones jurídico-privadas a través de las cuales se articulan las funciones de protección encomendadas a la familia: en particular, deben destacarse la patria potestad y la tutela ordinaria. Por otra parte, teniendo en cuenta la importante función social atribuida a la familia, la propia Constitución atribuye a los poderes públicos el deber de colaborar con la misma en el cumplimiento de sus deberes legales (artículo 39.1 C E).

Además, las Administraciones públicas deberán velar porque la familia cumpla debidamente sus funciones legales de asistencia y protección de los menores, inherentes al ejercicio de la patria po-

testad o la tutela civil. En el caso de que las Administraciones constataran que el menor no recibe la necesaria asistencia en el seno familiar y no tiene garantizadas sus necesidades básicas, deberán actuar para garantizarle la protección necesaria. En consecuencia, las Administraciones competentes deberán intervenir siempre que conozcan una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y adoptar las medidas de asistencia y protección convenientes. Para articular esta intervención administrativa, el Ordenamiento jurídico ha previsto, asimismo, un conjunto de instituciones jurídico-públicas de protección: en particular, la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de protección que las Administraciones pueden adoptar en el marco de las mismas.

La Constitución, como vemos, atribuye tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores. La familia es primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación.¹ Ahora bien, las Administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada (artículo 39.1 CE). En Cataluña, el Estatuto de Autonomía de 2006 ha contemplado expresamente el derecho de todas las personas a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares (artículo 16).² Asimismo, atribuye a la Generalitat *"competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia que, en*

1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 8 el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar. Derecho a la vida familiar que, en última instancia, es tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Este precepto dispone, bajo el título *"Derechos en el ámbito de las familias"*, que *"todas las personas tienen derecho, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley, a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares"*. Más adelante, el artículo 24 sobre *"derechos en el ámbito de los servicios sociales"*, establece en su apartado 3 que *"las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen"*. Por otra parte, el artículo 40.3 señala que *"los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas. Asimismo, deben promover las medidas económicas y normativas de apoyo a las familias dirigidas a garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar y a tener descendencia, con especial atención a las familias numerosas"*.

todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución" (artículo 166.4 EAC).

Por otra parte, el propio Estatuto reconoce a los menores el *"derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social"* (artículo 17). Además, impone a los poderes públicos el deber de velar para que las familias cumplan debidamente sus deberes legales de protección de los menores y, en caso de detectarse cualquier situación de riesgo o desamparo de un menor, la obligación de intervenir para brindarle la protección necesaria. El artículo 40.3 del Estatuto establece que *"los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos"*. Para hacer efectivo este mandato, el Estatuto atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y tutela de los menores desamparados y en situación de riesgo (artículo 166.3).

Así, tanto la familia como las Administraciones públicas son responsables de brindar al menor la asistencia necesaria y garantizarle el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Para articular esta asistencia nuestro ordenamiento prevé un conjunto de instituciones jurídicas a través de las cuales se garantiza el derecho de los menores a recibir protección. Las instituciones jurídico-privadas de protección de menores han sido reguladas tradicionalmente por el Código Civil: la patria potestad y la tutela ordinaria, por citar las más importantes. Las instituciones jurídico-administrativas fueron inicialmente reguladas en normas administrativas. Sin embargo, por las razones que se pondrán de relieve más adelante, en la actualidad se da la paradoja de que tanto el legislador estatal como el catalán han previsto y regulado en el Código Civil o en Leyes civiles los instrumentos jurídico-públicos de protección a través de los que deben actuar las Administraciones públicas: la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de protección que pueden adoptar las Administraciones en ejercicio de las mismas.

2. La legislación vigente en materia de protección pública de menores y el marco legal y estatutario en el que fue dictada

2.1. La legislación vigente en Cataluña sobre protección pública de menores

El Estatuto de Cataluña de 1979 atribuía a la Generalitat competencia exclusiva en las materias de "asistencia social", "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria" y "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán" (arts. 25, 28 y 9.2 del entonces EAC). Pues bien, al amparo de estos títulos competenciales el legislador catalán fue delimitando el actual marco legal de atención y protección pública de la infancia y la adolescencia.

El Estado, mediante el Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, traspasó a la Generalitat los servicios en materia de protección pública de menores que comprendían las funciones que la Obra de Protección de Menores desarrollaba en el territorio de Cataluña.³ Así, en el momento en el que la Generalitat asumió estas competencias estaba en vigor la legislación preconstitucional relativa a la protección de menores: regulación de carácter eminentemente administrativo dictada al margen del Código Civil.⁴

En el momento en el que la Generalitat asumió las competencias de protección de menores traspasadas por el Estado, se puso de relieve que la Administración autonómica no podía ejercer debidamente las tareas atribuidas sin modificar de forma sustancial el marco legal de actuación. Por ello, el Parlamento de Cataluña procedió a dictar la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores (en la

3. El Decreto de 26 de febrero de 1976 había configurado la Obra de Protección de Menores como una entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia (artículos 1 y 4). Esta norma pretendía aclarar la confusa naturaleza del Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección y los Tribunales Tutelares, englobándolos en la "Obra de Protección de Menores". Ver a este respecto, Ángeles de Palma del Teso, *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006, páginas 33-34.

4. El texto refundido sobre protección de menores, de 2 de julio de 1948 y la Ley de 11 de junio de 1948 de tribunales tutelares de menores.

actualidad derogada). Esta ley fue dictada al amparo de la competencia que el EAC de 1979 atribuía en el artículo 9.28 a la Generalitat con carácter exclusivo sobre “instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria”, en relación con el artículo 25.2 del propio Estatuto, que reconocía a la Generalitat la potestad legislativa en el ejercicio de sus competencias exclusivas. La Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, se calificaba a sí misma en el preámbulo como *norma administrativa*; no contenía, pues, ni regulaba materias propias del Derecho privado.

Pues bien, la regulación llevada a cabo por la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de la acción tutelar de los menores encomendada a la Administración de la Generalitat, tuvo una influencia decisiva en la que, poco después, realizó el legislador estatal de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados a través del Código Civil.⁵ En efecto, la Ley estatal 21/1987, de modificación del Código Civil, reguló la figura de la tutela administrativa y dispuso que la situación de desamparo dará origen a una tutela automática a cargo de la Administración pública a la que corresponda en cada territorio la protección de los menores.⁶

5. El artículo 54 de la Ley catalana de 1985, siguiendo en realidad los pasos de la legislación estatal de 1948, disponía que “la *tutela de menores* por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación consistirá en la atención y tratamiento de los menores abandonados o víctimas de la actuación de los padres o guardadores, cuando la autoridad judicial (los entonces Tribunales Tutelares de Menores cuya integración en el Poder Judicial había sido prevista por la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974) decida intervenir en el ejercicio de sus competencias y en la forma que disponga”. La Ley catalana, en su artículo 2 c) en relación con el artículo 1, atribuía a la Administración de la Generalitat la tutela o acción tutelar que anteriormente había correspondido a los Tribunales Tutelares de Menores y la Obra de Protección de Menores, dependientes de la Administración del Estado. Sin embargo, debe advertirse que las funciones tutelares que la Ley catalana había encomendado a la Administración de la Generalitat enlazaban directamente con la acción tutelar que habían ejercido hasta entonces los Tribunales Tutelares de Menores.

6. La regulación de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados por el Código Civil llevó a una parte de la doctrina civilista a afirmar –de forma errónea– que se había “administrativizado” una institución tradicionalmente civil. Sin embargo, lo cierto es que había sucedido lo contrario. El sector de la doctrina que realizó aquellas acusaciones había procedido a asimilar de forma indebida la tutela administrativa a la tutela civil u ordinaria, desconociendo la acción tutelar que hasta entonces había desarrollado la Administración del Estado a través de la Obra de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores. Ver sobre esta cuestión, Pedro de Pablo Contreras, *Comentarios*

La regulación por el legislador estatal en 1987 de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados en el Código Civil, al amparo del título competencial legislación civil del artículo 149.1.8 de la Constitución, condicionó de forma definitiva la regulación realizada con posterioridad por el legislador catalán y el régimen jurídico de esta institución en Cataluña. A partir de ese momento, será el legislador catalán el que seguirá el camino emprendido por el legislador estatal.

En el año 1991, se dicta en Cataluña la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y de la adopción. El legislador catalán regula la materia de protección pública de menores de forma paralela a como lo había hecho tres años antes el legislador estatal, al modificar el Código Civil en 1987. La Exposición de Motivos de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, apunta ahora el carácter primordialmente civil de las materias reguladas. En el capítulo I de la Ley se regulan las cuestiones relativas a la protección *pública* del menor (la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de acogida familiar, acogida institucional y acogida preadoptiva). En el capítulo II, se regulaba la adopción. A través de la regulación de la adopción se enlazaba con el título competencial legislación civil; el propio legislador apuntaba en la exposición de motivos que algunos aspectos de esta institución ya habían sido regulados por la Compilación de 1960. Así, aunque no se afirmaba expresamente –quizá porque entonces se temía que pudiera discutirse la competencia autonómica– el título competencial conforme al cual se dictaba la ley era el previsto en el artículo 9.2 del EAC de 1979: “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán”. Con posterioridad, el capítulo II de la ley fue derogado y la institución de la adopción pasó a regularse en la Ley 8/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, fue modificada unos años después por la Ley 8/2002, de 27 de mayo, que incorpora un nuevo ámbito de protección. El concepto de protección de menores acogido inicialmente por la Ley 11/1985, de 13 de junio, comprendía tres

a las Reformas del Código Civil (“Artículo 172”), Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, páginas 65-68; Carmen Carretero Espinosa de los Monteros, “La competencia legislativa de las comunidades autónomas en materia de menores”, en *Protección jurídica del menor*, Editorial Comares, Granada, 1997, páginas 15-27.

facetas: 1) la tutela de los menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad; 2) la prevención de la delincuencia; y 3) el tratamiento de la delincuencia. Este último ámbito, de forma acertada, fue regulado de forma separada por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. Sin embargo, en lo que se refiere a las actuaciones de prevención de la delincuencia infantil y juvenil todavía siguió en vigor el título V de la Ley de 1985. Pues bien, la Ley 8/2002, de 27 de mayo, incorporó un nuevo capítulo (el V) a la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, titulado “atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social”.⁷ Esta normativa vino a sustituir la regulación sobre prevención de la delincuencia infantil contenida en la Ley de 1985.

Por otra parte, el concepto inicialmente restringido de protección de menores que acogía la Ley 37/1991, de 30 de diciembre (la protección de los menores desamparados y la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social) fue ampliado en el año 1995. En efecto, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, estableció un marco general de actuación en materia de protección a la infancia. Esta ley formula los principios básicos relativos a los derechos del niño y el adolescente y regula la atención a los menores en los sectores familiar, de la salud y en el ámbito social.

Así, en la actualidad, en materia de protección pública de menores son esencialmente aplicables en Cataluña la Ley 37/1991, de 30 de diciembre –reformada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo– y la

7. Esta norma vino marcada por unas concretas circunstancias político-sociales. En el propio preámbulo de la ley se hace referencia a la problemática planteada por los *menores inmigrantes indocumentados* que, en muchos casos, han llegado solos a nuestro país, sin la compañía de sus familias. Desde mediados de los años noventa los medios de comunicación venían informando de la llegada de menores inmigrantes no acompañados. Por lo que se refiere a Cataluña se había denunciado que algunos de estos menores vagabundaban por las calles y cometían pequeños delitos o faltas, en especial en Barcelona. Los poderes públicos se vieron obligados a dar una respuesta y la misma llegó a través de esta ley. Esto explica que de su contenido parece resultar que su finalidad no es tanto la de proteger a los menores como la de protegerse de los menores. La ley adopta en el marco de la faceta protectora ciertas medidas que parecen más propias de la faceta de reforma. Por otra parte, tampoco se ha realizado una aplicación generalizada de las medidas de asistencia a los menores en situación de dificultad social. Por todo ello, se trata de una reforma legal muy criticada. Vid. de Palma, Ángeles, “La Llei catalana sobre menors immigrants no acompanyats” en *La immigració a Catalunya, Anuari 2002*, Editorial Mediterrània, Barcelona, 2003.

Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes. Sin embargo, a estas normas se añaden muchas otras, tanto de carácter legal como reglamentario.⁸ Lo cierto es que nos encontramos con una maraña normativa difícil de manejar, en especial por los profesionales que trabajan desde primera línea con los niños y adolescentes. Por ello, desde diversos sectores se ha reclamado una reforma legislativa y la elaboración de una Ley integral de infancia y adolescencia que sistematice y clarifique la regulación de esta materia.

2.2. La cuestión del título competencial al amparo del cual se han regulado las instituciones públicas de protección de menores

El legislador catalán, según se ha señalado en el epígrafe anterior, aprobó en 1985 la primera Ley de protección pública de los menores, al amparo de la competencia que el EAC de 1979 le atribuía en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores" (artículo 9.28 en relación con el artículo 25.2). Sin embargo, unos años después, cambió el rumbo inicial para seguir el camino emprendido por el legislador estatal. Así, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados fue dictada como legislación civil, al amparo de la competencia para la "conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán" (artículo 9.2 EAC 1979).

8. Deben destacarse, entre otros, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de aprobación del Reglamento de protección de menores desamparados, modificado por el Decreto 127/1997, de 27 de mayo y por el Decreto 62/2001, de 20 de febrero. El Decreto 572/2006, de 19 de diciembre, de reestructuración parcial del Departamento de Acción Social y Ciudadanía (de la Secretaría de Infancia y Adolescencia dependen la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia y el área de soporte a los jóvenes tutelados y ex-tutelados, que se estructuran conforme al Decreto 243/2005, de noviembre). La Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (regula, entre otras, las prestaciones económicas dirigidas a las familias acogedoras de los menores tutelados, ya sea en familia extensa o ajena, y las dirigidas a los jóvenes ex-tutelados). La Ley 13/1997, de 19 de noviembre, de creación del Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción (organismo creado con la finalidad, por un lado, de potenciar la política global de acogimientos simples en familia ajena y las adopciones, nacionales e internacionales, y, por otro, procurar el retorno de los menores con su familia natural). La Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias o el Decreto 261/2003, de 21 de octubre, por el que se regulan los servicios de atención precoz.

La regulación de las instituciones *públicas* de protección de menores y, en especial, de la tutela *administrativa* de los menores desamparados, al amparo del título competencial legislación civil, ha tenido importantes consecuencias. Así, ha comportado cierta asimilación de esta institución pública con la figura de la tutela ordinaria o civil, y la consiguiente "privatización" de una actuación "Administrativa". Sin embargo, la actividad desarrollada por las administraciones en materia de protección *pública* de menores se enmarca fundamentalmente en las actividades de servicio público, de servicio social o servicio de carácter personal.

El examen de la legislación preconstitucional en materia de protección pública de menores permite observar el sustrato publicista en el que hunde sus raíces la actual figura de la tutela administrativa de los menores desamparados, construida sobre las funciones tutelares que tiempo atrás estuvieron atribuidas a la Obra de Protección de Menores y a los Tribunales Tutelares de Menores (que nacieron como tribunales administrativos).⁹

Las instituciones jurídico-privadas de protección de los menores, como no podía ser de otro modo, han sido reguladas por normas civiles: en particular, en el Código Civil. En cambio, las instituciones *públicas* de protección se habían regulado en normas administrativas. La Ley de 1948 de Protección de Menores y la Ley del mismo año de Tribunales Tutelares de Menores atribuían a la Administración pública funciones denominadas tutelares; sin embargo, la acción tutelar que dichas normas encomendaban a los Tribunales Tutelares y a la Administración no tenía el mismo significado que la tutela civil u ordinaria. La expresión "tutela" se utilizaba en el ámbito de lo *público* en sentido amplio, como sinónimo de acción protectora, tutelar o asistencial atribuida a la Administración.

Así, cuando el Estado traspasó a las Comunidades Autónomas los servicios que hasta aquel momento venía prestando a través de la Obra de Protección de Menores, procedieron a regular la actuación *pública* de protección de menores en ejercicio de la competencia que su respetivo estatuto de autonomía les había atribuido en materia de "asistencia social", "bienestar social", "política infantil o juvenil", "pro-

9. Para una aproximación histórica a esta materia, *vid.* de Palma del Teso, Ángeles, *Administraciones públicas y protección de la infancia... cit.*, páginas 17-36.

tección o tutela de menores” o “instituciones públicas de protección y tutela de menores”.¹⁰

Por ello, nos hemos de preguntar las razones por las que, en ciertas Comunidades Autónomas, la materia protección *pública* de menores ha terminado siendo regulada como legislación civil. Como hemos visto, fue el legislador estatal el que inició este camino al modificar en 1987 el Código Civil y regular en esta norma las figuras de la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y la medida de acogimiento familiar.

Los respectivos estatutos de autonomía, como se ha dicho, habían atribuido a las comunidades autónomas competencia exclusiva en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. De forma que el Estado había quedado desprovisto de competencias en esta materia. Las comunidades autónomas, en ejercicio de las competencias atribuidas, podían disponer y regular las instituciones de protección *pública* de los menores que consideraran convenientes. La consecuencia, que posiblemente el Estado no tuvo en cuenta inicialmente, era que no quedaba garantizado un régimen unitario de protección pública de la infancia en el conjunto del territorio. Sin embargo, con posterioridad, el Estado tratará de establecer un marco legal unitario. Para ello, el camino que emprendió fue el de regular esta materia al amparo del título competencia legislación civil. La finalidad, confesada por el propio legislador estatal, era evitar una regulación divergente en el conjunto del Estado a través de dispersas normas administrativas.

En efecto, en el preámbulo del proyecto de reforma del Código Civil de 1987, el propio legislador afirma, en relación a la medida de acogimiento familiar, que esta figura ha sido regulada “hasta ahora por dispersas *normas administrativas*” y “se ha estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil, con lo que también *se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación*”. Por la misma razón, en la disposición final del proyecto se afirmaba que “la tutela, el acogimiento y las demás instituciones de protección de menores se regirán exclusivamente, en materia civil, por las disposiciones del Código Civil y las compilaciones que el

10. *Ibidem*, página 44, nota 55.

código deja a salvo”, aunque esta disposición no pasó al texto final de la ley. Así, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, incorporó al Código Civil las instituciones de la tutela de la Administración de los menores desamparados y la guarda administrativa. Se deseaba unificar, garantizar una regulación unitaria; se trataba de evitar la regulación autonómica de las instituciones públicas de protección de menores.

Las instituciones jurídicas a través de las que se encausa la protección *pública* de los menores, como vemos, fueron incorporadas al Código Civil y, por tanto, pasaron a ser reguladas por normas civiles –en lugar de normas administrativas como había sucedido hasta entonces– con el objeto de garantizar su aplicación general y evitar que cada una de las comunidades autónomas tuviera una regulación diferente.¹¹ El Estado sigue la vía del artículo 149.1.8 de la Constitución para alcanzar una finalidad que, en su caso, hubiera debido conseguirse a través del artículo 149.1.1 de la propia Constitución.

En las puertas del siglo XXI, como ya se hiciera en el siglo XIX, el legislador estatal utiliza el Derecho civil como instrumento unificador. En su origen, los códigos civiles tuvieron precisamente como función primordial establecer reglas que favorecieran la igualdad frente al particularismo jurídico que imperaba en el Antiguo Régimen. Sin embargo, en nuestro actual sistema jurídico, esta función de cohesión corresponde a la Constitución de 1978. Por otra parte, la garantía del estatus mínimo común de los ciudadanos podría garantizarse, en su caso, a través del artículo 149.1.1 de la Constitución, que atribuye competencia al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En la actualidad, la igualdad no se genera en los códigos sino en la Constitución, los códigos sólo la aplican.¹²

11. Por esta razón de Pablo Contreras consideró que la Ley de 1987 de reforma del Código Civil era en este punto inconstitucional. *Vid.* Pedro de Pablo Contreras, *Comentarios...* *cit.*, páginas 64-65.

12. Así lo afirma ROCA, que pone de relieve que los conceptos de persona y unidad de la persona fueron uniformes con la entrada en vigor del Código Civil para todo el Estado. Sin embargo, la situación actual es muy distinta, ya que la Constitución de 1978 asume la protección de la igualdad de todos los ciudadanos. Cfr. Encarna Roca, “L’obra legislativa del Parlament de Catalunya en l’ambit del Dret Civil: innovació, igualtat i autonomia”, en *Autonomia i dret civil*, Instituto d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2002. Ver sobre el mismo tema y en la misma obra Joaquim Tornos Mas.

La regulación en el Código Civil y, por tanto, a través de normas civiles, de las figuras de la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa impedía que prácticamente la totalidad de comunidades autónomas pudieran regular estas instituciones de protección *pública*, al carecer de competencias en materia de legislación civil. Éste era precisamente el efecto que el legislador estatal había buscado. El artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye al Estado competencia en materia de "legislación civil", y añade "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

En consecuencia, sólo las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial tienen competencia para regular las instituciones previstas en sus compilaciones o en normas consuetudinarias vigentes en el momento de aprobarse la Constitución. Además, según ha declarado el Tribunal Constitucional también pueden regular "instituciones conexas con las ya reguladas en la compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral".¹³ Este título competencial (artículo 149.1.8) sólo permite legislar a las comunidades autónomas aquellas instituciones civiles ya previstas en su sistema jurídico o conexas con las mismas.

Pues bien, las únicas comunidades que ya habían regulado algunas instituciones conexas con la protección de menores en su Derecho foral o especial quedaban reducidas a Cataluña, Aragón y Navarra. Así, con la incorporación al Código Civil de las instituciones *públicas* de protección de menores se impedía que el resto de comunidades autónomas pudieran regular esta materia, ya que no tenían competencias en "legislación civil".

La primera Comunidad Autónoma que, siguiendo los pasos del legislador estatal, procedió a regular las instituciones de protección *pública* de menores al amparo del título competencia legislación civil fue Cataluña. La compilación había regulado ciertos aspectos de la adopción, lo que permitía regular no sólo esta institución, sino tam-

13. Entre otras, SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, 182/1992, de 16 de noviembre, 88/1993, de 12 de marzo (FJ 3) o 156/1993 de 6 de mayo (FJ 1).

bién otras que tuvieran conexión con la misma. Por esta vía se procedió a contemplar en normas calificadas como civiles las instituciones *públicas* de protección: la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de acogida familiar y acogida residencial que es posible adoptar en ejercicio de las mismas.¹⁴

En el caso de Navarra, su compilación contemplaba instituciones como la filiación, la patria potestad, la adopción y el prohijamiento. Esto permitió invocar el título competencial legislación civil para regular algunas de las instituciones de protección de menores previstas en la Ley Foral 15/2005, de 4 de diciembre, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia. Éste es el caso de la tutela administrativa de los menores desamparados.¹⁵

Por lo que se refiere a Aragón, su compilación tenía un título dedicado al derecho de la persona y la familia en el que se regulaban las relaciones tutelares y parentales; además, se contemplaba la adopción al regular los pactos sucesorios entre parientes adoptivos. Sin embargo, la primera regulación de las instituciones públicas de protección de menores, mediante la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, fue realizada al amparo de la competencia que el Estatuto de Autonomía atribuye a esta comunidad en materia de asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud (artículo 25.1.9). La propia exposición de motivos de la ley enmarcaba la regulación de la materia en las previsiones del Código Civil. Con posterioridad, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (que derogó la Ley 10/1989), se dicta al amparo del mismo título competencial. Por tanto, el legislador aragonés durante años no invocó el título competencial legislación civil para regular la actuación administrativa en materia de protección pública de menores.

Sin embargo, el proceso de reforma estatutaria iniciado en los últimos años ha comportado un cambio de paradigma que ha impulsado a ciertas comunidades autónomas a dar un paso adelante en el desarrollo de su Derecho autonómico y, en particular, su Derecho ci-

14. Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

15. La disposición final primera de la ley establece los artículos de la misma de naturaleza civil.

vil. Éste ha sido, entre otros, el caso de Aragón. Las Cortes de Aragón han dictado la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona, en desarrollo del Derecho civil aragonés, en ejercicio de la competencia reconocida en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía en relación con el artículo 149.1.8 de la Constitución. Pues bien, a través de esta ley se han pasado a contemplar en una norma civil ciertas instituciones de protección *pública* de menores que hasta este momento habían sido reguladas en Aragón en normas administrativas. Sin embargo, debe decirse que, al menos, el legislador ha tratado de engarzar adecuadamente la regulación realizada a través de normas civiles y normas administrativas.

En cambio, en Galicia se ha llegado más lejos. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ha procedido a regular en normas civiles el conjunto de la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores y las instituciones jurídicas a través de las que la misma se articula¹⁶ (artículos 5 a 26). Así, no sólo se ha regulado la intervención de la Administración en situaciones de desamparo sino incluso en situaciones de riesgo.¹⁷ Debe tenerse en cuenta que en situaciones de riesgo la actuación de las Administraciones se desarrolla en el propio entorno sociofamiliar del menor, con medidas de apoyo a la familia y de atención al menor. En realidad, esta Ley civil contendría normas administrativas. En la exposición de motivos de la propia ley se afirma que el Derecho civil es un “derecho regulador de las relaciones en sujetos privados”. Sin embargo, la lectura de los preceptos relativos a la protección pública de los menores pone de relieve que son normas dirigidas a las Administraciones, que regulan las relaciones entre éstas y los particulares. Las

16. Esta materia venía regulada hasta ahora por la Ley 3/1997, de 9 de junio de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, al amparo del título competencial asistencia social, según resulta del preámbulo de la ley. Asimismo, el propio legislador afirma en el preámbulo que la materia regulada no es Derecho civil y dice lo que sigue: “el Parlamento de Galicia adopta la iniciativa de legislar sobre familia, para lo cual debe superar un doble obstáculo: por una parte, la identificación establecida entre Derecho de familia y Derecho civil, concepción tradicional y reduccionista que supone privar a la Comunidad gallega de su propia legislación familiar; y, por otra parte, la identificación del Derecho de familia como Derecho privado sin ninguna conexión con el Derecho público, en un contexto histórico en el que, como ya se ha puesto de manifiesto, Derecho familiar y Derecho social resultaron ser antitéticos”.

17. Acerca de la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo de menores, de Palma del Teso, Ángeles, *Administraciones públicas y protección de la infancia... cit.*, páginas 209-211 y 146 y siguientes.

normas prevén una actuación de la Administración de carácter asistencial.¹⁸

En lo que se refiere al resto de comunidades autónomas, al no tener competencia en materia de legislación civil, en la situación actual deben aplicarse las normas del Código Civil que regulan la tutela administrativa, la guarda administrativa y lo relativo a la formalización del acogimiento familiar. Ahora bien, como en realidad estamos ante una actividad administrativa de carácter asistencial, todas las comunidades autónomas han dictado Leyes de protección de menores y han regulado la materia, en el marco de lo dispuesto en el Código Civil, al amparo de las competencias reconocidas en sus propios Estatutos de Autonomía sobre asistencia social, servicios sociales, bienestar social o protección y tutela de menores.

Por otra parte, debe advertirse que el legislador estatal no ha seguido únicamente la vía del artículo 149.1.8 de la Constitución (“legislación civil”) para homogeneizar o unificar la regulación en materia de protección pública de menores. En la medida que la regulación del Código Civil suscitó ciertas controversias y dejaba lagunas, el legislador estatal acudió al artículo 149.3 de la Constitución. En efecto, la Ley estatal 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contiene una serie de normas que constituyen legislación supletoria de la que dicen las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social (disposición final 21^a); cuando lo cierto es que todas las comunidades autónomas habían asumido competencias en materia de asistencia social. Es más, algunas comunidades habían dictado incluso Leyes de protección de menores en las que ya se contemplaban algunas de las medidas previstas por la citada Ley estatal.¹⁹ En la propia exposición de motivos de la ley, el legislador estatal manifiesta su intención de “construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes públicos”. Lo cierto es que la Ley estatal 1/96 de protección jurídica del menor ha tenido la

18. Por otra parte, otra cuestión sería si Galicia contaba con instituciones de Derecho civil relativas a la protección de los menores conexas con las reguladas en esta ley.

19. Así, por ejemplo, la actuación protectora en situaciones de riesgo, dirigida a prevenir el desamparo, ya había sido prevista en la Ley de Madrid 6/1995, de 29 de marzo, de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 50); la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de protección de menores (artículo 15) o la Ley de Murcia 3/1995, de la infancia (artículos 18 y 19).

virtualidad deseada, ha servido como modelo que han ido acogiendo las diversas comunidades autónomas al dictar su legislación sobre protección pública de menores.

Sin embargo, también en este caso debe cuestionarse la vía del artículo 149.3 de la Constitución seguida por el legislador estatal. El Tribunal Constitucional ha establecido la nulidad de "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 a las comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad" (STC 147/1991, de 4 de julio, entre otras). La vía del artículo 149.1.1 se presentaría de nuevo como la más adecuada para conseguir la finalidad perseguida por el legislador estatal: establecer un marco jurídico unitario en materia de asistencia y protección pública de los menores.²⁰

2.3. Las consecuencias jurídicas de regular las instituciones de protección pública de menores al amparo del título competencia legislación civil

La razón que llevó al legislador estatal a incorporar al Código Civil ciertas instituciones de protección pública de los menores fue, según se ha puesto de relieve, tratar de evitar regulaciones autonómicas divergentes y garantizar en la medida de lo posible un régimen jurídico unitario en el conjunto del Estado. Pues bien, a continuación examinaremos la conexión de estas materias con el Derecho privado y las consecuencias de regular estas instituciones *públicas* en normas civiles.

20. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha observado con preocupación que en España "no todas las comunidades autónomas disfrutaban del mismo nivel de políticas y servicios sociales para los grupos más marginales de la sociedad". Por ello, ha manifestado "su preocupación por la ausencia de una política global para la infancia" y apunta la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación a nivel nacional, regional y local en la implementación de políticas para la promoción y protección de los menores (puntos 15 y 16). Asimismo, recomienda al Estado "estudiar vías para garantizar que todos los niños tengan acceso al mismo tipo de servicios, independientemente de dónde vivan, por ejemplo, estableciendo unos estándares mínimos para todo el país".

La tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de acogimiento familiar y residencial que pueden adoptar las Administraciones en ejercicio de las mismas, son las vías legalmente previstas para hacer efectivo el derecho de los menores a la protección pública. La actuación de las Administraciones públicas en este ámbito se enmarca esencialmente en la actividad de servicio público, servicios sociales o servicios de carácter personal. Por ello, las referidas materias podrían haber sido reguladas, como lo habían sido tradicionalmente, en normas administrativas. Por tanto, por todas las comunidades autónomas a través del título competencial asistencia social, servicios sociales o el más específico de instituciones públicas de protección y tutela de menores.

Ahora bien, no puede negarse que la actuación de las administraciones en esta materia tiene, en algunos supuestos, conexión con el ámbito tradicional del Derecho privado. Así sucede en el caso de la tutela administrativa. En efecto, tanto el legislador estatal (artículo 172 del Código Civil) como el legislador catalán (artículo 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre), han establecido que la resolución de desamparo dictada por la Administración comporta de forma *ex lege* o automática la atribución de la tutela del menor a la Administración pública y la suspensión automática de la patria potestad. Así, en la medida que la atribución de la tutela del menor a la Administración comporta la suspensión de la patria potestad, se afectan relaciones de Derecho privado. La actuación de la Administración incide, pues, en una institución nuclear del Derecho privado: la patria potestad y el derecho a la vida familiar.²¹

21. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, reconoce el derecho a la vida familiar en el artículo 8. Este precepto dispone que "toda persona tiene derecho al respeto a la vida privada y familiar"; y añade "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria (...)". Al amparo de este precepto es posible recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a cualquier injerencia ilegítima de los poderes públicos que menoscabe el derecho a la vida familiar. Por otra parte, en nuestro ordenamiento el derecho a la vida familiar se enmarcaría en el derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución (STC 221/2002, de 25 de noviembre). Además, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha declarado que la "noción de vida privada" podrá, en determinadas circunstancias, abarcar la integridad física y moral (TEDH de 16 de mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda, Apartado 105 (TEDH 2002\26) por lo que la vulneración del derecho a la vida privada y familiar podría implicar, asimismo, la violación del derecho a la integridad física o moral reconocido en el artículo 15 de nuestra Constitución.

La resolución de desamparo dictada por la Administración tendría, pues, efectos de naturaleza administrativa y de naturaleza privada. De naturaleza administrativa la atribución de la tutela del menor a la Administración, quien en ejercicio de la misma deberá adoptar las medidas de protección más convenientes para el interés superior del menor. De naturaleza privada la suspensión de la patria potestad a los progenitores. Con la atribución de la tutela del menor a la Administración, ésta deviene responsable de ejercer las funciones de contenido personal inherentes a la patria potestad que han quedado en suspenso.²² En la medida que el acto administrativo por el que se declara que el menor se encuentra en situación de desamparo afecta a relaciones de Derecho privado, al quedar en suspenso la patria potestad una vez la Administración asume la tutela, puede concluirse que del mismo derivan efectos civiles. Ahora bien, los efectos esenciales de la resolución administrativa de desamparo son de naturaleza administrativa, ya que la ley anuda a esta decisión la atribución de la tutela a la Administración, lo que la habilita para adoptar medidas de protección que implican, incluso, la separación del menor de su familia.

Por otra parte, la figura de la guarda administrativa constituida por voluntad de los padres no produce ningún efecto que pueda calificarse de naturaleza civil (artículo 172.3 del Código Civil y artículo 9 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre). En este caso, la guarda de la Administración no afecta a la patria potestad.²³

22. No obstante, en ciertos casos, al asimilar indebidamente la tutela administrativa a la tutela civil u ordinaria, el legislador también ha atribuido a la Administración la función de administrar los bienes del menor. Sobre esta cuestión, de Palma del Teso, Ángeles, *Administraciones públicas y protección de la infancia... cit.*, páginas 330-336.

23. Aunque la guarda administrativa constituida judicialmente sí afectaría al derecho a la vida familiar. La Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, dispone en su artículo 9 lo que sigue: "si el desamparo es debido a fuerza mayor de carácter transitorio no es precisa la resolución formal que lo aprecie, y es suficiente para legitimar la intervención del organismo competente la *solicitud de los padres o los guardadores*. En estos casos, el organismo competente ejercerá sólo la guarda mientras se mantenga aquella situación". Asimismo, el artículo 172.2. y 3 del Código Civil contempla la figura de la guarda administrativa constituida a solicitud de los padres. Por otra parte, el propio artículo 172 del Código Civil prevé la atribución de la guarda a la Administración por decisión judicial. Sobre las diferencias entre la tutela administrativa y la guarda administrativa y los supuestos en que procedería la constitución judicial de la guarda administrativa, de Palma del Teso, Ángeles, *Administraciones públicas y protección de la infancia... cit.*, páginas 222-225 y 229-232.

En cuanto a las consecuencias de regular las instituciones de protección *pública* de menores a través de normas civiles, éstas han sido fundamentales. Por un lado, la atribución del conocimiento de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores al orden jurisdiccional civil. Por otra parte, se ha visto afectado el régimen jurídico de la actuación de la Administración en este ámbito; en especial en Cataluña.

En efecto, la regulación en el Código Civil de la tutela administrativa y la guarda administrativa ha tenido, hasta ahora, una menor incidencia en el régimen jurídico de estas instituciones en el conjunto del territorio del Estado que en Cataluña. La privatización de la actuación de la Administración ha sido mayor en Cataluña (aunque, paradójicamente, también es mayor el grado de autotela o prerrogativas que tiene legalmente atribuida para actuar en este ámbito). La razón es que mientras la gran mayoría de comunidades autónomas han regulado la actuación de las administraciones en materia de protección de menores en normas administrativas (al amparo de los títulos competenciales "asistencia social", "servicios sociales" o "protección y tutela de menores"), aunque en el marco de lo establecido en el Código Civil, en Cataluña se ha regulado fundamentalmente en normas calificadas civiles, al amparo del título competencial "legislación civil".²⁴

En la medida que la compilación catalana había contemplado ciertos aspectos de la adopción, se consideró que el título competencial legislación civil permitía regular la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa, en tanto instituciones conexas con la adopción. De este modo se seguía el camino que, poco antes, había tomado el legislador estatal –por las razones dichas anteriormente– y se procedía también a "privatizar" una actuación administrativa asistencial o de servicios sociales. El legislador catalán reguló de forma completa, como legislación civil, la tutela administrativa y otras instituciones de protección públicas de los menores. Por esta vía se ha llegado, incluso, a negar la naturaleza admi-

24. Por otra parte, Navarra no ha invocado el título competencial legislación civil para regular algunos aspectos de la protección pública de los menores hasta finales de 2005 y Aragón y Galicia lo han hecho en el año 2006. En cambio, Cataluña emprendió este camino en el año 1991, tres años después de que el legislador estatal incorporará al Código Civil las instituciones de la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y el acogimiento familiar.

nistrativa de la resolución de desamparo o del procedimiento a través del cual la Administración dicta la misma,²⁵ con todo lo que ello comporta de merma de garantías de los particulares que se ven afectados por estas actuaciones administrativas.²⁶ Sin embargo, lo cierto es que la Administración no ha renunciado a sus tradicionales prerrogativas. La resolución administrativa de desamparo es ejecutiva y ejecutoria, esto es, goza de presunción de validez y eficacia inmediata y, por tanto, puede ser ejecutada por la propia Administración.²⁷

El examen de la actividad de las Administraciones públicas en materia de protección de menores pone de relieve que, tanto en Cataluña como en el conjunto del Estado, éstas actúan como poder público. Esto es, investidas de las tradicionales prerrogativas que el ordenamiento les atribuye para servir el interés general, en este caso la protección de la infancia y el interés superior de los menores. Por ello, frente a las prerrogativas de la Administración, los particulares afectados han de tener reconocidas una serie de garantías. El Derecho administrativo se caracteriza, precisamente, por este equilibrio entre privilegios y garantías. Por esta razón, la actuación de la Administración en este ámbito, a pesar de contemplarse en la legislación civil, debe ser calificada como "administrativa", con todo lo que ello comporta

25. Vid. Marino Villa Rubio, "Protección de menores desamparados, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en S. ESPIAU Espiau y A. Vaquer Aloy (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, páginas 62-69.

26. El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados, no regula de forma precisa el procedimiento a través del cual la Administración dicta la resolución de desamparo y la Administración de la Generalitat no se ha considerado legalmente vinculada a aplicar de forma subsidiaria lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC). La razón es que se ha considerado que la actuación de la Administración no se rige por el Derecho administrativo sino por el Derecho privado. Así, no se establece un plazo dentro del cual la Administración debe tramitar el procedimiento, la inactividad de la Administración no produce efectos, no se notifica a los interesados el acuerdo de iniciación del procedimiento de desamparo. En fin, la privatización del actuar de la Administración en este ámbito ha comportado claramente una merma de las garantías de los interesados. En cambio, y a título de ejemplo, la situación en Andalucía es muy distinta, tal como resulta del examen de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, en relación con el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa; esta última norma regula de forma precisa el procedimiento administrativo de desamparo.

27. Vid. Ángeles de Palma del Teso, *Administraciones públicas y protección de la infancia... cit.*, páginas 256-259 y 305-315.

respeto al régimen jurídico aplicable; en particular, la aplicación de los principios y normas que rigen la actuación de las administraciones cuando ejercen potestades administrativas.

La otra consecuencia de haber regulado la protección pública de los menores a través de normas civiles ha sido la atribución al orden jurisdiccional civil de la competencia para conocer la oposición a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en general, y en particular aquellas mediante las que se declara el desamparo y se adoptan determinadas medidas de protección, están dotadas de las características propias de los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo.²⁸ Por tanto, el control de las mismas debería corresponder, en principio, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.²⁹ En el momento que el legislador estatal incorporó al Código Civil la figura de la tutela administrativa no estableció nada a este respecto. Por ello, se planteó entonces la cuestión del cauce procesal a seguir para canalizar la oposición a estas resoluciones administrativas. Un sector de la doctrina civil mantenía que, en la medida que la tutela administrativa había sido regulada en el Código Civil tenía el carácter de institución civil y, por tanto, la competencia para controlar estas resoluciones de la Administración debía corresponder al orden jurisdiccional civil. Ante el silencio de la ley, una parte de la doctrina civil remitió a las normas de la jurisdicción voluntaria³⁰ y éste fue el camino mayoritariamente

28. En especial en Cataluña. En efecto, el Ordenamiento catalán habilita a la Administración para imponer la medida de acogimiento familiar simple mediante una resolución administrativa sin necesidad de recabar el consentimiento de los padres o tutores (artículo 11 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Asimismo, en el Anteproyecto de Libro Segundo de Código Civil de Cataluña (abril 2006) se prevé, incluso, la constitución del acogimiento preadoptivo mediante una resolución administrativa, ejecutiva y ejecutoria, sin necesidad del asentimiento de los padres (artículo 235-36). En cambio, en el Ordenamiento estatal la aplicación de la medida de acogimiento familiar requiere el consentimiento de los padres, cuando los padres no consienten o se oponen es necesaria la constitución judicial. Como vemos, es mayor el grado de autotutela que la ley atribuye a la Administración en Cataluña.

29. Artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

30. En aplicación de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que remitía a las normas de jurisdicción voluntaria para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones entre cónyuges, mientras no se modificara la Ley de Enjuiciamiento Civil.

seguido. No obstante, en aquel momento de incertidumbre, también se plantearon recursos ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y éstos conocieron de los mismos. Sin embargo, la ausencia de regulación legal condujo, finalmente, a plantear un conflicto negativo de competencias que fue resuelto por la Sala de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo. En el Auto de 9 de julio de 1998, la Sala de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo (RJ 1998\1571), se resolvió que la competencia correspondía al orden jurisdiccional civil ya que, aunque la resolución *administrativa* se dicta aplicando normas procedimentales *administrativas*, la materia se rige por el Derecho civil.

El Tribunal Supremo, en relación a una materia muy lejana de la que aquí nos ocupa, como es el derecho de propiedad, ya había afirmado en varias ocasiones lo que sigue: “tradicionalmente se ha admitido que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares, se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuesto –a veces caracterizados como Administración pública de Derecho privado– en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado”. En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la “cuestión civil” planteada a la jurisdicción de esta clase. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo reconoce que “falta en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera cuestión civil”.³¹

31. El Tribunal Supremo entiende que los conflictos que afectan al derecho de propiedad como institución nuclear del Derecho privado constituyen cuestiones de naturaleza civil. STS de 15 de febrero 2000 (RJ 2000\2326), STS de 12 de enero 2004 (RJ 2004\859), SAP de la Coruña de 16 de octubre 2003 (JUR 2003\103017), SAP de Barcelona de 24 de julio 2002 (AC 2002\2215).

En cambio, el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de junio de 1986 (RJ 1986\6606) había declarado, en relación a una resolución de denegación de la nacionalidad, “que la ubicación del problema de la nacionalidad en el Código Civil, más que responder a la verdadera naturaleza de la institución, constituye un tributo a la tradición romano-napoleónica”. Por ello, concluye “que *debe prevalecer la naturaleza de la institución sobre la sede en que aparezca situada en el ordenamiento jurídico*; razón por la que unida a la naturaleza del órgano actuante, inequívocamente administrativa, a la del acto residenciado en este proceso, y al procedimiento seguido para su formación, dan por resultado el que haya de considerarse que tal acto es revisable jurisdiccionalmente por los Tribunales de lo contencioso-administrativo”.

Ahora bien, nada puede objetarse a la atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La propia Ley 28/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), prevé la posibilidad de encomendar a otros órdenes jurisdiccionales el control de la actividad de la Administración (artículo 3).³² Sin embargo, la atribución a los órganos judiciales civiles del conocimiento de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores plantea algunos interrogantes y ha producido algunas disfunciones.

En efecto, precisamente en Cataluña –y curiosamente únicamente en esta Comunidad Autónoma– la “civilización” de la actividad administrativa de protección de la infancia y la atribución del control de la misma a los jueces y tribunales civiles ha llevado a la siguiente insólita y desconcertante situación. En Cataluña, la autoridad judicial civil ha proclamado –a mi juicio de forma indebida– la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer las autorizaciones de entrada en domicilio solicitadas por la Administración para ejecutar las resoluciones de desamparo y aplicación de las consiguientes medidas de protección del menor.³³ Sin embargo, lo cierto es que de

32. Así, por ejemplo, el orden jurisdiccional social tiene atribuido el conocimiento de las resoluciones administrativas relativas a la imposición de sanciones administrativas de orden social o las referidas a la regulación de empleo (artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

33. En este sentido, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 23 de diciembre de 1999 (recurso de apelación 799/1999); en el Auto de 9 de julio de 2001 (recurso de apelación 239/2001) o el Auto de 29 de diciembre de 2004 (JUR 2005\33623).

una forma tan clara que no deja lugar a dudas, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que "conocerán también los Juzgados de lo contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, *siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública*".

Por otra parte, la atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores también plantea la siguiente cuestión: cuál es el alcance del control por los jueces y tribunales civiles de la actuación de la Administración. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dispone que "los órganos jurisdiccionales" no podrán "determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Pues bien, en la medida que en materia de protección de menores las Administraciones ejercen, al menos, cierta discrecionalidad técnica, los órganos jurisdiccionales civiles también tendrían limitado el control de la actuación de la Administración. El citado artículo 71.2 de la LJCA se refiere a los "órganos jurisdiccionales" y no exclusivamente a los del orden contencioso-administrativo. Sin embargo, lo cierto es que del examen de algunas resoluciones judiciales dictadas por los jueces y tribunales civiles resulta que se desconocen los límites del control de la actuación de la Administración en el ámbito de la discrecionalidad y, en muchos casos, sustituyen y ocupan la posición que el legislador atribuye a las Administraciones.³⁴

34. Así, por ejemplo, en el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517), el Tribunal deja sin efecto la resolución de desamparo, acuerda la recuperación de la guarda y custodia de la madre y, a su vez, impone a la madre la obligación de escolarizar al hijo en el centro que dispongan los servicios sociales del Ayuntamiento y de no abandonar su residencia en la localidad sin obtener la autorización de los servicios sociales del Ayuntamiento; servicios sociales a los que impone la obligación de inscribir al menor en un centro de la localidad y la de inscribir a la madre en un programa para el tratamiento específico de su enfermedad. Asimismo, en el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260), el Tribunal acuerda el cese del acogimiento familiar establecido por la Administración y ordena a la Administración que ingrese a la menor en un centro de acogida *por el tiempo que el juzgado de primera instancia determine en función de la evolución de las relaciones entre la madre y la hija*. En estos casos, el órgano jurisdiccional estaría asumiendo como propia una actividad que la ley ha encomendado a la Administración y utiliza a la Administración como simple colaboradora del órgano judicial.

2.4. El nuevo marco estatutario

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, en el Capítulo II, del Título IV, contempla las materias cuya competencia corresponde a la Generalitat. En el artículo 129 se atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Pues bien, al amparo de este título competencial deberían regularse las instituciones jurídico-privadas de protección de los menores. Sin embargo, el propio Estatuto de Autonomía contiene un título competencial específico para la actividad administrativa de protección de los menores. En efecto, el artículo 166, bajo el título "servicios sociales, voluntariado, menores y promoción a la familia", dispone en su apartado 3 lo que sigue:

"Corresponde a la Generalitat, en materia de menores:

a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, *la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados, en situación de riesgo* y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal.

b) La Generalitat participa en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores".

A continuación, el apartado 4 del propio artículo 166 establece que "corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución".

En primer lugar, debe destacarse el marco en el que se ha procedido a regular la materia de protección de menores. En efecto, el artículo 166 del EAC de 2006 versa sobre "servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias". La materia que englobaría todas ellas sería la de "servicios sociales".

La Exposición de Motivos del actual proyecto de Ley de servicios sociales de Cataluña comienza, precisamente, invocando la competen-

cia que el Estatuto de Autonomía atribuya a la Generalitat en materia de servicios sociales y "protección y tutela de las personas menores de edad". Así, el artículo 7 del proyecto establece que serán destinatarias de los servicios sociales, entre otras personas, los menores que se encuentren en "situaciones de vulnerabilidad, de riesgo o de dificultad social". Asimismo, cuando el artículo 18 del proyecto de ley establece las prestaciones de servicios prevé, entre otras, "la protección jurídica y social de las personas menores de edad en situación de desamparo" (apartado f). De forma similar, el vigente Decreto legislativo 17/1994, de 26 de noviembre, de asistencia y servicios sociales, contempla como una de las áreas de actuación "la infancia y la adolescencia" (art. 11).

Por tanto, teniendo en cuenta que, como se ha puesto de relieve, la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores es una actividad de servicio público (servicios sociales o personales), la regulación de las instituciones *públicas* a través de las cuales se hace efectivo el derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las Administraciones, deberá realizarse al amparo de la competencia que el artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalitat para regular "el régimen de protección y de las instituciones *públicas* de protección y tutela de los menores desamparados y en situación de riesgo". Ahora bien, como veremos a continuación, no parece ser éste el camino emprendido por el legislador catalán al iniciar el proceso de reforma legal de las instituciones de protección pública de menores en situación de riesgo o desamparo.

Por otra parte, debe destacarse la novedad que supone la previsión del artículo 166.3 b) del EAC, que contempla la participación de la Generalitat en la elaboración y reforma de la legislación procesal que incida en las competencias de menores.³⁵ La cuestión es cómo se arbitrará esta participación. La vía podrían ser los órganos y procedimientos multilaterales de colaboración entre Generalitat y Estado en los ámbitos y asuntos de interés común, previstos en el artículo 175.1 del propio Estatuto.

35. Debe tenerse en cuenta que el artículo 149.1.6 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva en "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas".

3. Las reformas legales en materia de protección de menores actualmente en curso en Cataluña

En la actualidad, en Cataluña se encuentra en marcha un proceso de reforma del sistema jurídico de protección de menores, tanto de las instituciones jurídico-públicas como de las instituciones jurídico-privadas, estas últimas actualmente reguladas en el Código de Familia.

La Administración de la Generalitat inició el pasado año, a través del entonces Departamento de Bienestar y Familia (en la actualidad, Departamento de Acción Social y Ciudadanía), el proceso de elaboración de una nueva Ley reguladora de Infancia y Adolescencia. Se trata de adecuar la legislación de protección de menores a las necesidades que se han ido planteando en los últimos años. Cataluña fue pionera en legislar en materia de protección de menores pero, en la actualidad, es necesario revisar y actualizar aquella normativa. Por otro lado, a lo largo de estos años se han ido aprobando un conjunto de normas con el fin, precisamente, de adecuar el sistema jurídico de protección a los nuevos requerimientos y necesidades sociales. El resultado ha sido la superposición progresiva de textos normativos con derogación o desplazamiento parcial de los aprobados previamente. La multiplicidad de normas ha dificultado el conocimiento y comprensión de la normativa aplicable en una materia tan sensible como la atención y protección de la infancia y adolescencia.

Por otra parte, con la aprobación del Estatuto de Autonomía de 2006, se hace imprescindible la reforma de la legislación de protección de menores para adecuarla a las previsiones estatutarias. En efecto, el artículo 166.3 atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados y de los menores en situación de riesgo. La actual legislación de protección de menores no delimita las situaciones de riesgo y desamparo de los menores. Desde distintos sectores se venía reclamando la necesidad de distinguir estas situaciones de desprotección y contemplar las convenientes medidas de asistencia y protección en uno y otro ámbito. La falta de regulación de las situaciones de riesgo, en muchos casos, da lugar a una aplicación extensiva del desamparo. Así, el Estatuto se ha hecho eco de esta reclamación. Por ello, en este nuevo marco no puede demorarse

por más tiempo la regulación del régimen de protección de los menores en situación de desamparo y en situación de riesgo.³⁶

Ahora bien, de forma paralela a la elaboración (por el Departamento de Bienestar y Familia, en la actualidad de Acción Social y Ciudadanía) de un anteproyecto de Ley reguladora de la infancia y la adolescencia, desde el Departamento de Justicia se elabora el anteproyecto de ley por el que se aprueba el Libro segundo del Código Civil de Cataluña. Pues bien, en el Título II del anteproyecto de Código Civil, en el que se regulan las instituciones de protección de la persona, se prevé un capítulo (el VI) sobre la "protección de los menores desamparados". La lectura de estos preceptos pone de relieve que, en su gran mayoría, son normas dirigidas a las Administraciones públicas, normas que regulan la actuación de las Administraciones en sus relaciones con las personas privadas. Desde este punto de vista son normas administrativas.

La delimitación entre Derecho administrativo y Derecho privado es, ciertamente, cada vez más imprecisa. Por ello, desde este punto de vista, nada habría que objetar a la incorporación al Código Civil de normas que regulan la actuación de la Administración en materia de protección de menores. Por otra parte, una de las virtuales más importantes de esta distinción es, precisamente, determinar el orden jurisdiccional competente para conocer las controversias suscitadas. Pues bien, en este caso, se da la particularidad de que la propia ley ha atribuido al orden jurisdiccional civil la competencia para conocer la oposición a las resoluciones dictadas por las administraciones en materia de protección de menores. Por ello, podría concluirse que nada hay que objetar a la regulación en el Código Civil de las instituciones públicas de protección de menores. Sin embargo, la experiencia de estos últimos años ha puesto de relieve que, al privatizar la actuación de la Administración en materia de protección de menores, se corre el riesgo de mermar las garantías reconocidas a los particulares frente al ejercicio de prerrogativas públicas. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, se está tramitando en paralelo la reforma de la legislación de infancia

36. Sobre la delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo, Ángeles de Palma del Teso, *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006, páginas 141-168 y 209-211.

y adolescencia y, precisamente, una de las finalidades de la misma es acabar con la dispersión normativa.

En la medida en que la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores afecte al derecho a la vida familiar. Como sucede con la declaración administrativa de desamparo y la asunción de la tutela por la Administración. Nada habría que objetar a la previsión de esta institución en el Código Civil. Tal y como sucede en la actualidad en el Código de Familia al regular la patria potestad, dada su incidencia en el ejercicio de la misma (artículos 164 a 166). Ahora bien, lo que debe cuestionarse es la regulación completa en el Código Civil de las instituciones *públicas* de protección de menores, al amparo del título competencial legislación civil, tal y como prevé el anteproyecto de ley por el que se aprueba el libro segundo del Código Civil (artículos 226-1 a 226-12 ó los artículos 235-34, 36), incorporándose a una Ley civil normas claramente administrativas; sirva de claro ejemplo la regulación de la medida de protección de acogida residencial. Por esta vía, el legislador catalán prosigue y profundiza en el camino emprendido años atrás por el legislador estatal, que ha llevado a asimilar lo que son dos instituciones muy diferentes: la tutela administrativa y la tutela civil. El legislador estatal cuando acogió esta vía deseaba unificar, uniformar e incorporar la regulación de esta materia al denominado Derecho común; precisamente para evitar regulaciones autonómicas divergentes.

Por todo ello, es quizá momento para desandar en parte el camino de la "civilización" de la actividad de la Administración en el ejercicio de las potestades y prerrogativas que tiene atribuidas para la protección de los menores. Corresponde al Código Civil regular las instituciones jurídico-privadas de protección, al amparo del título competencia legislación civil (artículo 129 EAC).³⁷ En cambio, las instituciones jurídico-públicas y el régimen de protección administrativa de los menores deben ser regulados en normas administrativas, al amparo del título competencial servicios sociales y protección pública de menores (artículo 166 del EAC). La actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores debería

37 Entre otras instituciones jurídico-privadas como la tutela civil, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, la filiación o la adopción.

ser regulada por la futura Ley integral de la infancia y la adolescencia. No obstante, ambos sistemas –privado y público– tienen puntos de conexión y, por ello, deberán contemplarse las necesarias remisiones normativas de uno a otro texto legal. La regulación de la protección de los menores en el Código Civil y en la futura ley integral de infancia y adolescencia deberá completarse y complementarse de manera armoniosa.

RESUM

En l'actualitat, les institucions jurídiques de protecció pública dels menors estan regulades en normes dictades a l'empara del títol competencial legislació civil. En aquest treball s'exposen les raons per les quals això ha estat així. El legislador català va seguir el camí que, poc abans, havia traçat el legislador estatal; de fet, el legislador estatal a través d'aquesta via buscava, i en bona part ho va aconseguir, unificar, uniformar i incorporar la regulació d'aquesta matèria al denominat Dret comú. Aquest procés de "civilització" d'una activitat de naturalesa administrativa ha plantejat distorsions, des d'una certa disminució de les garanties dels ciutadans davant l'Administració fins una inseguretat jurídica notable. Per això seria procedent desfer el camí recorregut i tornar a "administrativitzar" l'actuació de les administracions en matèria de protecció de menors. És el moment oportú de fer-ho. Ara és en marxa a Catalunya un procés de reforma de la legislació en matèria de protecció pública dels menors. Per una banda, en el marc del Departament de Justícia, s'elabora l'avantprojecte de llei pel qual s'aprovarà el llibre segon del Codi civil de Catalunya, en què es regula la protecció dels menors. Paral·lelament, en el Departament d'Acció Social i Ciutadania s'ha iniciat el procés per dictar una nova llei reguladora de la infància i l'adolescència. En aquests textos legals es regularan, doncs, les institucions públiques i privades de protecció dels menors i se n'establirà el règim jurídic. Al Codi civil haurien de quedar regulades les institucions juridicoprivades de protecció dels menors, a l'empara del títol competencial *legislació civil* (art. 129 EAC). En canvi, les institucions juridicopúbliques de protecció dels menors haurien de regular-se en normes administratives, a l'empara del títol competencial *serveis socials i protecció pública de menors* (art. 166 EAC). Això no obstant, en la mesura que les institucions privades i públiques de protecció de menors s'interrelacionen, una i altra normatives hauran de complementar-se. Res a dir que una llei civil contingui normes administratives; aquest no és el problema. La qüestió és establir amb claredat el règim jurídic de les institucions juridicopúbliques de protecció de menors. L'actuació de l'Administració en matèria de protecció pública de menors ha de quedar sotmesa al Dret administratiu, en la mesura que l'Administració actui com a poder públic, és a dir, en exercici de les prerrogatives que l'ordenament li reconeix per satisfer interessos públics, com ara la protecció de la infància.

ABSTRACT

Legal institutions for the public protection of minors are at present regulated by regulations enacted as civil legislation. This study looks at the reasons why this was the case. Catalan legislators continued down the road that

Spanish state legislators had travelled beforehand. In fact, by this means Spanish state legislators sought, and to a large extent succeeded in, unifying, standardising and including the regulations in this area into common law. This process of "making civil" a task of the government had created distortions, ranging from some decreases in citizen's guarantees when dealing with the Government to considerable legal uncertainty. That is why it would be wise to retrace our steps to make the government's work in terms of the protection of minors more administrative. It is the right time to do so. A process reforming the legislation for public protection of minors is now under way in Catalonia. First, the Department of Justice is producing a draft law which will approve the second book of the Catalonia Civil Code, which regulates the protection of minors. At the same time, the Department of Social Action and Citizenship has begun the process to enact a new Law regulating childhood and adolescence. These legal texts will therefore regulate the public and private institutions protecting minors and a legal regime will be established for them. The Civil Code should regulate the legal/private institutions for the protection of minors, under the jurisdiction of *civil legislation* (art. 129 of the Statute of Autonomy of Catalonia). However, the legal and public institutions for the protection of minors should be regulated within a governmental framework, as *social services and public protection of minors* (art. 166 of the Statute of Autonomy of Catalonia). Despite this, to the extent that the private and public institutions for the protection of minors are interrelated, the two regulations must complement each other. This is beside the fact that a civil law contains administrative regulations; this is not the problem. The issue is clearly establishing the legal regime of the legal/public institutions for the protection of minors. The Government's work in terms of the public protection of minors must be subject to administrative law, insofar as the Government acts as a public authority, i.e. by exercising the prerogatives that the regulation confers on it to satisfy public interests, such as the protection of children.

SUMARI

UNA LECTURA REPUBLICANA I FEDERAL DE L'AUTODETERMINACIÓ

Miquel Caminal Badia

COMUNIDADES AUTÓNOMAS, TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO AUTONÓMICO DEL DERECHO COMUNITARIO. REFLEXIONES A PARTIR DE LA PRÁCTICA RECIENTE

Manuel Cienfuegos Mateo

NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CON VIEJOS SISTEMAS ELECTORALES

Miguel Ángel Presno Linera

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Enriqueta Expósito

LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Ignacio Villaverde Menéndez

ADMINISTRACIÓN E INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA: VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA LEY DE LA CIENCIA

Marcos Gómez Puente

LA PARTICIPACIÓ DE LA GENERALITAT EN L'EXERCICI DE COMPETÈNCIES ESTATALS A L'ESTATUT DE 2006: LES INFRAESTRUCTURES DEL TRANSPORT

Mercè Corretja i Torrens

EL PARLAMENT DE CATALUNYA EN CLAU DE FUTUR

Jordi Capo Giol / Joan Marcet Morera

LAS COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA EN MATERIA DE PROTECCIÓN PÚBLICA DE MENORES

Ángeles de Palma del Teso



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació

