

10

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 10 - Abril 2010



**Revista d'Estudis
Autonòmics i Federals**

Núm. 10 - Abril 2010

Revista semestral

© 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.cat
www.gencat.cat/iea

Subscripcions

Publicacions de la Generalitat
Tel. 932 925 421
j.roque@gencat.cat

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

Directors

Carles Viver Pi-Sunyer
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Pompeu Fabra i
director de l'Institut d'Estudis
Autonòmics*

Miquel Caminal Badia
*Catedràtic de Ciència Política de la
Universitat de Barcelona*

Secretari

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Girona i cap de l'Àrea de Recerca
de l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Comitè de Redacció

Alfredo Galán Galán
*Professor titular de Dret
Administratiu de la Universitat de
Barcelona*

Markus González Beilfuss
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Barcelona i lletrat del Tribunal
Constitucional*

Mireia Grau Creus
*Responsable d'Investigació de
l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Eduard Roig Molés
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Barcelona*

Indexació de la revista: la REAF està
inclosa en els índexs DICE, Latindex,
IN-RECJ i IN-RECS.



Fonts mixtes

Grup de producte de forests ben
gestionades i altres fonts controlades.
Product group from well-managed
forests and other controlled sources
www.fsc.org Cert no. SGS-COC-006811
© 1996 Forest Stewardship Council

Imprès en paper certificat FSC

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 10 - Abril 2010

ISSN 1886-2632

Comitè Científic

Eliseo Aja Fernández
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona i director de l'Institut de Dret Públic

Enoch Albertí Rovira
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Xavier Arbós Marín
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

Enric Argullol Murgadas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Mercè Barceló Serramalera
Catedràtica de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Antoni Bayona Rocamora
Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i lletrat del Parlament de Catalunya

Francesc de Carreras Serra
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Marc Carrillo
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Manuel Cienfuegos Mateo
Professor titular de Dret Internacional Públic i Dret Comunitari de la Universitat Pompeu Fabra

Carlos Closa Montero
Investigador de l'Institut de Polítiques y Bienes Públicos del CSIC

Pedro Cruz Villalón
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid i conseller electiu del Consell d'Estat

Víctor Ferreres Comella
Professor associat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i professor de Dret Constitucional de l'Escola Judicial

Joaquim Ferret Jacas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Tomàs Font Llovet
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona i president de la Comissió Jurídica Assessora

Enric Fossas Espadaler
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Alain-G. Gagnon
Professor titular al Departament de Ciència Política de la Universitat del Quebec a Mont-real

Manuel Gerpe Landín
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Autònoma de
Barcelona i membre de la Comissió
Jurídica Assessora*

Tania Groppi
*Catedràtica d'Institucions de Dret
Públic de la Universitat de Siena*

Montserrat Guibernau
*Professora de Ciència Política de la
Universitat Queen Mary de Londres*

John Kincaid
*Director del Meyner Center for the
Study of State and Local
Government del Lafayette College,
de Filadèlfia*

Jesús Leguina Villa
*Catedràtic de Dret Administratiu de
la Universitat d'Alcalá de Henares*

Guillem López Casanovas
*Catedràtic d'Economia Aplicada de
la Universitat Pompeu Fabra*

Ramón Maiz Suárez
*Catedràtic de Ciència Política de la
Universitat de Santiago de
Compostel·la*

Isidre Molas Batllori
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Autònoma de
Barcelona*

Ferran Requejo Coll
*Catedràtic de Ciència Política de la
Universitat Pompeu Fabra*

Cesáreo R. Aguilera de Prat
*Catedràtic de Ciència Política de la
Universitat de Barcelona*

Cheryl A. Saunders
*Directora del Centre for
Comparative Constitutional Studies
de la Universitat de Melbourne*

Joaquín Tornos Mas
*Catedràtic de Dret Administratiu de
la Universitat de Barcelona*

Josep M. Vallès Casadevall
*Catedràtic de Ciència Política de la
Universitat Autònoma de Barcelona*

Jaume Vernet Llobet
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Rovira i Virgili i
conseller del Consell Consultiu de
la Generalitat de Catalunya*

Jacques Ziller
*Catedràtic de Dret Públic Comparat
a l'European University Institute*

Coordinació editorial

Jesús Solé Farràs
*Responsable de Comunicació,
Publicacions i Documentació de
l'Institut d'Estudis Autònoms*

Sumari

BETWEEN EUROPEANIZATION, UNITARISM AND AUTONOMY. REMARKS ON THE CURRENT SITUATION OF FEDERALISM IN AUSTRIA

Peter Bußjäger 11

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS *LÄNDER* EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Antonio Arroyo Gil 40

APROXIMACIÓ AL PROCÉS DE TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA DE SERVEIS: INCIDÈNCIA EN EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES DISSENYAT PER LA CE I L'EAC

Neus París i Domènech, Mercè Corretja
Torrens 72

2004-2009: L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM LINGÜÍSTIC EN EL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA. DE L'AMPLIACIÓ DEL 2004 AL TRACTAT DE LISBOA

Antoni Milian i Massana 109

LA PROTECCIÓ DEL PLURILINGÜISME A NIVELL ESTATAL: ESPANYA I EL MODEL HELVÈTIC EN L'ESCENARI DEL DRET COMPARAT

Anna M. Pla Boix 162

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN EL NOMBRAMIENTO DE SUS MIEMBROS

Joaquín Urías 207

**LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN
MATERIA DE COSTAS**

José Luis Blasco Díaz 245

**LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS
ENTRE EL ESTADO Y LAS
COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN
MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES**

Mariano Bacigalupo Saggese 286

**UNA PRIMERA APROXIMACIÓN
CUANTITATIVA A LA
DESCENTRALIZACIÓN DE LOS
PARTIDOS DE ÁMBITO ESTATAL EN
EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS:
¿HAY DIFERENCIAS ENTRE EL PSOE
Y EL PP?**

Javier Astudillo Ruiz. 330

Autors

Antonio Arroyo Gil

Lletrat de la Fundación Democracia y Gobierno Local i professor associat de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid. Entre altres treballs de caire científic, és autor d'*El Federalismo alemán en la encrucijada* (2006), premi Manuel Giménez Abad per a treballs de recerca sobre la descentralització política i territorial, i *La reforma constitucional del federalismo alemán* (2009), premi *ex aequo* Josep Maria Vilaseca i Marcet per a treballs de recerca sobre el federalisme i l'autonomia política. Ha realitzat estades de recerca a les universitats de Trier, Berlín i Califòrnia-Berkeley. És membre de diferents equips de recerca de projectes, finançats pel Ministeri d'Educació, sobre drets fonamentals i organització territorial del poder.

Javier Astudillo Ruiz

Professor lector en el Departament de Ciències Polítiques i Socials de la Universitat Pompeu Fabra i doctor en Ciències Polítiques per la Universitat Autònoma de Madrid. Entre els anys 1998 i 2000 va ser *Fulbright Scholar* al Center for European Studies de la Universitat de Harvard. En els últims anys ha estat treballant sobre organitzacions d'interessos i partits polítics a Amèrica Llatina i Europa.

Mariano Bacigalupo Saggese

Llicenciat en Dret per la Universitat de Friburg (Alemanya), i doctor en Dret i diplomad en Dret Constitucional i Ciència Política pel Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. És professor titular de Dret Administratiu de la UNED i ha estat lletrat del Consell General de Poder Judicial. En l'actualitat és director de l'Assessoria Jurídica de la Comissió Nacional d'Energia.

José Luis Blasco Díaz

Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Jaume I de Castelló i membre del Centre d'Estudis en Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT).

És autor de diferents publicacions sobre la matèria, com ara "La ordenación territorial y la protección de valores naturales del litoral. El proyecto de la nueva Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana", "Las actividades turísticas a desarrollar sobre el litoral" i la monografia *Régimen jurídico de las propiedades particulares sobre el litoral*.

Peter Bußjäger

Professor associat de l'Institut de Dret Públic, Dret Financer i Ciència Política de la Universitat d'Innsbruck, funcionari del *land* Vorarlberg, director de l'Institut del Federalisme d'Innsbruck i director del Parlament (Landtag) de Vorarlberg. Els seus àmbits principals de recerca són el federalisme europeu i l'austriac, la reforma de l'Administració i els problemes actuals del dret públic.

Mercè Corretja Torrens

Doctora en Dret per la Universitat de Barcelona, responsable de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'IEA, professora associada de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i advocada de la Generalitat, en excedència. És autora de diversos treballs en l'àmbit del dret administratiu, en especial, en relació amb la reforma i el desplegament del nou Estatut de Catalunya: "Las relaciones de colaboración en los nuevos estatutos de autonomía. Cataluña", amb M. del Mar Pérez, "La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals a l'Estatut de 2006: les infraestructures del transport", "El nou disseny competencial: funció pública i règim jurídic de l'administració" a *La distribució de competències en el nou Estatut* (C. Viver, J. Tornos, M. Barceló, R. Riu, M. Corretja) i "L'Estatut d'Autonomia de 2006. Aspectes territorials" a *Anuari Territorial 2006* de l'Institut d'Estudis Catalans.

Antoni Milian i Massana

Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona. S'ha especialitzat en dret lingüístic. Ha publicat diversos llibres i una gran quantitat d'articles en revistes acadèmiques i en llibres col·lectius. Ha estat convidat en nombroses universitats per participar en col·loquis sobre la matèria (Laval, Ottawa, Montreal, Friburg, Bordeus, Institut Universitari Europeu, Landívar, entre d'altres). Va formar part del comitè científic del *Rapport Euromosaic* i, entre altres institucions, ha assessorat, a través de Linguapax, la Comissió Nacional del Bilingüisme, al Paraguai. Dirigeix *Revista de Llengua i Dret*.

Neus París i Domènech

Llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona, professora associada del Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona i subdirectora general de Serveis Consultius i Coordinació Jurídica del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya. Ha estat assessora del Síndic de Greuges de Catalunya. Ha desenvolupat la seva tasca docent en l'àmbit del dret constitucional i, més específicament, en relació amb la defensa jurídica ordinària dels drets fonamentals i llibertats públiques i el dret públic de Catalunya. És autora de diversos articles i treballs en l'àmbit del dret autonòmic, en especial, en relació amb les institucions estatutàries i amb el dret a l'educació.

Anna M. Pla Boix

Doctora en Dret i llicenciada en Ciències Polítiques i de l'Administració, és professora lectora de Dret Constitucional de la Universitat de Girona. Ha centrat la recerca en temes vinculats al dret lingüístic, l'organització institucional autonòmica i el federalisme. Ha realitzat estades de recerca a la Universitat Catòlica de Lovaina, a l'Institut del Federalisme de la Universitat de Fribourg i a la Universitat de Moncton. És autora de diversos llibres i articles.

Joaquín Urías

Professor titular de Dret Constitucional a la Facultat de Dret de la Universitat de Sevilla. Està especialitzat en l'estudi de la jurisdicció constitucional, en especial, l'articulació interna del Tribunal Constitucional, la legitimació dels ciutadans per impugnar lleis i la jurisprudència sobre llibertat de comunicació; temes sobre els quals ha publicat diferents monografies.

BETWEEN EUROPEANIZATION, UNITARISM AND AUTONOMY. REMARKS ON THE CURRENT SITUATION OF FEDERALISM IN AUSTRIA

Peter Bußjäger

Associate Professor at the Institute of Public Law, Financial Law and Political Science at the University of Innsbruck, and Director of the Institute of Federalism, Innsbruck

TABLE OF CONTENTS: 1. Introductory Remarks on the Historical Background of Austrian Federalism. – 2. Institution and Structures of Austrian Federalism. – 2.1. General Remarks. – 2.2. Institutional Set-up on the Level of the *Länder*. – 2.3. Role of Municipalities. – 3. Reforming Debates in the Past. – 3.1. “Structural Reform of Competencies” 1989 – 1994. – 3.2. Austrian Convention 2003 – 2005. – 3.3. Expert Group on Reforming State and Administration 2007 – 2008. – 3.4. Reforming State and Administration in the Government Program of the coalition of SPÖ and ÖVP 2008. – 4. Problems and challenges of Austrian Federalism. – 4.1. Europeanization and Federalism. – 4.2. Bureaucracy and Federalism. – 4.3. Attitudes of Austrian Society towards Federalism. – 4.4. Structures of the Party System. – 4.5. Constitutional Autonomy of the *Länder*. – 5. Summary: Perspectives of Austrian Federalism. – 5.1. Capacity to Redress the Territorial Balance. – 5.2. Capacity to Reconcile Regional Diversity and National Coherence. – 5.3. Adaptiveness of the Distribution of Powers. – 5.4. Reform of Financial Responsibilities. – 5.5. Empowerment of *Landtage*. – 6. References. – *Abstract-Resum-Resumen*.

1. Introductory Remarks on the Historical Background of Austrian Federalism

After the breakdown of the Austro-Hungarian Monarchy in 1918, the *Länder* played an important role in building up the new Republic of Austria. Historically, the *Länder* have come into existence during the Middle Ages and have later been the constituting entities of the

Habsburg empire. Despite the fact that the *Länder* lost political weight during the long going debates on the new constitution while the central government in Vienna, which was at the beginning of the new republic weak and powerless, got steadily stronger the Austrian constitution of 1920 formed the new state as a federation. The federal system was supposed to prevent tendencies of separation and bring more balance into the political system by reducing the political weight of the capital, the 'red' Vienna. The constitution, however, was a compromise formula between the Social democrats, who supported a strong centralistic state and the Christian social party who preferred a federal system similar to Switzerland.

The Austrian Federal Constitution (*Bundes-Verfassungsgesetz* = B-VG) was mostly drawn up by the famous Austrian jurist Hans Kelsen and was inspired by the spirit of legal positivism. It created a federation with strong unitary elements and a clear overweight of the federal level of government towards the *Länder*.

2. Institutions and Structures of Austrian Federalism

2.1. General remarks

Art. 2 of the Federal Constitution of 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz* = B-VG) explicitly stipulates that Austria is a federal state which consists of nine autonomous *Länder*, namely Burgenland, Carinthia, Lower Austria, Upper Austria, Salzburg, Styria, Tyrol, Vorarlberg and Vienna. Federalism is considered to be one of the basic principles of the Austrian Federal Constitution (other basic principles are the principle of rule of law, the democratic principle and the republican principle). According to Art. 44 par 3 of the Federal Constitution, a total revision of the constitution needs to be approved by referendum. Legal theory and jurisdiction hold that a 'total revision' does not only occur if the constitution as a whole is changed but also if one of the basic principles is deleted or considerably modified. Consequently the abolishment of the federal principle requires the consent of the people in a referendum in addition to a two-thirds majority in Parliament. According to the jurisdiction of the federal Constitutional Court the federal principle has three substantive elements:

– participation of the *Länder* in federal legislation and administration (called ‘indirect federal administration’, mainly executed by the state governor);

– constitutional autonomy of the *Länder*.

The treaty of Austria’s accession to the EU was qualified as a total revision of the Austrian Federal Constitution which needed to be approved by referendum in accordance with Art. 44 par 3 B-VG. According to Art. 44 par 2 B-VG modifications of the Federal Constitution which reduce the competencies of the *Länder* also need the consent of the Federal Council (*Bundesrat*).

The original concept of the Federal Constitution, mostly drawn up by the famous jurist Hans Kelsen in 1920, created Austria as a highly centralized federation. Many of the amendments since 1920 modified the division of competencies and transferred additional powers to the federal level. In the main legislative realms as well as in the administration of laws the Federation plays a pivotal role. For example the courts are regulated by federal law and judges and other employees are civil servants of the Federation. Furthermore, matters of internal security are legislated and administered at the federal level.

Austrian federalism is designed in a strictly symmetrical fashion: The nine *Länder* have equal rights concerning their legislative competencies and their constitutional autonomy. The only exceptions can be found with regard to Vienna, the capital, which is both a Land as well as a municipality.

2.2. Institutional Set-up on the Level of the *Länder*

The Federal Constitution basically determines the election, composition and role of the Land parliaments (*Landtage*), but leaves it to the Land Constitutions to regulate them more precisely.¹ Resulting from their autonomous sphere of competencies, the nine *Länder*

1. Anna Gamper, *Legislative und Executive Federalism in Austria*, Vienna, Braumüller Verlag, 2004, p. 16.

have their own legal systems although they are strictly limited by the powers of the federal government. However, apart from some restrictions in the Federal Constitution, the *Länder* enjoy constitutional autonomy.

There is no bicameral system at the *Länder* level. The election of the *Landtage* is based on the same electoral principles as the election of the National Council (Art. 95 B-VG), namely the principle of proportionality. The *Landtage* are responsible for law-making in the *Länder*.

Each Land Constitution contains more detailed supplementary provisions for the selection and composition of the Land legislature which have to conform to the Federal Constitution.

Beginning in the 1980s, after a long standstill since 1920, various institutional reforms of the constitutions of the *Länder* were implemented, bringing about more elements of direct democracy, introducing aims and goals of state activities and enlarging the range of instruments such as public auditing in the constitutions.

Some observers have stated a 'wider self-consciousness' of the *Länder* to use their constitutional autonomy. This movement started in 1984 by the reform of the Land constitution of Vorarlberg which also played a leading role during the reform debates within the 'structural reform of competencies' in the 1990s. Other *Länder*, such as Tyrol, Salzburg and Upper Austria followed with similar modifications of their Land constitutions. Like Vorarlberg in 1923, Salzburg and Tyrol have changed their constitutions in 1998 in order to accommodate the election of their state governments by a majority vote system rather than by proportional representation. These reforms were meant to spur political competition, however, it remains debatable whether this goal was actually achieved. This might be the reason why the other *Länder* stick to their system of proportional representation.

2.3. Role of Municipalities

Municipalities are playing an important role in the *Austrian* constitutional system. There are about 2350 municipalities, most of them

with not more than 10.000 inhabitants. According to the general clause of Art 118 B-VG, the municipalities have their own field of action for all matters which exclusively or predominantly deal with interests of the local community and are suited for management by the community within its local borders (for example: local public security police, administration of municipal traffic areas and local traffic police). All in all there are three levels of government in *Austria*, hence one could speak of a "three-level-federalism".²

3. Reforming Debates in the Past

In the past, various commissions have failed to reform and modernise the Austrian federal system. The main reasons for their failure have been the anti-federal attitude of the bureaucratic staff in the ministries and the *Länder's* lack of interest to obtain new competencies and responsibilities which might bear political conflict.³

Two crucial reform projects of the last years should be mentioned:

3.1. "Structural Reform of Competencies" 1989 – 1994

At the end of the 1980s, faced with the possibility of Austria's accession to the EU, the *Länder* called for a fundamental redistribution of competencies within the federal system in order to compensate for their loss of powers and influence in various legislative realms ('Structural Reform of the Distribution of Competencies'). A political pact ('Political Agreement on the Reorganisation of the Federation') was signed in 1992 by the Federal Chancellor (on behalf of the Federal Government) and by the chairman of the Conference of *Land* Governors (on behalf of the *Länder*). It contained an agreement about the timing of a constitutional reform which stipulated that a government bill was to be drafted before the date of the referendum on EU membership so that it could be enacted no later than the constitu-

2. See also Peter Bußjäger, "Local government cooperation in Austria: Options and benefits for the communities", in: de Villiers (ed.), *Crossing the Line: Dealing with Cross-Border Communities*, Johannesburg, Konrad-Adenauer-Stiftung 2009, pp. 81-91.

3. See also Peter Bußjäger, "Experts tackle the Constitution", *Federations* June/July 2007, pp. 30-31.

tional amendment concerning Austria's EU accession. However, though a bill entitled 'Structural Reform of the Federation' was indeed drafted, it proved impossible for the national parliament to enact it. For at the 1994 general election, the incumbent SPÖ/ÖVP grand coalition lost the necessary two-thirds majority in the National Council ('Nationalrat', first chamber of the national parliament) and the *Länder* in the end rejected the compromise formula which the government was obliged to negotiate with the opposition on whose support the bill now depended.⁴ The *Länder* were especially opposed against the compromise concerning the introduction of administrative courts of the *Länder*. The executives of the *Länder* feared the costs of the new courts and the loss of political power.

3.2. Austrian Convention 2003 – 2005

The next project of a structural reform of the Austrian federal system was the Austrian Convention from June 2003 to January 2005. While the initiative for the 'Structural reform of competencies' in the early 1990s was caused by Austria's forthcoming accession to the European Union, the Austrian Convention was an apparent result of Austria's EU membership. Ten working groups were formed which discussed different aspects of the reform agenda.

The Convention's task was to submit proposals for reforming the Austrian political system and constitution. With the future constitution, Austria was supposed to be able to fulfil its tasks in a cost-effective, transparent and citizen-friendly way. Especially the division of competencies between the federal and state levels was to be made compatible with the European Union. The convention finished its work in January 2005 without reaching consent in the most intensively debated matters. These concerned the division of competencies, the restructuring of the financial relationships between federal level, *Länder* and local governments as well as the creation of a new charter of fundamental rights including social guarantees.⁵

4. See also Bußjäger, *Experts*, 2007, p. 31.

5. See also Bußjäger, *Experts*, 2007, p. 31.

Although both reform projects had similar goals, there is one important difference: during the late 1990s and the first years of the 21st century the paradigms of the Austrian discussion about the federal system changed. Reform discussions no longer dealt with the strengthening of the powers of the *Länder* but with the future of the federal system itself. However, this change of paradigms has not yet brought about any legal consequences.

3.3. Expert Group on Reforming State and Administration 2007 – 2008

After the elections of Oct 1 2006 Austria's new chancellor, Alfred Gusenbauer, a Social Democrat, had declared reform of the Austrian federal state and of the administration as "the heart" of the governing agreement between the two parties in his coalition Government. Gusenbauer was sworn in as chancellor in January 2007, after more than three months of difficult negotiations between his party and the conservative People's Party that ended in a coalition agreement.

The national elections had led to a near tie in the number of legislative seats held by the Social Democrats and the People's Party. The choice of federal reform was hailed as a breakthrough, because the conservative People's Party had traditionally favoured a high degree of autonomy of the *Länder*, the equivalent of states or provinces, while the Social Democrats had in the past argued for a strong central government.

In fact, the section of the agreement dealing with the new constitutional reform did not aim to write a new constitution, but rather seemed to achieve other reforms such as:

- establishing administrative courts in the *Länder* which would allow participation of the *Länder* in courts.

- organizing a new system of administration for education, which could enable the *Länder* to play a more important role in Austria's educational system.

- enhancing the constitutional autonomy of the *Länder* and reducing the supervising powers of the federation.

– creating a new distribution of competencies by a so-called “third pillar,” which would allow a certain form of cooperative legislation between the federation and the *Länder*.

This last goal, the creation of a “third pillar,” turned out to be the most difficult. Many observers doubted from the beginning whether there would be any chance of reaching consensus on a new form of power sharing since the Austrian Convention had failed in the same project.

One essential difference with the new constitutional reform under Chancellor Gusenbauer was that the reform proposals had to be fleshed out by a small group of experts who played an important role in the past attempt at reforming Austria’s federal system. The agreement between the Social Democrats and the People’s Party named two experts for each of the parties in the coalition. The experts from the Social Democrats were Theo Öhlinger, professor of constitutional law at the University of Vienna, and Peter Kostelka, former speaker of the Social Democratic party caucus in the Austrian legislature, later named Ombudsman by his party.

The experts from the People’s Party were Andreas Khol, former President of the Austrian legislature, now retired but still one of the most prominent political experts on Austrian federalism, and Franz Fiedler, former President of the Austrian court of audit.

Two experts were delegated by the conference of the state governors. The first was Gabriele Burgstaller, *Land* governor of Salzburg and a member of the Social Democrats; the second is Herbert Sausgruber, *Land* governor of Vorarlberg, from the People’s Party. These two individuals were partly represented by other experts. Georg Lienbacher, head of the Constitutional Service of the Federal Chancellery, acted as Secretary General of the group. The group of experts had until the end of June 2007 to work out its proposals.

First the expert group focused its energies on issues related to administrative courts in the *Länder*, the organization of the educational administration in Austria and concentrating the administration of social welfare in a one-stop-shop on the regional level. In a second step, in spring 2008, proposals were presented on the division of competencies and the legal status of the Federal Council. Concerning the latter point not even the expert group could reach consent about the new role of the second chamber of Austrian parliament.

3.4. Reforming State and Administration in the Government Program of the coalition of SPÖ and ÖVP 2008

Reforming state and administration is still on the agenda of the present Federal Government. The main goal is strengthening efficiency of state and administration. Some contents are well-known from former projects:

Administrative courts in the *Länder* are once again on the agenda. Another part is strengthening the constitutional autonomy of the *Länder* for example by reducing intervening rights of the Federal Government against laws passed by the *Landtage*.

On the municipal level the Government intends to improve the autonomy of the municipalities and to facilitate inter-municipal cooperation.

The present Federal Government however sets, probably as a result of all failed reform projects of the past, the focus of its reform project not in a fundamental reform of the federal system but in bringing more efficiency in administrative procedures and in improving cooperation between all levels of state.

Once again a working group is established, consisting of experts of two scientific institutes on economics (WIFO and IHS) and the Austrian court of Auditing and representatives of the Federal Government and the *Länder*. The task of the working group is to elaborate proposals of administrative reforms in Austria. Expectations of observers are fairly small: The failure of many reform projects of the past is a heavy burden for the ongoing discussions.

4. Problems and Challenges of Austrian Federalism

4.1. Europeanization and Federalism

Membership to the EU means a challenge for any political system with decentralized legislation on regional level. Not only that European legislation also affects legislative competences on regional level or that European legislation has to be carried out on regional level,

it is also difficult for regional jurisdictions to participate in the decision making process on European level.

According to Art 23 par 5 B-VG, the *Länder* are bound to implement legislation of the European Union provided that it falls into their sphere of competence. Should a *Land* fail to comply with this obligation and should this be confirmed by a court within the framework of the European Union the legislative competence is transferred to the federal level. The law or ordinance that has been issued by the federal level becomes invalid as soon as the *Land* takes action to fulfil its responsibilities.

Today about 20–30 percent of the legislation of the *Länder* is at least partly dealing with EU law, namely the implementation of directives.⁶ Analyses of federal legislation are showing similar results.

Due to the Europeanization of the legislative competencies the parliaments of the *Länder* are faced with obligations of implementing European directives and restrictions resulting from the Treaties. In fact the *Landtage* have lost competencies and autonomy. Nearly all legislative competencies of the *Länder* are in some way affected by EU law. The most prominent matters of regional politics which are 'Europeanized' are agriculture, regulations of the *Länder* concerning acquisition of real estates, nature and landscape protection, town and country planning, energy, working law of civil servants of the *Länder* and local governments.⁷

Administrative competencies of the *Länder* are affected by direct administration of EU law, which means the execution of EU regulations or direct application of provisions of the treaties. With some exceptions direct application of EU directives concerns comparatively few matters (agriculture and administration of structural funds). In other realms, direct application of EU law plays no significant role.

The EU rules of competition have had an important impact on regional politics with regard to the funding of economic projects and

6. See nearer Peter Bußjäger/Daniela Larch, *Europäisierungsgrad und Landesgesetzgebung*, Innsbruck, Institut für Föderalismus, 2004.

7. Bußjäger/Larch, *Europäisierungsgrad und Landesgesetzgebung*, 2004, pp. 9-11.

the EU contracting law for public mandates. These had to be implemented into Austrian law when Austria joined the EU.

In several cases Europeanization has led to a centralisation of powers at the federal level: in the case of animal protection the fact that the *Länder* had to implement numerous directives into their legal systems motivated the federal government in 2004 to introduce a bill which transferred these competencies to the federal level. In 2002, the federation has gained competencies with regard to public procurement law for similar reasons. Furthermore, the *Länder* lost legislative competencies in the field of energy (mainly electricity and power plants). The *Länder*, however, made no objections against these centralisations.

As a countermove the executives of the *Länder* have to a certain extent won political influence vis-à-vis the federal government by being able to pass binding comments (see below).

With regard to legislation, nearly all fields of public policies of the *Länder* have been affected by Europeanization. In the realm of environmental and social politics Europeanization has had an extensive impact: numerous directives concerning country planning (such as the so-called SEA directive)⁸ have had to be implemented into the *Länder's* legal systems. Furthermore, Europeanization affects social politics with regard to non-discrimination.

Until now there are – apart from the provisions of participation of the *Länder* in the European decision-making process (see below) – no specific provisions on subsidiary control mechanisms (according to the protocol on subsidiary and proportionality in the annex of the European Constitutional Treaty). However, the Austrian *Landtage* are demanding institutionalisation of such procedures in order to define the relationship between federal and state parliaments.

Since it became clear that, with Austria's accession to the EU, a number of competencies which were still in the realm of the *Länder* would either be transferred to the EU level or 'Europeanized', the *Länder* demanded not only a structural reform of the competencies but also participation in the decision-making process at the EU level.

8. Directive 2001/42/EC.

Since Austria's accession to the EU needed to be ratified in a referendum and the federal government needed the support of the political elites in the *Länder* in order to promote the campaign for the referendum, the *Länder* were successful in obtaining a role in the decision-making process of the EU. As a result Art. 23d B-VG stipulates that the federal government must inform the *Länder* without delay about all projects within the framework of the European Union which either affect the *Länder's* autonomous sphere of competences or could otherwise be of interest to them. In addition, the federal government must grant the *Länder* the chance to comment on EU decision-making within a reasonable timeframe.

In case the federal government receives an unanimous statement by the *Länder* regarding matters within the sphere of *Länder* competencies, it is bound to adhere to this statement in negotiations at the European level. It may only deviate from this due to compelling foreign and integration policy reasons and has to inform the *Länder* about the reasons for its deviation without delay.

In practice, from 1993 until the end of 2008 (the first statements were already submitted during the negotiations between the EU and Austria) the Austrian *Länder* submitted 75 unanimous statements.⁹ The federal government only deviated in a few cases which were of no significant importance to the *Länder*.¹⁰

It seems that the interests of the federal and the regional level in Austria have so far been relatively close to one another. However, it should be mentioned that the statements of the *Länder* are in some cases very vague and imprecise, consequently imposing only few restrictions on the federal government in the negotiations at the European level. The uniform statements of the *Länder* are formulated in a cooperative way. It rarely happens that such statements fail on ground of objections of one or more other *Länder*. This indicates broad common interests of the *Länder*.

9. Source: Institute of Federalism, Innsbruck

10. See Andreas Rosner, "Drei Rechtsfragen der Mitwirkung der Länder in Angelegenheiten der europäischen Integration", in: Bußjäger/Rosner, *Mitwirken und Mitgestalten – Europa und die österreichischen Länder*, Wien, Braumüller Verlag, 2005, pp. 62-67.

Table 1. Unanimous statements of the Austrian *Länder* on projects within the framework of the European Union concerning the types of projects from 1993–2008

Types of projects	Number
Proposals of directives of the EU	31
Comments on administration and implementation of EU law	11
Comments on planned decisions or measures to be taken of the EU	15
Negotiations on Austria's accession to the EU	3
Negotiations on enlargement of the EU	3
Other projects of the Commission ('green books', 'white books'...)	3
Proposals of regulations of the EU	4
Austrian position to conferences of the governments of the EU	2
Procedures before the Court	2
Treaties with the EU	1
Total	75

Table 2. Unanimous statements of the *Länder* on projects within the framework of the EU concerning fields of regional politics

Agendas	Number
Environment/waste disposal	17
Nature protection	19
Economics, fundings, social services of general interest	9
Animal protection	5
Town- and Country-planning	5
Freedom of residence	4
Acquisition of real estates	3
Fundamental positions (e.g. on conferences of the governments of the EU)	3
Technical regulations (e.g. on fields of building law)	2
Culture	2
Social politics	4
Sports	1
Tourism	1
Total	75

The *Länder* can also participate directly in EU negotiations. If issues within their legislative realm are discussed, the government may include a *Länder* nominee in the Austrian delegation. This rep-

representative may, however, only act in cooperation with the responsible member of the government (see Art. 23d par 3 B-VG).

In practice, the participation of a so-called common representative of the *Länder* in the Council has no relevance. The participation of representatives of the *Länder* in the Austrian delegation within working groups of the Council is much more important.

It needs to be mentioned that the statements of the *Länder* regarding EU matters are in most cases elaborated within the governments and without any participation of the state parliaments. We can therefore state that Europeanization in Austria has led to a strengthening of the position of the state governor vis-à-vis the federal government and has weakened the position of the state legislatures. The latter have to implement European law into the state legal system without participating in the European decision-making process in the same way as the state governments. Although the *Landtage* have established committees for European matters they have not been able to gain much influence with regard to European legislation. This is even the case in states in which the state government is obliged to inform the *Landtag* about projects of European integration (Burgenland, Upper Austria, Salzburg, Styria, Tyrol and Vorarlberg).

It is also important to note that until today there are no institutional and only few informal connections to the Federal Council in European matters. The reason is that the Federal Council, contrary to the National Council, disposes of no effective instrument to submit binding comments to the federal government. The Federal Council is allowed to formulate binding comments only if EU law must be implemented by a modification of the Federal Constitution which would reduce the competencies of the *Länder* in legislation or execution.

Another aspect is the question of application and implementation of EU law in the *Länder*. As EU law normally relates to the spheres of competences of both the national level and the regions, problems of application and implementation of supranational law are usually greater for federal states, because in these systems the legislative competencies are divided between the level of the federal government or the state on the one hand and the sub-national units on the other hand.

Given the size of the country, which is smaller than the German state Bavaria, this procedure is considered to be rather expensive and complicated. Additionally, sceptics blamed the federal system for Austria's mediocre implementation results. However, several analyses by the Institute of Federalism have shown that in most cases it was the federal government and not the *Länder* which caused the delay. The same result occurred with regard to judgements of the European Court against Austria: in most of the cases it was bad execution of EU law by federal agencies which caused these legal proceedings. Despite the results that refute the afore-mentioned assumptions, there are a lot of critics who complain about the Austrian federal system in the light of European integration.

Matters in which the *Länder* have lost political influence and powers were mainly the regulatory laws on the real estates, environmental politics, nature and landscape protection or public contracts.

Since 1995 the federal government only deviated from a uniform statement by the *Länder* in EU matters in three cases. In addition, these cases were not very important for regional politics, concerning some aspects of animal protection in zoos, information on environmental matters and waste disposal. This fact indicates that there haven't been any serious conflicts between the federal government and the *Länder* in the past with regard to European matters. We can also say that there have been no cases in which the *Länder* have seen the EU as an ally against the national government.

4.2. Bureaucracy and Federalism

Austria has still as a "heritage" of the Austrian – Hungarian Empire comparatively wide-ranged bureaucratic staffs in the Federal Ministries. Federal execution play also an important role in the *Länder*: There are many federal agencies and authorities in the *Länder*, for example for workers protection, school administration or public security. Also the whole labour market service is task of federal legislation and direct federal administration.

This means not only that also administration in Austria is rather centralized, but also that federal bureaucracy usually objects to projects

of decentralization, in special in respect of transferring more power to the *Länder* and its authorities.

On the other hand there are Land bureaucracies which are usually not interested in more federalization, because it would need more responsibility and accountability of their taken actions. As a result of this situation, in which no one is really interested in change, bureaucracy in Austria tends to preserve existing institutions and works as an obstacle towards far-reaching of reforms of Austrian federalism.

4.3. Attitudes of Austrian Society towards Federalism

In contrast to other federal systems (notably Canada, Switzerland or the USA), Austria is usually described as a homogenous society in the comparative literature, where there are no permanent ethnic, religious or other cleavages on a regional basis.¹¹ The former polarization between the centre and the states as well as between the states has meanwhile given way to folkloristic stereotypes, and due to social and economic modernization regional sub-cultures, local life styles and milieus have largely eroded.

Because of the federal character of the political system the political elites at the state level – more so than the economic elites – support regional self-government, all the more as the formal competencies of the *Länder* are rather weak compared to other federal systems. However, their permanent demands to get more competencies is usually not supported by federal politicians, and this holds true for the Austrian People's Party (*Österreichische Volkspartei*, ÖVP), which claims to be the most federally-oriented of all the major parties, as well.

4.4. Structures of the Party System

In Austria, no distinct party systems exist at the state level. With three exceptions (1945 in Carinthia, 1954 in Lower Austria and 1969

in Vienna), only the state organizations of national parties have won seats in the state parliaments (*Landtage*) so far. A comparative study of five federal systems (Australia, Belgium, Germany, Canada and Austria) came to the conclusion that in Austria the adaptation of sub-national parties and party systems to the structures of the federal system was the least intensive.¹²

In general, the state party organizations enjoy a relatively large organizational autonomy versus their national headquarters. Public financing of parties at the state level (if we add together all nine states) is even higher than at the national level. In case of government participation, the state parties also have access to the administrative resources of the state governments.¹³ The exact degree of autonomy of the sub-national units depends on the type of party, though. In the more federalized Austrian People's Party (*Österreichische Volkspartei, ÖVP*) intra-party power has been decentralized from 1945 onwards, with the state organizations with the highest membership (above all Lower Austria with about 40 percent, but also Upper Austria and Styria) playing leading roles. In the more centralized Social Democratic Party of Austria (*Sozialdemokratische Partei Österreichs, SPÖ*), the Viennese party organization, with a long tradition of ruling the capital and comprising about 26 percent of the members of the party, is the dominant intra-party group. The Freedom Party of Austria (*Freiheitliche Partei Österreichs, FPÖ*) was organized in a decentralized way until the 1980s, with the organizations of Upper Austria, Carinthia and Styria being most powerful. After Jörg Haider had been elected party chairman in 1986, however, the state party organizations lost influence dramatically. In the Green party, it is the parliamentary faction which dominates intra-party decision-making, but especially the Viennese party organization has to be taken into account (in 2003, e.g., it was able to stifle the rather promising coalition negotiations with the ÖVP).

The party systems at the national and state level form joint arenas. The 'national' trend in voter attitudes since the mid-1980s, char-

12. See nearer Peter Bußjäger/Franz Fallend, *Country Report Austria, Project of Bertelsmann Foundation "Optimizing multi-level-Governance*. Publication in preparation for 2010 by Bertelsmann Foundation.

13. Franz Fallend, "Bund-Länder-Beziehungen ". In Herbert Dachs (ed.) *Politik in Österreich: Das Handbuch*, Vienna, Manz Verlag, 2006, p. 1036.

acterized by rising political disaffection and protest against the 'collusion' and corruption of the SPÖ-ÖVP coalition government (between 1987 and 2000), affected the states, too. Similar to the federal level, the former two-party systems in the *Länder* were transformed into multi-party systems. However, there still exist distinct voting patterns at the state level. At present, in four *Länder*, the ÖVP dominates (Lower Austria, Upper Austria, Tyrol, Vorarlberg), in four the SPÖ (Vienna, Burgenland, Salzburg, Styria), and in one (Carinthia) the FPÖ.

In the *Länder* of Burgenland, Carinthia, Lower Austria, Upper Austria and Styria, the governments are composed according to the *Proporz* principle, i.e., they are not based on free majority-building in parliament.

Office-holding in the states is rather popular, which is indicated by the rather low percentage of members of state governments who move up into the federal government. In the period between 1945 and 1987 only 14 percent of federal government members were recruited from state governments. In 2008 for example the Federal Minister for internal affairs Günther Platter resigned from this function to take over the office as Land Governor of Tyrol.

4.5. Constitutional Autonomy of the *Länder*

Articles 10-15 of the Federal Constitution regulate the separation of legislative and executive powers between the Federation and the members. Because Federal and *Länder* statutes have the same rank, if one legislature enacts a statute that contradicts the constitutional distribution of powers, it remains valid until annulled by the Constitutional Court. In terms of the distribution of powers, four possibilities exist: (1) exclusive *Bund* (Federal) legislation and execution, (2) *Bund* legislation and *Länder* execution, (3) fundamental legislation by the *Bund*, with enabling legislation and execution by the *Länder*, and (4) exclusive *Länder* legislation and execution. Although the *Länder* enjoy residual powers in areas not expressly assigned to the Federation, the latter exercises the most important powers as enumerated in article 10 of the Constitution.

Because constitutional autonomy is one of the central elements of the Federal principle, each of the nine *Länder* has its own constitu-

tion. Yet although the nine *Länder* have their own legal systems and enjoy relative constitutional autonomy, this autonomy is of course limited by the powers of the Federal government. In addition, there is some pressure toward homogeneity among the *Länder* constitutions, because they are supposed to harmonize with the Federal Constitution and commonalities among the *Länder* constitutions facilitate such harmonization.

Since the early 1980's, after a long period of inactivity, various reforms of the *Länder* constitutions have been introduced. Reform efforts began with deep reaching changes in the constitution of Vorarlberg in 1984 and with debates about constitutional reform in Styria at the same time. Other *Länder*, including Tyrol, Salzburg, and Upper Austria, followed within 15 years with important modifications of their constitutions. But also in the other *Länder* various modernizations of the *Länder* constitutions took place. These amendments have included the establishment of more mechanisms for direct democracy, the introduction of goals for state activity, and an expansion of the range of instruments, such as public auditing, for supervision of the operation of government. Some observers¹⁴ have also noted a "wider self-consciousness" among the *Länder* to make use of the constitutional space available to them. Coinciding with this was a change in the common understanding of the role of *Länder* constitutions among legal scholars and practitioners. *Länder* constitutions were no longer seen as subservient to the Federal Constitution but instead seen as the basic law within the various *Länder*. This changed understanding, however, raised a new question about the scope of constitutional autonomy for the *Länder*.

According to Art. 99 B-VG, the *Länder* constitutions may not "affect" the Federal Constitution. This provision safeguards homogeneity between Federal and *Land* constitutional law. In the past, there was extensive debate about the meaning of this provision. However,

14. Friedrich Koja, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder*, Vienna, 1988, p. 23; Joseph Marko/Klaus Poier, *Die Verfassungssysteme der Bundesländer: Institutionen und Verfahren repräsentativer und direkter Demokratie*, in : Dachs (ed.), *Politik in Österreich. Das Handbuch*, Vienna, Manz Verlag, 2006, p. 943-958. Richard Novak, *Die relative Verfassungsautonomie der Länder*, in: Rack (ed.), *Landesverfassungsreform (1982)*, pp. 35-49; Peter Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2004, pp. 459-482.

the Constitutional Court has clarified matters, for many years ruling that “affect” means that subnational constitutions may not contradict the Federal Constitution.¹⁵ This means that the constitutional autonomy of the *Länder* resulting from Art. 15 para. 1 B-VG, in that all competencies in legislation or administration that are not explicitly transferred to the federation remain within the autonomous field of the *Länder*, has its limits in the fundamental principles of the Federal constitution on the one hand and in explicit provisions of the Federal Constitution on the other. This implies that the *Länder* constitutions may codify anything insofar as it does not contradict Federal constitutional law.

The Federal Constitution provides a general framework that is applicable to both the Federation and the nine *Länder*. This framework is not only based on the fundamental constitutional principles such as democracy, republicanism, the rule of law, and human rights, but also on certain constitutional provisions of a more general character, such as the duties of administrative bodies or the structure of state organization.¹⁶ Therefore scholars have characterized the constitutional autonomy of the Austrian *Länder* as a “relative constitutional autonomy.” Consequently, Art. 99 B-VG serves as a specific rule for the homogeneous relationship between Federal and *Länder* constitutional law.¹⁷ On ground of this rule a certain standard of fundamental rights or democratic instruments is guaranteed.

The Austrian Federal Constitution – unlike those in Germany, Switzerland, and the United States, for example – regulates in detail the structure and operation of subnational governments. Art. 95 B-VG mandates the same principles for state parliamentary elections as for elections on the Federal level (principles of common, equal, secret, and direct elections). Art. 96 B-VG states that the status of the deputies of the *Landtage* may not deviate from the status of the deputies to the National Council. Other provisions prescribe legislative procedure in the *Länder* (e.g., Art. 97 B-VG).

15. See VfSlg 5676/1968; 9547/1982.

16. See also Anna Gamper, “The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court’s Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg”, in: Peter Bußjäger/Anna Gamper (eds.), *The homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Vienna, Braumüller Verlag, 2003, p. 126.

17. Gamper, *Principle*, 2003, p. 134.

Art. 101 B-VG requires that the *Land* government has to be elected by the Land parliament and consist of a governor, his representatives, and other members. The Federal Constitution also contains special regulations for the capital Vienna, due to its dual status as state and municipality, as well as detailed regulations for the institutional structure and operation of municipalities. According to Art. 117 B-VG, there must be a municipal council that is elected on the basis of proportional representation, a mayor who may – depending on the respective *Land* constitution – be elected directly by the people, and an executive body, the *Gemeindevorstand*. The Federal Constitution authorizes the *Länder* to allow municipalities to make use of direct democracy, such as initiatives and referenda, to the municipal level. Art. 118 par. 2 B-VG includes a definition of local self-government along the lines of the subsidiary principle. Par. 3 enumerates those matters for which local self-government is guaranteed.

Austria's subnational constitutions are quite uniform in their regulation of the structure of *Land* governments and the procedures by which they operate. This is hardly surprising, because these provisions largely predate the recent reforms of *Länder* constitutions discussed above. There are no bicameral systems on the *Länder* level, and the election of the *Landtage* is based on the same electoral principles as the election of the National Council (Art. 95 B-VG). The Federal Constitution basically determines the selection, composition, and role of the *Länder* parliaments, but the *Länder* constitutions supply detailed provisions for the selection and composition of the legislature that supplement those found in the Federal Constitution. *Länder* constitutions also regulate the internal structures of the *Länder* parliaments, i.e. party factions, standing committees, and instruments of political and financial control of the executive (e.g., the right of interpellation, the appointment of investigative committees, and the vote of no-confidence, as well as audit offices of the *Länder*). Because of its obvious political importance, *Länder* constitutions address in great detail the election of the government by the *Land* parliament. *Länder* constitutions also provide for various instruments of direct democracy, and they regulate the use of "authorizations" of the Federal Constitution. For instance, one-third of the deputies of a state parliament may request judicial review of *Land* legislation before the Constitutional Court (Art. 140 para. 1 und 3 B-VG). Furthermore, *Land* parliaments have to be informed on all EU matters

that fall into the competence of the *Länder* and have the right to adopt binding opinions on those matters. The constitutions also repeat provisions of the Federal Constitution, such as the right to conclude international treaties.¹⁸

The most important differences as far as governmental structures are concerned are the rules on the composition of the executive body, the state government. After 1945, seven of the nine *Länder* constitutions – all but those of Vorarlberg and Vienna – provided for proportional representation. These constitutions were based on a power-sharing model under which the political parties – in particular the conservative People's Party, the Social Democratic Party, the national-liberal Freedom Party, and the Greens – could appoint members of the government based on their share of the popular vote. Moreover, in Burgenland, Carinthia, Lower Austria, Upper Austria, and Styria, the parties secured the right that only the candidates nominated by them are elected insofar as only they have the right for nomination and only those votes cast are valid that are cast for their nominees (the so-called "*Fraktionswahl*"). This mechanism, which in practice has transformed the election into an appointment process for the various parties, has nonetheless been accepted by the Constitutional Court (VfSlg 12.229/1989). An important element of competition does remain in the election of the governor which is, under all *Länder* constitutions, based on a majority vote.

Like Vienna in 1921 and Vorarlberg in 1923, Salzburg and Tyrol modified their constitutions at the end of the 1990s in order to accommodate the election of their state governments by a majority rather than a proportional voting system. Thus, since 1998 there are four *Länder* with majority governments: Vorarlberg (since 1923), Vienna (since 1921), Salzburg and Tyrol. These reforms were meant to spur political competition, but it is debatable whether this goal was actually achieved. This might be why other *Länder* have thus far retained their systems of proportional representation.

This survey of constitutional developments in the Austrian Federal system has demonstrated the increasing importance of

Länder constitutions. While these constitutions only played a minor role for many years, this began to change in the early 1980s, with the recognition that *Länder* constitutions could be venues for innovation and policy or institutional experimentation. The effects of changes in *Länder* constitutions have been felt within the borders of the various *Länder*, beyond the borders of individual *Länder* as innovation in one *Länd* has encouraged emulation and experiment through the processes of horizontal federalism, and – to some extent – even at the Federal level. For example, the decision to lower the voting age to 16, whereby nearly every citizen has the right to vote in all elections and referenda on the Federal, Land or municipal level, was enshrined in the Federal constitution as a result of learning from experiments undertaken in various *Länder* since the 1990s.

However, reforms on the *Länder* level should not be overestimated. The Federation still plays the dominant role in the Austrian political system, and the Federal constitution's restrictions on state constitutional space do not allow for deep-rooted reforms such as the change from proportional to majority voting in elections to *Länder* parliaments. To sum up, in recent decades reform has proceeded at the *Länder* level on a step-by-step basis, while at the Federal level efforts at constitutional reform have failed. One reason is that the Federal reform projects are very general and aim to realize deep structural changes in the Federal system. Another reason is the fact that Austria is what Jan Erk has called "a Federation without federalism".¹⁹ The Austrian citizens want to have both strong regional entities and a uniform legal system. While the first is an essential element of federalism, the latter is incompatible with the concept of federalism. As long as Austrian politics and society are unable to overcome this paradox, all deep reaching reform projects are likely to fail. Only reform projects in specific matters, such as administration of education or administrative courts in the *Länder* seem to have a certain chance to get realized.

19. Jan Erk, "Austria: A Federation without Federalism", *Publius: The Journal of Federalism*, Volume 34, No. 1 (2004), pp.1-20.

5. Summary: Perspectives of Austrian Federalism

5.1. Capacity to Redress the Territorial Balance

After Austria's accession to the EU and the failure of the 'Structural reform of competencies' in the years 1993 and 1994 there have been no attempts to compensate the *Länder* for their loss of competencies. Since then the paradigm has changed. Various competencies have been transferred to the federal level, but in turn the *Länder* have not been compensated. None of the *Länder* was successful in exercising influence on the federal government.

In the last years there have not been any significant conflicts between the *Länder* and the federal government in EU-matters. The procedure for the participation of the *Länder* in the European decision-making process works well. In case of conflicts, however, the federal government would be in the stronger position for there are no judicial procedures for the resolution of such conflicts.

5.2. Capacity to Reconcile Regional Diversity and National Coherence

As stated above, the procedure of regional participation in EU decision-making works well with the exception of that the possibility to send a common representative of the *Länder* into the debates and negotiations in the Council, who would also represent the Republic as a whole, has never got effective. There are informal instruments of coordination within the executives of the *Länder* which allow them to react in time and to represent the *Länder's* position in the working groups on the European level (in practice, the *Landtage* are excluded from the decision-making process).

In the ranking of EU law implementation among EU member states, Austria is presently occupying an average position. In the past Austria was sometimes located at the bottom of the list. Sceptics blamed the federal system for Austria's mediocre implementation results. Several analyses of the Institute of Federalism have shown, however, that the delay was caused by the federal government and not by the *Länder*. The same is true with respect to judgements by the European Court of Justice: in most of the cases it was bad execu-

tion of EU law by Austrian federal agencies which caused the legal proceedings.

5.3. Adaptiveness of the Distribution of Powers

The failure of the structural reform of the federal state in 1994 has led to a standstill in reforms of Austria's federal system. In the following years, the *Länder* have only succeeded to improve their position with regard to the Pact of Consultation and the Pact of Stability. In addition, the restrictions concerning the competencies for civil servants of the *Länder* and the municipalities were lifted in 1999, paving the way for bureaucratic reform in the *Länder*. The leaders of the reform endeavors have been the states of Vorarlberg and Upper Austria.

On the other side, the *Länder* lost their legislative competencies for contracting law for public mandates in 2002 and for animal protection (with the exception of hunting and fishing) in 2004. The federal government argued that these matters had been heavily Europeanized and therefore needed to be transferred to the national level. However, the federal laws that have been passed ever since do not seem to be more efficient.

5.4. Reform of Financial Responsibilities

In summary the professionals are in the opinion that the Financial Constitution and the Fiscal Equalisation between Federation, *Länder* and Municipalities needs a bottom-up reform. The main reasons are that the existing rules got quite complex in the course of time. The primary goal of the current Fiscal Equalisation is the distribution and not the optimal allocation.

The *Länder* are reliant on the transfer payments of the federal level, but it would be better to place the responsibility to the *Länder*. Fiscal federalism could be an option, but this would need a far-reaching reform of the financial constitution bringing more autonomy for the Land jurisdictions and more differences into Austrian federalism. Until now there we cannot recognize any real drive for reforms in this direction.

5.5. Empowerment of *Landtage*

The *Landtage* are obliged to implement European law into the legal systems of the *Länder*. Their autonomy is strictly limited in case the framework setting of the EU is very narrow. In addition, the *Landtage* have no capacity to emancipate themselves from the dominance of the executives thus turning law-making of the parliaments into an exclusively procedural act. In case EU regulations, which are directly binding on the member states, conflict with the legal systems of the states, the law is basically changed without the participation of the state parliaments.

Although the *Landtage* have established specialised committees for European matters these committees and even the state parliaments were not able to gain influence with regard to European matters. This is also true for those states in which the government is obliged to inform the *Landtag* about European matters (Burgenland, Upper Austria, Salzburg, Styria, Tyrol and Vorarlberg). This is because the state parliaments do not dispose of financial and human resources in order to compete with the state executives.

In this context it is interesting to note that there is neither an institutional nor an informal connection between the state parliaments (or the state governments) and the Federal Council with regard to European matters. In contrast to the National Council the Federal Council cannot submit binding statements to the federal government and can therefore be ruled out as cooperation partner of the states.

6. References

BUSSJÄGER, Peter, "Experts Tackle the Constitution", in: *Federations* June/July 2007, pp. 30-31.

———, "Local government cooperation in Austria: Options and benefits for the communities", in: Bertus de Villiers (ed.), *Crossing the Line: Dealing with Cross-Border Communities*, Johannesburg, 2009.

BUSSJÄGER, Peter/LARCH, Daniela, *Landesgesetzgebung und Europäisierungsgrad*, Innsbruck: Institut für Föderalismus, 2004.

ERK, Jan, "Austria: A Federation without Federalism", *Publius: The Journal of Federalism*, Volume 34, n°. 1 (2004), pp. 1-20.

GAMPER, Anna, *Legislative und Executive Federalism in Austria*, Vienna: Braumüller Verlag, 2004.

——, "The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg", in: Peter Bußjäger/Anna Gamper (eds.), *The Homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Vienna, Braumüller Verlag, 2003, pp. 125-139.

KOJA, Friedrich, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder*, Vienna, 1988.

MARKO, Joseph, *Federalism, Sub-national Constitutionalism, and the Protection of Minorities*, at <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/subpapers/marko.pdf>.

MARKO, Joseph/POIER, Klaus, "Die Verfassungssysteme der Bundesländer: Institutionen und Verfahren repräsentativer und direkter Demokratie", in: Dachs (ed.), *Politik in Österreich* (2006), pp. 943-958.

NOVAK, Richard, "Die relative Verfassungsautonomie der Länder", in: Rack (ed.), *Landesverfassungsreform*, Vienna, Böhlau Verlag, 1982, pp. 35-49.

PERNTHALER, Peter, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2004, pp. 459-482.

ROSNER, Andreas, "Drei Rechtsfragen der Mitwirkung der Länder in Angelegenheiten der europäischen Integration", in: Peter Bußjäger/Andreas Rosner, *Mitwirken und Mitgestalten – Europa und die österreichischen Länder*, Wien, Braumüller Verlag, 2005, pp. 62-67.

ABSTRACT

The following article describes current challenges of Austrian federalism. On ground of the Federal Constitution from 1920 Austria is a federation with nine autonomous *Länder*. Federalism is one of the basic principles of the constitution. Nevertheless the *Länder* are faced with centralizing drive due to Europeanization and unitarism. On the other hand the *Länder* have a strong regional identity. The *Länder* are emotionally deeply rooted in the Austrian population. The *Länder* also participate well in the decision making process on European level.

Nevertheless the division of competencies both in legislation and administration between Federation and *Länder* is complicated and needs to be modernised. In the past various reform projects on federal level had failed while various reforms in the *Land* constitutions have led to more innovation on *Land* level. Despite these facts paradigms of reform debates on Austria's federal system have changed: Until the early nineties of 20th century constitutional reforms aimed to strengthen the role of the *Länder*. Since Austria's accession to the EU reform projects the efficiency of the federal structures of Austria are doubted. Economical and financial crisis probably will increase the pressure for structural reforms.

Key words: Europeanization; Federal Constitution; constitutional autonomy; financial constitution; National Council; Federal Council; Landtage; Municipalities.

RESUM

Aquest article descriu els problemes actuals del federalisme a Àustria. D'acord amb la Constitució federal de 1920, Àustria és una federació amb nou *Länder* (comunitats autònomes), i el federalisme és un dels principis bàsics d'aquesta constitució. Tanmateix, els *Länder* afronten ara tendències centralitzadores, a causa de l'eupeïtzació i l'unitarisme. D'altra banda, tenen una forta identitat regional i estan sentimentalment molt arrelats en la població austríaca. A més, és important la participació dels *Länder* en el procés de presa de decisions en l'àmbit europeu.

Tot i això, la divisió de competències entre la federació i els *Länder* quant a legislació i administració és complicada i cal que es modernitzi. En el passat, hi ha hagut diversos projectes de reformes en l'àmbit federal que han fracassat, mentre que diverses reformes en les constitucions dels *Länder* han dut més innovacions en el marc dels mateixos. Tanmateix, els paradigmes del debat de reforma del sistema federal austríac han canviat: fins a principis de

la dècada dels noranta del segle XX, les reformes constitucionals pretenien reforçar el paper dels *Länder*; des de l'entrada d'Àustria als projectes de reforma de la UE, es posa en dubte l'eficàcia de les estructures federals austríaques. Segurament, la crisi econòmica i financera augmentarà la pressió per endegar reformes estructurals.

Paraules clau: europeïtzació; constitució federal; autonomia constitucional; constitució financera, consell nacional; consell federal; parlaments autonòmics (*Landtage*), municipis.

RESUMEN

El presente artículo describe las dificultades actuales del federalismo en Austria. De acuerdo con la Constitución Federal de 1920, Austria es una federación de nueve *Länder* (comunidades autónomas), y el federalismo es uno de los principios básicos de esta constitución. Sin embargo, los *Länder* afrontan ahora tendencias hacia el centralismo, a causa de la europeización y el unitarismo. Asimismo, los *Länder* representan una fuerte identidad regional y están muy arraigados sentimentalmente en la población austríaca. Además, tienen un papel importante en la toma de decisiones en el ámbito europeo.

No obstante, la división de competencias entre la federación y los *Länder* en lo referente a la legislación y la administración es complicada y necesita ser modernizada. En el pasado, han fracasado varios proyectos de reforma en el ámbito federal, mientras que varias reformas en las constituciones de los *Länder* han propulsado más innovaciones en el marco de los propios *Länder*. Sin embargo, los paradigmas de los debates de reforma en el sistema federal austríaco han cambiado: hasta principios de los años noventa del siglo xx, las reformas constitucionales pretendían reforzar el papel de los *Länder*; desde la entrada de Austria en los proyectos de reforma de la UE, se duda de la eficacia de estas estructuras federales austríacas. Asimismo, la crisis económica y financiera probablemente aumentará la presión para reformas estructurales.

Palabras clave: europeización, constitución federal, autonomía constitucional, constitución financiera, consejo nacional, consejo federal, parlamento autonómico (*Landtage*), municipios.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Antonio Arroyo Gil

Letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local, y profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

*A mi madre,
in memoriam*

SUMARIO: Introducción. – 1. La reforma tras la reforma. – 2. Razones, objetivos y finalidad de la reforma. – 3. Contenido de la reforma. – 3.1. Introducción de un límite a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder* (Artículos 109, 115 y 143d GG). – 3.1.a) Artículo 109.3 GG. – 3.1.b) Artículo 115 GG. – 3.1.c) Artículo 143d GG. – 3.2. Creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria (Artículo 109a GG). – 3.3. Cooperación de la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información (Artículo 91c GG). – 3.4. Otras modificaciones de la Ley Fundamental (Artículos 91d y 104b.1 GG). – 4. Valoración global de la reforma. – *Resumen-Resum-Abstract.*

Introducción

Decíamos ayer, a propósito de la reforma constitucional del federalismo alemán que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006, que

Artículo recibido el 9/12/2009; aceptado el 27/01/2010.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-14235) sobre “Las reformas de los sistemas descentralizados” (Investigador principal: Prof. Dr. D. Tomás de la Quadra-Salcedo Janini).

“una modificación profunda de las relaciones de poder entre los centros principales de decisión política a nivel federal y de *Land*, para ser efectiva, ha de venir acompañada de una revisión, igualmente seria, de los instrumentos de financiación, pues, de lo contrario, los propósitos que se perseguían con aquélla se pueden ver completamente frustrados”.¹

Y anunciábamos ya que, en efecto, esa reforma de la llamada Constitución financiera germana había comenzado su andadura con el acuerdo adoptado por la Dieta Federal o *Bundestag* y el Consejo Federal o *Bundesrat*, en sendas sesiones de 15 de diciembre de 2006, por el que se decide establecer una comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, la conocida como *Comisión sobre el Federalismo II*.²

Compuesta por treinta dos miembros con derecho a voto (dieciséis de la Dieta Federal y dieciséis del Consejo Federal), en la Comisión se integran también cuatro representantes de las Dietas o Parlamentos de los *Länder*, con derecho de petición e intervención, pero sin derecho a voto, posibilitándose asimismo la participación de los municipios a través de los representantes de las tres principales aso-

1. Antonio Arroyo Gil, *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52ª. Ley de Modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, prólogo de Juan José Solozábal Echavarría, Colección Con(Textos)A, núm. 11, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009, pp. 126 y ss.

2. Sobre las condiciones históricas que motivaron la constitución de esta Comisión, el desarrollo de sus trabajos y los fines y objetivos a alcanzar, puede verse el conjunto de las contribuciones recogidas en el número monográfico de la revista *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, 2, 2008 (editada por Joachim Jens Hesse), dedicado precisamente a la modernización de las relaciones financieras en el seno del Estado federal alemán (segunda reforma del federalismo). En concreto, son las siguientes: Joachim Jens Hesse, “Kleinster gemeinsamer Nenner? Die Föderalismusreform II vor der Entscheidung”, pp. 193 ss.; Joachim Wieland, “Die Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung: historische Voraussetzungen und aktueller Handlungsbedarf”, pp. 204 y ss.; Christian Calliess, “Innovationsföderalismus als Voraussetzung von Finanzverantwortung der Länder”, pp. 227 y ss.; Peter M. Huber, “Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitidee der Föderalismusreform”, pp. 255 y ss.; Martin Burgi, “Zukunftsfähige Kooperationen trotz Entflechtung und staat Hochzonung: ein Auftrag für die Föderalismusreform II”, pp. 281 y ss.; Utz Schliesky, “Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz”, pp. 304 ss.; Hans-Peter Schneider, “Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus: Chancen und Risiken der Landesparlamente”, pp. 331 ss., y Hans Günter Henneke, “Kommunalspezifische Fragen im Rahmen der Föderalismusreform”, pp. 356 y ss.

ciaciones locales.³ Los treinta y dos miembros de pleno derecho son todos del máximo nivel institucional (entre ellos, cuatro Ministros federales, diez Ministros-Presidentes de *Land* y los tres Alcaldes de las Ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo), lo que ofrece una idea muy aproximada de la trascendencia que se le quiso dar desde un comienzo a la labor de esta *Comisión sobre el Federalismo II*.

La misma se constituyó el 8 de marzo de 2007, pudiendo presentar sus Presidentes (a la sazón, Peter Struck, Presidente del Grupo Parlamentario del Partido Social-Demócrata –SPD–, por parte del *Bundestag*, y Günther Oettinger, Ministro-Presidente de Baden-Württemberg, de la Unión Cristiano-Demócrata –CDU– por parte del *Bundesrat*) una propuesta completa de reforma constitucional y legal el 5 de marzo de 2009,⁴ que fue aprobada mayoritariamente por 26 de los 31 miembros presentes de la Comisión, produciéndose tres votos en contra (de los grupos políticos Alianza 90, Los Verdes y La Izquierda, y del *Land* de Mecklenburg-Vorpommern) y dos abstenciones (de la Ciudad-Estado de Berlín y del *Land* de Schleswig-Holstein). Propuesta que, tras ser tomada en consideración por el Gobierno federal, inició su

3. La participación de los municipios a través de los representantes de sus tres principales asociaciones en el seno de la *Comisión sobre el federalismo II*, aunque limitada, ha tenido su importancia. No han faltado las ocasiones en que los mismos han podido plantear sus propuestas en relación con aquellas cuestiones financieras que les afectan de manera más directa, algo que resulta, por otra parte, perfectamente razonable, dado que una reforma constitucional de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* inevitablemente acabará teniendo algún tipo de efecto en el nivel municipal de gobierno y administración. Vid. Kdruck. 4 – Deutscher Städte- und Gemeindebund – *Zehn Erwartungen der Städte und Gemeinden zur Föderalismusreform II* (22.03.2007); Kdruck. 84 – Deutscher Städtetag – *Kommunale Aspekte in der Föderalismusreform II – Stellungnahme des Deutschen Städtetages zu dem Themen Finanzen und Modernisierte Formen der Zusammenarbeit im Bundesstaat* (31.10.2007); Kdruck. 85 – Deutscher Städtetag – *Antwort des Deutschen Städtetages auf finanzstatistische Fragen von Herrn Volker Kröning, MdB*; Monika Kuban, Ständige Stellvertreterin des Hauptgeschäftsführers (16.11.2007); Kdruck. 86 – Deutscher Städte- und Gemeindebund – *Finanzstatistische Daten der Kommunen – Antwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes auf finanzstatistische Fragen von Herrn Volker Kröning, MdB*; Helmut Dedy, Stellvertr. Hauptgeschäftsführer des DStGB (23.11.2007); Kdruck. 89 – Deutscher Landkreistag – *Finanzsituation der Kreise – Antwort des Deutschen Landkreistages auf die Frage von Herrn Volker Kröning, MdB*; Hans Jörg Duppré, Präsident des Deutschen Landkreistages (04.12.2007); Kdruck. 140 – *Beschlüsse der 370. Sitzung des Präsidiums des Deutschen Städtetages zum Stand der Beratungen in der Föderalismuskommission – zugeleitet von Herrn Christian Ude, Präsident des Deutschen Städtetages* (06.10.2008); Kdruck. 164 – *Stellungnahme des Deutschen Städtetages zu den Vorschlägen der Föderalismuskommission II vom 05.02.2009* (11.02.2009).

4. <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs174.pdf>

tramitación parlamentaria a fines de marzo con la primera lectura de la misma en la Dieta Federal, concluyendo todo el proceso con la aprobación de los proyectos de ley de reforma constitucional y de ley de acompañamiento el 29 de mayo en la Dieta Federal y el 12 de junio de 2009 en el Consejo Federal.

Las productos legislativos resultantes de este proceso son, en efecto, la Ley de modificación de la Ley Fundamental (Artículos 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115 y 143d), de 29 de julio de 2009, que entró en vigor el 1 de agosto de 2009, por un lado, y la Ley de Acompañamiento de la Segunda Reforma del Federalismo, de 10 de agosto de 2009, por el otro, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 18 de este mismo mes, en virtud de la cual se aprueban nuevas leyes y someten a modificación otras tantas leyes y reglamentos relacionados con las finanzas federales y de *Land*.⁵

1. La reforma tras la reforma

Antes de proceder al estudio y análisis de la reforma constitucional de 2009, objeto principal de atención en este trabajo, conviene subrayar, en primer lugar, que algunos de los aspectos de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* habían sido ya objeto

5. En concreto, a través de esta Ley de Acompañamiento de la Segunda Reforma del Federalismo son aprobadas las siguientes nuevas leyes: Artículo 1: Ley sobre el Establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la Prevención de Situaciones de Emergencia Presupuestaria – *Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen*; Artículo 2: Ley para la Aplicación del Artículo 115 de la Ley Fundamental (= GG) – *Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes*; Artículo 3: Ley sobre la Concesión de Ayudas a la Consolidación – *Gesetz zur Gewährung von Konsolidierungshilfen*; Artículo 4: Ley sobre la Conexión de las Redes Tecnológicas de Información de la Federación y los *Länder* – Ley sobre la Aplicación del Artículo 91c apartado 4 de la Ley Fundamental – *Gesetz über die Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der Länder – Gesetz zur Ausführung von Artikel 91c Absatz 4 des Grundgesetzes*; Artículo 5: Ley del Registro Federal de Datos sobre Cáncer – *Bundeskrebsregisterdatengesetz*. Y son modificadas las siguientes leyes y reglamentos: Artículo 6: Ley de Administración Financiera – *Finanzverwaltungsgesetz*; Artículo 7: Ley de Compensación Financiera – *Finanzausgleichsgesetz*; Artículo 8: Ley del Impuesto sobre la Renta – *Einkommensteuergesetz*; Artículo 9: Reglamento de Aplicación del Impuesto sobre la Renta – *Einkommensteuer-Durchführungsverordnung*; Artículo 10: Ley del Impuesto de Seguros – *Versicherungsteuergesetz*; Artículo 11: Reglamento de Aplicación del Impuesto de Seguros – *Versicherungsteuer-Durchführungsverordnung*; Artículo 12: Ley del Impuesto sobre la Protección contra Incendios – *Feuerschutzsteuergesetz*.

de modificación con ocasión de la reforma constitucional de 2006, si bien es cierto que con un alcance muy limitado.⁶

Así, más allá de la supresión de determinados supuestos de financiación mixta en el ámbito de las tareas comunes obligatorias (antiguo apartado 1 del art. 91a.1 GG), de la consagración constitucional de un pacto de estabilidad nacional como reflejo de la exigencia de la normativa comunitaria a este respecto (art. 109.5 GG) y de la regulación expresa en la Ley Fundamental del Reparto de las Cargas entre la Federación y los *Länder* en el caso de lesión de las obligaciones de carácter supranacional e internacional (art. 104a.6 GG), las modificaciones que tuvieron lugar en el terreno de la Constitución financiera, orientadas en su mayoría, al igual que todas las demás, a la consecución de los objetivos de desconcentración, clarificación de las responsabilidades y potenciación de la autonomía de actuación, se circunscribieron al endurecimiento de las condiciones para la obtención de ayudas financieras (art. 104b GG), así como al fortalecimiento de la autonomía fiscal de los *Länder* en lo relativo al impuesto sobre la adquisición de terrenos (art. 105.2a y 107.1 *in fine* GG).⁷

No obstante, y, en cierto modo, en contradicción con esta tendencia general de la reforma de reducir el número de supuestos en que la intervención de los *Länder* a través del *Bundesrat* en la aprobación de las leyes federales sea determinante, también fueron modificados los apartados 3 y 4 del art. 104a GG con el fin de incrementar la capacidad de decisión de los *Länder* respecto de la aprobación de aquellas leyes federales cuya ejecución haya de correr de su cuenta. A tal efecto, se prevé que “[l]as leyes federales que den lugar a obligaciones de los *Länder* de producción de prestaciones monetarias, prestaciones evaluables económicamente o prestaciones de servicios equivalentes frente a terceros y que sean ejecutadas por los *Länder* como asunto propio o por encomienda de la Federación (...) precisan

6. Vid. Arroyo Gil, *La reforma constitucional...*, 2009, pp. 121 y ss.

7. Vid. Cristina Elías Méndez, “La reforma de la Constitución financiera en Alemania: Un reforma pendiente”, *ReDCE*, 6, 2006 (La reforma del federalismo alemán), pp. 239 y ss. Sobre los trabajos relativos a las cuestiones financieras, desarrollados en el seno de la *Comisión sobre el federalismo I*, que sirvieron de base para la preparación de esta reforma constitucional, vid. Antonio Arroyo Gil, *El federalismo alemán en la encrucijada*, sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania, prólogo de Manuel Medina Guerrero, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, CEPC, Madrid, 2006, pp. 129 y ss.

del asentimiento del Consejo Federal cuando de ello se deriven costes que tengan que ser soportados por los *Länder*.”

Sin negar la importancia de estas modificaciones, lo cierto es que desde un principio las mismas se manifestaron insuficientes para hacer realidad el propósito fijado por los impulsores de la considerada principal reforma de la Constitución alemana desde que la misma fue aprobada en 1949. De ahí que las voces críticas que clamaban por el acometimiento urgente de una reforma financiera más profunda de la Constitución federal, que hiciera viable y eficaz la nueva distribución de tareas y funciones llevada a cabo por la modificación de la Ley Fundamental de 2006, no se hicieran esperar.⁸

Y fue así como, según se ha señalado ya, al poco de la entrada en vigor de ésta se constituyó la “Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*”, cuya actividad se prolongó durante dos años, en los que tuvieron lugar 19 sesiones de trabajo y durante los cuales se generaron más de ciento setenta informes y dictámenes (*Kommissionsdrucksachen*),⁹ así como alrededor de ciento veinte documentos de trabajo (*Arbeitsunterlagen*),¹⁰ individuales y conjuntos, elaborados por los propios miembros de la Comisión y por otros representantes públicos, instituciones, expertos y especialistas de diversas disciplinas,¹¹

8. Valga por todas, Ferdinand Kirchof, “Den zweiten Schritt wagen! – Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform”, ZG, 3, 2006, pp. 288 y ss.

9. Vid. en la página web del *Bundestag*: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/index.html>

10. Vid. en la página web del *Bundestag*: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/arbeitsunterlagen/index.html> y <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/arbeitsgruppenunterlagen/index.html>

11. En efecto, la participación de los expertos provenientes de diferentes disciplinas científicas (economistas, juristas, politólogos, etc.), cuyos dictámenes e informes han sido objeto, en ocasiones, de vivos debates en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo II*, constituye un buen ejemplo de cómo las aportaciones académicas pueden contribuir a ilustrar las deliberaciones y decisiones políticas. Vid., entre otros, Kdruck. 14 – Hans Meyer – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (18.05.2007); Kdruck. 16 – Wolfgang Renzsch – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (24.05.2007); Kdruck. 17 – Stefan Koriath – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (24.05.2007); Kdruck. 30 – Joachim Wieland – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (07.06.2006); Kdruck. 31 – Hans-Peter Schneider

todos ellos fácilmente accesibles a través de la página web del Bundestag.

Una vez más, y al margen de los resultados concretos de la reforma, conviene poner de relieve el método de trabajo seguido en Alemania para acometer esta modificación de su Constitución federal, en el que predomina la transparencia en los debates, discusiones y toma de decisiones, el rigor en el análisis de la situación de que se parte y a la que se trata de dar respuesta, y la amplia participación de los actores, no sólo políticos (parlamentarios o gubernamentales), sino también institucionales y sociales, tal y como resulta de recibo en un Estado que apuesta decididamente por dotar de contenido concreto y efectivo a uno de los principios fundamentales que lo caracterizan, el principio democrático, en su faceta más genuina, la participativa.¹²

– *Gestaltungsföderalismus statt Verwaltungsföderalismus – Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007* (Juni 2007); Kdruck. 58 – Hans-Günter Henneke – *Der Bund und die Kommunen – Aufgaben- und Finanzbeziehungen an den Beispielen SGB II, SGB VIII und SGB XII – Beitrag für Niedersächsische Verwaltungsblätter, Heft 1/2008*; Kdruck. 65 – Bodo Pieroth – *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007* (16.10.2007); Kdruck. 66 – Christian Calliess – *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007* (15.10.2007); Kdruck. 68 – Ulrich Battis – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen* (18.10.2007); Kdruck. 78 – Joachim Jens Hesse – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (24.10.2007); Kdruck. 79 – Hans-Peter Schneider – *Selbstbestimmungs-föderalismus statt Mitbestimmungsföderalismus – Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (Oktober 2007); Kdruck. 82 – Peter M. Huber – *Stellungnahme zur öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007* (08.11.2007); Kdruck. 134 – Gutachten von Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schneider – zugeleitet von Kommissionsmitglied Martin Kayenburg – *Schuldenregelungen des Bundes für die Haushaltswirtschaft der Länder – Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen* (Juli 2008); Kdruck. 159 – Regelungsoptionen im IT-Bereich durch die Föderalismuskommission II von Privatdozent Dr. Thorsten Siegel – zugeleitet von Kommissionsmitglied Fritz-Rudolf Körper, MdB (04.02.2009).

12. Muy crítico, sin embargo, con estas comisiones, en las que el peso de los expertos puede ir en detrimento de un mayor protagonismo de los representantes públicos, con el consiguiente perjuicio que ello puede acarrear para el principio democrático, se muestra el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, en su conferencia titulada *Zum Spannungsverhältnis von Lobbyismus und parlamentarischer Demokratie*, pronunciada en el Reichstag, el 24 de febrero de 2006, con motivo de la presentación del libro *Die fünfte Gewalt. Lobbyismus in Deutschland*, p. 5. Vid. también Matthias Herdegen, "Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?", 62; "Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechts-

2. Razones, objetivos y finalidad de la reforma

La *Comisión sobre el Federalismo II* nació con el cometido de elaborar una serie de propuestas que favorecieran la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, de modo que éstas se adecuasen a las cambiantes condiciones marco, tanto de dentro como de fuera de Alemania, a fin de poner en práctica una política activa que fomentara el empleo y el desarrollo económico.¹³

Más allá de los contenidos específicos de la reforma constitucional llevada a efecto a raíz de los trabajos de esta Comisión, que veremos en el epígrafe siguiente, y de los objetivos concretos perseguidos con la misma, que serán objeto de mención más adelante, interesa destacar ahora cómo la intensa actividad desplegada durante los dos años en que desarrolló su labor esta Comisión han servido también para animar un intenso debate sobre el papel que han de jugar en la actualidad los principios de solidaridad e igualdad en el seno del modelo federal alemán, y, más en concreto, en el muy sensible terreno de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*.

A tal efecto, se ha puesto claramente de relieve que los fundamentos de tales relaciones financieras, constitucionalmente configuradas en sus elementos esenciales desde la aprobación de la Ley Fundamental en 1949, y seriamente modificadas a raíz de las reformas constitucionales que tuvieron lugar en 1955 y, sobre todo, en 1969,¹⁴

lehrer", 7, 2003, pp. 7 y ss.; Christian Waldhoff y Peter Dieterich, "Die Föderalismusreform II – Instrument zur Bewältigung der staatlichen Finanzkrise oder verfassungsrechtliches Placebo?", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 2009, pp. 108 y ss.

13. Vid. Deutscher Bundestag – Drucksache 16/3885 – Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP – "Einsetzung einer gemeinsamen Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen" (14.12.2006), p. 1; y Kdruck. 128: "Eckpunkte zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen – Vorschlag der Vorsitzenden FV" Dr. Peter Struck, MdB MP Günther H. Oettinger, MdL, (23.06.2008), p. 1.

14. Vid. Hans-Günter Henneke, "Kontinuität und Wandel der Finanzverfassung des Grundgesetzes", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 9, 2009, pp. 562 ss. Un estudio riguroso en castellano de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* a lo largo de su historia constitucional, y, en general, sobre el Estado federal alemán, puede verse en Enoch Albertí Rovira, *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1986 (Capítulo IX: "El sistema de relaciones financieras federales", pp. 261 a 320). Vid. también Manuel Medina Guerrero, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993, pp. 162 a 244. Y, más recientemente, Elías Méndez, *La reforma de...*, 2006, pp. 223 a 252.

resultaban ya insostenibles en tanto en cuanto las condiciones socio-económicas y, no conviene olvidarlo, territoriales, como consecuencia de la reunificación alemana experimentada a principios de los años noventa de la pasada centuria, habían cambiado de manera notable en los cuarenta años transcurridos desde la última reforma constitucional aludida hasta la actualidad.¹⁵

En sus características esenciales, la Constitución financiera alemana, hasta la reforma constitucional de 2009,¹⁶ atribuye a los *Länder* el rendimiento de una serie de impuestos de importancia menor, respecto de los cuales, además, su capacidad decisoria se ve muy limitada, dado que la facultad legislativa a este respecto corresponde a la Federación.¹⁷ Por su parte, el rendimiento de los grandes impuestos

15. Vid. Kdruck. 30: Stellungnahme von Prof. Dr. Joachim Wieland LL.M., "Institut für öffentl. Recht, Finanz- und Steuerrecht der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007", de 07.06.2006, pp. 1 y ss.

16. Vid. Henneke, "Kontinuität und Wandel...", 2009, pp. 562 y ss. En castellano, véase Ángeles García Frías, "El sistema de financiación de los Länder", en César Albiñana García-Quintana, Eusebio González García, Juan Ramallo Massanet, Ernesto Lejeune Valcárcel, Ana Yábar Sterling (coords.), *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 859 a 884. Véase, asimismo, una exposición, muy resumida pero afinada, del modelo constitucional alemán de relaciones financieras vigente desde 1969 hasta la reforma constitucional de 2009, en José Manuel Tejerizo López (dir.), *La financiación territorial en los Estados descentralizados: Un estudio comparado*, Estudios jurídicos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pp. 18 y ss.

17. En términos generales, en la República Federal de Alemania las facultades legislativas en el terreno tributario están atribuidas constitucionalmente a la Federación, mientras que los *Länder* ostentan el protagonismo en la aplicación y gestión de la mayor parte de los tributos (art. 108 GG). De hecho, la Federación únicamente se encarga de la administración de aquellos impuestos cuya recaudación le corresponde en su totalidad y de los de carácter comunitario (art. 108.1 GG); el resto de los tributos, tanto los de recaudación estatal –Impuesto sobre sucesiones y donaciones, sobre vehículos de tracción mecánica, sobre loterías, etc.– como los de recaudación compartida –Impuesto sobre la renta, sociedades e IVA– son administrados por los propios *Länder*, que transfieren después a la Federación la parte que le corresponda (art. 108.2 GG); si bien es cierto que en este último supuesto (impuestos de recaudación compartida), la administración de los *Länder* se ejerce por delegación de la Federación (art. 108.3 GG), lo que conlleva que ésta se reserve importantes competencias de control o supervisión (*Bundesaufsicht*), jurídica y de oportunidad, sobre la actuación de los *Länder*. Vid. Henneke, *Kontinuität und Wandel...*, 2009, pp. 567 y ss.; Albertí, *Federalismo y cooperación...*, 1986, pp. 300 y ss.; y Tejerizo, *La financiación territorial...*, 2009, pp. 117 y ss., quien destaca las críticas de que ha sido objeto este sistema de administración descentralizada, debido a su "complejidad, duplicación de funciones y escasa economía de medios", lo que motiva una "insuficiente persecución del fraude fiscal, la lentitud en el desarrollo de los procedimientos tributarios, el uso de prácticas de liquidación e inspección diferenciadas, la utilización de *software* diverso para la

(IRPF, Sociedades e IVA), es compartido¹⁸ entre la Federación y los *Länder*, tomando en consideración respecto de estos últimos el rendimiento territorializado, es decir, lo recaudado en su territorio (a salvo del IVA, en donde el criterio principal de reparto se fija en el número de habitantes).

Este sistema se ve complementado con un régimen de compensación o equilibrio interterritorial que sirve al fin de equiparar la capacidad financiera de aquellos *Länder* cuyos ingresos fiscales por habitante se encuentren por debajo de la media, a través de transferencias provenientes de los *Länder* con capacidad financiera superior a ese promedio.¹⁹ A ello se han de sumar las ayudas complementarias que, a su vez, la Federación concede a los *Länder* con mayores necesidades financieras (art. 107.2 GG). Ayudas de las que, por cierto, se venía haciendo un uso extensivo hasta que recientemente el Tribunal Constitucional Federal sentó una jurisprudencia en virtud de la cual esas ayudas federales complementarias han de concebirse como medidas excepcionales (principio de *ultima ratio* –en palabras del propio Tribunal–), a las que únicamente cabrá acudir cuando no sea posible superar por otras vías la crisis financiera, hasta el punto de que ésta, de no resolverse por medio de tales ayudas federales, pueda constituir una amenaza seria para “la existencia del *Land* como sujeto constitucional capaz de desempeñar sus tareas públicas” (“*Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben*”).²⁰

aplicación de los tributos y, en definitiva, la preferencia de los intereses particulares del *Land* en el desempeño de sus funciones en perjuicio de otros de carácter general”.

18. En el caso de los impuestos sobre la renta y sociedades, a partes iguales entre la Federación y los *Länder*, si bien en el primer supuesto (impuesto sobre la renta) habrá que descontar la parte correspondiente que los propios *Länder* habrán de transferir a los municipios que se encuentran radicados en su territorio, y que oscila entre un 12% y un 15%, según dispone la Ley de Reforma de las Finanzas Locales, de 4 de abril de 2001. *Vid.* Tejerizo, *La financiación territorial...*, 2009, p. 25.

19. Equiparación entre los distintos *Länder* que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, no tiene que ser completa. Se trataría, más bien de una aproximación a la media federal. *Vid.* BVerfGE 72, 330 (36 y ss.); 101, 158 (222).

20. BVerfGE 116, 327, de 19 de octubre de 2006 (sobre la crisis presupuestaria de la Ciudad-Estado de Berlín, cuya reclamación de mayores transferencias suplementarias a la Federación no fue aceptada por el Tribunal Constitucional Federal precisamente por los motivos señalados en el texto principal: no encontrarse en una situación de crisis presupuestaria extrema). No obstante, lo cierto es que desde antiguo el Tribunal Constitucional Federal había venido concibiendo como excepcionales esas ayudas financieras de la Federación a

Las deficiencias de este modelo de financiación, particularmente a partir de la reunificación alemana, se pusieron claramente de manifiesto una vez que se constató que el mismo no era capaz de conseguir el objetivo principal que perseguía: garantizar a los *Länder* unos recursos financieros suficientes y adecuados para poder cumplir con las competencias y tareas que tienen encomendadas, algo que se mostraba particularmente difícil en el caso de los *Länder* que con un menor nivel de ingresos, habían, además, de afrontar un alto gasto social, impuesto, en buena medida, por la normativa federal.

Estos desequilibrios, al tiempo que otorgaron un gran protagonismo dentro del sistema a las transferencias de nivelación, con lo que ello supone de pérdida de autonomía financiera y, por tanto, política de los *Länder* menos favorecidos, pusieron de relieve que el funcionamiento de este modelo de financiación estaba llegando a su punto de saturación. Y no sólo por no ser capaz de garantizar adecuadamente ese nivel de financiación suficiente para cada uno de los *Länder*, sino también porque el mismo estaba generando un cierto grado de irresponsabilidad de éstos, que sabedores de que sus desequilibrios presupuestarios podían ser, en buena medida, subsanados por las transferencias de nivelación y las ayudas complementarias procedentes, respectivamente, de otros *Länder* y de la Federación, incurrían, en ocasiones, en "alegrías presupuestarias" y en "desidias recaudatorias" difícilmente justificables.²¹

A estas razones, de por sí ya muy poderosas como para motivar una modificación constitucional del modelo de financiación, se ha de añadir también el hecho de que el endeudamiento de la Federación y de los *Länder* desde hace lustros es tan elevado que ha llevado a

favor de los *Länder*, otra cosa es que fuera muy permisivo en la apreciación de esa excepcionalidad. Vid. BVerfGE 39, 96 (107), en donde el Tribunal afirma ya que "[u]n sistema federal debe asegurar que las ayudas financieras constituyen sólo una excepción y que su concesión se regula de tal modo que no se convierte en un medio de influencia sobre la libre decisión de los Estados miembros en el cumplimiento de las tareas que les correspondan". Vid. Tejerizo, *La financiación territorial...*, 2009, pp. 19 y ss.; y Elías Méndez, *La reforma de...*, 2006, pp. 225 y ss.

21. Vid. Kdruck. 17: Stellungnahme von Prof. Dr. Stefan Koriath, "Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007", (24.05.2007), pp. 19 y ss.; y Kdruck. 20: "Stellungnahme von Prof. Dr. Kai A. Konrad, Institut für öffentl. Finanzen und Sozialpolitik der Freien Universität Berlin, zur öffentlichen Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007", (25.05.2007), pp. 24 y ss.

que Alemania haya incumplido ya en diversas ocasiones el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento, algo que no siendo atribuible, en exclusiva, a la propia letra de la Ley Fundamental, sí que es cierto que la permisividad de algunas de sus disposiciones sobre el recurso al crédito por parte de las administraciones públicas en nada favorece la superación de esa situación de grave riesgo para la estabilidad financiera del conjunto del Estado.

En concreto, la Federación ha “legitimado” ese recurso abusivo al crédito apelando, por un lado, a su papel de garante de la superación de las crisis presupuestarias de los *Länder*, y, por el otro, a la objetiva dificultad de incrementar sus ingresos tributarios procedentes de los impuestos compartidos, dada la necesaria participación de los *Länder* a través del Consejo Federal cuando se pretendan alterar los elementos esenciales de tales figuras impositivas (art. 105.3 GG).

Por su parte, los *Länder* también han hecho un uso ciertamente generoso de ese recurso al crédito, “legitimando” su decisión en el hecho de que, por una parte, muchos de sus gastos venían impuestos por la normativa federal que habían de aplicar, y, por la otra, en que se encontraban prácticamente imposibilitados para incrementar el nivel de sus ingresos procedentes de la recaudación fiscal, dada su debilidad normativa a este respecto.

En definitiva, como podemos apreciar, son muchas y de gran peso las razones que, efectuada la modificación constitucional de 2006, relativa, sobre todo, al ámbito de las competencias, justificaban acometer una modificación de la Constitución financiera alemana, con el fin de alcanzar los siguientes objetivos:²²

22. Véase, en general, la Propuesta de los Presidentes de la Comisión, Peter Struck y Günther Oettinger, presentada el 23 de junio de 2008, en donde quedan fijados los puntos principales que –en su opinión– se han de acometer en la reforma (Kdruck. 128): <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs128.pdf>. Ténganse, asimismo, en cuenta las propuestas formuladas al efecto por los Presidentes de los Parlamentos de los *Länder* alemanes, reunidos en Berlín del 15 al 17 de junio de 2008 (“Declaración de Berlín”) – “Berliner Erklärung der Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente vom 16. Juni 2008 zur Föderalismusreform II” (Kdruck. 125): <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs125.pdf>; así como los acuerdos alcanzados, a este respecto, por los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y el SPD, recogidos en los documentos: “Aktualisierte Leitlinien der AG Föderalismus II der CDU/CSU-Bundestagsfraktion”, de 20.06.2008 (Kdruck. 123): <http://www.bundestag.de/>

– fijación de un límite efectivo al endeudamiento del Estado,²³ procurando una amortización paulatina de las deudas existentes a medio plazo;

– mejora de las condiciones institucionales que aseguren una sostenibilidad a largo plazo de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, en consonancia con las prescripciones del reformado Pacto europeo de estabilidad y crecimiento;²⁴

– fortalecimiento de la responsabilidad propia de cada una de las corporaciones territoriales (Federación, *Länder* y Entes locales), dotándoles de unos recursos financieros adecuados a las tareas que han de desempeñar;

– establecimiento de un sistema de alerta temprana que ayude a prever las crisis presupuestarias;²⁵

– consecución de un pacto de consolidación entre la Federación y todos los *Länder*, en virtud del cual cada una de las partes se obligue al logro del objetivo común de un presupuesto equilibrado desde un punto de vista estructural, que sea duradero;²⁶

– otorgamiento de ayudas financieras concretas a los *Länder* que las precisen, de conformidad con unos criterios generales bien delimitados;

bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs123.pdf; y "Föderalismusreform II – Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion – Juli 2008" (Kdruck. 127): <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/gremien/foederalisreform/kommissionsdrucksachen/kdrs127.pdf>, respectivamente.

23. Véase el Informe de los expertos, de marzo de 2007, titulado "Staatsverschuldung wirksam begrenzen", encargado por el Ministerio de Economía y Tecnología (Kdruck. 2neu). Interesa destacar a este respecto un dato especialmente revelador: desde la modificación de 1969 de la Constitución financiera el endeudamiento de los presupuestos públicos ha ascendido en Alemania del 20% de entonces al casi 70% de hoy en día. Dato éste recogido en los fundamentos generales del proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental (Artículos 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115 y 143d) de los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y del SPD – "Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD" – Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 5.

24. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 1.

25. Kdruck. 128: "Eckpunkte zur Modernisierung..." , p. 3.

26. Kdruck. 128: "Eckpunkte zur Modernisierung..." , pp. 3 y ss.

– aumento de la autonomía impositiva de los *Länder* (particularmente, en el terreno de la imposición inmobiliaria y del incremento de los derechos recaudatorios en los impuestos sobre la renta y sobre sociedades, dado el caso, por la vía de una cláusula de carácter experimental):²⁷

– desburocratización e incremento de la eficiencia de la administración pública tributaria, entre otras cosas, por medio de la concentración o desconcentración de las tareas públicas –según convenga– y a través de la introducción de estándares de Tecnología de la Información (*IT-Standards*):²⁸

– apertura de vías para facilitar las uniones voluntarias de *Länder* y posibilitar la cooperación reforzada entre algunos de ellos.

27. Kdruck. 128: "Eckpunkte zur Modernisierung... ", p. 5. No obstante, a este respecto, son muchas también las reservas que cabe formular frente a un incremento generalizado de la autonomía fiscal de los *Länder*, entendida como solución a su frecuente insuficiencia financiera. La mayoría de ellas apuntan hacia el hecho innegable de que una competencia fiscal entre los *Länder* puede poner seriamente en riesgo la unidad de mercado, y, muy en particular, podría colocar en situación de clara desventaja a aquellos *Länder* con economías menos desarrolladas. De ahí que la mayoría de ellos, sobre todo, los *Länder* más pequeños y con menos recursos, rechazaran en la reforma del federalismo de 2006 las propuestas de incrementar la competencia fiscal, tal y como recuerda el jurista y politólogo Fritz W. Scharpf en una interesante entrevista publicada en la web de la Dieta Federal, titulada "Wege aus der Politikverflechtung", con motivo del Simposio que tuvo lugar en Saarbrücken los días 24 y 25 de junio de 2009 para conmemorar el sexagésimo aniversario del Consejo Federal (http://www.bundesrat.de/nn_1513148/symposium/Home/symposium-interview.html).

Se ha señalado, además, que una medida de este calibre, tendente a incrementar la competencia fiscal entre los *Länder* en la República Federal de Alemania, supondría también ir a contracorriente de la tendencia comunitaria de favorecer una cierta armonización fiscal entre los Estados miembros de la Unión Europea. *Vid.*, en este sentido, las objeciones formuladas por Wieland: "Schriftliche Stellungnahme..." (Kdruck. 30), pp. 11 y ss., para quien el logro del objetivo de la suficiencia financiera de los *Länder* pasaría, más bien, por proceder al reparto de los rendimientos del impuesto sobre la renta entre éstos en función de las necesidades que cada uno tuviera de acuerdo con parámetros objetivos, como los que atienden al número de habitantes o al producto interior bruto.

Este debate ya se desarrolló, en términos similares, en el seno de la *Comisión sobre el Federalismo I*, cuyos trabajos sirvieron de base para acometer la reforma constitucional alemana de 2006, a la que nos hemos referido más arriba. Véase al respecto Arroyo Gil, *El federalismo alemán...*, 2006, pp. 12 y ss.

28. Kdruck. 128: "Eckpunkte zur Modernisierung... ", pp. 5 y ss.

En resumidas cuentas, la persecución de todos estos objetivos, aunque no se diga explícitamente, no es más que el trasunto de una finalidad de alcance más general, a saber: hacer, por un lado, más eficientes las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, con la vista puesta en el principio básico de todo modelo de financiación en un Estado territorialmente descentralizado, el principio de conexión entre la realización de las tareas públicas y los gastos a ellas asociados (*Konnexitätsprinzip*), y, por el otro, conseguir también que tales relaciones financieras sean más transparentes, lo que, en último término, permitirá clarificar las responsabilidades políticas de las distintas partes implicadas (Federación y *Länder*, fundamentalmente, pero también, no lo olvidemos, los Gobiernos y Administraciones locales), algo que resulta absolutamente imprescindible para que los controles jurídicos y de oportunidad funcionen adecuadamente, tal y como es de esperar en un Estado federal democrático de Derecho que haga honor a estos calificativos.

3. Contenido de la reforma

Aunque en el momento de constituirse los propósitos de la *Comisión sobre el Federalismo II* eran muy ambiciosos, en el sentido de acometer una profunda reforma constitucional de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* que hiciera viable la nueva ordenación competencial operada por la reciente modificación de la Ley Fundamental de 2006, lo cierto es que, finalmente, como suele suceder en tantas ocasiones, el compromiso que se pudo alcanzar entre las fuerzas políticas mayoritarias fue relativamente modesto, lo que desde un principio fue objeto de críticas de diversa índole.²⁹

29. Entre las noticias aparecidas en los medios de comunicación, valga por todas el artículo publicado en el prestigioso semanario *Die Zeit*, cuyo jocoso título ofrece ya una idea de su contenido: "Ein Staats-Reförmchen" (*Zeit Online* – 13.02.2009: <http://www.zeit.de/online/2009/08/foederalismus-reform>). Críticas que, por cierto, tampoco dejaron de formularse desde las propias filas del Partido Social-Demócrata que, no lo olvidemos, en el momento de aprobación de la reforma formaba parte del Gobierno de Gran Coalición presidido por la Canciller Angela Merkel (y que se mantuvo en él hasta las elecciones legislativas federales que tuvieron lugar en septiembre de 2009). En opinión de algunos sectores críticos del SPD, la nueva regulación, al impedir contraer nuevas deudas a los *Länder*, podría ser inconstitucional por suponer una injerencia intolerable en el derecho presupuestario que corresponde ejercer a las Dietas de éstos. *Vid.* también las noticias de actualidad publicadas al respecto en la página web de la Dieta Federal: "Schuldenbremse soll ins Grundgesetz

A fin de poder ofrecer una exposición ordenada y sistematizada del contenido de esta reforma, sin dejar en el olvido ninguno de los concretos preceptos constitucionales que fueron objeto de modificación o, en su caso, incorporación al texto de la Ley Fundamental, procederemos a agrupar por ámbitos materiales o temáticos las diversas cuestiones abordadas, de acuerdo con la siguiente clasificación:

3.1. Introducción de un límite a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder* (Artículos 109, 115 y 143d GG)

Seguramente sea ésta la modificación más sustancial de la reforma constitucional que nos viene ocupando, dada su trascendencia de cara al futuro diseño de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, en tanto en cuanto puede suponer una importante limitación a su libre capacidad de actuación. Algo que, por otra parte, no siempre se ha de valorar positivamente, pues si bien es cierto que resulta conveniente fijar alguna barrera a la, llegado el caso, irresponsable capacidad de endeudamiento de las autoridades públicas, por otro lado no se puede ignorar que, en ocasiones, la superación de determinadas situaciones críticas, desde un punto de vista económico o financiero, requiere la puesta en marcha de importantes recursos públicos que reactiven los debilitados instrumentos de la actividad económica del sector privado.

Como veremos seguidamente, esta aparente dicotomía, que debería de ser considerada desde una perspectiva no sólo técnica, sino también ideológica, en tanto que significa una opción del reformador constitucional por un determinado modo de concebir el papel de la acción pública, fue tenida, en cierta forma, en cuenta por el reformador constitucional alemán, que trató de buscar una solución de compromiso o equilibrio entre los dos extremos de la balanza.

– Bund und Länder einigten sich in der Föderalismuskommission" (http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23516209_kw06_foedkom/index.html); y "Föderalismuskommission beschließt Schuldenbremse" (http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23584172_kw07_foedkom/index.html).

3.1.a) Artículo 109.3 GG

De acuerdo con el nuevo apartado 3 del art. 109 GG,³⁰ los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, por regla general, habrán de confeccionarse excluyendo la posibilidad de acudir a ingresos procedentes de partidas crediticias. Con esta medida se pretende, en realidad, conseguir a medio plazo el objetivo de un presupuesto estructuralmente equilibrado, tal y como demanda el Pacto europeo de estabilidad y crecimiento.³¹

No obstante, en el mismo precepto se permiten ciertas excepciones, aunque de manera muy limitada, a esta prohibición general de admisión de créditos. Así, en la confección de sus respectivos presupuestos, la Federación y los *Länder* podrán prever la posibilidad de acudir a los créditos cuando tenga lugar un desarrollo coyuntural que se aparte de la situación considerada normal, dando lugar a una recesión económica. En todo caso, ello quedará condicionado a que cuando esa situación cambie, produciéndose una recuperación o auge económico, habrá de procederse a la reducción o amortización de esos créditos, garantizándose así un equilibrio entre las dos tendencias contrapuestas.³²

Asimismo, se prevé que la Federación y los *Länder* puedan establecer regulaciones de carácter excepcional en los casos en que tengan lugar catástrofes naturales u otras situaciones extraordinarias de emergencia que se escapen al control del Estado o que, en su caso, puedan

30. El antiguo apartado 3 pasa a ser el nuevo apartado 4. Por su parte, el hasta ahora vigente apartado 4 es derogado. Experimentan, asimismo, un cambio los apartados 2 y 5 de este art. 109 GG, no tanto en su contenido, como en cuanto a su ordenación sistemática. Así, el apartado 2 adopta la siguiente redacción: "Incumbe a la Federación y a los *Länder* cumplir conjuntamente con las obligaciones de la República Federal de Alemania que se deduzcan de los actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea relativo a la observancia de la disciplina presupuestaria, tomando en consideración, a este respecto, las exigencias derivadas del equilibrio global de la economía". Por lo que se refiere al apartado 5 de este art. 109 GG, la frase primera es derogada, y la segunda es redactada en el siguiente sentido: "Las medidas sancionadoras de la Comunidad Europea que se derivan de las prescripciones del artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, relativas al cumplimiento de la disciplina presupuestaria, serán soportadas por la Federación y los *Länder* en una proporción de 65 a 35".

31. *Vid.* "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 10.

32. *Vid.* "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 11.

poner seriamente en riesgo la situación financiera estatal; no obstante, la condición que la propia norma constitucional impone aquí es que se prevea también el régimen de extinción o cancelación de esas regulaciones de carácter excepcional.

Si bien este artículo 109.3 GG, en lo relativo a los detalles de la configuración del presupuesto federal, se remite a lo dispuesto en el nuevo art. 115 GG, el mismo establece, sin embargo, que el régimen general que determina, es decir, la prohibición de acudir al crédito en orden a la confección del presupuesto, por lo que respecta a la Federación también se cumple aun cuando existan determinados ingresos crediticios, y siempre que los mismos no superen el límite del 0,35% del producto interior bruto nominal (anual, se ha de entender). Es el conocido como "componente estructural".

Por lo que se refiere a los detalles de la configuración de los presupuestos de los *Länder*, este precepto remite su regulación a lo que éstos dispongan en el marco de sus competencias jurídico-constitucionales. No obstante, a diferencia de lo previsto para la Federación, este art. 109.3 GG establece que la prohibición general antes referida sólo se cumple en el caso de los *Länder* cuando estos no admiten en sus presupuestos ningún ingreso procedente de partidas crediticias. Esto es, los *Länder*, más allá de las situaciones de necesidad que requieran regulaciones excepcionales, tendrán radicalmente prohibido acudir al crédito en la confección de sus presupuestos. No habría previsto, por tanto, ningún "componente estructural" para ellos.

No se puede desconocer que la razón última que inspira la nueva redacción de este precepto radica en una mayor desconfianza hacia las políticas presupuestarias de los *Länder* que hacia las de la Federación. Algo que, de por sí, no resulta incontrovertible, y que, en todo caso, significa una injerencia difícilmente justificable en su capacidad de autogobierno.³³ Desde otra perspectiva, sin embargo,

33. En contra de esta opinión, véanse los argumentos que, en defensa de su proyecto de ley de modificación de la Ley Fundamental, presentan los grupos parlamentarios de la CDU/CSU y el SPD ante el *Bundestag*, en donde sostienen que esta prescripción constitucional no lesiona el régimen jurídico-constitucionalmente garantizado en el art. 79.3 GG de la estatalidad de los *Länder* (*Länderstaatlichkeit*). Recuerdan, a tal efecto, que la Ley Fundamental garantiza la autonomía presupuestaria de manera no ilimitada; de hecho, ya el propio Tribunal Constitucional Federal entendió que el régimen financiero en el Estado federal ha de ser concebido como un todo, quedando supeditada la autonomía

cabría entender que esa diferencia de trato derivaría del hecho de que es la Federación la que ostenta las principales competencias en materia financiera y tributaria, sobre todo, en el ámbito de la legislación, y que es a ella, además, a la que le corresponde asumir los mayores riesgos en lo relativo a la dirección de la política económica del conjunto del Estado, lo que, en cierto modo, podría justificar la mayor permisividad constitucional que se le concede a la hora de contraer créditos.³⁴

3.1.b) Artículo 115 GG

Por lo que se refiere al art. 115 GG, en su nueva redacción dada por la ley de reforma constitucional de 2009, se ha de destacar, en primer lugar, la supresión de la referencia, en el apartado primero, a los ingresos provenientes de créditos, que –según este precepto– no podían superar la suma de los gastos para inversiones previstos en el presupuesto, sin que se admitiesen excepciones, a no ser que fuera para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía.

Ahora, de acuerdo con la nueva redacción del apartado segundo de este mismo precepto, tras reiterar la previsión ya vista del apartado 3 del art. 109 GG, relativa a la prohibición general de acudir a los ingresos procedentes de créditos para equilibrar los ingresos y los gastos, se recuerda que no contradicen esta previsión aquellos ingresos crediticios (de la Federación) que no superen el 0,35% del producto interior bruto nominal. Adicionalmente –continúa este precepto–, en el supuesto de que tenga lugar un desarrollo coyuntural que se desvíe de la situación considerada normal, se habrán de tener en cuenta, con igual alcance, tanto los efectos que sobre el presupuesto puedan tener los casos de recuperación como los de recesión económica (*Auf- und Abschwung*).

presupuestaria a las prescripciones constitucionales relativas a la asignación fiscal y a la compensación financiera [BVerfGE 101, 158 (220)]. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 6. Véase también, a este respecto, Johannes Hancke, "Defizitbegrenzung im Bundesstaat – Verfassungsmäßigkeit einer verbindlichen Verschuldungsregel für die Bundesländer", DVBl., 10, 2009.

34. Sea como fuere, lo cierto es que esta diferenciación fue apoyada por todas las partes integrantes de la Comisión sobre el Federalismo II, que entendieron que la misma estaba plenamente justificada. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 6.

Asimismo, este art. 115.2 GG prevé que las desviaciones sobre los límites superiores válidamente fijados más arriba (0,35%) que se produzcan, *de facto*, en la utilización del crédito, quedarán comprendidas en una "cuenta de control"; en este sentido, los adeudos que superen el umbral del 1,5% del producto interior bruto nominal habrán de reducirse en caso de evolucionar favorablemente la coyuntura económica.

A este respecto, las regulaciones de detalle, especialmente la liquidación de los ingresos y gastos de las transacciones financieras y el procedimiento para el cálculo del límite superior de los ingresos anuales netos procedentes del crédito, se llevarán a efecto por medio de ley federal, la cual tomará en consideración tanto la evolución de la coyuntura, sobre la base de un procedimiento de saneamiento de la misma, como los controles y la compensación de las desviaciones de los ingresos procedentes de los créditos que tengan lugar, de hecho, respecto de los límites que constituyen la regla general.

No obstante, como ya se anunció en el art. 109.3 GG, en caso de catástrofe natural o de situaciones extraordinarias de necesidad que se escapen al control del Estado o que puedan poner en alto riesgo la situación financiera estatal, los límites al crédito antes señalados podrán ser superados siempre que así lo acuerde la mayoría de los miembros de la Dieta Federal. Además, ese acuerdo habrá de ir vinculado a un plan de amortización del crédito contraído por esas causas. De hecho, este art. 115.2 *in fine* GG prevé que la devolución de esos créditos habrá de tener lugar dentro de un plazo de tiempo adecuado o razonable (*angemessen*).³⁵

3.1.c) Artículo 143d GG

Esta nueva regulación prevista en los arts. 109 y 115 GG, vigente desde el 1 de agosto de 2009, se aplicará, por vez primera, al año presupuestario 2011; para el año presupuestario 2010 serán, por tan-

35. Lógicamente, la determinación de qué es un plazo adecuado o razonable para proceder a la devolución de un crédito adquirido en situaciones excepcionales no resulta nada sencilla. Parece que, en todo caso, una vez que tales situaciones excepcionales se han superado habría que proceder, a la mayor brevedad posible, a hacer realidad esta previsión (jurídicamente indeterminada).

to, de aplicación los arts. 109 y 115 GG en su redacción vigente hasta el 31 de julio de 2009. Así lo dispone expresamente el nuevo art. 143d GG en su apartado 1, que, además, prevé que las autorizaciones de créditos existentes a fecha 31 de diciembre de 2010, relativas a fondos especiales ya creados, permanecen intactas.

Asimismo, esta disposición transitoria permite que los *Länder*, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2019, de conformidad con lo que disponga su normativa válidamente aprobada, puedan desviarse de las prescripciones del art. 109.3 GG (prohibición general de confeccionar los presupuestos acudiendo a ingresos procedentes de partidas crediticias). En todo caso, según precisa a continuación este mismo artículo, los presupuestos de los *Länder* se han de establecer de modo tal que en el año presupuestario 2020 la referida prescripción del art. 109.3 GG sea satisfecha.

Por su parte, la relajación de esta prohibición constitucional en el caso de la Federación es temporalmente más limitada, ya que sólo podrá desviarse de la prescripción del art. 115.2 GG durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, debiéndose comenzar, además, a reducir el déficit ya existente a partir del año presupuestario 2011. De esta forma, los presupuestos anuales de la Federación se han de fijar de tal modo que en el año presupuestario 2016 se cumpla la prescripción del art. 115.2 GG (que sus ingresos crediticios no superen el 0,35% del producto interior bruto nominal), estableciéndose por medio de ley federal las regulaciones de detalle que correspondan a este respecto.

Esta mayor urgencia en el cumplimiento de la prohibición constitucional por parte de la Federación en comparación con los *Länder* se explica fácilmente si tenemos en cuenta, por un lado, que sus posibilidades de endeudamiento, aunque también muy limitadas, son superiores a las de éstos, y, por otra parte, que la satisfacción de esa condición imperativa por parte de algunos *Länder* va a depender, en buena medida, de las aportaciones provenientes de la propia Federación, lo que explicaría la necesidad de acometer con mayor prontitud el saneamiento de las cuentas de ésta.

Y es que, en efecto, este mismo artículo prevé que, con el fin de facilitar el cumplimiento de las prescripciones referidas del art. 109.3

GG a partir del 1 de enero de 2020, a aquellos *Länder* que se encuentren en una situación financiera más delicada (Berlín, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein) se les pueda conceder, durante el período de tiempo comprendido entre los años 2011 y 2019, ayudas a la consolidación (*Konsolidierungshilfe*) por un valor total de 800 millones de euros anuales provenientes del presupuesto de la Federación, de los cuales corresponderán a Bremen 300 millones de euros, a Saarland 260 millones de euros y a Berlín, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein 80 millones de euros a cada uno de ellos. Ayudas de la Federación a los *Länder* con mayores apuros financiero que serán prestadas con ocasión de un convenio administrativo, de conformidad con lo que establezca una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal. La concesión de estas ayudas federales presupone, en todo caso, la completa eliminación de los déficits financieros existentes antes de que concluya el año 2020.

Las regulaciones de detalle, en especial, los pasos a dar anualmente para proceder a la supresión de los déficits financieros, la supervisión del desmantelamiento de los mismos por parte del recién creado Consejo de Estabilidad, así como las consecuencias que se deriven en caso de no cumplir con ese procedimiento gradual tendente a la eliminación de los referidos déficits, serán establecidas por medio de ley federal necesitada también de la aprobación del Consejo Federal, así como a través de convenio administrativo.

En lo que sí se muestra muy tajante este nuevo art. 143d.2 *in fine* GG es en la exclusión de la concesión simultánea de ayudas a la consolidación (*Konsolidierungshilfe*) y de ayudas de saneamiento (*Sanierungshilfe*), aun cuando tenga lugar una situación de urgencia presupuestaria extrema. Algo que resulta, por otra parte, lógico, pues mientras las primeras, como hemos visto, están pensadas para posibilitar a los *Länder* financieramente más débiles la satisfacción de la prescripción contenida en el art. 109.3 GG antes de que llegue el 1 de enero de 2020 (prohibición de diseñar los presupuestos contando con la aportación de ingresos provenientes de los créditos), la misión de las segundas, por el contrario, es ofrecer una respuesta adecuada a situaciones de emergencia presupuestaria.

Por último, el apartado 3 de este art. 143d GG establece que la carga financiera derivada de la concesión de las mencionadas ayudas a la consolidación a favor de los *Länder* con mayores dificult-

tades financieras habrá de ser soportada, a partes iguales, por la Federación y los demás *Länder*, extrayéndose tal cantidad, en el caso de estos últimos, de la parte correspondiente al impuesto sobre las ventas. Las regulaciones de detalle a este respecto serán establecidas por medio de ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal.

3.2. Creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria (Artículo 109a GG)

Con el objeto de complementar la nueva regulación de las deudas estatales, tanto de la Federación como de los *Länder*, la reforma constitucional de 2009 contiene también una serie de previsiones cuyo fin no es otro que evitar la aparición de situaciones de emergencia presupuestaria.³⁶ A tal efecto, el nuevo art. 109a GG remite a una ley federal, necesitada del asentimiento del Consejo Federal, la regulación de la supervisión continua del régimen presupuestario de la Federación y los *Länder* a través de un organismo común de nueva creación, el Consejo de Estabilidad (art. 109a.1 GG), que estará integrado por los Ministros de Finanzas de la Federación y de los *Länder*, así como por los Ministros federales de Economía y Tecnología.³⁷

Este Consejo vigilará, sobre todo, la ejecución de los presupuestos de la Federación y de los *Länder*, y, muy en particular, los progresos que realicen los cinco *Länder* receptores de ayudas a la consolidación a que se refiere el nuevo art. 143d.2 GG. En esta línea, la situación financiera de la Federación y de los *Länder* habrá de ser expuesta y examinada con carácter anual, de forma que en el supuesto de que se descubran situaciones de emergencia presupuestaria el Consejo de Estabilidad acordará la puesta en marcha de programas de saneamiento.

36. Vid. "Gesetzesentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 7.

37. Vid. Ley sobre el Establecimiento de un Consejo de Estabilidad y la Evitación de Situaciones de Emergencia Presupuestaria (Ley del Consejo de Estabilidad) – *Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen (Stabilitätsratsgesetz)*, creada por el Artículo 1 de la Ley de Acompañamiento de la Segunda Reforma del Federalismo, de 10.08.2009 (BGBl. I S. 2702).

Por medio de ley federal necesitada de la aprobación del *Bundesrat* se regularán también las condiciones y el procedimiento a seguir para declarar una inminente emergencia presupuestaria (art. 109a.2 GG), así como las instrucciones necesarias para proceder a la determinación y ejecución de los programas de saneamiento destinados a evitar esas situaciones de emergencia presupuestaria (art. 109a.3 GG).

Por último, a fin de garantizar la transparencia de la actuación de este nuevo Consejo de Estabilidad, el art. 109a *in fine* GG prevé que tanto sus acuerdos como la documentación acreditativa de las deliberaciones que se lleven a cabo en su seno habrán de ser objeto de publicación.

3.3. Cooperación de la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información (Artículo 91c GG)

Con el fin de conseguir que la infraestructura de la Tecnología de la Información en el ámbito de la administración pública sea más segura, efectiva y económica,³⁸ la modificación constitucional de 2009 prevé también que la Federación y los *Länder* puedan colaborar en la planificación, institución y explotación de los sistemas tecnológicos de información necesarios para el cumplimiento de las tareas públicas (art. 91c.1 GG).

En este sentido, la Federación y los *Länder* podrán acordar el establecimiento de los estándares y condiciones de seguridad precisos para posibilitar la comunicación entre sus sistemas tecnológicos de información. Los convenios que sirvan de base a esta forma de colaboración podrán prever, en función del contenido y extensión de los deberes individualmente considerados, que entren en vigor regulaciones más detalladas, siempre que se dé el consentimiento de la mayoría cualificada de la Federación y de los *Länder* que venga establecida en el propio acuerdo de colaboración. En todo caso, tales convenios precisarán el asentimiento de la Dieta Federal y de la representación popular de los *Länder* afectados, sin que se pueda excluir en los mismos el derecho a rescindirlos. Además, los propios acuerdos

38. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, pp. 7 y ss.

regularán también quién habrá de soportar los costes derivados de su cumplimiento (art. 91c.2 GG).

Por su parte, los *Länder* podrán acordar la explotación común de los sistemas tecnológicos de información, así como la creación de los dispositivos que se precisen a tal efecto (art. 91c.3 GG).

La Federación, por su lado, tiene atribuida la competencia para crear y explotar una red de conexión que sirva para establecer la unión entre las redes tecnológicas de información de la Federación y los *Länder*. Le corresponde también a ella el establecimiento de las regulaciones de detalle acerca de la creación y explotación de esta red de conexión, por medio de ley necesitada del asentimiento del Consejo Federal (art. 91c.4 GG).

Más allá de estas genéricas previsiones constitucionales, las regulaciones de detalle sobre el fundamento de la colaboración entre la Federación y los *Länder* y, sobre todo, acerca de la creación de un Consejo de planificación de la Tecnología de la Información, en tanto que organismo de coordinación y dirección, competente también para adoptar decisiones sobre los estándares de interoperabilidad y seguridad de la Tecnología de la Información, se establecerán por medio de convenio.

3.4. Otras modificaciones de la Ley Fundamental (Artículos 91d y 104b.1 GG)

La *Comisión sobre el Federalismo II* consideró también que una reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* debía venir acompañada de cierta modernización de la administración que había de cumplir, finalmente, con los nuevos objetivos propuestos. Es en este contexto en el que se ha de entender la introducción del novedoso art. 91d en el texto de la Ley Fundamental, en virtud del cual se faculta a la Federación y a los *Länder* a llevar a cabo estudios comparativos sobre la determinación y fomento de la eficacia o rendimiento (*Leistungsfähigkeit*) de sus respectivas administraciones, así como a publicar los resultados obtenidos, en el bien entendido de que tales estudios constituyen un instrumento muy eficaz para mejorar la efectividad y eficiencia de la actuación pública, al hacer más transparente el rendimiento, la calidad y los costes de la

Administración. En definitiva, estos estudios comparativos vendrían a hacer realidad las ventajas de la competencia federativa al tiempo que fortalecerían la función de control propia del Parlamento.³⁹

Finalmente, en el ámbito de las ayudas financieras de la Federación se introduce una nueva frase en el art. 104b.1 GG, cuyo sentido se ha comprender a la luz de las nuevas regulaciones contenidas en los arts. 109 y 115 GG, que hemos visto con anterioridad.

De acuerdo con la antigua redacción del art. 104b GG, la Federación, en la medida en que la Ley Fundamental le confiera facultades legislativas, sólo puede otorgar ayudas financieras a los *Länder* para inversiones especialmente relevantes de los mismos y de los municipios (o asociaciones de municipios), que sean imprescindibles para defenderse frente a una alteración del equilibrio global de la economía (punto 1), para compensar las diferencias de capacidad económica en el territorio federal (punto 2), o, en fin, para fomentar el crecimiento económico (punto 3).

A partir de la reforma constitucional de 2009 se admite, sin embargo, que con independencia de lo dispuesto más arriba, la Federación pueda conceder ayudas financieras, aun careciendo de facultad legislativa para ello, en caso de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de necesidad que se escapen al control del Estado y que puedan poner en serio riesgo la situación financiera estatal. A tal efecto, de lo que se trataría es de asegurar que los programas imprescindibles para la superación de tales situaciones de necesidad –como, por ejemplo, la actual crisis económica y financiera– pudieran ser llevados a cabo con apoyo de la Federación, con el objetivo de estimular la actividad inversora de los agentes públicos en todos los ámbitos.⁴⁰

4. Valoración global de la reforma

Aunque aún es demasiado pronto para poder establecer un balance contrastado de la reforma constitucional de 2009 objeto de atención en las páginas precedentes, en tanto en cuanto el tiempo trans-

39. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 8.

40. Vid. "Gesetzentwurf der Fraktionen..." – Drucksache 16/12410, de 24.03.2009, p. 7.

currido desde su entrada en vigor no permite extraer ninguna opinión concluyente respecto de la consecución de los objetivos que con la misma se pretendían alcanzar, sí resulta posible realizar, al menos, una sucinta valoración global de la misma, a la luz del contenido de las modificaciones introducidas en el texto de la Ley Fundamental.

Así, en primer lugar, conviene destacar algo que ya ha sido señalado con anterioridad, a saber, que el alcance mismo de la reforma es, más bien, modesto, dado que los aspectos fundamentales apenas si han sido tratados. Me refiero, lógicamente, a la ordenación de las competencias de la Federación y los *Länder* en materia fiscal, trasunto final, y casi único, de la autonomía presupuestaria y, por ende, financiera de aquélla y de estos. En efecto, salvo algunas modificaciones menores (de carácter legal y reglamentario, no constitucional) en el ámbito de la administración fiscal, tendentes a mejorar su eficiencia, así como en el terreno de los impuestos de seguros y sobre la protección contra incendios, el reparto de las facultades legislativas en materia impositiva no se ha tocado. De esta forma, la financiación de los *Länder* seguirá dependiendo (en mayor medida, incluso, que la de los municipios) de los rendimientos fiscales procedentes de los impuestos que regula legislativamente la Federación.

Una situación como ésta ofrece una imagen un tanto borrosa de la calidad de la autonomía constitucional de los *Länder* frente a la Federación. Y es que aun sin permitir abiertamente la competencia fiscal entre las distintas partes integrantes del territorio federal, en tanto que ello podría suponer un riesgo cierto para la unidad de mercado, entre cuyas manifestaciones más evidentes se encuentra la homogeneidad fiscal, sí que parece posible asumir un mayor grado de autonomía de los *Länder* respecto del establecimiento y regulación de determinadas figuras impositivas.

En definitivas cuentas, de lo que se trataría es de poner en valor un principio básico en todo Estado territorialmente descentralizado, el principio de conexión entre los ingresos y los gastos públicos. Sólo quien asume el coste de obtener determinados ingresos (también o, sobre todo, por la vía de la recaudación de impuestos) se encuentra en condiciones de valorar adecuadamente el destino e importe de los gastos a realizar. Pero no son sólo razones de esta índole las que aconsejan establecer una vinculación directa entre ambas partidas. Además, desde el punto de vista del principio democrático también

resulta, más que aconsejable, necesario que exista una clara conexión entre quien realiza los gastos (en educación, sanidad, obras públicas, etc.) y quien ha de obtener los ingresos necesarios para sufragarlos, pues sólo así los ciudadanos se encontrarán en condiciones de atribuir las responsabilidades que verdaderamente correspondan a cada una de las partes.

Pues bien, en este terreno, como decíamos, la reforma constitucional de 2009 se puede considerar, en buena medida, fallida. En efecto, parece que hubiera sido posible, sin demasiadas dificultades, haber ido algo más lejos en el otorgamiento de una mayor capacidad normativa a los *Länder* respecto de la regulación autónoma de determinados impuestos (o de ciertos porcentajes de otros).

Por otra parte, y por lo que se refiere ya al núcleo central de la reforma, la fijación de una prohibición constitucional de contraer créditos y, en consecuencia, de asumir ilimitadamente endeudamientos por parte de la Federación y de los *Länder*, tampoco parece existir unanimidad entre la doctrina en torno a la bondad de esta medida. Así, mientras que por parte de algunas voces críticas se ha destacado que éste es un intento de establecer límites en un terreno en el que el margen de maniobra de la decisión política no debería verse condicionado desde ningún *a priori* inamovible,⁴¹ para otros autores constituye un acierto tratar de poner un freno del máximo nivel normativo a la tantas veces irresponsable "alegría presupuestaria" de la Federación o de los *Länder*, que podría acabar poniendo en serio riesgo su propia viabilidad financiera.⁴²

Aunque los argumentos que esgrimen los partidarios de una y otra postura no son, en absoluto, despreciables, la coyuntura econó-

41. Vid. Christian Waldhoff, Peter Dieterich, "Die Föderalismusreform II – Instrument zur Bewältigung der staatlichen Finanzkrise oder verfassungsrechtliches Placebo?", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 2009, p. 122. Entre las críticas más contundentes a esta nueva regulación constitucional del endeudamiento se encuentra el llamamiento que en mayo de 2009 hicieron, bajo el título "El freno al endeudamiento pone en riesgo la estabilidad de la economía global y el futuro de nuestros niños", más de 60 catedráticos de universidad, a los que se sumaron más de 150 firmas procedentes del ámbito científico (vid. http://www.boeckler.de/pdf/imk_appell_schuldenbremse.pdf).

42. Vid. Ingolf Deubel, "Die Föderalismusreform II: eine sinnvolle Weiterentwicklung der Verschuldungsgrenzen", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)* – Joachim Jens Hesse (Hrsg.), 2/2009, pp. 231 y ss.

mico-financiera actual parece que se inclina por dar la razón a quien defiende que el establecimiento de un límite fijo en la Constitución federal a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder* supone una barrera excesivamente rígida a la libertad de decisión política de aquélla y de éstos. Más allá de estas consideraciones, tal limitación podría entenderse también como el intento de consagrar constitucionalmente una determinada visión de la política económica que, a todas luces, amén de resultar un tanto pretenciosa (pues la historia se encarga de enseñarnos, una y otra vez, que los axiomas económicos precisan de revisión constante), podría suponer además una rémora para quienes desde una concepción diferente de aquélla, llegado el momento, ocupan la responsabilidad de gobierno. Y, como se sabe, toda Constitución democrática (la única posible, en sentido estricto) debería permitir que, desde el escrupuloso respeto a su contenido, fuera posible poner en práctica diferentes formas de entender la acción política, siempre que ello no signifique, claro está, la vulneración de los límites insoslayables que la misma debe garantizar (respeto a los derechos fundamentales, garantía de una organización y funcionamiento democráticos de los poderes públicos, etc.).

Igualmente cuestionable resulta el hecho de que en buena parte de las modificaciones introducidas en la Ley Fundamental se acabe apelando a una ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal para la implementación o desarrollo de lo que en el propio texto constitucional sólo se enuncia de manera un tanto genérica. Sin entrar ahora a valorar cada uno de esos supuestos individualmente, las objeciones que cabe hacer derivan, más bien, del hecho de que esa frecuente apelación a la ley federal necesitada de la aprobación del *Bundesrat* puede acabar potenciando la intervención de éste en la toma de decisiones a nivel federal, algo a lo que, como recordaremos, se trató precisamente de poner freno en la reforma constitucional de 2006.⁴³

Ninguna objeción de peso cabría hacer, sin embargo, a los demás aspectos que constituyen el núcleo de la reforma constitucional comentada: la creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria, con la puesta en funcionamiento del llamado Consejo de Estabilidad, y la mejora y fortalecimiento

de los mecanismos de cooperación de la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información.

En definitiva, y a la vista de las observaciones realizadas, sólo cabe concluir que la modificación de la Ley Fundamental de 2009, en cierto modo, al igual que sucedió con la anterior de 2006, no ha podido satisfacer todas las expectativas que en torno a la misma se habían creado, con lo que no es descartable que en un futuro, más o menos breve (¿cuándo los resultados electorales fueren la constitución de un nuevo gobierno de gran coalición?), hayamos de volver a hablar de reforma del federalismo en Alemania.

RESUMEN

El 1 de agosto de 2009 entró en vigor la llamada segunda reforma constitucional del federalismo alemán emprendida por el gobierno de gran coalición entre la Unión Cristiano-Demócrata (CDU) y el Partido Social-Demócrata (SPD), presidido por la Canciller federal Angela Merkel. Se trata de una modificación de la Ley Fundamental que afecta, sobre todo, al entramado de relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*. De alcance más limitado de lo previsto en un principio, lo más destacable de esta reforma radica en la introducción de un límite constitucional a la capacidad de endeudamiento de las distintas partes que integran el Estado federal alemán, así como la creación de un procedimiento tendente a evitar las situaciones de emergencia presupuestaria. Asimismo, se perfeccionan algunos mecanismos de cooperación entre la Federación y los *Länder* en el ámbito de la Tecnología de la Información. En este trabajo, además de situar en su contexto las razones, objetivos y finalidades de la reforma referida, se realiza una exposición de los aspectos esenciales de su contenido, desde un enfoque descriptivo en el que tampoco se ignoran determinadas anotaciones críticas.

Palabras clave: organización territorial del poder; Estado federal; federalismo alemán; financiación territorial; reforma constitucional; Ley Fundamental de Bonn.

RESUM

L'1 d'agost de 2009 va entrar en vigor l'anomenada segona reforma constitucional del federalisme alemany, iniciada pel govern de gran coalició entre la Unió Cristianodemòcrata (CDU) i el Partit Socialdemòcrata (SPD), presidit per la cancellera federal, Angela Merkel. Es tracta d'una modificació de la Llei fonamental que afecta, sobretot, l'entramat de relacions financeres entre la federació i els *lands*. D'abast més limitat del que es preveia al principi, el més destacable d'aquesta reforma sorgeix de la introducció d'un límit constitucional en la capacitat d'endeutament de les diferents parts que integren l'Estat federal alemany, així com la creació d'un procediment que tendeix a evitar les situacions d'emergència pressupostària. Així mateix, es perfeccionen alguns mecanismes de cooperació entre la federació i els *lands* en l'àmbit de la tecnologia de la informació. En aquest treball, a més de posar en context les raons, els objectius i les finalitats de la reforma, s'exposen els aspectes essencials del contingut des d'un enfocament descriptiu en què tampoc no s'ignoren determinades anotacions crítiques.

Paraules clau: organització territorial del poder; estat federal; federalisme alemany; finançament territorial; reforma constitucional; Llei fonamental de Bonn.

ABSTRACT

On 1 August 2009, the second constitutional reform of German federalism went into effect. It was sponsored by the large coalition government between the Christian Democratic Union (CDU) and the Social Democratic Party (SPD), headed by Federal Chancellor Angela Merkel. It is a modification of the Fundamental Law that affects, above all, the intertwining financial relationships between the Federation and the *Länder*. Its scope is more limited than originally foreseen. The most notable element of this reform lies in the introduction of a constitutional limit on the debt capacity of the various parts integrating the German federal state, as well as the creation of a procedure for the purpose of preventing emergency budget situations. Furthermore, some mechanisms of cooperation between the Federation and the *Länder* in the field of Information Technology were formalized. In addition to putting in context the reasons, objectives and finality of the reform in reference, this paper will give an exposition of the essential aspects of its content, from a descriptive approach, which includes certain critical annotations.

Key words: territorial organization of power; federal state; German federalism; territorial financing; constitutional reform; fundamental law of Bonn.

APROXIMACIÓ AL PROCÉS DE TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA DE SERVEIS: INCIDÈNCIA EN EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES DISSENYAT PER LA CE I L'EAC

Neus París i Domènech

Professora de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Mercè Corretja Torrens

Cap de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autonòmics, i professora de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: 1. L'assoliment del mercat Interior. – 2. La llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis com a elements determinants del mercat interior. – 3. La Directiva de Serveis: principis i criteris per a l'assoliment d'uns serveis de qualitat. – 3.1. Concepte de serveis. – 3.2. Simplificació administrativa. – 3.3. Els règims d'autorització com a obstacle a la lliure prestació de serveis. – 3.4. Els obstacles per a la lliure elecció de serveis i l'accés a uns serveis de qualitat. – 4. La implementació de la Directiva de Serveis: un procés complex. – 5. Instruments d'implementació de la Directiva de Serveis en l'ordenament jurídic estatal. – 6. La transposició de la Directiva de Serveis i el sistema constitucional i estatutari de distribució de competències. – 7. Les competències estatals per a la transposició de la Directiva. – 8. Les competències exclusives de la Generalitat en l'àmbit de la Directiva. – 9. Conclusió. – 10. Bibliografia general. – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. L'assoliment del mercat Interior

La Directiva de Serveis¹ té per objecte aprofundir en l'assoliment del mercat interior en l'àmbit de la Unió Europea. Per a comprendre

Article rebut el 21/12/2009; acceptat el 21/01/2010.

1. Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, en endavant, Directiva de Serveis.

l'abast d'aquest objectiu, convé fer un repàs, necessàriament breu, sobre l'evolució del mercat interior en l'àmbit de la Unió.

L'assoliment d'un mercat interior s'inicia amb la implantació d'una àrea de lliure comerç i, posteriorment, d'una unió duanera. Un cop assolida aquesta unió en la dècada dels seixanta, fins als anys vuitanta no s'aprofundirà en aquest impuls del mercat interior.² L'aprovació de l'Acta única europea,³ que reforma els tractats constitutius, suposa un nou avenç en l'assoliment d'aquest mercat mitjançant la política de cohesió de la Unió. Aquest impuls queda plasmat en el Tractat de Maastricht, que comporta un canvi qualitatiu en el procés d'integració europea: es passa de la Comunitat Europea de l'Acta única a la Unió Europea, avançant en un procés d'integració que va més enllà dels continguts econòmics. A Maastricht ja trobem els tres pilars de la UE: el mercat comú i la integració monetària; la cooperació en l'àmbit de la justícia, i la política exterior i de seguretat comuna.

Aquesta evolució des de la unió duanera al mercat comú no ha estat fàcil. Pel que fa a la llibertat de serveis i d'establiment, no podem afirmar que actualment es trobi plenament desenvolupada,⁴ si bé, sens dubte, la implementació de la Directiva de Serveis és un instrument molt útil per avançar en el seu assoliment.

L'objectiu del mercat interior és obtenir una major competitivitat econòmica i comercial en l'espai de la Unió Europea, que permeti als ciutadans de la Unió gaudir d'una major oferta de béns i serveis de qualitat i disposar de la llibertat de circular, de treballar, d'estudiar i d'establir-se en qualsevol Estat membre.

2. Llibre Blanc sobre el mercat interior de la Comissió COM (85) 310, juny de 1985.

3. DOUE L 169 29 de juny de 1987.

4. En aquest sentit l'informe de la Comissió al Consell i al Parlament sobre la situació del mercat interior de serveis COM (2002) 441, de 30 de juliol de 2002 i Enrique Linde Paniagua "Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los Servicios del Mercado Interior" *Revista Derecho de la Unión Europea*, núm. 12, 2008, pàgs. 83 a 101.

2. La llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis com a elements determinants del mercat interior

L'assoliment del mercat interior incideix sobre una de les quatre llibertats plasmades en el tractat de la Unió: la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis. Per tal de poder valorar la incidència de la Directiva de Serveis sobre aquesta llibertat cal determinar què hem d'entendre per llibertat d'establiment i per lliure prestació de serveis.

S'entén per llibertat d'establiment la facultat d'una persona física o jurídica nacional d'un Estat membre de tenir una instal·lació material, estable i permanent en el territori d'un altre Estat membre. Aquesta instal·lació pot tenir el caràcter d'instal·lació principal, o de sucursal o filial d'una altra instal·lació. L'àmbit material de la llibertat d'establiment abasta, en principi, totes les activitats econòmiques no assalariades, si bé en queden excloses les que impliquen exercici de funcions públiques.

Quant a la llibertat de prestació de serveis, comporta la facultat d'un prestador de serveis d'un Estat membre d'exercir activitats no vinculades a una relació laboral a favor d'un destinatari d'un altre Estat membre. L'àmbit d'aplicació de la prestació de serveis comprèn les activitats de caràcter industrial, mercantil, artesanal i professional.

En conseqüència, la diferència entre la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis es basa en el fet que la primera té un element de permanència que no caracteritza la segona. La llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis comprenen múltiples sectors de l'activitat econòmica, entre els quals s'inclouen les activitats professionals, si bé aquestes queden excloses de la nostra anàlisi perquè el marc comunitari que les regula i els criteris adoptats per al reconeixement de títols i diplomes queden fora de l'àmbit de la Directiva de Serveis.

Si analitzem els obstacles amb què topen la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, observem que en molts casos adopten la forma de càrregues administratives, ja es tracti de la necessitat d'obtenir autoritzacions, de l'obligació de presentar traduccions de

documents, de l'obligació d'inscripció en determinats registres, etc.. Per tal d'evitar que aquestes càrregues administratives dificultin la consecució de la llibertat d'establiment i de prestació de serveis i, a-hora, mantenir la qualitat dels serveis que es presten en el territori de la Unió, el 12 de desembre de 2006 el Parlament Europeu i el Consell van adoptar l'anomenada Directiva de Serveis.

3. La Directiva de Serveis: principis i criteris per a l'assoliment d'uns serveis de qualitat

La regulació que la Directiva estableix ha de permetre reduir les càrregues administratives, eliminar les barreres entre els Estats membres i millorar la seguretat jurídica en les relacions entre prestadors de serveis i consumidors. Com a resultat, les empreses hauran de poder actuar sense càrregues administratives innecessàries i els consumidors hauran de gaudir d'una major i millor oferta de serveis.

3.1. Concepte de serveis

L'anàlisi dels criteris i els principis establerts en la Directiva de Serveis per a l'assoliment en l'àmbit de la Unió d'uns serveis de qualitat que permetin un desenvolupament econòmic i a-hora l'establiment de garanties per als consumidors requereix, en primer lloc, definir el concepte de serveis que adopta la Directiva i establir quins són els serveis que queden inclosos en l'àmbit d'aplicació.⁵

D'acord amb l'article 50 del Tractat de la UE i amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE),⁶ la Directiva entén per servei tota activitat econòmica per compte propi realitzada normalment a canvi d'una remuneració.⁷

5. Sobre el concepte de serveis a la Directiva i sobre els serveis inclosos i exclosos vegeu Enrique Linde Paniagua "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a Servicios del Mercado Interior" *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008, pàgs. 35 a 44.

6. Entre altres, Sentència de 12 de desembre de 1974, assumpte 36/74, i Sentència de 27 de setembre de 1988, Humbel, assumpte 263/86.

7. Article 4. 1 de la Directiva 2006/123.

No tots els aspectes relatius als serveis, però, queden inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva, en queden exclosos,⁸ doncs:

a) Diversos aspectes dels serveis d'interès econòmic general, com la seva definició i liberalització.

b) El dret penal.

c) El dret laboral i la normativa de seguretat social.

d) L'exercici dels drets fonamentals.

A més, la Directiva no inclou tots els serveis. En queden exclosos:⁹

a) Els serveis no econòmics d'interès general.

b) Els serveis financers.

c) Els serveis de comunicacions electròniques.

d) Els serveis en l'àmbit del transport. L'exclusió comprèn: el transport aeri; el transport marítim i per vies navegables, inclosos els serveis portuaris; el transport per carretera i ferrocarril, inclòs el transport urbà i els serveis de taxi i ambulància. L'exclusió no comprèn els serveis que no són pròpiament de transport, com les autoescoles, les funeràries, etc., ni tampoc les activitats comercials en ports i aeroports.

e) Els serveis d'empreses de treball temporal. L'exclusió no comprèn els serveis annexos, com els de selecció i col·locació.

f) Els serveis sanitaris. L'exclusió comprèn els serveis que es presenten a un pacient i que tenen per finalitat avaluar-ne, mantenir-ne o recuperar-ne la salut, però no els que procuren el seu benestar.

g) Els serveis audiovisuals i de radiodifusió. L'exclusió no comprèn els serveis que hi estan vinculats, com els de publicitat.

8. Article 1 de la Directiva 2006/123.

9. Article 2 de la Directiva 2006/123.

h) Les activitats de joc per diners que impliquin apostes monetàries. L'exclusió no comprèn els serveis d'habilitat en màquines que no donen premis.

i) Les activitats vinculades a l'exercici d'activitat pública. Cal interpretar "activitat pública" en els termes en què l'ha definida el TJUE. Per tant, per aplicar l'exclusió no és suficient que un Estat assigni aquest caràcter a un servei, ni que l'atribueixi a un òrgan de l'Administració pública.

j) Els serveis socials proporcionats per l'Estat o per altres prestadors per encàrrec de l'Estat. L'exclusió no s'aplica quan el servei el presta el sector privat sense un mandat del poder públic.

k) Els serveis de seguretat privats.

l) Els serveis prestats per notaris i agents judicials designats mitjançant un acte oficial de l'Administració.

m) La fiscalitat.

D'altra banda, en la mesura en què serveis subjectes a la Directiva estiguin regulats en una altra disposició de dret comunitari, aquesta regulació específica preval sobre la Directiva de Serveis.¹⁰

3.2. Simplificació administrativa

A partir d'aquesta definició del que són serveis, les institucions comunitàries valoren la regulació dels procediments i tràmits establerts en les legislacions dels Estats membres com a veritables càrregues que dificulten la lliure prestació de serveis. Per tal d'evitar aquests efectes la Directiva estableix una sèrie de criteris i principis amb la finalitat d'assolir una simplificació administrativa.

La Directiva, per tal d'assolir la finalitat de la simplificació administrativa, es refereix als requisits que s'exigeixen per dur a terme les activitats de serveis. El concepte de requisit abasta qualsevol obligació,

10. Article 3 de la Directiva 2006/123.

prohibició, condició o límit que les normes legals, reglamentàries o administratives imposen a un prestador de serveis.¹¹

La Directiva també es refereix als procediments.¹² Els Estats membres han de verificar l'adequació i simplicitat dels procediments i tràmits administratius que el seu ordenament intern exigeix per poder exercir una activitat de prestació de serveis. Per "procediments i tràmits" cal entendre no només els que permeten iniciar l'exercici de l'activitat, sinó també els que s'apliquen durant aquest exercici.

Els Estats han d'avaluar que totes aquestes càrregues administratives siguin necessàries i, en el cas que la prestació de serveis estigui subjecta a diversos procediments administratius, que no comportin duplicitat, retard o la sol·licitud de documents de què l'Administració ja disposa o que pot obtenir d'altres fonts.¹³ A més, els Estats han d'acceptar els documents emesos per les autoritats d'altres Estats membres que acreditin el compliment de requisits.

3.3. Els règims d'autorització com a obstacle a la lliure prestació de serveis

El règim d'autorització administrativa, un dels tràmits que s'aplica més habitualment als prestadors de serveis, constitueix una restricció a la llibertat d'establiment.¹⁴ Per règim d'autorització, en el marc de la Directiva de Serveis, hem d'entendre tot procediment que obliga un prestador o un destinatari a obtenir de l'administració competent una autorització, un document oficial o una decisió tàcita, abans de poder prestar o ser receptor de serveis.¹⁵ Parteix, per tant, d'un concepte ampli d'autorització que abasta tot tràmit administratiu que la normativa interna estableixi com a necessari per poder prestar un determinat servei. Aquest tràmit pot tenir, òbviament, diferents intensitats ja que té aquesta consideració tant l'autorització en sentit estricte com una inscripció registral, o una declaració responsable.

11. Article 4.7 de la Directiva 2006/123.

12. Article 5.1 de la Directiva 2006/123.

13. Article 5.3 de la Directiva 2006/123.

14. Sentència de 22 de gener de 2002, Canal Satellite, assumpte C-390/99.

15. Article 4.6 de la Directiva 2006/123.

D'acord amb la Directiva de Serveis¹⁶ i amb la jurisprudència del TJUE,¹⁷ el règim d'autorització prèvia només és admissible quan resulta imprescindible i compleix els requisits de no discriminació, proporcionalitat i necessitat. Per tant, aquesta càrrega administrativa només és possible en els casos en què el règim d'autorització és imprescindible per a un control eficaç.

La jurisprudència del TJUE, que és el criteri que els Estats membres han d'usar per ponderar els règims d'autorització administrativa de serveis inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva, ha establert com a objectius que poden constituir raons imperioses d'interès públic la seguretat, la salut pública, la preservació del medi ambient i la protecció dels consumidors, entre altres.¹⁸

La ponderació dels règims d'autorització no s'ha de limitar a analitzar la seva necessitat sinó que, a més, ha de valorar que la seva previsió respongui, com ja hem dit, als requisits de no discriminació i proporcionalitat.

La Directiva de Serveis no es limita a establir que els Estats membres han d'avaluar els règims d'autorització sinó que, a més, els obliga a informar la Comissió sobre els règims d'autorització que decideixin mantenir i sobre les raons per les quals els consideren compatibles amb la Directiva.¹⁹

En els supòsits en què sigui admissible que l'exercici d'una activitat de prestació de serveis es subjecti a un règim d'autorització administrativa, la Directiva exigeix que, com a norma general, l'autorització sigui vàlida per a tot el territori d'un Estat membre.²⁰ Si el prestador de serveis disposa d'autorització en un altre Estat membre, se li poden exigir noves condicions sempre i quan també es valorin les condicions a què va estar subjecta l'autorització emesa per l'altre estat.²¹

16. Article 9.1 de la Directiva 2006/123.

17. Entre altres, Sentència de 10 de novembre de 1995, Gebhard, C-55/91 i Sentència 20 de febrer de 2001, Analir, C-205/99.

18. Article 4.8 de la Directiva 2006/123.

19. Article 39 de la Directiva 2006/123.

20. Article 10.4 de la Directiva 2006/123.

21. Article 10.3 de la Directiva 2006/123.

Els Estats no poden, en cap cas, establir requisits que atorguin avantatges als prestadors de serveis que tinguin una especial vinculació amb el territori on s'han de prestar els serveis. Tampoc no es poden establir requisits que limitin la capacitat del prestador de serveis d'elegir entre l'establiment principal i el secundari, ni que comportin la intervenció de competidors en el procés de decisió administrativa, ja que això podria produir dificultats per a l'accés al mercat.²²

En els supòsits en què el nombre d'autoritacions és limitat per raons tècniques o referides als recursos naturals, la decisió administrativa s'ha d'adoptar necessàriament a través d'un procediment selectiu entre els diversos candidats, que ha de reunir les garanties de transparència i imparcialitat.²³ A més, en aquesta casos, l'autorització ha de tenir una durada limitada.²⁴

La Directiva exigeix també que s'apliqui el règim de silenci positiu:²⁵ quan es requereixi una decisió administrativa per exercir una activitat de serveis, la manca de resposta de l'Administració ha d'equivaler a una decisió favorable. A més, en qualsevol cas, els procediments han de ser simples, sense requisits formals innecessaris, i, en la tramitació administrativa, el prestador de serveis ha de disposar d'un interlocutor únic de les diferents administracions públiques que hi intervinguin.²⁶

3.4. Els obstacles per a la lliure elecció de serveis i l'accés a uns serveis de qualitat

D'altra banda, el règim d'intervenció administrativa ha de distingir els supòsits en què el prestador exerceix la llibertat de prestació de serveis dels supòsits en què la voluntat del prestador és establir-se en el territori d'un Estat membre. En l'àmbit de la llibertat de prestació de serveis també hi ha obstacles que impedeixen o dificulten l'accés als serveis per part dels particulars. L'establiment d'un

22. Article 14 de la Directiva 2006/123.

23. Article 12 de la Directiva 2006/123.

24. Article 11 de la Directiva 2006/123.

25. Article 13.4 de la Directiva 2006/123.

26. Article 13.2 Directiva 2006/123.

mercat interior ha de facilitar que els destinataris dels serveis puguin accedir-hi sense dificultats.²⁷ Especialment, la Directiva de Serveis es proposa eliminar els obstacles amb què es poden trobar els destinataris que volen usar serveis de prestadors establerts en altres Estats membres: suprimir les normes que estableixen requisits basats en la nacionalitat o la residència dels destinataris dels serveis; les que obliguen els destinataris a optar per un prestador establert en el mateix Estat, etc., si bé s'admeten algunes excepcions si es basen en situacions objectives.²⁸

La Directiva també disposa que cal garantir que els particulars rebin informació sobre els requisits que han de complir els prestadors de serveis d'altres Estats membres, per tal que tinguin els elements necessaris per elegir adequadament.²⁹ A més, els prestadors i els beneficiaris dels serveis han de disposar de mitjans adients per a l'accés a la informació sobre les condicions de prestació del servei.³⁰

Amb aquesta mateixa finalitat de protecció dels beneficiaris dels serveis, la Directiva admet l'exigència d'assegurances als prestadors, sempre i quan no impliquin duplicitats,³¹ i facilita que els prestadors puguin oferir serveis multidisciplinaris.³²

També disposa que s'han de garantir els mitjans adients per tal que les reclamacions dels consumidors es responguin immedia-

27. Sobre el concepte de destinataris de serveis en la Directiva vegeu Beatriz Pérez de las Heras "Los derechos de los destinatarios de la Directiva relativa a los Servicios del Mercado Interior". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 12, 2008, pàg. 122 i ss.

28. Capítol IV Secció 2.

29. Sobre la informació que, d'acord amb l'article 22 de la Directiva de Serveis, els prestadors han de posar a disposició dels destinataris vegeu Magdalena M. Martín Martínez "En busca de la Europa Social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 12, 2008, pàg. 122 i ss.

30. Article 22 de la Directiva 2006/123.

31. Article 23 de la Directiva 2006/123. La regulació d'aquest deure en la Directiva de Serveis ha estat objecte de crítica per la doctrina en aquest sentit Magdalena M. Martín Martínez, a l'article citat a la nota 29 indica: "En nuestra opinión en este concreto aspecto se incurre en una dejación peligrosa y criticable, ya que si aunque nada impide que los EM gocen de un amplio margen de actuación, previamente debería haberse fijado un mínimo común denominador consistente en la enumeración de las profesiones o servicios de riesgo en los que los seguros son necesarios, y por tanto obligatorios...".

32. Article 25 de la Directiva 2006/123.

tament. Igualment, es preveuen mesures per tal d'evitar les regulacions que restringeixen les comunicacions destinades a proporcionar els serveis o la imatge d'un prestador.

Finalment, la Directiva de Serveis recull com a objectiu fonamental que s'estableixi una xarxa de connexió entre les autoritats dels estats membres que permeti un traspàs àgil i eficaç de la informació. La connexió àgil impedirà que es generi una multiplicitat de controls, que es volen evitar perquè es consideren innecessaris.³³

4. La implementació de la Directiva de Serveis: un procés complex

Per tal de fer possibles els objectius de la Directiva de Serveis, els Estats membres han de dur a terme un procés de simplificació del règim d'intervenció administrativa que faciliti la llibertat d'establiment. Cal que els operadors de serveis puguin trobar en les normatives dels diferents estats uns règims d'intervenció administrativa transparents, ràpids i simples. Aquesta finalitat només es podrà assolir si els serveis que es presten són segurs i de qualitat, i això requereix una adequada cooperació administrativa que garanteixi que els prestadors de serveis són suficientment supervisats en l'àmbit de la Unió Europea.

El procés de revisió de les normatives internes per part dels Estats membres, que hauria d'haver conclòs el 28 de desembre de 2009, té per objecte suprimir les autoritzacions i els tràmits i formalitats que s'exigeixen per poder exercir una activitat de serveis.

En el cas de les autoritzacions, la implementació de la Directiva ha de comportar substituir-les per notificacions prèvies o declaracions responsables. En els supòsits en què raons imperioses d'interès públic, a les quals ja ens hem referit, justifiquin el manteniment d'un règim d'autorització, cal que aquest compleixi els requisits previstos a la Directiva de Serveis.

La revisió de les normatives internes és un procés complex³⁴ que requereix:

1) Identificar tota la normativa que preveu règims d'autorització i altres càrregues administratives sobre serveis inclosos en l'àmbit de la Directiva. Recordem que la mateixa Directiva determina quins serveis s'han de considerar exclosos.³⁵

2) Un cop identificada, cal avaluar la normativa per tal de suprimir les autoritzacions i, en el supòsit que calgui mantenir una autorització, justificar que no és discriminatòria, que la justifiquen raons imperioses d'interès general i que és proporcionada en el sentit que la seva substitució per un control posterior no permetria evitar els efectes no desitjats.³⁶

A més de complir els requisits anteriors, en el cas de llibertat d'establiment cal que l'autorització:

a) Es basi en uns requisits clars, inequívocs, transparents, accessibles, objectius i públics.

b) Sigui vàlida per a tot el territori de l'Estat membre.

c) Sigui per temps il·limitat.

34. Conscient de la complexitat del procés que comporta la implementació de la DSMI la DG de Mercat Interior i Serveis ha elaborat, amb el caràcter de document no vinculant, un manual sobre la transposició de la Directiva de Serveis que es troba disponible a: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.

35. Per dur a terme aquests processos d'identificació i avaluació de la normativa potencialment afectada per la DSMI s'ha establert pel Ministerio de Economía y Hacienda l'aplicatiu SIE-NA que conté un qüestionari que ha de permetre dur a terme una avaluació de la normativa. Aspectes de la Directiva no inclosos en aquest qüestionari són completats pels qüestionaris que paral·lelament han anat establint les CCAA.

36. De l'article 39 de la Directiva deriva l'obligació dels Estats membres de presentar a la Comissió un informe que inclogui els resultats del procés d'avaluació i modificació de la normativa afectada. Aquest informe s'ha de referir als articles 9, 15, 16 i 25 de la Directiva. Per facilitar l'elaboració d'aquest informe la Comissió ha posat a disposició dels Estats el sistema IPM (Interactive Policy Making) que es configura com a una plataforma d'Internet mitjançant la qual els Estats membres han de complir una sèrie de qüestionaris que han de permetre a la Comissió i als altres Estats membres conèixer els resultats de l'avaluació i dur a terme un procés d'avaluació recíproca.

En tot cas, estan prohibits els requisits per a l'exercici de la llibertat d'establiment que:

- a) Es vinculin a la nacionalitat o residència.
- b) Imposin la inscripció en col·legis, associacions professionals o registres.
- c) Constitueixin proves econòmiques.
- d) Exigeixin aval financer d'un prestador establert a l'estat membre.
- e) Exigeixin la *inscripció* en un registre durant un període previ a l'exercici de l'activitat en el territori de l'Estat membre.

En el cas de lliure prestació de serveis:

- a) S'ha d'aplicar la norma del país d'establiment.
- b) No es pot condicionar l'autorització al compliment dels següents requisits:
 - Tenir un establiment permanent.
 - Inscriure's en un registre llevat que es compleixin els requisits de no discriminació, necessitat o proporcionalitat.

3) Cada procediment s'ha de poder fer a través d'una finestra única, la qual cosa comporta la necessària coordinació entre les diferents administracions públiques competents. Aquestes finestretes s'articulen com a interlocutors institucionals únics des de la perspectiva del prestador de serveis, de manera que a aquest no li cal relacionar-se amb les diverses administracions o òrgans competents. El concepte de finestra única no comporta que els Estats membres hagin de preveure un únic òrgan centralitzat de tramitació sinó que poden optar per una pluralitat de finestretes per als diferents sectors. També és possible que les finestretes úniques simplement tinguin atribuïda una funció coordinadora però que es mantingui la competència dels diferents òrgans o autoritats competents. Les finestretes úniques també han de fer una funció d'informació i poden i haurien d'estructurar-se mitjançant procediments electrònics.

Tot aquest procés d'identificació i avaluació encara és més complex en Estats descentralitzats com el nostre, ja que, en aquest cas, la identificació i avaluació l'han de fer cadascuna de les administracions públiques amb competències per a la regulació de serveis inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva, i sovint aquestes avaluacions estan vinculades entre elles a causa del sistema de distribució de competències entre els diferents poders públics que regeix a l'Estat espanyol.

La pròpia Directiva de Serveis, a l'article 10.7, estableix que el seu contingut i, en particular, les normes relatives a règims d'autorització no qüestionen el repartiment de competències entre els diferents poders públics dels Estats membres. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional espanyol en diverses ocasions, per exemple les STC 252/1988, 64/1991, 236/1991, 80/1993 i 96/2002.

Efectivament, a l'Estat espanyol la regulació de les activitats de prestació de serveis pot estar inclosa tant en normativa estatal com en normativa de les comunitats autònomes, sense oblidar la facultat reguladora de les entitats locals, que no es pot qualificar de menor. Això vol dir que els tres nivells de poder han de dur a terme la tasca d'identificació i avaluació de les normes respectives i, posteriorment, per tal d'implementar la Directiva de Serveis, han d'aprovar les modificacions normatives corresponents.

Aquest procés requereix un grau elevat de col·laboració basat en un intercanvi d'informació per tal que el resultat, que no oblidem s'ha de trametre a la Comissió en un informe únic, tingui prou coherència.³⁷ Aquesta col·laboració, que s'ha de practicar tant a nivell general com respecte de cadascun dels àmbits materials afectats per la Directiva de Serveis, hauria de permetre a les comunitats autònomes d'opinar sobre la identificació i avaluació de les normes estatals, si afecten matèries de competència legislativa compartida o matèries en què les comunitats autònomes tinguin la competència executiva. Sens dubte, la manera com l'Estat identifiqui i avaluï la legislació bàsica dictada en l'exercici de les competències compartides condicionarà la revisió per les comunitats autònomes de la normativa dictada en el marc de les bases. I, en l'àmbit de les competències executives, les

37. Sobre el contingut de l'informe dels règims autoritzatoris vegeu Enrique Linde Pania-gua en l'article citat en la nota 5, pàg. 45 i ss.

comunitats autònomes igualment poden aportar el seu criteri ja que, com a administració actuant que exerceix el control de l'activitat sotmesa a intervenció administrativa, pot valorar la necessitat o no de mantenir la intervenció administrativa de què es tracti, d'acord amb els criteris establerts a la Directiva de Serveis.

5. Instruments d'implementació de la Directiva de Serveis en l'ordenament jurídic estatal

Aquesta vinculació entre els processos d'avaluació de l'Estat i de les comunitats autònomes fa que, en la nostra anàlisi de la implementació de la Directiva de Serveis en aquestes, calgui tenir en compte el procés d'implementació de la Directiva que ha dut a terme l'Estat.

En primer lloc, cal assenyalar que l'Estat ha implementat els articles 6, 7 i 8 de la Directiva de Serveis mitjançant la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics.

Al marge d'això, l'Estat està impulsant dos projectes amb un àmbit d'aplicació general, cosa que no impedeix que paral·lelament estigui elaborant adaptacions normatives específiques per a determinats àmbits sectorials. Els dos projectes generals són la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de la Directiva de Serveis, per una banda, i, per l'altra, la Llei 25/2009, de 22 de desembre, anomenada "Llei òmnibus", que té per objecte incorporar la majoria de les modificacions de lleis estatals que comporta la transposició de la Directiva de Serveis.

Abans d'analitzar la Llei 17/2009, de 23 de novembre, d'accés a les activitats de la Directiva de Serveis, cal assenyalar que el procés d'implementació de la Directiva no s'esgota amb les modificacions normatives sinó que requerirà, també, mesures de transposició de caràcter no normatiu, com és el cas de la implementació de la finestra única i dels procediments electrònics. Igualment, l'aplicació de la Directiva i el compliment de l'objectiu del mercat interior requeriran potenciar les tècniques de coordinació administrativa entre les autoritats competents dels diferents estats membres.

La Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici té per objecte incorporar a l'ordenament

jurídic espanyol els principis i criteris de la Directiva per tal de garantir el lliure accés a les activitats de serveis.

Certament, el text és conscient que la implementació de la Directiva requereix també un procés d'avaluació i de modificació de les previsions de l'ordenament referides als serveis, no obstant això, el legislador estatal opta per incorporar els principis i previsions de la Directiva en un text normatiu amb la pretensió de que es configuri com un marc regulador general.

La Llei s'estructura en sis capítols que en gran part es limiten a incorporar les previsions de la Directiva que ja han estat objecte d'anàlisi en els apartats anteriors. No obstant això, considerem oportú destacar la previsió, que recull el capítol II i el capítol III relatius, respectivament, a la llibertat d'establiment dels prestadors de serveis i a la lliure prestació de serveis per a prestadors d'un altre Estat membre, que de manera clara indica que els prestadors de serveis que siguin nacionals residents legals de l'Estat espanyol o nacionals d'un altre Estat membre poden, com a regla general, exercir la seva activitat en tot el territori nacional. Es tracta de suprimir les limitacions territorials de les autoritzacions, comunicacions o declaracions responsables.

La Llei també contempla la possibilitat que la normativa reguladora de l'accés a un determinat servei pugui, excepcionalment i per causes justificades, establir requisits que han de ser objecte d'avaluació prèvia. Aquestes condicions han de ser comunicades a la Comissió europea a través del Ministeri d'Assumptes Exteriors i Cooperació. També en el cas que es determinin, únicament per motius de seguretat, excepcions a la lliure prestació de serveis es preveu que abans d'adoptar la mesura –excepte en els casos d'urgència– aquesta sigui comunicada a la Comissió mitjançant el punt de contacte que regula la Llei i al qual després ens referirem.

El capítol IV de la Llei incorpora les previsions de la Directiva referides a la simplificació administrativa, i el capítol V les referides a la qualitat dels serveis.

Finalment, el capítol VI recull les prestacions de la Directiva referides a la cooperació administrativa. Ja ens hem referit a la necessitat establerta en la Directiva que, per a la consecució del mercat interior en l'àmbit de la prestació de serveis, s'estableixi una xarxa de

connexió entre les autoritats dels Estats membres que permeti un traspàs àgil i eficaç de la informació. Amb aquesta finalitat, la Llei incorpora obligacions generals de cooperació entre les quals la pròpia exposició de motius de la Llei destaca: la cooperació directa entre autoritats competents, l'estructura d'un sistema de cooperació i un mecanisme d'alerta davant de les actuacions dels prestadors de serveis que puguin donar lloc a perjudicis greus.

Malgrat que la Llei, d'acord amb els principis d'eficàcia i agilitat derivats de la Directiva, parteix del principi de comunicació directa entre les autoritats competents no es resisteix a preveure un punt de contacte coordinador a l'Administració General de l'Estat al que s'han de trametre totes les comunicacions de qualsevol administració amb la Comissió o amb un altre Estat membre.

També volem, abans d'entrar en l'anàlisi dels aspectes competencials relatius a la transposició de la Directiva, destacar la previsió establerta a la Disposició final quarta que omple, si bé parcialment en la mesura que només és d'aplicació a la Directiva de Serveis, un buit legal de l'ordenament jurídic espanyol en determinar com es trasllada a les administracions públiques competents la responsabilitat que pugui recaure sobre el Regne d'Espanya per incompliment de la Directiva.

6. La transposició de la Directiva de Serveis i el sistema constitucional i estatutari de distribució de competències

Del que hem exposat fins ara, és clar que la Directiva té un ampli abast i que afecta sectors molt diversos, per la qual cosa són nombroses les normes a adaptar. En aquest sentit i com hem vist també, les Lleis estatals que hem esmentat tenen per objectiu establir un marc general per a la transposició de la Directiva a partir del qual l'ens competent porti a terme les corresponents adaptacions sectorials. Ara bé, des d'una perspectiva estrictament competencial ens podríem plantejar si aquesta és l'única opció possible.

D'entrada, hem de recordar que el Tribunal Constitucional ha declarat de manera reiterada que la translació al dret intern de la normativa comunitària segueix els criteris constitucionals i estatutaris

de repartiment de competències (entre moltes altres, SSTC 102/1995 i 67/1996) i que no existeix un títol competencial específic a favor de l'Estat per a l'execució del Dret comunitari. En conseqüència, la circumstància que l'exercici d'una determinada competència comporti el desenvolupament normatiu o l'execució de normes comunitàries no prejutja si correspon exercir-la a l'Estat o a les Comunitats Autònomes, qüestió que haurà de ser resolta de conformitat amb les regles internes, constitucionals i estatutàries, de distribució de competències.

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya 2006 incorpora aquesta jurisprudència als articles 113 i 189.1 i habilita de forma expressa la Generalitat per desenvolupar i aplicar el dret comunitari en les matèries de la seva competència. En la mateixa línia, els sis Estatuts d'Autonomia reformats en els darrers tres anys contenen previsions semblants: articles 42.4 i 235 Estatut d'Autonomia d'Andalusia;³⁸ article 93.2 Estatut d'Autonomia d'Aragó; article 62.3 Estatut d'Autonomia de Castella i Lleó; article 55.4 Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana i article 109 Estatut d'Autonomia de les Illes Balears.

En conseqüència, d'acord amb la jurisprudència constitucional, la clau per determinar si la competència per transposar la Directiva de Serveis és estatal o autonòmica rau en la titularitat competencial de les matèries regulades per la norma comunitària, de manera que qui tingui atribuïda la titularitat competencial sobre aquestes matèries, tindrà també la competència per transposar-la.

No obstant això, és cert que en la major part dels casos en què és necessari transposar una Directiva comunitària, ha estat l'Estat, fins ara, qui ha assumit la iniciativa fent un ús que podríem qualificar hipertròfic de l'article 149.1.13 CE (competència exclusiva per establir bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica) o bé en altres títols horitzontals o bàsics. Sovint, el fet que l'Estat sigui l'únic responsable davant la Unió Europea del compliment del dret comunitari s'ha considerat com una habilitació per aplicar la norma comunitària, tenint en compte, a més, que aquest no disposa de mecanismes interns per exigir el compliment o la responsabilitat de les Comunitats Autònomes en el cas que siguin aquestes les res-

38. Aquest article estableix, a més, una reserva de llei autonòmica: el desenvolupament i l'execució s'ha de dur a terme d'acord amb el que estableixi una llei del Parlament d'Andalusia.

ponsables i no portin a terme el desenvolupament intern que els correspon.³⁹

7. Les competències estatals per a la transposició de la Directiva

Centrant-nos en la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de servei i el seu exercici, la seva disposició final primera qualifica tot el text de bàsic i invoca tres títols competencials: els articles 149.1.1, 149.1.13 i 149.1.18 CE. El primer, habilita l'Estat per regular les "condicions bàsiques que garanteixin la igualtat" dels ciutadans en l'exercici dels drets i deures constitucionals; l'article 149.1.13 CE li atribueix la competència per establir les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, és a dir, a més a més de la legislació bàsica l'Estat té en aquesta matèria una competència de coordinació i, per últim, l'article 149.1.18 CE atribueix a l'Estat la competència per establir les bases del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

En primer lloc, des d'una òptica merament formal, s'observa que aquests tres preceptes atribueixen a l'Estat competències de diferent abast funcional i material.⁴⁰ En segon lloc, es tracta de tres títols competencials que, potencialment, podrien arribar a tenir un gran abast, ja que dos d'ells formen part dels anomenats títols transversals (149.1.1 i 149.1.13 CE) i l'altre és de caràcter bàsic i, per tant, segons com s'interpretin podrien arribar a buidar completament de contingut les competències autonòmiques i, per tant, a desvirtuar totalment el sistema constitucional i estatutari de distribució de competències⁴¹ per

39. Aquesta qüestió fou abordada pel Consell d'Estat a "Informe sobre inserción del derecho europeo en el ordenamiento español" de 14.02.2008.

40. La Llei 17/2009, de 23 de novembre, presenta una mancança formal en no precisar en quin dels títols competencials invocats es fonamenta cada article. Tot i que això no seria prou rellevant en sí mateix com per provocar la inconstitucionalitat del text, sí que es suficient per considerar que no s'ha tingut en compte el principi de seguretat jurídica ni la jurisprudència del Tribunal Constitucional, tal com s'estableix a la STC 81/2005.

41. L'aplicació expansiva d'aquests títols competencials i la seva interferència en les competències autonòmiques s'ha posat en relleu per C. Viver Pi-Sunyer a "L'Estatut de 2006". *Revista Activitat Parlamentària*, núm. 10 i "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídic-constitucional". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 1, Barcelona, 2005.

la qual cosa convé recordar, a grans trets, la delimitació d'aquests títols competencials que han dut a terme la doctrina i la jurisprudència i examinar la seva operativitat dins del sistema a partir del nou Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006.

Sense ànim d'oferir una visió exhaustiva de l'article 149.1.1 CE, i després d'algunes posicions inicials certament vacil·lants i divergents, la jurisprudència comença a fixar uns criteris interpretatius a partir de la STC 61/1997. En síntesi, la doctrina d'aquesta sentència, reiterada en d'altres posteriors, és la de considerar que l'article 149.1.1 CE no es pot interpretar en cap cas com un títol transversal o horitzontal que permeti al legislador estatal regular sectors materials que puguin estar remotament connectats amb un dret o deure constitucional, sinó que és una competència amb un contingut concret i només presta cobertura per a la regulació d'aquells elements estretament connectats amb el dret o deure constitucional. El contingut funcional es concreta en la facultat de fixar "condicions bàsiques", expressió que segons afirma la Sentència no equival a "bases" o "normes bàsiques" ni pot regular "qualsevol condició" i que té un component essencialment normatiu,⁴² si bé el Tribunal ha admès en altres ocasions excepcions qualificades a aquest caràcter normatiu.⁴³ Des del punt de vista material, en relació als drets i deures, l'article 149.1.1 CE segons el Tribunal no habilita per establir una regulació completa dels drets i deures constitucionals bàsics, sinó només les facultats més elementals del dret constitucional, el que s'anomena el "contingut primari del dret" o les "posicions jurídiques fonamentals" és a dir: les facultats elementals, els límits essencials, els deures fonamentals, les prestacions bàsiques i "certes premisses o pressupòsits previs" externs al dret però que tinguin una relació necessària i immediata amb aquest. En canvi, els elements del dret que no formin part d'aquest contingut primari i el substrat material sobre el qual es projecti el dret queden fora de l'àmbit de l'article 149.1.1 CE i poden ser atribuïts a la competència autonòmica.⁴⁴

42. Afirmació continguda a les SSTC 88/2001 i 212/2005.

43. Per exemple, quan entren en joc drets fonamentals o competències estatals (així, la STC 154/1988 sobre el cens electoral, la STC 103/1999 sobre el Registre únic en matèria de marques o la STC 290/2000 sobre les funcions executives de l'Agència de Protecció de Dades).

44. En el mateix sentit exposat, podem citar les STC 98/2004, 188/2001, 109/2003, 152/2003 i 212/2005, que circumscriuen la competència estatal de l'article 149.1.1 CE únicament al

Pel que fa al principi d'igualtat, l'article 149.1.1 CE el Tribunal Constitucional també ha reiterat que no es pot interpretar en el sentit que faculti el legislador estatal per imposar una igualtat absoluta o uniforme en l'exercici dels drets i deures constitucionals bàsics, sinó que només l'habilita per establir les condicions que tinguin per finalitat garantir la igualtat de posicions jurídiques fonamentals dels ciutadans, ja que si fos així s'anul·laria la diversitat de regulacions inherent al principi d'autonomia constitucional.

Un altre element a tenir en compte és que la jurisprudència exigeix una vinculació entre l'article 149.1.1 CE i els drets i deures constitucionals com a objecte de la seva regulació, per la qual cosa cal interpretar què s'entén per aquests. En opinió del Tribunal, no hi ha dubte que s'hi insereixen tots els drets i les llibertats fonamentals del capítol segon del Títol I de la Constitució, (és a dir, tant els drets fonamentals de la secció primera, amb el seu règim de protecció especial, com els drets de la secció segona, el desenvolupament dels quals no es reserva a la llei orgànica ni gaudeixen d'un sistema de garanties reforçat). Ara bé, les posicions no són tan clares pel que fa a l'aplicació d'aquest article als anomenats "principis rectors" del capítol tercer del títol I. Així, com han posat en relleu alguns autors,⁴⁵ si s'apliquessin estrictament els criteris hermenèutics, la literalitat de l'expressió "drets i deures constitucionals" portaria a excloure totalment els anomenats principis rectors de l'àmbit material de l'article 149.1.1 CE, ja que es tracta d'una categoria diferent dels drets. Ara bé, la jurisprudència constitucional no sembla acollir aquesta tesi restrictiva, ja que en alguna sentència s'ha vinculat l'article 149.1.1 CE amb algun dels principis rectors (per exemple, el dret al medi ambient de l'article 45 CE).⁴⁶

contingut primari del dret o a les posicions jurídiques fonamentals i no a la totalitat del dret qüestionat. En alguna sentència posterior (STC 341/2005, relativa al dret de fundació) el Tribunal utilitza un criteri diferent per distingir entre un nucli material directament relacionat amb el dret (que constitueix la "garantia institucional" del dret) i un àmbit material, també connectat amb el dret, que correspon a la competència autonòmica (el règim jurídic de les fundacions en el cas concret de la Sentència esmentada).

45. J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, IEA, Barcelona, 2004 i Carro Fernández-Valmayor, "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1º de la Constitución", *REDC*, núm. 1, 1981.

46. En concret, a la STC 149/1991, en què l'Estat tenia, però, un altre títol competencial habilitant: l'article 149.1.23 CE.

Dins dels preceptes que formen part del capítol tercer del Títol I es poden distingir un grup de principis que es formulen com a drets encara que no tinguin la garantia i protecció d'aquests (per exemple, el dret a l'habitatge, el dret a la salut o el dret al medi ambient) i els principis rectors en sentit estricte, que es limiten a adreçar mandats als poders públics i que, en si mateixos, no contenen ni configuren cap dret o deure constitucional subjectiu ni són invocables davant dels tribunals. Doncs bé, aquests últims, en la mesura que no constitueixen ni drets ni deures constitucionals, no hi ha dubte que quedarien exclosos de l'àmbit material de l'article 149.1.1 CE.

En conclusió, per tant, l'ús de l'article 149.1.1 CE hauria d'estar fonamentat en la presència o afectació d'algun dret o deure constitucional, els elements essencials del qual, es pretengui garantir en condicions d'igualtat. En el text de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, que comentem, no apareix cap esment concret de cap dret constitucional, tanmateix, tenint en compte el que disposa la directiva i la regulació estatal, es podria considerar que les mesures previstes d'alguna manera tenen per finalitat la protecció dels drets dels consumidors. Des d'aquesta perspectiva, però, cal tenir en compte que la Constitució configura la defensa dels consumidors i usuaris no com un dret sinó com un "principi rector" de la política social i econòmica que obliga tots els poders públics (article 51); en segon lloc, les mesures contingudes a la Llei encaixen millor en la regulació material del "consum" i, per tant, regulen la matèria, i no pas en una regulació de drets i deures i, en tercer lloc, sobre la matèria consum la Generalitat té competència exclusiva, d'acord amb el nou Estatut d'Autonomia, com després veurem. Per totes aquestes raons caldria descartar l'aplicació de l'article 149.1.1 CE com a fonament competencial de la Llei estatal.

El segon precepte a comentar és l'article 149.1.13 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica. A l'igual que l'anterior, es tracta d'un títol competencial estudiat a bastament per la doctrina i analitzat en diverses ocasions pel Tribunal Constitucional.⁴⁷ La seva enorme complexitat desbordaria els objectius d'aquest article per la

47. Vegeu especialment els treballs d'E. Albertí *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, Civitas, IEA, 1995 i la monografia de M. Carrasco *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, València, IEA-Tirant lo Blanch, 2005.

qual cosa ens centrarem únicament en aquells aspectes d'aquest títol competencial que poden tenir un interès concret en relació a la Llei estatal.

A grans trets, recordem que el Tribunal Constitucional ha declarat que la competència estatal de l'article 149.1.13 CE respon al principi d'unitat econòmica i abasta les línies d'actuació tendents a assolir els objectius de política econòmica global o sectorial fixats per la pròpia Constitució, així com l'adopció de mesures precises o singulars per garantir-ne la realització amb la finalitat d'evitar contradiccions o reduir disfuncions que impedirien o dificultarien la realitat mateixa del sistema (entre d'altres, esmentem la STC 13/2007, de 18 de gener). Ara bé, cal tenir en compte, d'una banda, que les accions o mesures singulars haurien de ser excepcionals i tenir una especial transcendència en el sentit que tinguin una incidència directa i significativa sobre l'activitat econòmica general o bé sobre un sector determinat ja que, en cas contrari, es buidaria de contingut una matèria i un títol competencial més específic de titularitat autonòmica.

A més a més, l'Estatut d'Autonomia ha establert límits funcionals i materials en relació a aquesta competència. D'una banda, l'article 111 EAC, al qual ens referirem més àmpliament quan analitzem el darrer títol competencial estatal (l'article 149.1.18 CE), que fixa les potestats i funcions que corresponen a la Generalitat en relació amb les competències compartides que l'EAC li atribueix i, de l'altra, des de la perspectiva material, cal tenir en compte que l'article 152 EAC atribueix a la Generalitat una competència compartida sobre planificació, ordenació i promoció de l'activitat econòmica, que inclou: la promoció de l'activitat econòmica a Catalunya (apartat 1), la competència compartida sobre l'ordenació de l'activitat econòmica a Catalunya (apartat 2) i el desenvolupament i la gestió de la planificació general de l'activitat econòmica (apartat 4). Per tant, des de la perspectiva de la Generalitat i del seu Estatut d'Autonomia, cal analitzar si la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre, de lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, respon als paràmetres establerts per la jurisprudència constitucional i, en la mesura que la competència estatal té caràcter bàsic, si respecta els límits establerts a l'article 111 EAC, que fixa l'àmbit funcional de les competències compartides de la Generalitat, i els de l'article 152 EAC, pel que fa a la matèria. És a dir, si es reconegués que l'Estat té un cert marge per fixar legislació bàsica i mesures de coordinació en els

sectors econòmics afectats per la Directiva europea, caldria valorar el grau de detall i el marge normatiu que la norma estatal deixa per al desplegament legislatiu, reglamentari i executiu de les Comunitats Autònomes.

Aplicant aquests criteris, es pot considerar que, si bé des del punt de vista funcional, la Llei 17/2009, de 23 de novembre, conté principis molt generals i, per tant, respon al concepte de bases establert pel Tribunal Constitucional com a regla general, des del punt de vista del contingut difícilment es podria considerar que estableix mesures d'ordenació de l'economia o de regulació econòmica dels sectors de l'activitat productiva, ja que regula mesures relatives al procediment administratiu, a l'actuació de les administracions públiques i al control que aquestes exerceixen sobre els diferents sectors econòmics. Per tant, també en aquest cas podríem arribar a la conclusió que no resultaria aplicable aquest títol competencial estatal a la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre.

I arribem al tercer títol competencial esmentat per la disposició final primera de la Llei, és a dir, a l'article 149.1.18 CE (que atribueix a l'Estat la competència per establir bases del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú). La legislació estatal fonamentada en aquest precepte ha de tenir caràcter bàsic i en aquest sentit, i sense ànim de reproduir l'abundant i exhaustiva jurisprudència constitucional al respecte, recordem que el Tribunal Constitucional ha assenyalat reiteradament unes regles generals que les bases estatals han de complir: han d'estar contingudes en normes amb rang de llei i només de manera excepcional es poden contenir en normes de rang infralegal, i han de consistir en principis generals o mínim comú normatiu, sense que puguin arribar a esgotar la matèria, tot i que també és cert que el Tribunal ha admès excepcions en aquest aspecte. A la pràctica, això ha comportat que siguin molt nombrosos els supòsits en què l'Estat fixa bases mitjançant normes infralegals i amb un contingut molt detallat, de manera que es pot afirmar que s'ha invertit la situació i s'ha convertit la regla en excepció i l'excepció en regla, la qual cosa comporta una reducció de les competències legislatives o normatives autonòmiques o, fins i tot, el seu total buidament.

En aquest sentit, el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya ha introduït diverses tècniques per preservar les competències autonò-

miques, entre elles, la definició de les tipologies competencials. En concret, l'article 111 EAC estableix que en les competències compartides correspon a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva en el marc de les bases que fixi l'Estat com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que es determinin d'acord amb la Constitució i amb l'Estatut, així com que en exercici d'aquestes competències la Generalitat pot establir polítiques pròpies. És a dir, l'article 111 EAC ha convertit en una disposició estatutària la regla general establerta per la jurisprudència constitucional.⁴⁸

Pel que fa a la matèria de la competència estatal, cal fer avinent que fins ara la jurisprudència ha fet una interpretació molt àmplia del concepte de règim jurídic de l'administració, en el sentit d'incloure no només els drets i les garanties dels administrats davant de l'administració, el procediment administratiu comú i les accions i mitjans d'impugnació, sinó també els aspectes més interns de l'Administració Pública, com són els relacionats amb l'organització administrativa i la disposició dels seus mitjans i recursos. En conseqüència, d'entrada, s'hauria de considerar que aquells aspectes de la Llei que puguin tenir relació amb algunes de les matèries esmentades, podrien trobar cobertura en aquest títol competencial estatal, sempre que respectin però, els límits formals i materials de les bases estatals que ja hem esmentat.

L'EAC 2006, però, no només ha transformat en dret positiu i elevat a rang estatutari la regla general sobre el rang formal de les bases a l'article 111 EAC, tal com ja hem comentat, sinó que, ha introduït canvis en la configuració material de la competència de la Generalitat sobre règim jurídic, organització i procediment administratiu. Així, l'article 159.1 EAC distingeix entre un àmbit de competència exclusiva de la Generalitat, vinculat directament amb l'exercici de la potestat d'autoorganització, i un altre de competència compartida, dins dels principis de la legislació bàsica estatal.

48. La STC 247/2007 reconeix expressament que els Estatuts d'Autonomia poden delimitar les competències autonòmiques i, en fer-ho, incidir en les estatals (fonament jurídic 10è.). Els Estatuts d'Autonomia d'Andalusia (article 42.2.2a.) i Aragó (article 75) també han incorporat al seu articulat l'exigència que les bases estatals estiguin contingudes en normes amb rang de llei.

Dins de la competència exclusiva, l'article 159.1 EAC reserva a la Generalitat: "els mitjans necessaris per a exercir les funcions administratives, incloent-hi el règim dels béns de domini públic i patrimonials" i "les normes de procediment administratiu que derivin de les particularitats del dret substantiu de Catalunya o de les especialitats de l'organització de la Generalitat". Així, la regulació de qualsevol mitjà o instrument que es consideri necessari per dur a terme les funcions administratives inherents a l'exercici de les competències de la Generalitat (com podria ser la implantació de procediments i mitjans electrònics, la simplificació de procediments en l'àmbit de les administracions públiques de Catalunya o la informació sobre aquests procediments a tota persona interessada o a les altres administracions públiques) es podria considerar que està reservada a la competència exclusiva de la Generalitat i que queda exclosa de les bases estatals. Pel que fa a l'àmbit de competència compartida, caldrà analitzar si les bases estatals deixen un marge normatiu suficient perquè la Generalitat desplegui els principis bàsics estatals mitjançant la seva competència legislativa, reglamentària i executiva en aquesta matèria.

D'altra banda i pel que fa en concret al procediment administratiu comú, que és la qüestió que aquí resulta més directament afectada, en hipòtesi hi cabrien dues interpretacions. La primera, entendre que la competència estatal només podria comprendre l'establiment d'un procediment administratiu comú però no l'establiment de principis generals sobre els procediments administratius especials (que serien de competència autonòmica) i, la segona, entendre que la competència estatal s'estén també a la fixació d'aquests principis generals aplicables als procediments especials. El Tribunal Constitucional sembla decantar-se per la primera interpretació en les SSTC 98/2001 i 227/1988 però, en canvi, en les SSTC 23/1993 i 61/1997, ha optat per la segona interpretació. En concret, la STC 23/1993 va entendre que formava part de la competència estatal tant l'establiment del principi general de simplificació de tràmits administratius com el fet que les comunicacions entre particulars i administració es podien realitzar per via telegràfica, telex o per qualsevol altra via de la qual en quedés constància escrita, i tots dos principis s'inserien en procediments d'autorització administrativa per al trasllat d'empreses i centres de treball, és a dir, s'integraven en uns àmbits materials similars o coincidents amb els de la directiva. Si tenim en compte aquesta segona opció, més restrictiva per a les Comunitats Autònomes, l'Estat podria

tenir habilitació competencial pel que fa al procediment administratiu. Si es té en compte que una de les finalitats de la Directiva és la simplificació de procediments, aquest títol competencial podria emparar algunes de les disposicions de la Llei.

En conclusió, però, si es reconeix que l'Estat, d'acord amb els seus títols competencials horitzontals, disposa d'un cert marge per fixar legislació bàsica i establir principis generals en relació a les administracions públiques i al procediment administratiu comú, el pas següent seria analitzar si la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre, s'ajusta a l'abast de la competència estatal acotada segons els paràmetres establerts per la jurisprudència constitucional i, en particular, si respecta els límits establerts a l'article 111 EAC 2006 (i en d'altres Estatuts d'Autonomia), que fixa l'àmbit funcional de les competències compartides de la Generalitat i si respecta els límits materials derivats de l'article 159 EAC. En altres paraules, caldria valorar el grau de detall i el marge normatiu que la norma estatal deixa per al desplegament legislatiu, reglamentari i executiu de les Comunitats Autònomes per tal que puguin elaborar les seves pròpies lleis en la matèria.

Partint d'aquests paràmetres, es podria considerar que la Llei 17/2009, de 23 de novembre, en la mesura que regula amb caràcter principal qüestions estrictament de procediment administratiu (simplificació de tràmits, sentit del silenci administratiu, obligacions de les administracions públiques, principis d'actuació d'aquestes, mecanismes de responsabilitat, etc.) podria trobar empara en l'article 149.1.18 CE. Ara bé, precisament el caràcter principal de la norma ens podria portar a una conclusió diferent si tenim en compte les novetats competencials que introdueix l'EAC 2006.

8. Les competències exclusives de la Generalitat en l'àmbit de la Directiva

El plantejament competencial que acabem d'exposar no seria l'únic possible ja que el nou EAC 2006 atribueix a la Generalitat competències exclusives en els àmbits materials afectats per la Directiva i, a més a més, com ja hem dit, l'EAC atribueix de forma expressa a la Generalitat l'execució de la normativa comunitària en l'àmbit de les seves competències.

Com hem dit, la Directiva inclou dins del seu àmbit d'aplicació la prestació de qualsevol servei definit en els termes de l'article 4.1, el qual remet a l'article 50.

L'àmplia definició de servei que ofereix la pròpia Directiva i l'enumeració de serveis de l'article 50 TCE (i que ja hem especificat a l'inici d'aquest article) permet concloure que la Directiva afecta la prestació de serveis en molts sectors econòmics sobre els quals el nou Estatut d'Autonomia atribueix a la Generalitat competència exclusiva, com són el comerç (article 121 EAC), el turisme (article 171 EAC), l'artesanía (article 139.3 EAC), la indústria (article 139.1 EAC) i les professions titulades (article 125.4 EAC). Així mateix, el text de l'avantprojecte també inclou disposicions sobre la matèria consum, competència exclusiva de la Generalitat (article 123 EAC).

Pel que fa al significat de l'exclusivitat prevista a l'Estatut d'Autonomia de 2006 es defineix en el propi text estatutari, que a l'article 110 EAC estableix:

"Corresponen a la Generalitat en l'àmbit de les seves competències exclusives, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva. Correspon únicament a la Generalitat l'exercici d'aquestes potestats i funcions, mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies."

En conseqüència, l'atribució d'una matèria en exclusiva a la Generalitat (com és el cas de les esmentades més amunt) comporta l'atribució a aquesta de la titularitat de tota la potestat legislativa, tota la potestat reglamentària i la funció executiva, de manera que, d'acord amb el nou EAC 2006, queda exclosa la possibilitat que l'Estat estigui facultat per regular aquesta matèria mitjançant els seus títols competencials. Els termes "de manera íntegra" i "únicament" subratllen l'exclusivitat de la competència així assumida.

Pel que fa a la matèria objecte de la competència, l'EAC 2006 reforça l'exclusivitat de la competència autonòmica tot detallant dins de cada categoria material un nucli mínim de submatèries que la integren, de tal manera que la inclusió d'aquestes en el concepte material més ampli no ofereixi cap dubte a l'aplicador del dret. No obstant això, la llista de submatèries que integra cada categoria té caràcter

enunciatiu i no taxatiu, per això s'encapçala amb l'expressió "en tot cas" tot indicant el seu caràcter de mínims.

En el cas de les diferents matèries que tracta la Llei estatal, cal assenyalar algunes particularitats.

Així, en relació amb la indústria, l'article 139 EAC 2006 distingeix dos àmbits materials diferents. El primer, de competència exclusiva, que abasta la totalitat de la matèria amb exclusió del que estableix l'apartat 2 i inclou de manera expressa la regulació dels processos i els productes industrials i les activitats industrials que puguin produir impacte en la seguretat i la salut de les persones. El segon àmbit material és de competència compartida i es refereix a la planificació de la indústria en el marc de la planificació general de l'economia. Per tant, només aquesta submatèria queda sotreta de l'àmbit exclusiu i subjecta a la competència estatal de l'article 149.1.13 CE sobre les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, però no la resta de la matèria indústria. La precisió i el detall en la definició dels àmbits materials que ha introduït el nou Estatut d'Autonomia permet, en aquest cas, acotar materialment l'impacte de l'article 149.1.13 CE en la competència exclusiva de la Generalitat sobre indústria.

En relació a les professions titulades, l'article 125.4 EAC precisa que la competència de la Generalitat s'ha d'exercir "respectant les normes generals sobre titulacions acadèmiques i professionals i el que disposen els articles 36 i 139 de la Constitució". Aquesta competència inclou, entre d'altres submatèries, la determinació dels requisits i les condicions d'exercici de les professions titulades i la regulació de les garanties administratives davant l'instruisme i les actuacions irregulars. La clàusula "respectant" que acabem d'esmentar s'ha d'interpretar com un límit a l'exercici de la competència de la Generalitat, de tal manera que quan la Generalitat exerceix aquestes competències haurà de tenir present el que estableixi l'Estat sobre normes generals de les titulacions acadèmiques i professionals (recordem que l'Estat té competència sobre la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals d'acord amb l'article 149.1.30 CE) i haurà de respectar els principis constitucionals de llibertat d'empresa (article 38) i lliure circulació de persones i béns i igualtat de les posicions jurídiques fonamentals dels ciutadans en la totalitat de l'Estat (article 139) però, a diferència de les clàusules "sens perjudici" de l'Estatut de 1979, aquesta clàusula no habilita

l'Estat per actuar en les matèries reservades a la competència de la Generalitat, és a dir, per regular les condicions i els requisits per a l'exercici de les professions titulades. En cas de conflicte de competències, si la Generalitat no ha respectat la regulació estatal o no ha respectat els principis constitucionals esmentats, el Tribunal Constitucional no atorgarà la competència a l'Estat, sinó que anul·larà la regulació de la Generalitat perquè sigui ella la que novament en dicti una altra de respectuosa amb la normativa estatal o amb els principis constitucionals.

Les altres quatre matèries afectades per la Directiva comunitària (artesanaria, turisme, comerç i consum) pertanyen a la competència exclusiva de la Generalitat en els termes que preveu expressament l'EAC 2006 i amb la delimitació d'àmbits materials mínims que aquest estableix.

Aplicant estrictament els criteris competencials dissenyats a l'EAC 2006 i el concepte d'exclusivitat reforçada que aquest ha introduït a l'article 110, s'hauria de considerar que, en el supòsit que l'Estat regulés directament les matèries que pertanyen a la competència exclusiva de la Generalitat emprant títols transversals o bàsics, no es respectarien les competències estatutàriament atribuïdes a la Generalitat ja que aquestes actuen com un límit material i funcional a les competències estatals.

Si s'acull aquesta interpretació, tal com hem exposat, la Generalitat tindria la competència sobre els sectors materials afectats per la Directiva. A més a més, el propi Estatut li atribueix l'aplicació i execució del dret comunitari en l'àmbit de les seves competències ja que és una funció inherent als seus títols competencials.

Si no s'acull aquesta opció sinó l'anterior i es considera que l'Estat a l'empara de l'article 149.1.18 CE pot regular els aspectes procedimentals i d'actuació administrativa que recull la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre, cal tenir en compte que, en la mesura que aquests ja estan regulats i precisats per la pròpia Directiva, es podria valorar la possibilitat que entri en joc en aquest cas l'article 189.3 EAC, segons el qual quan la Unió Europea estableixi una legislació que substitueixi la normativa bàsica de l'Estat, la Generalitat pot adoptar la legislació de desenvolupament a partir de les normes europees. L'article 235.2 de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia conté

la mateixa previsió. Si s'apliqués aquest precepte estatutari, la conseqüència seria una implementació directa de la norma comunitària per la Generalitat (o per la Comunitat Autònoma d'Andalusia) sense necessitat de Llei estatal interposada.⁴⁹ Com han assenyalat alguns autors, l'opció de la transposició autonòmica directa no comporta renúncia de la competència estatal bàsica; en el cas que les normes europees es retirin totalment o parcialment de l'àmbit material o funcional que han ocupat l'espai pot ser ocupat per l'Estat si a ell li correspon la competència interna. No hi ha, per tant, perill de pèrdua de la competència estatal.⁵⁰

Finalment, i com a prova de la l'inecessarietat de la Llei estatal, no podem deixar d'esmentar el fet que el legislador estatal tenia en tramitació al Senat el projecte de Llei d'aplicació de la Directiva de Serveis als procediments sectorials de competència estatal (el projecte anomenat "Llei òmnibus"), sense esperar a tenir aprovats els principis generals per dur a terme aquesta aplicació i que són els continguts en la Llei de 17/2009, de 23 de novembre.

9. Conclusió

La Directiva de Serveis comporta un nou avenç en l'assoliment del mercat interior amb l'objectiu d'afavorir la competitivitat econòmica i comercial en l'espai de la Unió Europea i d'ampliar l'oferta de béns i serveis de qualitat dels ciutadans de la Unió. Amb aquesta finalitat, obliga els Estats membres a implementar mesures per reduir la càrrega administrativa que han de suportar les empreses per a l'exercici de les activitats de serveis (que afecten sobretot el règim d'autorització) i per garantir la seguretat jurídica de les relacions entre prestadors de serveis i consumidors tot assegurant la qualitat dels serveis.

El procés d'aplicació de la Directiva en l'ordenament jurídic espanyol s'ha iniciat amb l'aprovació de les Lleis estatals 11/2007, de

49. Alguns autors han apuntat la necessitat que l'Estat aprovi en aquest cas una disposició bàsica de contingut merament receptiu, vegeu J.A. Montilla Martos, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, Madrid, CEPC, 2005.

50. E. Albertí, "El desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado" a DD.AA. *Estatuto y Unión Europea*, Seminario, Barcelona, IEA, 2006.

22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, i 17/2009, de 23 de novembre, de lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici i, posteriorment, la Llei 25/2009, de 22 de desembre.

Des de la perspectiva competencial, podria ser discutible la necessitat d'una llei estatal bàsica prèvia al desenvolupament de la Directiva per la Generalitat de Catalunya. En aquest sentit, fins i tot per al cas que es pogués considerar que la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre, podria trobar empara competencial en l'article 149.1.18 CE per establir determinats principis d'actuació de les administracions públiques o bé regular determinats aspectes del procediment administratiu comú, si es té en compte que, de fet, la Llei estatal es limita a reproduir preceptes de la Directiva, es podria arribar a la conclusió que aquests podrien ser objecte d'aplicació directa per la Generalitat (i altres Comunitats Autònomes) si s'optés per desplegar directament les competències exclusives de la Generalitat afectades per la Directiva i per emprar l'article 189.3 EAC 2006.

10. Bibliografia general

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "El desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado" a DD.AA. *Estatuto y Unión Europea*, Seminario, Barcelona, IEA, núm. 49, 2006.

—, *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, Civitas, IEA, 1995.

BARNES, Javier, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, Barcelona, IEA, núm. 39, 2004.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución de competencias, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid, CEPC, 2001.

CARMONA CONTRERAS, Ana María, "El desarrollo del derecho europeo por las Comunidades Autónomas", a *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, Consejería de Presidencia, Junta de Andalucía, 2008.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1º de la Constitución", *REDC*, nº 1, 1981.

CARRASCO, Manuel, *El reparto de competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, València, IEA-Tirant lo Blanch, 2005.

CORRETJA i TORRENS, Mercè, "El nou disseny competencial en matèria de funció pública i règim jurídic de les administracions públiques catalanes", a DD.AA. *La distribució de competències en el nou Estatut*, Barcelona, IEA, 2007.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, "La Cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008.

LINDE PANIAGUA, Enrique, "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a Servicios del Mercado Interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008.

—, "Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los Servicios del Mercado Interior", *Revista Derecho de la Unión Europea*, núm. 12, 2008.

LÓPEZ GUERRA, Luis, "La doctrina del TC en relación con el artículo 149.1.1º CE", *La función del artículo 149.1.1º CE en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Barcelona, IEA, 1991.

MANGAS MARTÍN, Araceli, "La aplicación del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas", a *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas. Seminario celebrado en Barcelona el 9 de mayo de 1990*, Barcelona, IEA, núm. 11, 1990.

MARTÍN MARTINEZ, Magdalena María, "En busca de la Europa Social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008

MONTERO PASCUAL, Juan José, "La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008

MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, 2005.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, "Los derechos de los destinatarios de la Directiva relativa a los Servicios del Mercado Interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008.

PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.); CABELLOS, Miguel Ángel; ROIG, Eduard, *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònomic, 1998.

RUIZ RUIZ, Florentino, "Las competencias de las CCAA en el desarrollo normativo y la ejecución del derecho comunitario europeo", *REDC*, núm. 45, 1995.

VILLAREJO GALENDE, Helena, "La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 12, 2008.

VIVER PI-SUNYER, Carles, "Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d'interpretació i comparació amb els altres estatuts reformats", a DD.AA. *La distribució de competències en el nou Estatut*, Barcelona, IEA, 2007.

——, "La clàusula competencial de l'article 149.1.1.CE", dins *Autonomia i Justícia, VII Seminari* organitzat pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consell General del Poder Judicial i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Barcelona, Edició del Consell Consultiu, 2004.

RESUM

L'article parteix d'una exposició dels objectius i del contingut de la directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, tot destacant, en primer terme, que l'objectiu de la norma europea és l'establiment d'un conjunt de principis i criteris per tal d'obtenir una major nivell de competitivitat econòmica i comercial en l'espai de l'Unió Europea que, al mateix temps, permeti als ciutadans de l'Unió disposar d'uns serveis de qualitat. En segon terme, s'analitza la regulació efectuada per la directiva per eliminar les càrregues administratives en els serveis inclosos dins de l'àmbit objectiu definit per aquesta norma comunitària en especial la referida a la simplificació administrativa dels procediments, el règim d'autorització, etc. i les obligacions que imposa als estats membres per a la seva implementació en l'àmbit intern. Es constata que a l'Estat espanyol s'ha iniciat aquest procés de transposició de la directiva mitjançant diversos projectes normatius, fent especial referència a la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici. A continuació s'analitzen els fonaments competencials d'aquesta norma segons els títols competencials de caràcter bàsic invocats per l'Estat, d'una banda i, de l'altra, les competències de la Generalitat en els termes que ha establert el nou Estatut d'Autonomia (el concepte d'exclusivitat reforçada, el desglossament de les categories materials i la incorporació a l'Estatut de la previsió que la Generalitat executi directament el dret comunitari en l'àmbit de les seves competències, tot recollint la jurisprudència constitucional i subratllant, finalment, la possibilitat d'execució directa de competències compartides en el cas que una norma europea substitueixi les bases estatals). D'acord amb aquest plantejament s'arriba a la conclusió que la Generalitat podria implementar directament la norma comunitària, sense necessitat d'una norma estatal interposada.

Paraules clau: directiva de serveis; implementació de norma europea; competències estatals i autonòmiques per a l'execució de dret europeu.

RESUMEN

El artículo parte de una exposición de los objetivos y del contenido de la directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en la que se destaca, en primer lugar, que el objetivo de la norma europea es el establecimiento de un conjunto de principios y criterios para lograr un mayor nivel de competitividad económica y comercial en el espacio de la Unión Europea que, al mismo tiempo, permita a los ciudadanos de la Unión disponer de unos servicios de calidad. En segundo lugar, se analiza la regulación efectuada por

la directiva para eliminar las cargas administrativas en los servicios incluidos dentro del ámbito objetivo definido por dicha norma comunitaria, especialmente, la referida a la simplificación administrativa de los procedimientos, el régimen de autorización, etc. y las obligaciones que impone a los estados miembros para su implementación en el ámbito interno. Se constata que en el Estado español se ha iniciado dicho proceso de transposición de la directiva mediante varios proyectos normativos, con especial mención de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. A continuación se analizan los fundamentos competenciales de la misma según los títulos competenciales de carácter básico invocados por el Estado, por un lado, y por otro, las competencias de la Generalitat en los términos que ha establecido el nuevo Estatuto de Autonomía (el concepto de exclusividad reforzada, el desglose de las categorías materiales y la incorporación al Estatuto de la previsión que la Generalitat ejecute directamente el derecho comunitario en el ámbito de sus competencias, recogiendo así la jurisprudencia constitucional y subrayando, finalmente, la posibilidad de ejecución directa de competencias compartidas en el caso de que una norma europea substituya las bases estatales). De conformidad con ese planteamiento, se concluye que la Generalitat podría implementar directamente la norma comunitaria, sin necesidad de una norma estatal interpuesta.

Palabras clave: directiva de servicios; implementación de norma europea; competencias estatales y autonómicas para la ejecución de derecho europeo.

ABSTRACT

The article begins with a statement of aims and content of directive 2006/123/CE, of the European Parliament and Council of 12 December 2006 on services in the internal market, highlighting, firstly, that the objective of the European standard is to establish a set of principles and criteria to obtain a higher level of economic and commercial competitiveness within the European Union, which, at the same time, enables citizens of the Union to have quality services. Secondly, we analyze the regulations established by the directive for eliminating the administrative burden on the services included within the scope defined by this community guideline; in particular, the simplification of administrative procedures, the system of authorisations, etc., and the obligations imposed on Member States in their internal implementation. We have confirmed that the Spanish state has begun the process of transposing the directive through various regulatory projects, with special reference to Law 17/2009 enacted on 23 November, in regard to free access to its services and activities and their exercise. Then we analyze the jurisdictional foundations for this guideline in accordance with basic powers cited by the state, on one hand, and, on the other, the powers of the Generalitat in terms of

what is established in the new statute of Autonomy (the concept of reinforced exclusivity, the breakdown of material categories and the incorporation in the Statute of the provision that the Generalitat implement directly Community law within the field of their jurisdiction, including all the constitutional jurisprudence and emphasizing, finally, the possibility of direct implementation of shared jurisdiction in the event that a European standard were to replace the State's guidelines). Under this approach, we conclude that the Generalitat could directly implement Community law, without need for an interposed State standard.

Key words: directive on services; implementation of European guidelines; State and Autonomous Community jurisdiction for implementing European law.

2004-2009: L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM LINGÜÍSTIC EN EL DRET DE LA UNIÓ EUROPEA. DE L'AMPLIACIÓ DEL 2004 AL TRACTAT DE LISBOA

Antoni Milian i Massana

Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARI: I. Introducció. – II. El règim lingüístic de la Unió Europea el 2003. – II.1. Les llengües oficials i les llengües de treball. – II.2. Les llengües dels tractats. – II.3. La condició de les altres llengües parlades històricament i tradicional a la Unió Europea. – II.4. La competència lingüística i les regulacions lingüístiques de la Unió. – II.5. Les novetats de l'any 2003. – III. El període 2004-2009: la multiplicació de les llengües oficials i de les llengües de treball de les institucions de la Unió Europea i el reconeixement incipient de determinades llengües regionals o minoritàries. – III.1. Les llengües oficials i les llengües de treball. – III.1.1. L'ampliació del 2004. – III.1.2. El reconeixement de l'irlandès. – III.1.3. L'ampliació del 2007. – III.1.4. El Tractat de Lisboa. – III.2. Les llengües regionals o minoritàries. – IV. El Tractat de Lisboa. – V. Reflexions finals. – *Resum-Resumen-Abstract.*

I. Introducció

En aquest treball em proposo explicar les modificacions que ha sofert el règim lingüístic de la Unió Europea aquests darrers anys.

Article rebut el 16/9/2009; acceptat el 3/02/2010.

Aquest treball té origen en la ponència "Cinc anys després: la igualtat de les llengües en les institucions de la Unió Europea, mite o realitat?", que vaig presentar en el marc del Simposi Internacional "Situació i perspectives del plurilingüisme a Europa", que va tenir lloc els dies 6, 7 i 8 de novembre de 2008 a la ciutat de València, organitzat per l'Acadèmia Valenciana de la Llengua. A més de reelaborar amb profunditat la ponència, he procedit també a ampliar-ne el text original i a actualitzar-lo. Encara que es tracti, per tant, d'un text nou, vull expressar el meu agraïment a Josep Palomero Almela, acadèmic de l'Acadèmia Valenciana de la Llengua, perquè, quan li vaig comentar la voluntat de reescriure l'original, i publicar-ne la nova versió, no em va posar cap mena de dificultat per a l'eventual edició. El text de la ponència es troba en fase de publicació dins de les actes del Simposi.

Exactament, d'ençà de l'ampliació de l'any 2004, que ha suposat la incorporació més nombrosa, d'un sol cop, de nous estats membres, fins al moment actual, en què hem assistit a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa i, amb ella, a la reestructuració amb profunditat de les comunitats i la Unió.

Atesa la transcendència d'aquests esdeveniments, als quals cal afegir-ne d'altres, més puntuals, que han ocorregut també dins del període 2004-2009, sembla oportú mirar de copsar com han afectat tots ells el règim lingüístic de la Unió i procedir a analitzar les alteracions que s'hi han produït. Aquest és, pròpiament, l'objecte del treball.

Per fer més fàcil la comprensió dels canvis que han tingut lloc, durant el període esmentat, en el règim lingüístic de la Unió, recordo, en primer lloc, de manera sintètica, quin era el règim vigent fins l'any 2003 (apartat II).¹ A continuació, examino ja les innovacions aparegudes al llarg del període 2004-2009, que és allò que constitueix el nucli del treball (apartat III). Tanmateix, les novetats que aporta el Tractat de Lisboa les considero en un apartat diferenciat, ja que la importància i la singularitat d'aquest instrument jurídic ho aconsella i ho justifica (apartat IV). Unes reflexions finals clouen l'estudi.

Abans de prosseguir, cal fer una precisió de caràcter general per tal de facilitar la comprensió de les citacions dels preceptes dels tractats. En el text, quan cito els articles del Tractat de la Unió Europea, segons estaven redactats abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, els escric amb el prefix *ex al* davant, perquè no hi hagi confusió amb l'articulat i el contingut del Tractat de la Unió Europea una vegada modificat i renumerat pel Tractat de Lisboa. Ara bé, quan la referència pertoca a articles del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, segons la versió anterior a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, opto simplement per mantenir aquella denominació del Trac-

1. A aquest règim m'hi havia referit amb detall en el llibre: Antoni Milian i Massana, *La igualtat de les llengües a les institucions de la Unió Europea, mite o realitat?*, Bellaterra, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2003. El llibre consistia en la versió en llengua catalana, en format de monografia i amb petits retocs i alguna ampliació, de l'article extens publicat en llengua francesa amb el mateix títol en el número 38 de la *Revista de Llengua i Dret*, 2002, p. 47-94. Una versió ampliada i actualitzada del text editat a la *Revista de Llengua i Dret* va ser publicat posteriorment a la *Revue juridique Thémis*, vol. 38, núm. 1, 2004, p. 211-260, amb el títol "Le régime juridique du multilinguisme dans l'Union européenne. Le mythe ou la réalité du principe d'égalité des langues".

tat, ja que, com explicaré més endavant, el títol d'aquell Tractat ha estat substituït, en virtut del Tractat de Lisboa, pel títol: "Tractat de Funcionament de la Unió Europea". En aquest cas, doncs, no cal recórrer al prefix *ex* per diferenciar si el número de l'article i el seu contingut corresponen a la numeració i a la versió anteriors a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, o si corresponen a la numeració i al contingut posteriors. N'hi ha prou amb mantenir la denominació anterior del Tractat, en el primer cas, i utilitzar la denominació nova vigent, en el segon.

II. El règim lingüístic de la Unió Europea el 2003

El règim lingüístic de la Unió Europea ha coincidit sempre amb el règim lingüístic de les comunitats europees (de la Comunitat Europea i de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica). En la mesura que la Unió, segons establia el Tractat de Maastricht, es fonamentava en les comunitats [paràgraf tercer de l'exart. 1 del Tractat de la Unió Europea (d'ara endavant Tractat UE)], la Unió va fer seu el règim lingüístic de les comunitats, règim que, per consegüent, els era comú. En definitiva, parlar del règim lingüístic de la Unió Europea ha equivalgut a parlar del règim de les comunitats, i viceversa. Quant al segon i al tercer pilars de la Unió, el règim lingüístic s'estenia, en l'aspecte material, al segon pilar (el de la política exterior i de seguretat),² i, en l'aspecte formal, al segon i al tercer pilars (el ja esmentat i el de la cooperació en els àmbits de justícia i assumptes d'interior).³

II.1. Les llengües oficials i les llengües de treball

En acabar l'any 2003, a la Unió Europea hi havia quinze estats membres i les llengües oficials i les llengües de treball de les institucions eren onze. Aquestes llengües estaven especificades a l'article 1 del Reglament núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, pel qual es fixa el règim lingüístic de la Comunitat Econòmica Europea, i a l'article

2. Segons la Declaració relativa al règim lingüístic en l'àmbit de la política exterior i de seguretat comuna, que es trobava annexada a l'Acta final del Tractat UE, resultava que el règim lingüístic aplicable al segon pilar era essencialment el de les comunitats europees, o sigui, el del primer pilar de la Unió.

3. Vegeu l'exart. 28.1 i 41.1 del Tractat UE, respectivament.

1 del Reglament núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, pel qual es fixa el règim lingüístic de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica, d'acord amb el redactat donat als dos preceptes –que són idèntics– en la modificació que va tenir lloc a través de l'Annex I de l'Acta relativa a les condicions d'adhesió del Regne de Noruega, de la República d'Àustria, de la República de Finlàndia i del Regne de Suècia, tal com va ser modificat per la Decisió del Consell d'1 de gener de 1995.⁴

De fet, els tractats mai no han establert quines són les llengües oficials i de treball, i únicament s'han limitat a precisar la institució a qui correspon determinar el règim lingüístic de les institucions, que era, i continua essent, com veurem, el Consell, i el quòrum necessari per adoptar-lo: la unanimitat, invariablement, des de l'origen de les comunitats [art. 290 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea (d'ara endavant Tractat CE); exart. 190 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica (d'ara endavant Tractat CEEA)].⁵

4. La Decisió del Consell d'1 de gener de 1995 (95/1/CE, Euratom, CECA) va adaptar els textos a la circumstància que Noruega va finalment rebutjar l'adhesió. L'article 1 dels dos reglaments núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, disposava textualment que: "Las lenguas oficiales y las lenguas de trabajo de las instituciones de la Unión serán el alemán, el castellano, el danés, el finés, el francés, el griego, el inglés, el italiano, el neerlandés, el portugués y el sueco". Com que a partir d'aquesta redacció, els dos reglaments núm. 1 han disposat exactament el mateix, en el text, per agilitzar-lo, parlaré a vegades en singular del Reglament núm. 1, si bé el lector haurà de tenir en compte que es tracta, en realitat, de dos reglaments núm. 1 idèntics, que contenen les mateixes regles. També per alleugerir el text, encara que en propietat cal parlar de "les llengües oficials i les llengües de treball", com fa l'article 1 suara reproduït, en el treball normalment utilitzaré l'expressió "les llengües oficials i de treball". Tot i ser menys exacte, certament, des del punt de vista conceptual, crec que aquesta expressió, una vegada fet l'advertiment, es pot utilitzar perfectament, vist que les llengües oficials sempre han estat llengües de treball i viceversa.

5. Els articles 290 del Tractat CE i ex 190 del Tractat CEEA, disposaven, amb la mateixa dicció literal, que "[e]l régimen lingüístico de las instituciones de la Comunidad será fijado por el Consejo, por unanimidad, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el reglamento del Tribunal de Justicia". El Tractat de Niça, en entrar en vigor l'1 de febrer de 2003, hi va introduir una lleu modificació, de tal manera que la redacció dels dos articles va quedar com segueix: "El régimen lingüístico de las instituciones de la Comunidad será fijado por el Consejo, por unanimidad, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Estatuto del Tribunal de Justicia". Amb aquesta petita alteració es "constitucionalitzava" el règim lingüístic del Tribunal i la unanimitat del Consell, requerida per a l'aprovació, es reforçava en perdre el Tribunal la facultat d'establir-ne inicialment el text. La font diferenciada, des dels inicis, del règim lingüístic del Tribunal va causar que en el Reglament núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, se precisés el següent: "El régimen lingüístico del procedimiento del Tribunal de Justicia se determinará en el reglamento de procedimiento de éste." (art. 7). Aquesta remissió al reglament del Tribunal s'havia d'entendre que l'havia derogada el Tractat de Niça, com salta als ulls.

El nombre de les llengües oficials i de treball de les institucions no corresponia, ni de bon tros, al del conjunt de les llengües parlades tradicionalment a la Unió Europea. Interessa, per tant, saber el criteri que el Consell havia acordat per decidir quines eren les llengües que s'havien de beneficiar d'aquell estatus i quines en quedaven fora. El preàmbul del Reglament l'explicita quan diu que gaudeixen d'aquell estatus les llengües dels tractats, en la mesura que "son reconocidas como lenguas oficiales cada una de ellas en uno o varios Estados miembros de la Comunidad". El caràcter amfibològic dels termes del preàmbul que podria deixar-nos en el dubte de si es tracta només de les llengües que són oficials en tot el territori d'un Estat membre (o de les seves institucions centrals), o, en canvi, si hi estaven també compreses les llengües que són oficials en una part del territori d'un Estat membre, s'esvaeix pràcticament del tot amb la referència a les llengües dels tractats, també continguda en el preàmbul.⁶

Amb l'opció adoptada, resulta que almenys una de les llengües oficials de les institucions de la Unió Europea coincideix sempre amb una de les llengües oficials a qualsevol part del territori de la Unió. En conseqüència, el criteri seguit garanteix formalment, a partir de les conseqüències de l'estatus de l'oficialitat, que els actes jurídics de la Unió revestits de l'aplicabilitat directa i/o susceptibles de produir un efecte directe siguin publicats al *Diari Oficial de la Unió Europea* –abans *Diari Oficial de les Comunitats Europees*– de manera comprensible per a tots els nacionals dels estats membres, i, per tant, per a tots els ciutadans de la Unió,⁷ la qual cosa és una exigència indispensable dels principis de la seguretat jurídica i d'igualtat o de no-discriminació que tot sistema democràtic ha de respectar, i que la Unió Europea té reconeguts. Així, doncs, no hauria estat possible el reconeixement d'un nombre inferior de llengües.⁸

6. La referència als tractats elimina, doncs, gairebé del tot, l'ambigüitat que jo mateix havia assenyalat en un treball precedent. Vegeu Antoni Milian-Massana, "Languages that are official in part of the territory of the Member States. Second-class languages or institutional recognition in EU law?", a Arzo, Xabier (ed.), *Respecting Linguistic Diversity in the European Union*, Amsterdam-Filadèlfia, John Benjamins, 2008, 191, p. 193 i 194.

7. Segons disposava l'article 17.1 del Tractat CE: "Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro". Actualment, en termes idèntics, l'article 20.1 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

8. Durant aquest període, dues llengües oficials en el conjunt del territori d'un Estat membre no tenien reconeguda la condició de llengües oficials i de treball de les institucions de la Unió. Es tractava de l'irlandès, llengua nacional i primera llengua oficial d'Irlanda, i del

Quant a l'estatus de les llengües oficials i de treball, aquest consistia i consisteix –això no ha sofert cap modificació– en el següent:

Com a llengües oficials, les onze llengües reconegudes són les llengües de relació i comunicació vàlida i eficaç de les persones sotmeses a la jurisdicció d'un Estat membre, i dels estats membres, amb les institucions, i viceversa (art. 2 i 3 del Reglament núm. 1); així mateix, els reglaments i els altres textos d'abast general de la Unió s'han de redactar en totes les llengües oficials (art. 4 del Reglament núm. 1); finalment, per tal de publicar-ne la versió oficial, el *Diari Oficial* s'ha de publicar en totes aquelles llengües (art. 5 del Reglament núm. 1), cosa que en la pràctica es fa mitjançant edicions separades, una per a cada llengua. Amb el Tractat de Niça es va modificar la denominació del *Diari Oficial de les Comunitats Europees*, que va adoptar el nom actual de *Diari Oficial de la Unió Europea*.

Com a llengües de treball, les onze llengües reconegudes havien de ser les utilitzades en l'activitat interna de les institucions; és a dir, *grosso modo* en l'activitat que no té efectes jurídics enfront de tercers (ja que, en l'activitat externa, hi intervé la condició de les llengües oficials). En relació amb les llengües de treball, el Reglament núm. 1 no conté cap regla específica, si bé autoritza les institucions perquè puguin determinar les modalitats d'aplicació del règim lingüístic en els reglaments interns respectius (art. 6). Tanmateix, i al marge de les particularitats que, en funció de les peculiaritats de cada institució, hagin establert les reglaments interns, en la pràctica, les llengües de treball s'han reduït enormement, fins al punt que aquestes són només, *de facto*, l'anglès, el francès, amb predomini cada cop més gran de la primera, i esporàdicament l'alemany i les altres llengües. El predomini de l'anglès s'ha imposat sobretot a partir de l'adhesió de Finlàndia, Suècia i Àustria, que va tenir lloc l'any 1995.

Les llengües oficials i de treball ho són de les institucions, tal com indica expressament l'article 1 del Reglament núm. 1 del Consell,

luxemburguès, llengua nacional de Luxemburg a partir del 1984. La manca de reconeixement era possible, perquè no afectava els principis de la seguretat jurídica i d'igualtat, ja que, a Irlanda, hi era també oficial l'anglès, llengua oficial i de treball de les institucions de la Unió, i l'alemany i el francès, llengües oficials i de treball de les institucions de la Unió, eren llengües administratives de Luxemburg. Mentre el luxemburguès estava mancat d'estatus institucional, la llengua irlandesa, en canvi, gaudia de la condició de llengua dels tractats.

de 15 d'abril de 1958.⁹ Aquest règim lingüístic no vincula, doncs, els altres organismes, òrgans i agències de la Unió. Tanmateix, s'aplica *mutatis mutandis* al Comitè econòmic i social i al Comitè de les regions, organismes amb funcions consultives que assisteixen el Consell i la Comissió (art. 7.2 del Tractat CE; avui art. 13.4 del Tractat UE, amb assistència, també, al Parlament Europeu), i al Defensor del Poble. Per contra, s'aigualla, per exemple, en el cas del Banc Central Europeu. El règim lingüístic del Banc Central es basava en el reconeixement exprés d'una sola llengua de treball, que resultava ser l'anglès, si bé encara s'hi mantenien, com a llengües oficials, totes les llengües oficials i de treball de la Unió. En haver esdevingut, en virtut del Tractat de Lisboa, una institució, el Banc Central Europeu ha de regir-se actualment pel Reglament núm. 1. La desfiguració del règim lingüístic de les institucions era i és més acusada en el supòsit dels altres organismes i agències. L'Oficina d'Harmonització del Mercat Interior (marques, dibuixos i models), per citar-ne un exemple, admet totes les llengües oficials i de treball per formular les sol·licituds de marca comunitària, però només són cinc les llengües de l'Oficina –l'espanyol, l'alemany, el francès, l'anglès i l'italià–, llengües en les quals cal normalment instruir i resoldre els procediments d'oposició, de caducitat i de nul·litat.¹⁰

9. Recordem que les institucions de la Unió eren el Parlament Europeu, el Consell de la Unió Europea, la Comissió, el Tribunal de Justícia i el Tribunal de Comptes (art. 7.1 del Tractat CE; exart. 5 del Tractat UE). Per a l'estudi del règim lingüístic de les institucions de la Unió Europea, vegeu, per exemple, Patricia Fabeiro Hidalgo, "Un estudio jurídico del régimen lingüístico de las instituciones de la Unión Europea", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 44, 2005, p. 49-99; Álvaro de Elera-San Miguel Hurado, "Unión Europea y Multilingüismo", *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 85-135; María José Gálvez Salvador, "Construcción, evolución y alcance jurídico del multilingüismo de la Unión Europea", *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, p. 173-193; Antoni Milian i Massana, *Público y privado en la normalización lingüística. Cuatro estudios sobre derechos lingüísticos*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 161-202; i els meus treballs esmentats *supra* a la nota 1. Amb el Tractat de Lisboa, el Consell Europeu i el Banc Central Europeu han esdevingut també institucions (art. 1, punt 14, del Tractat esmentat).

10. En el llibre *La igualtat de les llengües a les institucions de la Unió Europea, mite o realitat?*, citat *supra* a la nota 1, vaig destacar que, en el règim lingüístic del Banc Central Europeu, es distingia *de iure*, i no només *de facto*, entre les llengües oficials i les llengües de treball, mentre que en el règim de les institucions la distinció era només *de facto*, a partir de la pràctica d'utilitzar unes poques llengües com a llengües de treball. Aquesta observació, que servia per fer més gràfic el salt qualitatiu ocorregut llavors amb el règim del Banc Central, va ser qüestionada per Fabeiro Hidalgo, que considerava que la dissociació entre llengües oficials i llengües de treball a les institucions ja estava, si no establerta, autoritzada en llurs reglaments interns (a partir de les modulacions que els permet l'article 6 del Reglament núm. 1). En relació amb el Banc Central Europeu, l'autora, tanmateix, reconeixia que "[l]o que sí vemos novedoso es que un reglamento interno opte

II.2. Les llengües dels tractats

Les llengües dels tractats són totes aquelles en les quals existeix una versió dels tractats comunitaris que té valor autèntic. Al final del 2003, aquestes llengües, determinades en el darrer article de cada un dels tractats, eren dotze (art. 314 del Tractat CE i exart. 53 del Tractat UE, per citar els dos tractats més rellevants).¹¹ Exactament, eren les

por que el trabajo deba transcurrir en una de las lenguas oficiales de la UE y nada más, excluyendo la posibilidad abierta en los otros casos de que pueda hacerlo en varias." (p. 90). En definitiva, podríem dir que Fabeiro Hidalgo té raó en part, però no deixa de ser cert que, els reglaments interns respectius, el que introdueixen són més aviat modulacions, en lloc d'un trencament explícit. Per contra, l'autora coincidia amb la remarca que jo havia fet en aquell mateix treball en relació amb l'Oficina d'Harmonització del Mercat Interior: "[...] concidimos con Milian i Massana en apreciar que [...] el caso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior representa la ruptura *de iure* de la igualdad entre lenguas oficiales [...]" (p. 89). Patricia Fabeiro Hidalgo, "Un estudio jurídico del régimen lingüístico...", *cit.*, p. 89 i 90. El Tribunal de Justícia va tenir ocasió de declarar la conformitat del règim lingüístic de l'Oficina d'Harmonització del Mercat Interior amb al dret de la Unió en la sentència TJ CE de 9 de setembre de 2003 (Christina Kik c. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), C-361/01 P, Rec. 2003, I-8283). Una descripció del règim lingüístic de les agències la podeu trobar a Diana-Urania Galetta; Jacques Ziller, "Il regime lingüístico della Comunità", a Mario P. Chitti; Guido Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milà, Giuffrè, tom II, 2a ed., 2007, 1067, p. 1083-1089. Vegeu també els treballs reunits en el *Quaderno* núm. 5 de la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, monogràfic que porta per títol *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. L'Unione tra multilinguismo e monolinguisimo*. En aquest número, dirigit per Edoardo Chiti i Riccardo Gualdo, s'estudien, amb detall, els règims lingüístics de l'Agència Europea de Medi Ambient, de l'Autoritat Europea de Seguretat Alimentària i de l'Europol.

11. L'article 314 del Tractat CE establia aleshores el següent: "El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lengua alemana, lengua francesa, lengua italiana y lengua neerlandesa, cuyos cuatro textos son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios.

En virtud de los Tratados de adhesión, son igualmente auténticas las versiones del presente Tratado en lenguas danesa, española, finesa, griega, inglesa, irlandesa, portuguesa y sueca."

(Aquest segon paràgraf havia estat afegit en virtut de l'article 6, I, punt 81, del Tractat d'Amsterdam).

Per la seva banda, l'exarticle 53 del Tractat UE disposava el que segueix:

"El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, danesa, española, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa y portuguesa, cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia autenticada a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios.

En virtud del Tratado de adhesión de 1994, son igualmente auténticas las versiones del presente Tratado en lenguas finesa y sueca."

(El segon paràgraf havia estat afegit d'acord amb el que estipulava el punt 16 de l'article 1 del Tractat d'Amsterdam).

onze llengües oficials i de treball i l'irlandès. Per consegüent, hi havia dotze versions lingüístiques dels tractats, cada una d'elles amb idèntic valor, invocables davant dels tribunals. Aquest efecte de l'autenticitat de la versió és l'efecte genuí de la condició de llengua dels tractats. No obstant això, els efectes i les conseqüències del règim de llengua dels tractats es van anar ampliant amb el pas del temps. En concret, les dotze llengües dels tractats, i no només les onze llengües oficials, van passar a ser reconegudes com a llengües de procediment en els reglaments de procediment del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees i del Tribunal de Primera Instància de les Comunitats Europees; es van reconèixer, com a versions autèntiques d'aquests reglaments, les versions oficials redactades en les llengües dels tractats;¹² les llengües dels tractats es van incorporar sense excepció en els programes per a l'aprenentatge de llengües instituïts per les comunitats i la Unió; i, finalment, qüestió que és veritablement important des del punt de vista material, es va reconèixer a tot ciutadà de la Unió Europea el poder adreçar-se per escrit a les institucions, al Defensor del Poble, al Comitè econòmic i social i al Comitè de les regions en qualsevol de les llengües dels tractats, i rebre una resposta redactada en aquesta mateixa llengua. Aquest reconeixement el va consagrar el paràgraf tercer de l'article 21 del Tractat CE, paràgraf que va ser afegit pel Tractat d'Amsterdam (art. 2, punt 11, del Tractat), que va entrar en vigor l'1 de maig de 1999.

Com és fàcil observar, l'increment d'efectes i conseqüències jurídics va consistir en l'atribució parcial a les llengües dels tractats d'alguns

12. La necessitat de publicar les versions autèntiques dels reglaments de procediment redactades en irlandès en el *Diari Oficial de les Comunitats Europees*, així com la de publicar-hi les versions dels Tractats comunitaris en irlandès, igualment autèntiques, va fer que aparegués esporàdicament, cada vegada que hi havia un nou text jurídic autèntic en irlandès per publicar, una versió en llengua irlandesa del *Diari Oficial*. Com que el Reglament núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, només ordenava la publicació del *Diari Oficial* en les llengües oficials (art. 5 del Reglament), va caldre dictar nous actes jurídics que habilitessin el poder fer les edicions del *Diari Oficial* en irlandès. Vegeu, per exemple, el Reglament (Euratom, CECA, CEE) núm. 857/72 del Consell, de 24 d'abril de 1972, pel qual es creen edicions especials del *Diari Oficial de les Comunitats Europees*, on es mana publicar en una edició especial, entre altres versions, la versió irlandesa del Tractat relatiu a l'adhesió a la Comunitat Econòmica Europea [després Comunitat Europea] i a la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica del Regne de Dinamarca, d'Irlanda, del Regne de Noruega [que finalment hi va renunciar] i del Regne Unit de Gran Bretanya i d'Irlanda del Nord, i la de la Decisió del Consell de les Comunitats Europees, de 22 de gener de 1972, relativa a l'adhesió a la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer dels estats esmentats.

dels efectes que corresponen pròpiament a les llengües oficials. Per això, aquests efectes materials només tenien efectivitat real en el cas de l'irlandès, l'única llengua dels tractats que no gaudia de la condició de llengua oficial i de treball de les institucions de la Unió Europea.¹³ En realitat, allò que es perseguia a través de l'atorgament d'aquests efectes i conseqüències jurídics era dotar la llengua irlandesa d'un estatus a mig camí del de les llengües oficials i de treball,¹⁴ i això per compensar-la del fet que Irlanda, quan va adherir-se l'any 1973 a les comunitats europees, hagués acceptat renunciar a la seva oficialització, malgrat que fos llengua oficial en tot el territori d'aquella República.

La renúncia no afectava la seguretat jurídica dels ciutadans irlandesos, vist que tots ells eren coneixedors de l'anglès –segona llengua oficial d'Irlanda, segons l'article 8 de la Constitució irlandesa–,¹⁵ i que aquesta llengua es va incorporar com a llengua oficial i de treball de les comunitats europees en tant que llengua oficial d'Irlanda, i també pel fet de ser-ho del Regne Unit de Gran Bretanya i d'Irlanda del Nord, Estat que va adherir-se a les comunitats en la mateixa ampliació en què Irlanda s'hi va incorporar. L'apartament de l'irlandès de les llengües oficials i de treball de les institucions de la Unió va introduir una modulació implícita, mai formulada, al criteri acordat i seguit pel Consell a l'hora de fixar aquestes llengües. La regla general i la modulació les podríem formular de la manera següent: totes les llengües que tenen l'estatus de llengua oficial en el conjunt del territori d'un Estat membre, o de les institucions centrals d'un Estat membre, sense compartir-lo

13. En canvi, l'efecte formal de l'elevació de rang d'allò previst en el paràgraf tercer de l'article 21 del Tractat CE interessava totes les llengües oficials i de treball, com també l'extensió de la facultat previnguda en aquell precepte respecte del Comitè econòmic i social, del Comitè de les regions i del Defensor del Poble.

14. La cosa que realment diferenciava l'estatus de l'irlandès del de les llengües oficials era la manca d'una versió oficial autèntica en irlandès del dret comunitari derivat i la manca d'una traducció oficial de les sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees. Les sentències d'aquest Tribunal tenien, i tenen, valor autèntic només en la llengua del procediment, però es traduïen a les altres llengües de procediment, excepte a l'irlandès. En tant que l'irlandès era llengua de procediment, hi hauria pogut haver procediments en irlandès i, per tant, sentències en aquesta llengua. De tota manera, mentre la llengua irlandesa era només llengua dels tractats, mai no se'n va fer ús com a llengua de procediment. Això explica, doncs, que no s'hagués redactat cap sentència en irlandès.

15. L'apartat segon de l'article 8 de la Constitució d'Irlanda, d'1 de juliol de 1937, disposa que "2. The English language is recognized as a second official language", després que l'apartat primer hagués establert que "1. The Irish language as the national language is the first official language".

amb una altra llengua adquireixen la condició de llengua oficial i de treball de les institucions comunitàries. Quan un Estat membre reconeix més d'una llengua oficial per al conjunt del seu territori, o en les institucions centrals, i resulta que alguna d'elles és ja, pel fet de ser-ho en un altre Estat membre, llengua oficial i de treball de les institucions comunitàries, les altres no adquireixen aquesta condició.¹⁶

II.3. La condició de les altres llengües parlades històricament i tradicional a la Unió Europea

Els dos únics estatus concebuts en el règim lingüístic creat per les comunitats i per la Unió Europea eren el de llengua oficial i de treball, i el de llengua dels tractats. En no haver-n'hi cap més, resulta que les altres llengües parlades històricament al si de la Unió Europea estaven mancades d'un estatus concret i específic. Encara més, no tenien pràcticament cap mena de consideració. Tot es limitava a successives resolucions del Parlament Europeu, adreçades als estats membres, bo i encoratjant-ne l'ús, la promoció, la protecció i la salvaguarda; a algunes contribucions financeres a organismes dedicats al seu estudi i suport; a alguns suports financers per promoure-les i salvaguardar-les; a l'encàrrec i l'assumpció d'estudis i informes sobre la seva situació; i, en el millor dels casos, a incloure-les en algun dels programes comunitaris. En els documents comunitaris, aquestes llengües reben denominacions diverses. Per referir-m'hi, utilitzaré l'expressió llengües regionals o minoritàries, que és, probablement, la denominació més utilitzada.

De les resolucions aprovades pel Parlament Europeu, en vull destacar una que concerneix expressament la llengua catalana. Em refereixo a la Resolució del Parlament Europeu d'11 de desembre de 1990, sobre la situació de les llengües a la Comunitat i la de la llengua catalana. D'aquesta Resolució, que és el colofó de les peticions núm. 113/88 i 161/89 presentades, respectivament, al Parlament Europeu pel Parlament de Catalunya i el Parlament de les Illes Balears en de-

16. És probable que, per exigències de la seguretat jurídica, les altres (o bé una, o diverses, de les altres) llengües haurien d'adquirir també la condició de llengua oficial si resultava que la llengua de coincidència només era coneguda per una part del ciutadans del nou Estat membre, circumstància, tanmateix, que encara no s'ha produït mai en les ampliacions hagudes.

manda del reconeixement per a la llengua catalana de l'estatus de llengua oficial de les institucions europees, en sobresurt el fet que el Parlament Europeu demana al Consell i a la Comissió l'adopció de mesures que permetin aconseguir els objectius següents: "–la publicació en catalán de los Tratados y de los textos fundamentales de las Comunidades, –la difusión en catalán de la información pública relativa a las instituciones europeas por todos los medios de comunicación, –la inclusión del catalán en los programas elaborados por la Comisión para el aprendizaje y el perfeccionamiento de las lenguas europeas, –la utilización del catalán en las relaciones orales y escritas con el público en la(s) Oficina(s) de la Comisión de las Comunidades Europeas en las Comunidades Autónomas en cuestión".¹⁷

Dels quatre objectius, se n'han acomplert parcialment el dos primers i, en bona mesura, el quart. El tercer, que juntament amb el quart era el més important per al català des del punt de vista sociolingüístic, va ser, per contra, ignorat completament. Per exemple, les accions Lingua i Comenius del programa Sòcrates (Decisió núm. 253/2000/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 de gener de 2000, per la qual s'estableix la segona fase del programa d'acció comunitària en matèria d'educació Sòcrates) abraçaven expressament les llengües oficials i de treball de les institucions, l'irlandès, en la mesura que era llengua dels tractats, i el luxemburguès, única llengua oficial en el conjunt d'un Estat mancada d'un estatus institucional dins de la Unió; en canvi, no donaven cabuda a cap de les llengües regionals o minoritàries. Per contra, aquestes accions podien obrir-se (art. 12 de la Decisió núm. 253/2000/CE),¹⁸ i es van obrir amb posterioritat, a les llengües d'altres països, com, per exemple, les dels països de l'Associació Europea de Lliure Comerç que participen a l'Espai Econòmic Europeu que no són membres de la Unió, cosa que va permetre afegir-hi les llengües islandesa i noruega, entre d'altres.

17. DOCE C 19, de 28 de gener de 1991, p. 43. Una decisió de la comissió de peticions del Parlament Europeu, de 26 i 27 de gener de 1993, va estendre al gallec i al basc la demanda que, per al català, contenia la Resolució del Parlament Europeu d'11 de desembre de 1990. Vegeu Iñaki Agirreazkuenaga, *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*, Donostia – San Sebastián, Gipuzkoako Foru Aldundia/Diputación Foral de Gipuzkoa, 2003, p. 37.

18. El Reglament (CE) núm. 885/2004 del Consell, de 26 d'abril de 2004, va adaptar l'article 12 de la Decisió a les exigències de l'adhesió dels 10 nous estats que es va produir el 2004.

Afortunadament, aquest menyspreu per a les llengües regionals o minoritàries, i, en particular, per al català i per a la petició continguda en la Resolució del Parlament Europeu de l'any 1990 –petició del Parlament que lligava moralment, però que jurídicament la Comissió i el Consell podien desobeir, atès que les resolucions del Parlament estan privades de força vinculant–,¹⁹ ha remès i ha estat rectificat, si més no *de iure*, en el nou programa que ha succeït el programa Sòcrates, com tindrem ocasió de veure en l'apartat IV. D'aquesta manera, s'ha obert el camí per posar fi a una situació que era especialment injusta i desproporcionada en el cas de la llengua catalana.

Una esletxa que podia beneficiar, i que ha servit més tard per fer-ho, les llengües regionals o minoritàries, la va obrir, bo i encaminant les accions de les institucions en matèria lingüística en un sentit més favorable per a aquelles llengües, l'article 22 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea en disposar que “[l]a Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y *lingüística*” (la cursiva és meua).²⁰ Encara que els efectes de la Carta, proclamada solemnement el dia 7 de desembre de 2000, hagin estat incerts i limitats fins a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, en no haver estat durant aquests anys incorporada als tractats, no hi ha cap mena de dubte que ha incidit com a directriu o pauta de comportament per a les institucions, com ho posa de manifest el fet que hagi estat citada expressament en el preàmbul d'alguns actes jurídics de la Unió o, fins i tot, en alguna sentència del Tribunal de Justícia.

Aquest respecte de la diversitat lingüística, amb les conseqüències jurídiques que el poden acompanyar, no se circumscriu a les llengües que ostenten un estatus institucional al si de la Unió (les oficials i de treball i l'irlandès), sinó que s'estén a totes les llengües parlades a la Unió Europea i, per tant, a les llengües regionals o minoritàries.²¹ De fet, la inclusió del respecte de la diversitat lingüística va cristal·litzar,

19. La circumstància que la petició de la resolució faci textualment menció, de manera formalment imperfecta, als “programas elaborados por la Comisión”, i que el programa Sòcrates hagués de ser aprovat pel Consell, no excusa aquesta institució d'haver menysprejat la petició del Parlament Europeu.

20. El text de la Carta podeu consultar-lo en el DOCE C 364, de 18 de desembre de 2000.

21. Vegeu Xabier Arzo, “The protection of linguistic diversity through Article 22 of the Charter of Fundamental Rights”, a Xabier Arzo (ed.), *Respecting Linguistic Diversity...*, cit., 145, p. 153-156.

precisament, segons posen en relleu els treballs del procés d'elaboració, a partir de les propostes fetes per l'European Bureau for Lesser-Used Languages, a les quals, més tard, per intentar reblar el reconeixement, se n'hi van afegir d'altres formulades per membres de la Convenció i una procedent del Comitè de les regions.²² La influència de l'article 22 de la Carta en la preocupació de les institucions per la promoció i la protecció de les llengües regionals o minoritàries serà més aviat silent, però inequívoca, i, com veurem, a través de manifestacions diverses.²³ La Carta, amb unes poques modificacions, i l'article 22, íntegrament, van ser incorporats en el Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa, el qual, però, com és sabut, no va reeixir. Serà més tard, a través del Tractat de Lisboa, que adquirirà el valor dels tractats.

II.4. La competència lingüística i les regulacions lingüístiques de la Unió

La manca d'accions comunitàries en favor de les llengües regionals o minoritàries per part de la Comunitat Europea, primer, i la Unió Europea, després, s'ha justificat sobre la base de la manca de competència en matèria de política lingüística. De tota manera, la Comunitat i la Unió no han tingut recança en incidir en la matèria lingüística, quan els ha semblat oportú, a través dels nombrosos programes dictats a redós dels articles 149 i 150 (ensenyament), 151 (cultura) i 157 (indústria), tots ells del Tractat CE.²⁴

22. Mar Campins Eritja, "El reconeixement de la diversitat lingüística a la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 38, 2002, 95, p. 107 i 108; Xabier Arzo, "The protection of linguistic diversity...", *cit.*, p. 147-150.

23. Sobre el respecte de la diversitat lingüística, vegeu, per exemple, Iñigo Urrutia Libarona, "Régimen jurídico de las lenguas y reconocimiento de la diversidad lingüística en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 42, 2004, p. 231-273; Eva Pons Parera, "El principi de respecte de la diversitat lingüística i la seva projecció sobre les institucions de la Unió Europea", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. CVI, núm. 2, 2007, p. 387-414; M. Àngels Arróniz i Morera de la Vall, "Diversitat i llengües menys difoses a la Unió Europea: un estat de la qüestió", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 45, 2006, p. 123-146.

24. Bruno De Witte, "Language Law of the European Union: Protecting or Eroding Linguistic Diversity?", a Rachael Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 205, p. 234-240.

Les accions lingüístiques desplegades a través dels programes, que han tingut continuïtat fins al dia d'avui, i que són essencialment una manifestació lateral de l'exercici de competències materials que corresponen a la Unió, tal vegada siguin el germen d'una assumpció futura de competències en matèria lingüística per part de la Unió –tot i que el caràcter lateral dels aspectes lingüístics ho fa més difícil o menys necessari– o, si més no, el germen d'intervencions indirectes més enèrgiques. Nogensmenys, recordem el paradigmàtic precedent de la matèria del medi ambient, àmbit en el qual les comunitats van començar a intervenir a través de programes, sense base competencial medioambiental sòlida en els tractats o dret originari, pràctica consolidada que va constitucionalitzar més endavant l'Acta Única Europea amb la incorporació en el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea d'un títol referit al medi ambient, comprensiu de tres articles.²⁵ De fet, el germen de les accions lingüístiques, com tindrem ocasió de veure més endavant, pot evolucionar cap a una traducció més "material" amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa. Convé recordar que aquest Tractat, per bé que no confereix en favor de la Unió poders d'actuació en matèria lingüística, configura el respecte de la riquesa de la diversitat cultural i lingüística de la Unió Europea entre els objectius que li corresponen. Caldrà veure quin rol adopta dins d'aquest marc la previsió de l'article 352 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant Tractat FUE), precepte que substitueix l'article 308 del Tractat CE.

En qualsevol cas, i més enllà del que he explicat respecte dels programes, la manca de competència en matèria de política lingüística no ha impedit a la Comunitat Europea adoptar regles de caràcter lingüístic en les normes de dret derivat, cosa que es justificaria pel caràcter lateral i subordinat d'aquestes regles dins de la regulació material efectuada.

En concret les ha adoptades en reglamentar les llibertats comunitàries i en harmonitzar les normes dels estats que hi incideixen. Cal

25. Luciano Parejo Alfonso, "Origen y desarrollo del derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario-europeo", a Juan Picon Riquez (coord.), *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, 41, p. 42-51; M^a Rafaela Urueña Álvarez, "Medio ambiente", a Antonio Calonge Velázquez (coord.), *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, Lex Nova, 2002, 541, p. 546-548; Blanca Lozano Cutanda; Carmen Plaza Martín, "La política de medio ambiente", a Enrique Linde Paniagua (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 5 ed., 2008, 811, p. 813-815.

tenir en compte que les determinacions lingüístiques internes, o sigui, les establertes en els ordenaments dels estats o de les entitats subestatals, poden constituir veritables barreres a la lliure circulació de mercaderies, a la lliure circulació dels treballadors, a la llibertat d'establiment, a la lliure prestació de serveis; o poden restringir o falsejar la lliure competència [en aquest cas, per exemple, a través de l'atorgament intern de subvencions i ajuts destinats a promoure l'ús o a protegir determinades llengües, quan, per la quantia o per llur natura, alteren les condicions dels intercanvis i de la competència a la Comunitat Europea (avui a la Unió Europea), en contra de l'interès comú] (art. 87, apartat 3, lletra d, del Tractat CE. Actualment, art. 107, apartat 3, lletra d, del Tractat FUE).²⁶ Per tal d'evitar-ho, la Comunitat, quan ho ha cregut oportú, ha estipulat regles comunes sobre requisits lingüístics i sobre la utilització de les llengües. Aquestes regles comunitàries solen imposar, o admeten que els estats imposin, el coneixement o l'ús de la respectiva o de les respectives llengües oficials, o una o diverses llengües oficials de la Unió,²⁷ cosa que fa que el reglament o la directiva que les conté contravingui alguna de les llibertats comunitàries en aquest punt. Tanmateix, en alguns casos el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees ha justificat aquest tipus de prescripcions lingüístiques, i d'altres imposades directament pels estats, sobre la base de determinades exigències imperatives o determinades raons imperioses d'interès general, com ara la protecció dels consumidors,²⁸ la protecció de la salut pública²⁹ i la fiabilitat de la comunicació de determinats profes-

26. Sobre les determinacions lingüístiques internes, i les llibertats comunitàries i la lliure competència, vegeu Bruno De Witte, "Common Market Freedoms versus Linguistic Requirements in the EU States", a Antoni Milian i Massana (coord.), *Mundialització, lliure circulació i immigració, i l'exigència d'una llengua com a requisit*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2008, p. 109-131.

27. Serveixi'n, d'exemple, les directives 2001/37/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juny de 2001, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de fabricació, presentació i venda dels productes del tabac; 88/378/CEE del Consell, de 3 de maig de 1988, relativa a l'aproximació de les legislacions dels estats membres sobre la seguretat de les joguines; 2000/13/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de març de 2000, relativa a l'aproximació de les legislacions dels estats membres en matèria d'etiquetatge, presentació i publicitat dels productes alimentaris.

28. TJ CE 9 d'agost de 1994 (Meyhui NV c. Schott Zwiesel Glaswerke AG, C-51/93, Rec. 1994, I-3879), apartat 21; TJ CE 3 de juny de 1999 (Colim NV c. Bigg's Continent Noord NV, C-33/97, Rec. 1999, I-3175), apartat 43.

29. TJ CE 13 de setembre de 2001 (Hans Schwarzkopf GmbH & Co. KG c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, C-169/99, Rec. 2001, I-5901), apartat 40.

sionals –els odontòlegs en el cas resol– amb els pacients i amb les autoritats administratives i els organismes professionals.³⁰

Les llengües regionals o minoritàries sovint queden al marge de les regles lingüístiques dels reglaments o directives, ja que força vegades aquests actes jurídics només tenen en compte les llengües que són oficials en tot el territori dels estats (les llengües oficials de la Unió, més el luxemburguès) o simplement les oficials de la Unió.³¹

30. TJ CE 4 de juliol de 2000 (Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, C-424/97, Rec. 2000, I-5123), apartat 59. En un supòsit aparentment semblant, però netament diferent (obtenir la inscripció –col·legiació– per poder exercir privadament la professió d'advocat –en l'assumpte Haim l'exigència lingüística s'establia per a l'exercici d'odontòleg en una Caixa d'Assegurança de Malaltia), el Tribunal de Justícia arriba a una conclusió oposada. Vegeu TJ CE 19 de setembre de 2006 (Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, Rec. 2006, I-8613); TJ CE 19 de setembre de 2006 (Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo, C-193/05, Rec. 2006, I-8673).

31. Hi ha, però, excepcions, les quals es manifesten de dues maneres: a vegades la norma comunitària es refereix a les llengües o idiomes de manera genèrica i altres cops admet de manera expressa llengües diferents de les oficials i de treball de la Unió Europea. En el primer cas, sempre hi queda el dubte de si l'ús del supòsit regulat en la norma comunitària per una llengua regional o minoritària satisfarà totes les condicions perquè resulti respectuosa amb l'ordenament jurídic de la Unió. Entre els exemples que corresponen a aquest primer supòsit, que, pel que conec, és el més habitual, podem esmentar el Reglament núm. 1612/68 del Consell, de 15 d'octubre de 1968, relatiu a la lliure circulació dels treballadors dins la Comunitat (art. 3, apartat primer, darrer paràgraf), i la Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada (art. 15, apartat 3, darrer paràgraf, i art. 5). Com exemples del segon supòsit hi hauria la Directiva 2002/83/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de novembre de 2002, sobre l'assegurança de vida (vegeu-ne l'annex III), i la Directiva 2006/126/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de desembre de 2006, sobre el permís de conduir (Refundició) (annex I). Aquesta última Directiva faculta els estats membres perquè puguin establir que les inscripcions –cada explicació de les rúbriques numerades que figuren en el permís– hagin de redactar-se també en una llengua nacional diferent de les llengües oficials i de treball de la Unió. D'aquesta manera, la Directiva admet, per exemple, que a Espanya pugui disciplinar-se que les inscripcions susdites dels carnets de conduir expedits en una Comunitat Autònoma en la qual el català és llengua oficial, hagin de redactar-se simultàniament en castellà i en català. En aquest cas, doncs, la Directiva evita que els efectes de l'oficialitat del català s'esvaeixin en aquest camp per exigència del dret de la Unió Europea, dret que, com sabem, té primacia respecte dels ordenaments interns. Recordem que el permís de conduir és una llicència que l'Administració General de l'Estat tramita i expedeix en les comunitats autònomes, cosa que fa, per tant, que es tracti d'un acte administratiu subjecte al règim de la cooficialitat lingüística en aquelles comunitats que tenen reconegudes dues llengües oficials. És a dir, comunitats en les quals els ciutadans hi tenen dret a rebre en llengua catalana, si hi és llengua oficial, les resolucions administratives i la documentació que les acompanya. Així ho va confirmar la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la Sentència 693/1994, de 8 de novembre.

Aquesta circumstància afebleix enormement aquelles llengües, perquè difícilment se les emprarà, en no ser-ne necessari l'ús, en aquells activitats en què el dret de la Unió fa obligatori l'ús de la llengua oficial de l'Estat o de qualsevol de les llengües oficials de la Unió. Hi ha raons poderoses per defensar la incorporació de les llengües que són oficials en una part del territori d'un Estat membre en aquells reglaments i en aquelles directives.³² L'única dificultat és que en alguns supòsits no servien les anteriors exigències imperatives o raons imperioses d'interès general per justificar la restricció de la corresponent llibertat comunitària. Ara bé, com vaig argumentar detingudament en un altre treball, la salvaguarda, la protecció o la promoció de les llengües, i, particularment, la de les llengües que, segons l'ordenament constitucional, gaudeixen de la condició d'oficials en una part del territori d'un Estat membre, pot constituir perfectament una exigència imperativa o una raó imperiosa justificadora.³³ Sembla haver-ho corroborat recentment el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (avui Tribunal de Justícia de la Unió Europea) en haver reconegut de manera expressa, en resoldre l'assumpte UTECA, que l'objectiu perseguit per un Estat membre de defensar i promoure una o diverses de les seves llengües oficials pot constituir una raó imperiosa d'interès general.³⁴

D'altra banda, les determinacions lingüístiques contingudes en els actes jurídics de la Unió tenen a vegades, en concret, una incidèn-

32. M'hi he referit recentment en el treball "Le catalan, langue officielle sur une partie du territoire d'un État membre de l'Union européenne", que es troba en fase de publicació juntament amb les altres ponències que es van presentar en el seminari internacional *Langues minoritaires de la Péninsule ibérique: quelles notions?* El seminari, organitzat en el marc del programa de recerca *Région Aquitaine (2008-2011) Langues minoritaires et marges linguistiques en Europe*, es va celebrar el dia 2 de març de 2009 a la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, a tocar de Bordeus.

33. Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 58-66.

34. TJ CE 5 de març de 2009 (Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) c. Administración General del Estado, C-222/07), pendent de publicació en la Recopilació oficial. Un comentari contextualitzat, detingut i aprofundit d'aquesta sentència, podeu consultarlo a Iñigo Urrutia Libarona, "Defensa y promoción de las lenguas oficiales como razón imperiosa de interés general de la Unión Europea a la luz de la Jurisprudencia del TJCE", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009, p. 227-264. Vaig dedicar un breu comentari a la sentència dins de la "Introducció" que vaig escriure per al meu llibre *Drets lingüístics per a tothom. Estudis de dret lingüístic*, el qual es troba en fase d'edició dins de la col·lecció "Respona", dirigida pel senyor Lluís J. Segura Ginard, que publica l'editor Leonard Muntaner, de Mallorca.

cia molt negativa en les llengües que són oficials en una part del territori d'un Estat membre, ja que, el fet de no tenir en compte aquestes llengües, els provoca la pèrdua, en supòsits específics, d'alguns dels efectes de la condició de llengua oficial que la legislació interna els reconeix. Això succeeix, per exemple, a Catalunya, quan, en funció del repartiment competencial, correspon a l'Administració de la Generalitat instruir i resoldre procediments que han estat regulats per una norma europea que, al seu torn, exigeix l'ús d'una de les llengües oficials de la Unió. Aleshores, com a conseqüència de la primacia del dret comunitari, i així ha ocorregut en matèria de control metrològic,³⁵ el català, tot i ser, per manament constitucional, llengua oficial a Catalunya, queda marginat del procediment, llevat que els escrits en llengua catalana vagin acompanyats d'una traducció al castellà, cosa que implica un desplaçament –amb la pèrdua parcial corresponent– dels efectes de l'oficialitat reconeguda a la llengua catalana. El desplaçament de l'oficialitat del català l'ocasionava també, per citar un altre exemple, la Directiva 94/47/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre de 1994, en la mesura que obligava a celebrar determinats contractes –els d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit– en una o diverses llengües oficials de la Unió, que determinava segons unes regles precises. Amb aquesta previsió, la Directiva suprimia a les comunitats autònomes de parla catalana, per als contractes susdits, un dels efectes que es desprenen del fet que el català hi sigui llengua oficial: que els actes jurídics que hi són redactats en català, i, per tant, qualsevol contracte que hi sigui redactat en aquesta llengua, tenen, pel que fa a la llengua, plena validesa i eficàcia jurídiques.

Tot i el manament de competències lingüístiques, la Unió Europea encara ha pogut incidir activament per una altra via en les polítiques lingüístiques internes, en aquest cas en les dels estats que s'hi volien adherir. Aquesta incidència ha estat possible des que el Consell Europeu va definir, en la reunió celebrada a Copenhaguen els dies 21 i 22 de juny del 1993, els criteris polítics que havien de satisfer els països candidats. Aquests criteris requerien, pel que ara interessa, "que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones

35. Antoni Milián-Massana, "Le régime linguistique de l'Union européenne : le régime des institutions et l'incidence du droit communautaire sur la mosaïque linguistique européenne", *Rivista di diritto europeo*, vol. XXXV, núm. 3, 1995, 485, p. 511, nota 81; Antoni Milián-Massana, "Le régime juridique du multilinguisme...", *cit.*, p. 235-238.

que garantiza (...) los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías (...)”. A partir dels *Reports* que la Comissió ha elaborat anualment sobre el compliment dels criteris de Copenhaguen per part dels estats que han sol·licitat l’adhesió, la institució comunitària ha pogut verificar el compliment del requisit del respecte i la protecció de les minories, i exigir-lo en cas de vulneració. Òbviament, la Comissió ha entès que el respecte i la protecció de les minories exigia, quan les minories concernides eren minories lingüístiques, la satisfacció d’uns drets lingüístics mínims, drets mínims que, en alguns casos, no estaven reconeguts. En definitiva, doncs, la Comissió, mitjançant el control del compliment dels criteris i l’examen dels progressos haguts en la situació de les minories d’alguns països, que queda reflectit en els *Reports* esmentats, ha contribuït a la modificació de la legislació lingüística d’alguns estats.³⁶

36. Sobre aquesta contribució de la Comissió Europea, vegeu, per exemple, Gwendolyn Sasse, “Minority Rights and EU Enlargement: Normative Overstretch or Effective Conditionality?”, a Gabriel N. Toggenburg (ed.), *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Budapest, Open Society Institute/Local Government and Public Service Reform Initiative, 2004, p. 59-83. Per a la incidència en la modificació de la legislació lingüística d’Estònia i Letònia és interessant consultar l’obra de l’EU Accession Monitoring Program, *Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection*, vol. 1. Budapest, Open Society Institute, 2002, p. 189-244 i 297-364. El Tractat de la Unió Europea no imposava expressament el compliment de cap condició substantiva per poder sol·licitar l’ingrés com a membre en la Unió, llevat de la d’haver de ser un Estat europeu (antic art. O). Va ser amb el Tractat d’Amsterdam que es va introduir a l’article O del Tractat UE, que passava a ser aleshores l’avui exarticle 49, la necessitat de respectar els principis enunciat en el també avui exarticle 6.1 del Tractat UE. Entre aquests principis –introduïts també pel Tractat d’Amsterdam– hi figurava el del “respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, però res no s’hi deia del respecte i la protecció de les minories. Aquesta manca de menció expressa va plantejar el dubte de si la Comissió podia continuar exigint aquest respecte i protecció. La doctrina s’hi va mostrar majoritàriament favorable en considerar que el terme “derechos humanos” de l’exarticle 6, apartat 1, del Tractat UE comprenia els drets de les minories i la protecció d’aquestes. (Vegeu, per exemple, Frank Hoffmeister, “Monitoring Minority Rights in the Enlarged European Union”, a Gabriel N. Toggenburg (ed.), *Minority Protection and the Enlarged European Union...*, cit., 85, p. 88). Sigui com sigui, la Comissió va continuar aplicant els criteris de Copenhaguen, i en la resposta del 19 de juny de 2002 feta en nom d’aquesta institució pel comissari Vitorino a la pregunta parlamentària escrita E-1227/02, que havia formulat el representant Luciano Caveri, s’hi afirmava concloentment que “[e]n opinión de la Comisión, los derechos de las personas pertenecientes a minorías forman parte de los principios comunes a los Estados miembros, enumerados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.” (DOCE C 309 E, de 12 de desembre de 2002, p. 100). El Consell Europeu d’Helsinki, celebrat els dies 10 i 11 de desembre de 1999, posterior, doncs, a l’entrada en vigor del Tractat d’Amsterdam, ja havia esvaït els dubtes en recordar que “la conformidad con todos los criterios de Copenhague constituye la base para la adhesión a la Unión.” (Apartat 4 de les Conclusions de la Presidència. La cursiva és meua). Sobre el procés d’avaluació seguit per la

El mecanisme d'intervenció ressenyat, que ha tingut una repercussió remarcable en alguns dels 10 estats que van consumir l'adhesió a la Unió l'1 de maig de 2004, i que la continua tenint per a alguns dels estats que volen adherir-s'hi, no ha tingut en canvi cap rèplica per als que ja n'eren membres amb anterioritat a l'adopció dels criteris de Copenhaguen. Val la pena destacar-ho, perquè algun d'aquests estats membres incompleix obertament els estàndards que, en matèria de drets lingüístics, s'han exigit als estats adherents a través d'aquells criteris.³⁷

II.5. Les novetats de l'any 2003

Les novetats més rellevants del 2003 que pertocuen al règim lingüístic de la Unió Europea són les següents:

1) La signatura, el dia 16 d'abril, a Atenes, del Tractat relatiu a l'adhesió de la República txeca, la República d'Estònia, la República de Xipre, la República de Letònia, la República de Lituània, la República d'Hongria, la República de Malta, la República de Polònia, la República d'Eslovènia i la República eslovaca, a la Unió Europea (d'ara endavant Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re).³⁸ Amb l'entrada en vigor d'aquest Tractat, que tindrà lloc l'1 de maig del 2004, el nombre de les llengües oficials i de treball de les institucions de la Unió s'incrementarà sensiblement, ja que passarà d'onze a vint.

Comissió i els estàndards aplicats en matèria de drets humans i llibertats fonamentals vegeu, per exemple, Bruno De Witte; Gabriel N. Toggenburg, "Human Rights and Membership of the European Union", a Steve Peers; Angela Ward (ed.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, 59, p. 62-68.

37. Al doble estàndard s'hi ha referit, entre d'altres, Bruno De Witte, "Politics Versus law in the EU's approach to ethnic minorities", a Jan Zielonka (ed.), *Europe Unbound. Enlarging and reshaping the boundaries of the European Union*, Oxon, Routledge, 2002, 137, p. 137-160. L'opinió de la Comissió sobre aquesta qüestió la podem veure en la resposta del comissari Vitorino a la pregunta escrita E-1227/02, citada en la nota anterior. Entre els estats que incomplirien els estàndards mínims exigits en matèria de drets lingüístics hi trobem, per exemple, França. La inserció recent d'un nou precepte a l'article 75-1 de la Constitució francesa en què s'hi afirma que les llengües regionals pertanyen al patrimoni de França constitueix un primer pas de cara a la rectificació, però no resulta clar que tingui l'envergadura jurídica suficient per capgirar efectivament la situació. Sobre el règim lingüístic a França abans de la inserció del nou precepte, vegeu Véronique Bertile, *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, Brussel·les, Bruylant, 2008, principalment p. 29-140 i 458-461.

38. DOUE L 236, de 23 de setembre de 2003.

2) La finalització dels treballs de la Convenció Europea, amb el lliurement del Projecte de Tractat pel qual s'institueix una Constitució per a Europa, adoptat per consens per la Convenció Europea els dies 13 de juny i 10 de juliol de 2003.³⁹ Quant al règim lingüístic de la Unió, el Projecte es molt poc innovador, però, entre les poques novetats que presenta, destaca certament la inclusió, com a objectiu de la Unió Europea, del respecte de "la riqueza de su diversidad cultural y lingüística" (art. 3.3, paràgraf quart). A pesar que en matèria lingüística el Projecte sofrirà més endavant alguns canvis remarcables, el text definitiu del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa respectarà, en l'essencial, el règim lingüístic vigent. Aquesta segona novetat, com la primera, no serà eficaç fins més tard, d'aquí que les comenti en els apartats següents.

Crida l'atenció que les institucions comunitàries, davant de l'augment considerable de llengües oficials i de treball que s'aproximava amb l'adhesió de 10 nous estats, i en ple període de reflexió a partir dels treballs de la Convenció tendents a reformar en profunditat els tractats per adaptar-los als nous reptes i necessitats, no haguessin aprofitat l'avinentsa per posar en marxa una reflexió pregona sobre el règim lingüístic de la Unió i perfilar, d'aquesta manera, les correccions que convenia introduir-hi. Possiblement el caràcter identitari nacional de les llengües estigui al darrera d'aquesta laxitud i expliqui l'escassa voluntat dels estats d'aplicar-s'hi per temor a haver de fer renúncies en un terreny tan sensible. Res d'estrany, doncs, que en aquesta matèria la tendència hagi estat, com veurem, el manteniment de l'*statu quo*.

3) La Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè econòmic i social i al Comitè de les regions per "Promover el aprendizaje de idiomas y la diversidad lingüística: Un Plan de acción 2004-2006".⁴⁰ L'interès d'aquesta Comunicació consisteix en la circumstància que la Comissió hi té en compte plenament totes les llengües, les regionals o minoritàries inclusivament, el que suposa un canvi d'actitud respecte del que succeïa, per exemple, com ja sabem, en les accions Lingua i Comenius del programa Sòcrates; discriminació que es proposa suprimir, però que justifica en el passat, a través d'una

39. *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Luxemburg, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.

40. Document COM(2003) 449 final, de 24 de juliol de 2003.

nota a peu de pàgina de contingut no convincent.⁴¹ En la nova orientació, que es reflectirà més tard en el programa que la Decisió núm. 1720/2006/CE del Parlament Europeu i del Consell establirà com a successor, entre d'altres, dels programes Sòcrates i Leonardo da Vinci, ben segur que hi planava l'influx de l'article 22 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea. Encara que el Pla d'acció no el citi expressament, hi són abundoses les referències a la diversitat lingüística, terme que ja apareix, fins i tot, en el títol del Pla.

4) La Resolució del Parlament Europeu amb recomanacions destinades a la Comissió sobre les llengües europees regionals i menys difoses – les llengües de les minories a la Unió Europea en el context de l'ampliació i la diversitat cultural.⁴² Aquesta Resolució, del 4 de setembre, que té un enunciat prou llarg, dividit en dos apartats, té un interès especial, perquè en l'annex exposa un seguit de propostes en favor de les llengües regionals i menys difoses –fins i tot n'hi ha una formulada com a text articulat– per a la Conferència Intergovernamental que estava aleshores elaborant el text del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa.

III. El període 2004-2009: la multiplicació de les llengües oficials i de les llengües de treball de les institucions de la Unió Europea i el reconeixement incipient de determinades llengües regionals o minoritàries

III.1. Les llengües oficials i les llengües de treball

En aquest període assistim a un increment formidable de les llengües oficials i de les llengües de treball, fins al punt que el seu

41. Es tracta de la nota 10 de la pàgina 13. Quant al canvi d'actitud són expressives les paraules següents: "Los programas Sócrates y Leonardo da Vinci, y sus sucesores, pueden desempeñar un papel más importante en la promoción de la diversidad lingüística financiando proyectos destinados a sensibilizar sobre las llamadas lenguas 'regionales' y 'minoritarias', (...)" (p. 13). El programa Leonardo da Vinci, a diferència de les accions Lingua i Comenius del programa Sòcrates, ja havia tingut en compte les llengües regionals o minoritàries.

42. A5-0271/2003.

nombre es doble en només cinc anys. Tot i l'augment espectacular, el règim jurídic d'aquestes llengües resta, però, immutable. Les derogacions aplicades al maltès i a l'irlandès no l'afecten, perquè tenen caràcter parcial i són transitòries. Deixant de banda el creixement numèric, hi ha un element qualitatiu nou que sí que mereix ser destacat: l'abandó de la modulació que s'havia introduït al criteri de determinació de les llengües oficials i de treball amb la primera ampliació de les comunitats, l'any 1973. El criteri general, però, roman intacte.

III.1.1. L'ampliació del 2004

Amb l'ampliació que entra en vigor l'1 de maig del 2004, són 10 els estats que esdevenen nous membres de la Unió Europea i 9 les llengües que s'afegeixen a les llengües oficials i de treball ja existents. En definitiva, passem d'una Unió de quinze estats membres i onze llengües oficials i de treball a una Unió de vint-i-cinc estats membres i vint llengües oficials i de treball. Com és lògic, les noves llengües oficials i de treball també esdevenen llengües dels tractats.

En tractar-se d'un increment quantitatiu, que no afecta pròpiament el règim lingüístic vigent fins aleshores, el Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re incorpora les noves llengües mitjançant el mateix procediment que s'havia utilitzat en les quatre ampliacions precedents: la inclusió en el Tractat d'adhesió d'un article que enumera les llengües en les quals el text de l'esmentat Tractat és igualment autèntic (les llengües en les quals el text dels tractats precedents era ja autèntic, més les llengües que s'incorporen);⁴³ l'inserció a l'Acta d'adhesió d'un precepte que estableix que els textos dels tractats UE, CE i CEEA i dels tractats que els han modificats o completats, inclosos els tractats relatius a les adhesions precedents, redactats en les llengües que s'incorporen, "serán auténticos en las mismas condiciones" que els textos d'aquests tractats redactats en les llengües actuals;⁴⁴ l'adaptació dels reglaments núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, que consisteix

43. Article 3 del Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re.

44. Article 61 de l'Acta relativa a les condicions d'adhesió de la República txeca, la República d'Estònia, la República de Xipre, la República de Letònia, la República de Lituània, la República d'Hongria, la República de Malta, la República de Polònia, la República d'Eslovènia i la República eslovaca, i a les adaptacions dels tractats en els que es fonamenta la Unió. (D'ara endavant, Acta d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re).

principalment en la substitució de l'article 1 per un altre article 1 en el que s'intercala el nom de les noves llengües que adquireixen la condició de llengua oficial i de treball;⁴⁵ i la traducció i la publicació en les noves llengües oficials dels textos dels actes de les institucions i del Banc Central Europeu que havien estat adoptats abans de l'adhesió i que continuen en vigor en el moment d'aquesta. Els textos així establerts, que componen l'*acquis communautaire*, "serán auténticos, desde el momento de la adhesión, en las mismas condiciones que los textos redactados en las once lenguas actuales."⁴⁶

45. Annex II de l'Acta d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re.

46. Article 58 de l'Acta d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re. El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (actualment Tribunal de Justícia de la Unió Europea) va tenir l'ocasió de pronunciar-se, justament a partir de la interpretació de l'article 58 ara esmentat, sobre les conseqüències jurídiques que originava, una vegada en vigor el Tractat d'adhesió, la manca de la traducció de les normes que configuren l'*acquis communautaire* a alguna de les noves llengües. Atès l'interès del tema i de la sentència, en reproduïxo la decisió:

"1) Si una normativa comunitaria no ha sido publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en la lengua de un nuevo Estado miembro, pese a que dicha lengua es una lengua oficial de la Unión Europea, el artículo 58 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, impide imponer las obligaciones contenidas en la mencionada normativa a unos particulares en ese Estado, aunque éstos hubieran podido tener conocimiento de dicha normativa por otros medios.

2) Al declarar que un reglamento comunitario no publicado en la lengua de un Estado miembro no es oponible a los particulares en dicho Estado, el Tribunal de Justicia procede a una interpretación del Derecho comunitario en el sentido del artículo 234 CE."

TJ CE (Gran Sala) 11 de desembre de 2007 (Skoma-Lux sro c. Celní ředitelství Olomouc, C-161/06, Rec. 2007, I-10869), decisió, p. I-10892. En la línia de la sanció de la ineficàcia, la doctrina s'havia manifestat partidària de la inaplicabilitat en el cas de les normes comunitàries directament aplicables (Francisco Santaolalla Gadea, "La aplicación del Derecho Comunitario en España", a Eduardo García de Enterría; Julio D. González Campos; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Madrid, Civitas, 1986, tom I, 385, p. 405), i el Consell d'Estat de Grècia, en relació amb les directives, havia entès que l'acte comunitari no produïa efectes jurídics interns durant el període en què es violava la norma de la publicitat i, fins i tot, cosa que ja és un grau més, que la validesa de l'acte quedava diferida fins al compliment de les formalitats de publicació, sense que aquesta situació impedís la promulgació anticipada de la norma d'adaptació. Vegeu Xénophon A. Yataganas, "Los principales problemas jurídicos planteados durante e inmediatamente después del período provisional de la adhesión de Grecia a las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 9, núm. 2, 1982, 453, p. 473 i 474. Sobre aquestes opinions m'hi vaig referir a Antoni Milian i Massana, *Público y privado en la normalización lingüística...*, cit., p. 177, nota 39.

El Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re, lluny de modificar els criteris tradicionals del règim lingüístic de la Unió Europea, els confirma. L'únic canvi apreciable ve de la mà del reconeixement del maltès. En efecte, com que a Malta hi són oficials tant el maltès com l'anglès,⁴⁷ el Tractat, amb la incorporació del maltès, abandona la modulació mai formulada explícitament que, tanmateix, com sabem, havia estat implícitament introduïda al criteri general per determinar les llengües oficials i de treball amb la primera ampliació i l'apartament, aleshores, de la llengua irlandesa.

El mateix dia en què va entrar en vigor el Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re, el *Diari Oficial de la Unió Europea* va publicar un Reglament destinat a conferir transitòriament al maltès un règim d'oficialitat restringit, atesa, segons confessa el preàmbul de la norma comunitària, la dificultat de reclutar lingüistes maltesos i la manca de traductors qualificats.⁴⁸ Les restriccions previstes, que entraven en vigor l'1 de maig, afectaven la redacció i la publicació dels actes comunitaris en maltès; o sigui, els articles 4 i 5 del Reglament núm. 1, en la mesura que durant el període transitori, que no podia excedir de 4 anys, les institucions només es comprometien a redactar i a publicar en el *Diari Oficial* en maltès els reglaments adoptats conjuntament pel Parlament Europeu i el Consell.⁴⁹ Per tal de dissipar qualsevol dubte que les mesures d'excepció no alteraven el ple reconeixement del maltès, el preàmbul del Reglament (CE) núm. 930/2004 del Consell precisava contundentment que "[e]l estatuto del maltés como lengua oficial y lengua de trabajo de las instituciones de la Unión permanece inalterado". Així mateix, l'article 3 del Reglament disciplinava el següent: "Al finalizar el período transitorio, todos los actos que en dicho período no hayan sido publicados en lengua maltesa también se publicarán en esta lengua". En virtut del posterior Reglament (CE) núm. 1738/2006 del Consell,⁵⁰ el període transitori acabava el 31 de desembre de 2008,

47. Article 5 de la Constitució de Malta del 1964.

48. Reglament (CE) núm. 930/2004 del Consell, d'1 de maig de 2004, sobre mesures d'excepció temporals en relació amb la redacció en maltès dels actes de les institucions de la Unió Europea.

49. En el preàmbul es precisava que la restricció s'estenia també a les sentències del Tribunal de Justícia.

50. Reglament (CE) núm. 1738/2006 del Consell, de 23 de novembre de 2006, pel qual es modifica el Reglament (CE) núm. 930/2004 sobre mesures d'excepció temporals en relació amb la redacció en maltès dels actes de les institucions de la Unió Europea.

data en què havien d'estar publicats en maltès tots els actes que encara no s'haguessin publicat en aquesta llengua.

L'atribució de la condició de llengua oficial i de treball de les institucions en favor del maltès no comporta només l'abandó de la modulació al criteri general seguit en l'atorgament d'aquell condició, cosa ja comentada, sinó que, a la vegada, representa el primer cop que es concedeix aquell estatus a una llengua que no calia reconèixer per garantir la seguretat jurídica, ja que els ciutadans maltesos podien, en general, comprendre el dret derivat publicat en llengua anglesa. Val la pena subratllar aquesta dada, perquè és la primera vegada que la Unió Europea reconeix una llengua al màxim nivell institucional només per mor del multilingüisme i la diversitat lingüística –i, per què no, per satisfer les identitats estatals–, en lloc de fer-ho principalment i necessàriament per imperatius jurídics.

Com és obvi, el reconeixement del maltès aplanava el camí per al reconeixement de l'irlandès, que no es va fer esperar.

III.1.2. El reconeixement de l'irlandès

En efecte, uns mesos després de l'entrada en vigor del Tractat d'adhesió Rt, RE, RX, RL, RL, RH, RM, RP, RE i Re, Irlanda va sol·licitar que es reconegués la condició de llengua oficial i de llengua de treball a la llengua irlandesa en uns termes semblants als de l'estatus transitori que gaudia el maltès.⁵¹ La petició formulada per Irlanda fou estimada en el Reglament (CE) núm. 920/2005 del Consell, de 13 de juny de 2005,⁵² amb alguna petita modificació insignificant. Segons aquest Reglament, l'irlandès s'afegeix al llistat de llengües de l'article 1 dels reglaments núm. 1, i, com a excepció al règim general, només es garanteix la redacció i la publicació dels actes en irlandès en el cas

51. Council of the European Union, CAB 67, Document núm. 15205/04, de 24 de novembre de 2004.

52. Reglament (CE) núm. 920/2005 del Consell, de 13 de juny de 2005, pel qual es modifica el Reglament núm. 1, de 15 d'abril de 1958, pel qual es fixa el règim lingüístic de la Comunitat Econòmica Europea i el Reglament núm. 1, de 15 d'abril de 1958, pel qual es fixa el règim lingüístic de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica i pel qual s'introdueixen mesures d'inobservança transitòria del que disposen aquests Reglaments.

dels reglaments adoptats conjuntament pel Parlament Europeu i el Consell. Ara bé, a diferència de la restricció transitòria maltesa, l'excepció ha de revisar-se al cap de quatre anys i, posteriorment, cada cinc anys, de manera que pot perllongar-se *ad infinitum* mentre el Consell, per unanimitat, no determini posar-hi fi. El Reglament, per bé que es va publicar al *Diari Oficial de la Unió Europea* del dia 18 de juny de 2005, i que va entrar en vigor el mateix dia de la publicació (art. 4), no era aplicable fins l'1 de gener de 2007. Aquesta *vacatio* en l'aplicació es deu possiblement a la voluntat de fer coincidir els efectes amb l'ampliació que s'acostava i que aportava noves llengües oficials i de treball, a banda d'exigir-la, tal vegada, el poder comptar amb els elements materials necessaris.

El reconeixement de la llengua irlandesa, en no ser una exigència del respecte del principi de la seguretat jurídica –ho prova sobradament el fet que els ciutadans irlandesos coneguin l'anglès, segona llengua oficial a Irlanda, i que se n'hagués pogut prescindir amb anterioritat–, pot interpretar-se, com en el cas del maltès, com una expressió de voluntat d'afavorir el multilingüisme i la diversitat lingüística i/o com una concessió al propòsit dels estats de preservar elements identitaris. Admès l'irlandès entre les llengües oficials i de treball de les institucions, el luxemburguès esdevé l'única llengua oficial en el conjunt d'un Estat membre que no ha adquirit aquella condició (ni tampoc la de llengua dels tractats).

III.1.3. L'ampliació del 2007

L'adhesió de la República de Bulgària i de Romania a la Unió Europea, que es va fer efectiva l'1 de gener de 2007, data de l'entrada en vigor del Tractat relatiu a l'adhesió de la República de Bulgària i de Romania a la Unió Europea (d'ara endavant Tractat d'adhesió RB i R) va tornar a modificar el panorama lingüístic de la Unió, amb la incorporació de dues noves llengües oficials i de treball –el búlgar i el romanès–, les quals, òbviament, van obtenir, a la vegada, l'estatus de llengua dels tractats. Per tant, la Unió Europea actual, que la componen vint-i-set estats, té reconegudes, després d'aquesta darrera ampliació, vint-i-tres llengües oficials i de treball, i dels tractats.

Fins a l'1 de desembre de 2009, data de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, les vint-i-tres llengües dels tractats les enumeraven,

per exemple, per citar els dos tractats més rellevants, l' exarticle 53 del Tractat UE, una vegada feta la substitució del segon paràgraf pel text contingut a l'apartat 3 de l'article 18 de l'Acta relativa a les condicions d'adhesió de la República de Bulgària i de Romania i a les adaptacions dels tractats en els que es fonamenta la Unió Europea (d'ara endavant, Acta d'adhesió RB i R),⁵³ i l'article 314 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, una vegada feta la substitució del paràgraf segon pel text contingut a l'article 18, apartat 1, de l'Acta d'adhesió RB i R.⁵⁴

Tanmateix, d'ençà de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, el Tractat de la Unió Europea enumera les vint-i-tres llengües en què el Tractat és igualment autèntic a l'apartat 1, de l'article 55. Ho fa en aquests termes:

1. El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, búlgara, checa, danesa, eslovaca, eslovena, española, estonia, finesa, francesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letona, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca, cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia autenticada a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios.

53. El text de l'exarticle 53 del tractat UE deia exactament el següent:

"El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, danesa, española, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa y portuguesa, cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia autenticada a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios.

En virtud de los Tratados de adhesión, son igualmente auténticas las versiones del presente Tratado en lenguas búlgara, checa, eslovaca, eslovena, estonia, finesa, húngara, letona, lituana, maltesa, polaca, rumana y sueca."

En la versió espanyola de l'Acta d'adhesió RB i R, el text contingut a l'apartat 3 de l'article 18 presenta un error –que no trobem, per exemple, en les versions anglesa i francesa–, que consisteix en fer també esment de les llengües danesa, espanyola, grega, anglesa, irlandesa i portuguesa. Es tracta d'un error, perquè aquestes llengües ja estan recollides en el primer paràgraf de l'exarticle 53. En el text que acabo de reproduir, ja l'he esmenat.

54. L'article 314 del Tractat CE també constava de dos paràgrafs. Mentre el primer paràgraf mantenia el text originari del Tractat (que havia correspost a l'art. 248), el segon enumerava les altres dinou versions del Tractat que són igualment autèntiques.

Per la seva banda, el Tractat de funcionament de la Unió Europea –Tractat que resulta de la modificació del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea pel Tractat de Lisboa– abandona la fórmula tradicional i es limita en el darrer article, que és l'article 358, a fer una remissió a l'article 55 del Tractat UE.⁵⁵

Les vint-i-tres llengües oficials i de treball, que són les mateixes que les llengües dels tractats, es troben determinades, a partir de l'adhesió de Bulgària i de Romania, en la versió de l'article 1 dels reglaments núm. 1 establerta mitjançant el Reglament (CE) núm. 1791/2006 del Consell.⁵⁶ La redacció actualment vigent de l'article 1 dels reglaments núm. 1 disposa que

[l]as lenguas oficiales y las lenguas de trabajo de las instituciones de la Unión serán el alemán, el búlgaro, el castellano, el checo, el danés, el eslovaco, el esloveno, el estonio, el finés, el francés, el griego, el húngaro, el inglés, el irlandés, el italiano, el letón, el lituano, el maltés, el neerlandés, el polaco, el portugués, el rumano y el sueco.

(Punt 15 de l'annex que acompanya el Reglament (CE) núm. 1791/2006.)

Les novetats *jurídiques* relacionades amb el règim lingüístic de la Unió Europea que trobem en la darrera ampliació són, doncs, de ca-

55. En canvi, el Tractat de Lisboa no ha introduït cap variació en aquest punt a l'article 225 del Tractat CEEA, el qual manté l'enumeració de les vint-i-tres llengües a través de dos paràgrafs. Vegeu l'article 225, amb la substitució del paràgraf segon feta per l'apartat 2 de l'article 18 de l'Acta d'adhesió RB i R.

56. Reglament (CE) núm. 1791/2006 del Consell, de 20 de novembre de 2006, pel qual s'adapten determinats reglaments i decisions en els àmbits de la lliure circulació de mercaderies, la lliure circulació de persones, el dret de societats, la política de la competència, l'agricultura (la legislació veterinària i fitosanitària, inclusivament), la política de transports, la fiscalitat, les estadístiques, l'energia, el medi ambient, la cooperació en els àmbits de la justícia i dels assumptes d'interior, la unió duanera, les relacions exteriors, la política exterior i de seguretat comuna i les institucions, com a conseqüència de l'adhesió de Bulgària i Romania. D'acord amb l'article 2, el Reglament va entrar en vigor el mateix dia en què va entrar-hi el Tractat d'adhesió RB i R. Observeu com en aquesta darrera ampliació, a diferència de totes les anteriors, l'adaptació dels reglaments núm. 1 no s'ha fet a través de l'Acta d'adhesió. En aquesta ampliació també resulta novedós el fet de modificar l'últim article dels tractats de la Unió Europea, de la Comunitat Europea i de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica per afegir-hi la menció de les noves versions autèntiques, cosa que materialitza l'article 18 de l'Acta d'adhesió RB i R.

ràcter quantitatiu i no n'afecten el fons. Des del punt de vista estrictament *lingüístic*, sí que hi ha una novetat, que consisteix en l'assumpció d'un nou alfabet per part de la Unió, el ciríl·lic, a partir de la incorporació del búlgar. Ho esmento, perquè aquest important element del patrimoni cultural d'Europa és caracteritzat, a la Declaració de la República de Bulgària sobre l'ús de l'alfabet ciríl·lic a la Unió Europea, Declaració núm. 7 adjunta a l'Acta final, com una aportació específica de Bulgària a la diversitat lingüística i cultural de la Unió.

III.1.4. El Tractat de Lisboa

Dins del període 2004-2009 correspondria també fer esment i comentar les novetats introduïdes pel Tractat de Lisboa, atès que va ser signat en aquesta ciutat el 13 de desembre de 2007 i que, com ja s'ha dit, ha entrat en vigor l'1 de desembre de 2009. Tanmateix, vista la importància del Tractat, que modifica a fons l'estructura comunitària, fins al punt, com també ja s'ha advertit, que la Unió reemplaça la Comunitat Europea, sembla oportú dedicar-li un apartat propi (li dedico l'apartat IV).

III.2. Les llengües regionals o minoritàries

Les principals novetats del període 2004-2009 en relació amb les llengües regionals o minoritàries cal cercar-les, d'una banda, en les Conclusions del Consell, de 13 de juny de 2005, relatives a l'ús oficial d'altres llengües en el Consell i, en el seu cas, en altres institucions i òrgans de la Unió Europea; de l'altra, en el Tractat de Lisboa. Les innovacions que procedeixen del Tractat, certament rellevants, les comentaré en l'apartat següent, que li dedico exclusivament. Ara em ceneixo a l'anàlisi de les Conclusions del Consell i dels acords administratius entre el Regne d'Espanya i les institucions que han estat conclosos dins del marc de les Conclusions esmentades.

Les Conclusions del Consell de 13 de juny de 2005, publicades al *Diari Oficial de la Unió Europea* del dia 18 de juny de 2005, tenen com a destinatàries les llengües, diferents de les llengües oficials i de treball de les institucions, "que cuentan con un estatuto reconocido por la Constitución de un Estado miembro en todo o en parte de su territorio y [sic ?] cuyo uso como lengua nacional está autorizado por ley".

Les llengües que se'n poden beneficiar, com és fàcilment constatable, són més nombroses que les llengües incumbides per l'apartat 2 de l'article 55 del Tractat UE, que examinaré més tard, vist que les condicions establertes per determinar-les són menys estrictes en les Conclusions. El nombre de llengües que s'hi pot acollir és fins i tot encara més gran si tenim en compte que les altres versions lingüístiques de les Conclusions, en lloc de contenir la conjunció "y", empen la conjunció "o", cosa que fa que les condicions no siguin acumulatives, sinó alternatives.⁵⁷

Segons les Conclusions, l'ús de les llengües en les institucions i òrgans s'ha de cenyir a les condicions que s'exposen en les pròpies Conclusions i s'ha de concretar a través d'acords administratius que han de subscriure la institució o l'òrgan corresponent de la Unió i l'Estat membre que ho sol·liciti. Per aquesta via, Espanya ha firmat acords administratius amb el Consell, la Comissió Europea, el Comitè de les regions, el Comitè econòmic i social, el Defensor del Poble i el Tribunal de Justícia. Ara com ara, només els dos primers s'han publicat en el Diari Oficial.⁵⁸

De l'anàlisi conjunta de les Conclusions i dels acords administratius concertats per Espanya, en resulta un reconeixement decebedor de les llengües afectades, que són les llengües diferents del castellà que tenen estatus de llengua oficial segons (o un estatus reconegut per) la Constitució espanyola. De fet, excepte l'ús oral d'aquestes llengües en les intervencions en els plenaris de les institucions i òrgans en què se n'admet la utilització, els altres usos previstos –els usos en la publicitat d'actes jurídics i en les comunicacions escrites– no corresponen pròpiament a usos oficials.

En efecte, en relació amb la publicitat d'actes jurídics, la publicitat es limita al actes adoptats per codecisió i no té lloc en cap *Diari*

57. Fixem-nos que, tal com estan definides les llengües a les quals incumbeixen les Conclusions, hi resulta inclòs el luxemburguès, única llengua oficial en el conjunt d'un Estat que, com sabem, no ha obtingut la condició de llengua dels tractats, ni la condició de llengua oficial i de treball de les institucions. Les Conclusions, en canvi, no estaven pensades per a l'irlandès, llengua a la qual se li concedia la condició de llengua oficial i de treball de les institucions, amb aplicació demorada fins l'1 de gener de 2007, el mateix dia en què s'adoptaven les Conclusions (vegeu *supra* l'apartat III.1.2).

58. DOUE C 40, de 17 de febrer de 2006, i DOUE C 73, de 25 de març de 2006, respectivament.

Oficial; a més, la traducció la fa l'Estat corresponent i les institucions no se'n responsabilitzen del contingut. Respecte de les comunicacions escrites, aquestes no es poden, en principi, adreçar directament a la institució o òrgan de la Unió, sinó que s'han de remetre a un òrgan de l'Estat que les ha de traduir al castellà i enviar-ne després l'original i la traducció a la institució o òrgan de la Unió corresponent. El mateix procediment s'aplica, *mutatis mutandis*, per a les respostes de la institució o òrgan de la Unió. Per tant, no estem davant d'un ús oficial, ja que la versió original en llengua catalana, gallega o basca no té valor per a les institucions o òrgans, fins al punt que aquests no es responsabilitzen del contingut de les traduccions respecte d'aquells originals. Si a això hi afegim els greus problemes que per al còmput de terminis origina la intervenció de l'òrgan intermediari de traducció –per evitar-los algun dels acords ja preveu que la institució o òrgan comunitari envii directament la resposta en castellà a la persona interessada–, haurem de concloure que, excepte en el cas de l'ús oral en el si dels òrgans plenaris abans esmentat, el reconeixement que s'ha fet és difícilment digerible i, per consegüent, inadmissible. D'altra banda, el Govern espanyol assumeix tots els costos directes i indirectes que origini l'aplicació dels acords administratius. Una mostra més que el sistema bastit consisteix en un entramat pràcticament *extern* a la Unió; un model que, en una bona part, l'Estat espanyol hauria pogut instituir al marge de la Unió.

Tot plegat fa que la via dels acords administratius només pugui ser transitada sense riscos en el cas de comunicacions jurídicament intrascendents, en les quals el particular no s'hi jugui drets ni situacions jurídiques mereixedores de tutela, ja que el procediment dissenyat està molt lluny de garantir la seguretat jurídica. Al fet que les institucions o òrgans de la Unió no es responsabilitzin del contingut de les traduccions, s'hi addiciona la circumstància que els acords callen la responsabilitat de l'Estat. Aquesta subsisteix, lògicament, en la mesura que, amb caràcter general, els particulars, d'acord amb el règim jurídic de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques a Espanya, tenen dret a ser indemnitzats de tota lesió que sigui conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics (art. 139.1 de la Llei estatal 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú); i uns danys o perjudicis conseqüència d'una traducció deficient seria un supòsit clar de funcionament anormal. Un demora excessiva i injustificada de la traducció que causés una lesió, també

originaria la responsabilitat patrimonial de l'administració. Ara bé, en qualsevol cas, la via de la responsabilitat rarament serà per al particular una restitució completa.

La poca confiança que dóna el procediment establert queda reblada, d'una banda, pel fet que, transcorreguts gairebé quatre anys des que es van signar els primers acords, Espanya encara no hagi fet públic l'organisme o l'òrgan que ha de realitzar les traduccions previstes en els acords administratius –designació que hauria de fer-se pública a través del *Boletín Oficial del Estado*, a causa de la pluralitat indeterminada de subjectes destinataris i dels efectes jurídics que en deriven–; i, de l'altra, per la raó que no s'ha publicat que el Govern espanyol hagi comunicat l'organisme o l'òrgan designat a la Secretaria General de les institucions o òrgans corresponents de la Unió. La comunicació pel Govern de l'organisme designat per realitzar les traduccions és un fase essencial, perquè d'ella depèn que els acords administratius tinguin efectes respecte a les comunicacions escrites, i això perquè els propis acords demoren l'aplicació de tot allò previst per a les comunicacions escrites fins a la data en què el Govern espanyol hagi comunicat l'organisme competent per realitzar les traduccions a la Secretaria General de la respectiva institució o òrgan de la Unió.

Pel que m'ha estat possible esbrinar, la Representació Permanent d'Espanya davant de l'Unió Europea seria l'organisme o l'òrgan encarregat de canalitzar les traduccions, però no se n'ha publicat la designació –si és que hi ha hagut designació formal– en cap *Butlletí Oficial*, ni hi ha constància pública que la suposada designació s'hagi comunicat a les respectives instàncies europees. Aquestes, pel que sembla, quan reben un escrit en llengua espanyola oficial altre que la castellana, l'adrecen a la Representació Permanent d'Espanya. Tanmateix, aquesta pràctica no permet concloure que s'hagi comunicat l'òrgan o organisme, atès que, per defecte, la Representació Permanent és el conducte ordinari de comunicació de la Unió amb el Regne d'Espanya. Comptat i debatut, som davant d'una mostra més, des de la perspectiva jurídica, de la precarietat i de la inseguretat del sistema, i, des del vessant polític, un exemple de l'obscuritat i del desinterès amb què el Govern espanyol tracta aquest assumpte dels acords administratius.

administratiu entre el Regne d'Espanya i el Tribunal de Justícia, fa esment exprés de l'òrgan o organisme al qual cal remetre els escrits redactats en les llengües oficials altres que el castellà i que tindrà cura d'enviar-los, juntament amb una traducció certificada al castellà o espanyol, al Tribunal de Justícia. Es tracta de l'"Oficina para las Lenguas Oficiales del Ministerio de Política Territorial". No obstant això, persisteix un dels dèficits que abans he evidenciat: la falta de publicitat de la designació (en el cas que aquesta s'hagués fet) de l'òrgan o organisme traductor, vist que l'acord administratiu citat, com la majoria dels acords, no ha estat publicat. També en aquest cas, doncs, les persones que gaudeixen de la facultat d'opció lingüística reconeguda en l'acord difícilment poden saber l'òrgan o organisme al qual els cal adreçar-se.

En relació amb la no publicació de la majoria dels acords administratius, cal precisar que si els acords tinguessin veritable valor normatiu, l'omissió de la publicació faria que no tinguessin cap mena d'efecte. Recordem que en el nostre ordenament jurídic, la vigència de les normes, qualsevol que en sigui l'origen –intern o internacional– o la naturalesa, es fa dependre inexorablement de la completa publicació en el Diari Oficial corresponent (art. 2.1 del Codi Civil; art. 96.1 de la Constitució espanyola). En el cas que no tinguin caràcter normatiu en sentit estricte, o continguin només alguns elements normatius, cosa de la qual participo, els acords administratius també s'haurien de publicar. Per bé que contenen sobretot obligacions recíproques entre l'Estat espanyol i la institució o òrgan corresponent de la Unió, el contingut afecta o interessa a la vegada a les persones físiques o jurídiques que volen fer ús de les llengües catalana/valenciana, gallega i basca, les quals hauran de cenyir-se a l'*iter* procedimental estipulat a les Conclusions i que els acords han desplegat. No debades l'ordenament obliga expressament a publicar alguns tipus de convenis o acords, amb independència que tinguin o no naturalesa o elements normatius. Serveixi'n, d'exemple, els convenis de Conferència sectorial i els convenis de col·laboració regulats a la Llei estatal 30/1992, de 26 de novembre (art. 5, 6 i 8).

Les Conclusions del Consell van ser la cristallització final de la sol·licitud feta per Espanya al Consell, a través d'un Memoràndum, d'un estatus de semioficialitat per a les llengües catalana/valenciana, gallega i basca, el qual s'articulava a través d'una proposta de reforma del Reglament núm. 1, que recollia l'annex I que acompanyava

aquell document.⁵⁹ Si bé la proposta espanyola, presentada el 13 de desembre de 2004, era raonable, el resultat final obtingut és, per les raons que he indicat, inacceptable. Costa d'entendre que Espanya s'avingués a la devaluació radical de la seva proposta, quan resulta que, paral·lelament, es negociava la incorporació de l'irlandès com a llengua oficial i de treball de les institucions; i, sobretot, si es té en compte que, per estimar la petició irlandesa, es requeria la unanimitat. La tenacitat nul·la espanyola la revela el fet que el Reglament que confereix finalment aquell estatus a l'irlandès –estatus que no era imprescindible atorgar-li, per la raó que ja sabem– porti la mateixa data que les Conclusions del Consell, i que la coincidència de dates es repeteixi en el *Diari Oficial de la Unió Europea* que els publica, si bé, en aquest cas, amb una distinció que fa evident la distància: mentre el Reglament es publica en la sèrie L (o sigui, la destinada a publicar la "Legislación"), les Conclusions es reproduïxen en la sèrie C (la destinada a reproduir les "Comunicaciones e informaciones"). I és que la devaluació no va ser només material o substantiva; també va ser-ho en la naturalesa jurídica de l'instrument utilitzat. De fet, l'una arrossegava l'altra. A diferència del Reglament, les Conclusions del Consell tenen una naturalesa normativa diluïda, i els acords administratius són una mena de convenis de col·laboració bilaterals, amb obligacions recíproques, i amb elements normatius minsos.⁶⁰

59. Consell de la Unió Europea, CAB 69, Document núm. 16220/04, de 16 de desembre de 2004 (versions francesa i anglesa). Per a la versió castellana: Consell de la Unió Europea, CAB 69, Document núm. 16220/1/04, de 17 de gener de 2005. El Memoràndum va ser impugnat davant dels tribunals espanyols pel Govern valencià, en considerar que el tractament unitari que es donava al català i al valencià burlava l'ordenament jurídic intern. El Tribunal Suprem s'hi va pronunciar l'any 2007, sense entrar en el fons, perquè, segons l'òrgan jurisdiccional, el recurs havia quedat sense contingut, per manca sobrevinguda d'objecte del procés [STs de 19 d'abril de 2007 (RJ 5745, 2007) i de 25 d'abril de 2007 (RJ 5780, 2007)]. En efecte, la denominació expressa de les llengües que constava en el Memoràndum s'havia esvaït en les Conclusions del Consell. Els acords administratius eviten nombrar expressament les llengües i recorren a expressions com, per exemple, les següents: "las lenguas distintas del castellano que tienen estatuto de lenguas oficiales según la Constitución española" (Acord administratiu entre el Regne d'Espanya i el Consell de la Unió Europea) o "las otras lenguas que en España disfrutaban de un estatuto reconocido por la Constitución española de 1978" (Acord administratiu entre la Comissió Europea i el Regne d'Espanya).

60. Sobre les Conclusions del Consell vegeu: Francina Esteve García, "El nuevo estatuto jurídico de las lenguas cooficiales en España ante la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 24, 2006, 439, p. 466-479; Narcís Mir i Sala, "Els acords administratius signats pel Govern espanyol sobre l'ús oficial de les llengües espanyoles diferents del castellà en el si de les institucions i els organismes de la Unió Europea", *Revista de Lengua i Dret*, núm. 46, 2006, 317, p. 330-356; Anna Maria Pla, *L'ús de les llengües au-*

Quant al Parlament Europeu, aquesta institució ha preferit mantenir-se al marge dels acords administratius i ha estat a través d'un acord adoptat per la Mesa que ha decidit acceptar directament, en la mesura del possible d'acord amb les capacitats internes, o bé a través d'agències de traducció externes (en aquest cas les despeses les ha de suportar el Govern espanyol), la gestió de la correspondència amb els ciutadans en les llengües no oficials que gaudeixen d'un estatus reconegut per la Constitució espanyola.⁶¹ Per contra, el Parlament no ha autoritzat l'ús d'aquestes llengües en l'activitat interna ni en les sessions plenàries.

Recentment, un altre Estat membre, en aquest cas el Regne Unit de Gran Bretanya i d'Irlanda del Nord, ha fet ús de les Conclusions del Consell per signar un acord administratiu amb aquesta institució. D'aquest acord administratiu, que segueix molt de la vora el signat per Espanya, i que ha estat publicat,⁶² se'n beneficiaran "las lenguas distintas de las que cita el Reglamento nº 1/1958 que tienen estatuto de lenguas oficiales según el ordenamiento constitucional del Reino Unido a tenor de Leyes del Parlamento de Gran Bretaña e Irlanda del Norte o de actos jurídicos de los órganos legislativos competentes". Aquestes llengües serien sense cap mena de dubte el gal·lès i, probablement, l'escocès.

IV. El Tractat de Lisboa

El Tractat de Lisboa, titulat oficialment Tractat pel qual es modifica el Tractat de la Unió Europea i el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, ha entrat en vigor l'1 de desembre de 2009.⁶³ En virtut del nou Tractat, la Comunitat Europea ha estat reemplaçada per la Unió Europea, la qual l'ha substituït i l'ha succeït i n'ha assumit tots els drets i les obligacions (art. 1, punt 2, del Tractat de Lisboa; art. 1, paràgraf tercer, del Tractat UE). Mentre el Tractat de la Unió Europea

tonòmiques cooficials a la Unió Europea, Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, 2005. Jo mateix les he analitzades amb detall a: Antoni Milian-Massana, "Languages that are official in part of the territory...", *cit.*, p. 209-217.

61. Vegeu el document PE 375.126/BUR, del 3 de juliol de 2006, p. 10 i 11.

62. DOUE C 194, de 31 de juliol de 2008.

63. El text oficial del Tractat es troba publicat en el DOUE C 306, de 17 de desembre de 2007.

manté el nom, el títol del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea ha estat substituït pel de Tractat de Funcionament de la Unió Europea (art. 2, punt 1, del Tractat de Lisboa). Les modificacions introduïdes pel Tractat de Lisboa, com és fàcil endevinar, són, doncs, d'envergadura. Lògicament, em limitaré aquí a comentar les que afecten el règim lingüístic.

El Tractat de Lisboa té l'origen en el Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa.⁶⁴ Aquest Tractat constitucional, el text del qual procedia, força modificat, del Projecte de Tractat pel qual s'institueix una Constitució per a Europa, va ser abandonat després dels refusos que va patir en els referèndums celebrats, prèviament a la ratificació, a França i a Holanda. La Conferència Intergovernamental posterior en va reprendre el text per reformular-lo. D'aquesta reelaboració en va sorgir, finalment, el text del Tractat de Lisboa.⁶⁵ En relació amb aquest complex procés d'elaboració, vull recordar que les innovacions en matèria lingüística que contenia el Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa, més nombroses que les contingudes en el Projecte de Tractat, van ser respectades per la Conferència Intergovernamental, de manera que van passar íntegrament, amb les corresponents adaptacions formals, al Tractat de Lisboa.⁶⁶ D'altra banda, també convé retenir –ho explico sintèticament més avall– que un dels preceptes del Tractat constitucional dedicats a la qüestió lingüística va tenir efectes parcials, tot i que el Tractat mai no va arribar a entrar en vigor.

Pel que fa, en concret, al règim lingüístic, i començant pel règim lingüístic *institucional*, el Tractat de Lisboa respecta l'article 290 del Tractat CE. Per consegüent, la fixació d'aquell règim continua en mans

64. El text del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa va ser publicat al DOUE C 310, de 16 de desembre de 2004.

65. Per conèixer en detall el procés d'elaboració, vegeu, per exemple, Francisco Aldecoa Luzárraga; Mercedes Guinea Llorente, *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2a ed., 2010, p. 35-57; José Martín y Pérez de Nanclares; Mariola Urrea Corres, *Tratado de Lisboa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Real Instituto Elcano / Marcial Pons, 2008, p. 15-31.

66. Altres elements del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa han sofert modificacions significatives en el Tractat de Lisboa. Això no obstant, aquest Tractat manté substancialment les novetats del Tractat constitucional. Vegeu, per exemple, José Martín y Pérez de Nanclares; Mariola Urrea Corres, *Tratado...*, *cit.*, p. 31-44; Francisco Aldecoa Luzárraga; Mercedes Guinea Llorente, *La Europa que viene:...*, *cit.*, p. 79-98.

del Consell, el qual l'ha de determinar per unanimitat. El nou Tractat només hi introdueix un afegitó –“mediante reglamentos”– després de “será fijado por el Consejo”. D'aquesta manera connecta el precepte amb el sistema de fonts del dret de la Unió Europea i la tipologia d'actes jurídics.⁶⁷ L'article 342 del Tractat FUE, que prové de la reenumeració de l'article 290 del Tractat CE, queda, per tant, redactat de la manera següent:

El régimen lingüístico de las instituciones de la Unión será fijado por el Consejo mediante reglamentos, por unanimidad, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶⁸

En relació amb el règim lingüístic institucional, val la pena assenyalar, així mateix, que el Tractat de Lisboa estén, de retop, el règim lingüístic de les institucions de la Unió Europea al Consell Europeu i al Banc Central Europeu, en la mesura que esdevenen, precisament, en virtut del nou Tractat, institucions de la Unió (art. 1, punt 14 del Tractat de Lisboa; art. 13 del Tractat UE).⁶⁹ Finalment, cosa que ja hem constatat en l'apartat III.1.3, el Tractat de Lisboa respecte les vint-i-tres llengües dels tractats.

67. Aquesta connexió amb la tipologia d'actes jurídics ja figurava en l'article III-433 del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa, i provenia de l'article III-339 del Projecte de Tractat pel qual s'institueix una Constitució per a Europa. La indicació del tipus normatiu –“reglamento europeo”– era llavors convenient, vista la sistematització dels actes jurídics en ambdós documents. Els actes jurídics es troben regulats als articles 288 a 299 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Una primera aproximació als actes jurídics podeu consultar-la a Francisco Balaguer Callejón, “La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales”, a Francisco Javier Matia Portilla (dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada, Comares, 2009, p. 65-94.

68. Una vegada en vigor el Tractat de Lisboa, l'article 342 del Tractat FUE s'aplica al Tractat CEEA (art. 3 del Protocol núm. 2, annex al Tractat de Lisboa, pel qual es modifica el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica). Simultàniament es deroga l'art. 190 del Tractat CEEA, el qual era idèntic a l'article 290 del Tractat CE (art. 5 del Protocol núm. 2 esmentat).

69. El mateix dia en què va entrar en vigor del Tractat de Lisboa, el Consell Europeu va adoptar el seu Reglament intern. L'article 9 del Reglament –el text figura a l'annex de la Decisió del Consell Europeu, d'1 de desembre de 2009, relativa a l'adopció del seu Reglament intern– estableix les modalitats d'aplicació del règim lingüístic del Reglament núm. 1 del Consell, de 15 d'abril de 1958, respecte a la redacció dels documents i projectes sotmesos a la deliberació i decisió del Consell i a la redacció de les possibles esmenes.

Fora del règim institucional, les novetats són de més gruix. De les innovacions incorporades pel Tractat de Lisboa que afecten el règim lingüístic en general, n'hi han que concerneixen totes les llengües –les oficials i de treball, però també les regionals o minoritàries– i n'hi han que afecten específicament aquestes últimes.

Entre les que afecten totes les llengües, cal esmentar les següents: 1) la inclusió, entre els objectius de la Unió, del respecte de la riquesa de la seva diversitat cultural i lingüística (art. 1, punt 4, del Tractat de Lisboa; art. 3, apartat 3 del Tractat UE); 2) l'atribució del valor jurídic dels tractats a la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000, tal com fou adaptada el 12 de desembre de 2007 a Estrasburg;⁷⁰ per tant, l'assignació del més alt nivell a l'article 22 d'aquell text, que no pateix cap modificació (art. 1, punt 8, del Tractat de Lisboa; art. 6, apartat 1, del Tractat UE); 3) la supressió del requisit de la unanimitat per poder adoptar mesures de foment en l'exercici de la competència per dur a terme accions amb la finalitat d'afavorir la cooperació i de recolzar i completar l'acció dels estats membres en l'àmbit de la cultura (art. 2, punt 126, del Tractat de Lisboa; art. 167 del Tractat FUE); i 4) l'establiment d'una previsió formal per protegir la diversitat cultural i lingüística de la Unió durant la negociació i la celebració d'acords comercials, amb un o diversos països tercers o organitzacions internacionals, en l'àmbit del comerç de serveis culturals i audiovisuals (art. 2, punt 158 del Tractat de Lisboa; art. 207 del Tractat FUE).

Les dues primeres novetats són importants, perquè, en alçapremar i exigir el respecte de la "diversitat lingüística", haurien de repercutir en una presa en consideració major de les llengües altres que les oficials i de treball en els actes legislatius i altres actes jurídics de la Unió, singularment de les llengües que, d'acord amb el respectiu ordenament constitucional, són oficials en una part del territori d'un Estat membre. En aquest sentit, per exemple, la Directiva 2008/122/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de gener de 2009, relativa a la protecció dels consumidors respecte de determinats aspectes dels contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi, en obligar a utilitzar només les llengües oficials de la

Comunitat Europea, sense tenir en compte les altres llengües oficials, aniria en la direcció contrària de la que correspondria segons el nou esperit. La Directiva no esmena l'anterior Directiva 94/47/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre de 1994, sinó que rebla el buidatge que feia aquesta norma d'una part dels efectes de l'oficialitat de les llengües que, com la catalana, són oficials en una part del territori d'un Estat membre, aspecte al qual ja m'he referit amb anterioritat (vegeu *supra* l'apartat II.4). El Reglament (CE) núm. 4/2009 del Consell, de 18 de desembre de 2008, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments, també pot interferir greument i negativa en l'oficialitat de les llengües que, de conformitat amb l'ordenament constitucional, són oficials en una part del territori d'un Estat membre. La qüestió depèn de la interpretació que se li doni a clàusules com ara "en la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o, si este tuviera varias lenguas oficiales, en la lengua o en una de las lenguas oficiales de los procedimientos judiciales", continguda a l'article 20, apartat 1, lletra d. Si se la interpreta en el sentit que només comprèn les llengües oficials del conjunt de l'Estat (sentit estricte de llengua oficial de l'Estat), el Reglament comunitari laminaria seriosament les llengües oficials en una part del territori, i ho faria en un àmbit sensible com ho és el jurisdiccional. Tampoc estaria en sintonia amb el respecte de la diversitat cultural i lingüística de la Unió, per citar un altre exemple, en aquest cas menor en no consistir en una norma, el concurs *Juvenes Traductores* que organitza anualment la Direcció General de Traducció (DGT) de la Comissió Europea, en la mesura que arracona incomprensiblement i sense cap justificació totes les llengües regionals o minoritàries.⁷¹

En canvi, la Decisió núm. 1720/2006/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de novembre de 2006, per la qual s'estableix un programa d'acció en l'àmbit de l'aprenentatge permanent, en obrir

71. La prova de traducció del concurs està adreçada als alumnes dels centres d'ensenyament de la Unió Europea. A l'apartat 3.4 de les Bases de la tercera convocatòria, la de l'any 2009, s'especifica que "[c]ada alumno podrá elegir como lengua de origen y lengua de destino cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea". D'aquesta manera, el concurs ignora que, en determinades zones territorials, com succeeix a Catalunya en relació amb el català, l'ensenyament es fa principalment en una llengua que no coincideix amb cap de les llengües oficials de la Unió. Les Bases de la tercera convocatòria del concurs *Juvenes Traductores* podeu consultar-les a l'adreça següent: <http://ec.europa.eu/dgs/translation/programmes/jt/rules/rules_es.htm> (darrera visita: 29 de gener de 2010).

el programa a les “lenguas extranjeras modernas” va rectificar les restriccions de les accions Lingua i Comenius del programa Sòcrates, al qual succeeix. Per tant, estaria en consonància amb els objectius de la Unió i amb l'article 22 Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea. De fet, és molt probable que l'article 22 de la Carta, que ja figurava en la versió del 2000, incidís en el canvi esmentat, tot i el valor constrictiu dubtós que, com sabem, tenia aleshores aquest precepte. Per citar un darrer exemple, la Directiva 2009/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 18 de juny de 2009, sobre la seguretat de les joguines, en utilitzar expressions clarament diferenciades –“una o varias lenguas fácilmente comprensibles para los consumidores, según lo que decida el Estado miembro de que se trate”; “se traducirá a la lengua o lenguas exigidas por el Estado miembro en cuyo mercado se comercialice o ponga a disposición el juguete”; “en una de las lenguas oficiales de la Comunidad”–, en funció dels subjectes destinataris i la documentació afectats, pot tenir i té uns efectes ambivalents per a les llengües oficials en una part del territori d'un Estat membre. Llevat del cas que s'obliga a redactar en una de les llengües oficials de la Comunitat, el resultat dependrà de la interpretació que els estats membres facin de les altres clàusules. Pel que fa a l'expressió “lenguas fácilmente comprensibles”, com que la Directiva admet expressament que els estats decideixin i les determinin, no correspon al supòsit que el Tribunal de Justícia va examinar en els assumptes Piageme.⁷²

Aquelles primeres dues novetats introduïdes pel Tractat de Lisboa han d'incidir també en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. En aquest sentit, entenc que el Tribunal haurà de abandonar, d'una banda, la generalització apriorística i unilateral consistent en què els requisits lingüístics són un obstacle a les llibertats comunitàries; de l'altra, haurà de crear, com a exigència imperativa o raó

72. TJ CE 18 de juny de 1991 (Piageme y otros c. BVBA Peeters, C-369/89, Rec. 1991, I-2971), i TJ CE 12 d'octubre de 1995 (Groupement des producteurs, importateurs et agents généraux d'eaux minérales étrangères, VZW (Piageme) y otros c. Peeters NV, C85/94, Rec. 1995, I-2955). Aquestes sentències les vaig comentar a Antoni Milian i Massana, “Dictamen sobre la reglamentación de l'ús de la llengua catalana a l'etiquetatge i a les instruccions d'ús dels productes comercials”, *Revista de Llengua i Dret*, núm. 43, 2005, 279, p. 282-287. Les regles lingüístiques contingudes en el dret comunitari derivat són mereixedores, per la seva complexitat, d'una anàlisi més detallada i acurada, cosa que escapa de les pretensions i de l'espai de l'estudi que ara presento. Valdria la pena que fossin estudiades de manera monogràfica i detinguda en un altre treball.

imperiosa d'interès general, la salvaguarda, la protecció o la promoció d'una llengua quan això estigui justificat dins del respecte de la diversitat lingüística,⁷³ creació que, en certa mesura, ha iniciat en la sentència recent de 5 de març de 2009.⁷⁴ A través de la nova jurisprudència es facilitarà que el dret derivat tingui en compte, de manera proporcionada, les llengües altres que les oficials i de treball –i, especialment, les llengües oficials en una part del territori d'un Estat membre–, sense el temor d'infringir l'ordenament de la Unió Europea.

Respecte a la tercera novetat, convé indicar que la substitució de la unanimitat per la majoria qualificada per a l'adopció de mesures en l'àmbit de la cultura facilitarà que se n'adoptin, i també afavorirà que, quan afectin la dimensió de la diversitat lingüística, s'hi tinguin en compte, segons escaigui, les llengües regionals o minoritàries, ja que no caldrà que hi estiguin d'acord tots els estats membres.⁷⁵

Finalment, la quarta novetat consisteix en què el Consell s'ha de pronunciar per unanimitat per a la negociació i la celebració d'acords en l'àmbit del comerç de serveis culturals i audiovisuals, quan aquests acords puguin perjudicar la diversitat cultural i lingüística de la Unió.

Les innovacions que figuren en el Tractat de Lisboa que afecten específicament les llengües regionals o minoritàries són assenyaladament les dues següents:

1) la inclusió expressa del respecte dels drets de les persones que pertanyen a minories dins del respecte dels drets humans, respecte que, juntament amb altres valors, fonamenten la Unió (art. 1, punt 3, del Tractat de Lisboa; art. 2 del Tractat UE). Amb aquesta menció de les minories, el Tractat vol tancar els dubtes que havia obert l'expressió "respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"

73. A les dues qüestions que pertocuen al Tribunal de Justícia m'hi he referit circumstanciadament a Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos:...*, cit., p. 59-66.

74. Vegeu *supra* la nota 34.

75. L'eliminació del quòrum de la unanimitat per poder adoptar mesures en l'àmbit de la cultura l'havia recomanada, per exemple, el Parlament Europeu en la Resolució amb recomanacions destinades a la Comissió sobre les llengües europees regionals i menys difoses – les llengües de les minories a la Unió Europea en el context de l'ampliació i la diversitat cultural. (Vegeu-ne l'apartat B, recomanació 2, punt 22).

que el Tractat d'Amsterdam havia inserit amb un nou apartat 1 a l'exarticle 6 del Tractat UE. El dubte, recordem-ho, consistia en saber si aquell respecte abastava necessàriament el respecte i protecció de les minories. Amb el Tractat de Lisboa resta, doncs, garantida la continuïtat del control per part de la Comissió del respecte d'uns mínims drets lingüístics en els estats que volen adherir-se a la Unió Europea i en els quals hi conviuen històricament minories lingüístiques. El control és possible, perquè, segons l'article 49 del Tractat UE, els estats que sol·licitin l'ingrés com a membre a la Unió han de respectar precisament els valors de l'article 2 del Tractat UE, a més d'haver-los de promoure.

2) l'afegit d'un nou apartat a l'article 53 del Tractat UE (art. 1, punt 61, del Tractat de Lisboa), que també és d'aplicació al Tractat de Funcionament de la Unió Europea (art. 2, punt 295, del Tractat de Lisboa). Aquest nou apartat diu el següent:

2. El presente Tratado podrá asimismo traducirse a cualquier otra lengua que determinen los Estado miembros entre aquellas que, de conformidad con sus ordenamientos constitucionales, tengan estatuto de lengua oficial en la totalidad o en parte de su territorio. El Estado miembro de que se trate facilitará una copia certificada de estas traducciones, que se depositará en los archivos del Consejo.⁷⁶

Una Declaració relativa a l'apartat 2 de l'article 53 del Tractat de la Unió Europea, que correspon a la Declaració número 16 de les declaracions relatives a disposicions dels tractats i que es troba anexada a l'Acta final de la Conferència Intergovernamental, complementa el que estipula l'apartat 2 afegit a l'article 53 del Tractat UE (apartat 2 de l'art. 55, amb la nova numeració). En virtut d'aquesta Declaració:

La Conferencia considera que la posibilidad de traducir los Tratados en las lenguas a que se refiere el apartado 2 del artículo 53 contribuye a cumplir el objetivo de respetar la riqueza de la

76. L'apartat segon és una transcripció exacta del correlatiu apartat 2 de l'article IV-448 del Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa. Sobre l'origen, l'abast i les conseqüències jurídiques de l'apartat 2 de l'article IV-448 –les reflexions són traslladables, òbviament, al cas de l'idèntic apartat 2 de l'article 53 del Tractat UE– vegeu Antoni Milian-Massana, "Languages that are official in part of the territory...", *cit.*, p. 203-209.

diversidad cultural y lingüística de la Unión enunciado en el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 2. En este contexto, la Conferencia confirma el compromiso de la Unión con la diversidad cultural de Europa y la especial atención que seguirá prestando a éstas y otras lenguas.

La Conferencia recomienda que los Estados miembros que deseen acogerse a la posibilidad reconocida en el apartado 2 del artículo 53, comuniquen al Consejo, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la firma del Tratado de Lisboa, la lengua o lenguas a las que se harán traducciones de los Tratados.

L'apartat 2 de l'article 53 del Tractat UE, que incorpora el Tractat de Lisboa i que, segons les taules de correspondència, ha esdevingut en la nova numeració del Tractat de la Unió Europea l'apartat 2 de l'article 55, no aporta res de substantiu per a les llengües que, d'acord amb l'ordenament constitucional, són oficials en una part del territori d'un Estat membre.⁷⁷ Les traduccions del Tractat de la Unió Europea i del Tractat de Funcionament de la Unió Europea que es facin en aquestes llengües estaran mancades de valor oficial i d'efectes jurídics, i només serviran per donar més divulgació al text d'aquells dos tractats. Per això, el reconeixement de l'apartat 2 de l'article 55 té un valor més aviat simbòlic.

En qualsevol cas, la seva importància consisteix en la circumstància que obra una distinció entre les llengües que, de conformitat amb els ordenaments constitucionals, gaudeixen de la condició de llengua oficial en una part del territori d'un Estat membre i les altres llengües regionals o minoritàries. Aquesta distinció pot afavorir que la Unió Europea estableixi en el futur reconeixements específics en favor d'aquelles llengües. Fins i tot, ho haurà de fer, vistos els termes del compromís expressat en la darrera part del paràgraf primer de la Declaració núm. 16: "la Conferencia *confirma el compromiso de la*

77. Segurament haurà cridat l'atenció que el precepte inclogui també les llengües que tenen l'estatus de llengua oficial en la totalitat del territori d'un Estat membre, atès que aquestes són, precisament, les llengües dels tractats. En realitat, el precepte vol referir-se amb aquella menció al luxemburguès, l'única llengua oficial en el conjunt d'un Estat, Luxemburg, que, com ja sabem, no ha obtingut la condició de llengua dels tractats, ni la condició de llengua oficial i de treball de les institucions. Les consideracions que faig tot seguit en el text respecte de l'apartat 2 de l'article 55 del Tractat UE, les limito al supòsit de les llengües que són oficials en una part del territori dels estats membres.

Unión con la diversidad cultural de Europa y la especial atención que seguirá prestando a éstas y otras lenguas” (la cursiva és meva). Recordem que “éstas [...] lenguas” són les llengües de l’apartat 2 de l’art. 53, en la numeració del Tractat de Lisboa (de l’apartat 2 de l’article 55 del Tractat UE, segons la nova numeració). L’expressió “éstas y otras lenguas” procedeix de la correlativa Declaració que acompanyava el Tractat pel qual s’estableix una Constitució per a Europa, precedent en el que, durant l’elaboració, es va substituir conscientment l’expressió “linguistic diversity” per l’expressió “these and other languages”.⁷⁸ En definitiva, l’apartat 2 de l’article 55 del Tractat UE, en combinació amb la Declaració núm. 16 annexa a l’Acta final, obliga les institucions a actuar, cosa que fa que esdevingui l’embrió d’un futur estatus lingüístic *ad hoc* per a les llengües que, de conformitat amb el respectiu ordenament constitucional, gaudeixen de l’estatus de llengua oficial en una part del territori d’un Estat membre.

El segon paràgraf de la Declaració recomana als estats que comuniquin al Consell, en un termini de sis mesos a partir de la data de la signatura del Tractat de Lisboa, la llengua o les llengües en les quals els tractats de la Unió Europea i de Funcionament de la Unió Europea seran traduïts. Com que la recomanació no es fa dependre de l’entrada en vigor del Tractat, sinó de la signatura, Espanya va seguir-la en el cas de la correlativa Declaració que acompanyava el Tractat pel qual s’estableix una Constitució per a Europa –la Declaració núm. 29 relativa a l’apartat 2 de l’article IV-448–,⁷⁹ fins al punt que aleshores fins i tot va lliurar al Consell una còpia certificada de les traduccions d’aquest Tractat constitucional a les llengües catalana/valenciana, gallega i basca.⁸⁰ El lliurament de la còpia certifi-

78. Compareu CIG 81/04, de 16 de juny de 2004, annex 52, i CIG 84/04, de 18 de juny de 2004, annex 17.

79. Es tracta de la vint-i-novena declaració relativa a disposicions de la Constitució que es troba annexa a l’Acta final.

80. A l’hora d’establir les versions, va aparèixer el fantasma de la segregació entre el català i el valencià. Afortunadament, se’n va fer una versió única, respectant, així, la unitat de la llengua, unitat que ha estat refrendada per sentències del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem, i per una jurisprudència reiterada del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana. És particularment exemplar la sentència del Tribunal Suprem de 15 de març de 2006 (RJ 1120, 2006). Els primers pronunciaments judicials, d’una llarga sèrie que encara continua, han estat resenyats per Alfons Esteve; Francesc Esteve; Mercè Teodoro, *El nom, la unitat i la normalitat. Informe sobre el reconeixement del català com a llengua oficial i pròpia del País Valencià*, Barcelona, Observatori de la llengua catalana,

cada a la secretaria del Consell va tenir lloc el 4 de novembre de 2004.⁸¹ Vist aquest precedent, és presumible que Espanya faciliti al Consell, en un termini raonable, una còpia certificada de les traduccions al català/valencià, gallec i èuscar dels Tractats de la Unió Europea i de Funcionament de la Unió Europea. L'estrada en vigor del Tractat de Lisboa fa més justificada aquesta operació que en el cas del fallit Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa.

V. Reflexions finals

Del període 2004-2009 destaquen dos esdeveniments notables: el gran increment d'estats membres i, amb ell, de les llengües que gaudeixen de reconeixement institucional; i la modificació, en profunditat, del sistema jurídic polític de la Unió Europea. De tota manera, ni l'un ni l'altra han servit per sacsejar les bases del règim lingüístic institucional de la Unió. El criteri per a la determinació de les llengües dels tractats i les llengües oficials i de treball ha romàs gairebé inalterat. S'ha perdut l'oportunitat de distingir entre les llengües

2005, p. 102-112. La contumàcia del Govern valencià, que reitera una vegada i una altra la mateixa il·legalitat, és un exemple més que posa en evidència la necessitat de millorar i ampliar les tècniques legals previstes per garantir l'execució de les sentències a la Llei estatal 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. La normativa valenciana que no admet titulacions de filologia catalana i certificats de coneixement de català per acreditar els coneixements de valencià en els procediments d'accés a places docents, a més de vulnerar l'ordenament intern, infringeix el dret de la Unió Europea, infracció que té lloc, fins i tot, i ho subratllo, en relació amb els ciutadans de nacionalitat espanyola, ja que no és imprescindible la presència d'un element transfronterer perquè el dret de la lliure circulació dels treballadors quedi crebantat. Vegeu la doctrina del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (avui de la Unió Europea) emesa en el cas Angonese [TJ CE 6 de juny de 2000 (Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, C-281/98, Rec. 2000, p. I-4139)], que hi seria plenament aplicable. En el comentari d'aquesta sentència de Robert Lane i Niamh Nic Shuibhne, publicat a la *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, 1237, p. 1237-1244, els autors destaquen, justament, que el Tribunal de Justícia va desestimar l'al·legació d'inadmissió de la qüestió prejudicial, la qual estava fonamentada en la manca de connexió suficient del cas amb el dret comunitari (en la manca d'un "significant Community element"), fonamentació que partia de la constatació que el ciutadà Angonese era un ciutadà nacional d'Itàlia i italiana era la mesura controvertida. Els autors constaten que "Mr Angonese was seeking to invoke a Community law right as against his own Member State", aspecte que "challenge the boundaries of the Court's jurisprudence to date on the free movement of workers" (p. 1239).

81. Antoni Milian i Massana, "La Constitució per a Europa i el règim lingüístic de la Unió Europea", a Joan Martí i Castell; Josep M. Mestres i Serra, (dir.), *El català i la Unió Europea. (Actes del seminari del CUIIMPB-CEL 2004)*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 169, p. 174, nota 7.

oficials i les llengües de treball per tal d'acomodar millor el règim d'aquestes últimes a la realitat quotidiana, distinció que, això sí, hauria exigit delimitar curosament les activitats, les actuacions i els actes jurídics als quals hauria d'aplicar-se el règim de les llengües oficials.

Entre els canvis materials, sobresurt el fet que la Unió Europea ha apostat durant aquests darrers anys pel respecte de la seva diversitat lingüística, actitud deguda, en part, a l'influx de l'article 22 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea.⁸² La nova sensibilitat deu haver col·laborat en el reconeixement del maltès i de l'irlandès al més alt nivell, reconeixement que, com hem vist, no era jurídicament imprescindible. Una vegada més, però, la Unió s'ha limitat a considerar estrictament el vessant identitari estatal a l'hora d'assignar un reconeixement lingüístic institucional. Amb aquest comportament, no ha aconseguit una altra cosa que fer més pregona la desproporció en el tractament de

82. Ja hem tingut ocasió de veure com l'esperit d'aquest percepte planava en alguns actes jurídics i decisions comunitaris. A la diversitat lingüística i al multilingüisme s'hi han referit, a més, diversos actes i documents recents de les institucions i dels òrgans consultius de la Unió. Vegeu, per exemple, la Resolució del Consell, de 21 de novembre de 2008, relativa a una estratègia europea a favor del multilingüisme (2008/C 320/01); les Conclusions del Consell, de 22 de maig de 2008, sobre el multilingüisme (2008/C 140/10); les Conclusions del Consell i dels representants dels Governos dels estats membres, reunits en el si del Consell, sobre la promoció de la diversitat cultural i el diàleg intercultural en les relacions exteriors de la Unió Europea i dels seus estats membres (2008/C 320/04); la Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè econòmic i social europeu i al Comitè de les regions "Multilingüisme: un avantatge per a Europa i un compromís compartit" [COM(2008) 566 final]; la Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè econòmic i social europeu i al Comitè de les regions "Una nova estratègia marc per al multilingüisme" [COM(2005) 596 final]; el Dictamen del Comitè econòmic i social europeu sobre el tema "multilingüisme", de 18 de setembre de 2008 (2009/C 77/25); el Dictamen del Comitè de les regions sobre el tema "multilingüisme" (2008/C 257/06), de 19 de juny de 2008. Altres decisions pertocants a la diversitat lingüística han estat, per exemple, el nomenament d'un comissari sobre el multilingüisme, aprofitant la darrera ampliació (el 2007), i la creació, per la Comissió, d'un grup d'experts sobre multilingüisme [Decisió de la Comissió, de 20 de setembre de 2006, per la qual s'estableix el Grup d'alt nivell sobre multilingüisme (2006/644/CE)]. Aquest Grup d'alt nivell va emetre un informe, que ha estat publicat: Commission of the European Communities. High Level Group on Multilingualism, *Final Report*, Luxemburg, Office for Official Publications of the European Communities, 2007. El text és accessible a través d'internet: <http://ec.europa.eu/education/policies/lang/doc/multireport_en.pdf>. (Darrera visita: 29 de gener de 2010). Tota aquesta activitat, que ha proliferat aquests darrers anys, sol defugir els aspectes institucionals i interns. De fet, al llarg d'aquest estudi hem pogut observar com el respecte de la diversitat lingüística sovint no s'ha traduït en mesures efectives, particularment per a les llengües que més ho necessiten: les que, de conformitat amb l'ordenament constitucional corresponent, gaudeixen de l'estatus de llengua oficial en una part del territori d'un Estat membre.

la diversitat lingüística, atesa l'existència de llengües amb molts més parlants i amb més vitalitat que han quedat al marge del reconeixement institucional pel simple fet de ser llengües oficials en una part del territori d'un Estat, en lloc de ser-ho en la totalitat del territori.

Quant a les llengües regionals o minoritàries, l'actuació seguida aquests darrers anys per la Unió Europea ha estat ambivalent. Hi ha hagut mesures favorables, tendents a no discriminar-les innecessàriament, però han continuat també arraconaments incomprensibles. L'adopció de les Conclusions del Consell de 13 de juny de 2005 estaria en la línia de la voluntat de respectar la diversitat lingüística. Tanmateix, ja he expressat detingudament, amb arguments, els meus dubtes sobre la seva efectivitat més enllà del possible ús oral en les sessions del Consell i en les sessions plenàries del Comitè de les regions.

La novetat més prometedora es troba, al meu entendre, en el reconeixement específic que el Tractat de Lisboa fa en favor de les llengües que, de conformitat amb el corresponent ordenament constitucional, gaudeixen de la condició de llengua oficial en una part del territori d'un Estat membre.

Recordem que aquestes llengües són les més perjudicades per la integració europea. Elles pateixen el conjunt d'efectes negatius que el procés integrador de la Unió Europea ocasiona de manera comuna a la subsistència de les llengües regionals o minoritàries, però, a la vegada, en sofreixen d'altres específics que, sense cap antídote, les condemnen lentament i inexorable a l'assimilació. Recordem, per exemple, la ja esmentada pèrdua d'alguns dels efectes de l'oficialitat (fenomen que previsiblement pot anar en augment, si no se les té en compte); la marginació en el dret derivat, que ja hem tingut ocasió de comentar, o la dificultat de competir –tot i ser llengües, en alguns casos, que compten amb un ús social extens i cohesionador– amb les llengües estatals a l'hora d'integrar lingüísticament els ciutadans de la Unió que fan ús del dret a circular i a residir lliurement en el territori d'un altre Estat membre. En aquest darrer cas, el perjudici no és inherent a la regla jurídica (no està causat directament *de iure*), sinó que és una conseqüència indirecta dels efectes que provoquen *de facto*, en la realitat social, les llibertats comunitàries.

A més, les característiques peculiars d'ús extens (en termes territorials o geogràfics, i en termes materials, varietat considerable

d'àmbits d'ús), de vitalitat i de nombre de parlants (que en el cas, més vistent, de la llengua catalana arriba a superar els 7 milions i mig) que caracteritza les llengües que, d'acord amb l'ordenament constitucional respectiu, són oficials en una part del territori d'un Estat membre, fan que les mesures de foment no els siguin suficients per salvaguardar-les, a diferència del que succeeix amb la majoria de llengües regionals o minoritàries. En realitat, allò que precisen són mesures lingüístiques semblants a les que disciplinen les llengües majoritàries, però això ho impedeix el dret derivat de la Unió quan les discrimina o les bandeja.

El Tractat de Lisboa compromet precisament la Unió perquè pres-
ti una atenció especial a les llengües que, de conformitat amb
l'ordenament constitucional, són oficials en una part del territori d'un
Estat membre. La proporcionalitat reclama que, sense demora, la Unió
Europea els atorgui un estatus adequat a cada cas, ja que són les més
perjudicades per la dimensió europea.⁸³ Aquesta és l'assignatura pen-

83. Ho hem vist abans. A més, la cosa és cada cop més urgent, perquè aquestes llengües, sense un estatus comunitari, difícilment podran fer front als reptes que aniran emergent de les exigències supranacionals i de la mundialització. Entre els darrers reptes als quals han de fer front podem esmentar, per cenyir-nos en l'àmbit comunitari europeu, l'aplicació de la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, o l'aplicació de les normes comunitàries relatives a la integració de persones nouvingudes: per exemple, la Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003, sobre el dret a la reagrupació familiar, i la Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada. Aquesta darrera Directiva, val la pena subratllar-ho, no impedeix, per exemple, que el legislador intern pugui establir requisits lingüístics a Catalunya –per citar un supòsit possible– per a la població immigrada procedent de països tercers, com ara l'exigència d'haver de seguir cursos de català. Vegeu l'article 15, apartat 3, darrer paràgraf de la Directiva, el qual disposa, sense limitar-ho a les llengües oficials i de treball de la Unió, que "(...) podrá exigirse a las personas de que se trate que cursen estudios de idiomas". Aquest tipus de requisit coincideix justament amb l'exigència lingüística que vaig proposar, amb caràcter general per a les persones immigrades procedents de països tercers que no siguin part de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, en el llibre: Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos:...*, cit., p. 85-138. En la monografia no hi comentava la Directiva, en cenyir-me en aquesta part del llibre al dret intern. El dret comunitari i el dret internacional els tenia presents, en canvi, atesa la incidència decisiva que hi tenien, en l'apartat dedicat als requisits lingüístics exigibles en el dret de sufragi (p. 138-155). Per cert, en el llibre no vaig citar un treball que ja havia apuntat primerencament i tímida qüestions vinculades amb la llengua i el sufragi i alguns altres aspectes relacionats amb el dret comunitari. Aquest breu treball, que ha passat del tot desapercbut i que he redescobert ara, encara que estigui desfasat i sigui esquemàtic, i en algun punt discutible, mereix ser recordat, vist el mèrit d'haver intuït algunes de les qüestions relacionades amb les exigències lingüístiques i el sufragi des de la perspectiva del dret de la Unió Europea: Lluís Jimena Queda, "Drets lingüístics, eleccions municipals i televisions locals a la nova Europa després

dent més urgent en relació amb el respecte de la diversitat lingüística i per poder assolir una igualtat major en el tractament de les llengües dins del règim lingüístic de la Unió Europea.

Per acabar, voldria fer un aclariment de principi sobre la igualtat de les llengües parlades tradicionalment al si de la Unió. Un tractament igual per a totes elles és impossible d'assolir i impracticable, i això tant pel nombre elevat de llengües existent, com per la disparitat de situacions sociolingüístiques que l'acompanya. En aquesta circumstància, la igualtat remet més aviat a la proporcionalitat. La igualtat de les llengües es satisfà, doncs, a través de l'atorgament d'un tractament proporcional a la seva situació. Tot un repte que exigeix ampliar i diversificar els principis i criteris que, ara com ara, governen el règim lingüístic de la Unió Europea.

de Maastricht. El cas de la Comunitat Valenciana", a AADD, *Drets lingüístics a la nova Europa. Actes del II Simposi Internacional de llengües europees i legislacions*, Barcelona, Mediterrània, 1996, p. 196-211.

Sobre la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, vegeu la reflexió d'Alba Nogueira López, "Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos?", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 52, 2009, p. 205-226. La Directiva ha estat incorporada recentment a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant la Llei estatal 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici. Pel que fa a la incidència de les Directives 2003/86/CE i 2003/109/CE, ambdues del Consell, en les determinacions lingüístiques internes per a la població immigrada, vegeu: Mariona Illamola Dausà, "La posibilidad de pedir el cumplimiento de medidas de integración en Cataluña", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, 311, p. 318-324. Un estudi recent, en dret comparat, sobre els requisits lingüístics destinats a afavorir la integració de la població immigrada, podeu consultar-lo a: José Woehrling, "Linguistic Requirements for Immigrants, Specifically with Regard to Languages that Enjoy Official Status in Part of the Territory", a Antoni Milian i Massana (coord.), *Mundialització, lliure circulació i immigració,...*, cit., p. 133-172. Unes reflexions de *lege ferenda* sobre la possibilitat legal d'establir requisits lingüístics a Catalunya per a la població immigrada, les trobareu a Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos:...*, cit., p. 85-155.

RESUM

En el treball s'estudien les modificacions que ha sofert el règim lingüístic de la Unió Europea d'ençà de l'ampliació de l'any 2004 fins a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa. Quant a les llengües oficials i de treball, crida l'atenció el reconeixement del maltès i de l'irlandès, en tractar-se de llengües oficials en el conjunt d'un Estat membre que, per garantir la seguretat jurídica, no era imprescindible reconèixer en el si de les institucions de la Unió. Aquest reconeixement, encara que expressa un major respecte per la diversitat lingüística, fa més pregona la desigualtat i la desproporció en el règim lingüístic de la Unió. En relació amb les denominades llengües regionals o minoritàries, l'actitud i les realitzacions han estat ambivalents. La novetat més prometedora consisteix en el reconeixement específic que el Tractat de Lisboa fa en favor de les llengües que, de conformitat amb el corresponent ordenament constitucional, gaudeixen de la condició de llengua oficial en una part del territori d'un Estat membre. De fet, el Tractat compromet la Unió perquè presti una atenció especial a aquestes llengües. En aquest sentit, caldria dotar-les d'un estatus *ad hoc*, atès que, del conjunt de les llengües regionals o minoritàries, són les més perjudicades per la integració europea.

Paraules clau: Dret lingüístic; Unió Europea; multilingüisme; llibertats comunitàries; Tractat de Lisboa; institucions comunitàries.

RESUMEN

En el trabajo se estudian las modificaciones introducidas en el régimen lingüístico de la Unión Europea desde la ampliación del año 2004 hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Acerca de las lenguas oficiales y de trabajo, llama la atención el reconocimiento del maltés y del irlandés, al tratarse de lenguas oficiales en el conjunto de un Estado miembro que no era imprescindible reconocer en el seno de las instituciones de la Unión para garantizar la seguridad jurídica. Este reconocimiento, a pesar de expresar un mayor respeto por la diversidad lingüística, hace más profunda la desigualdad y la desproporción en el régimen lingüístico de la Unión. En relación con las denominadas lenguas regionales o minoritarias, la actitud y las realizaciones han sido ambivalentes. La novedad más prometedora consiste en el reconocimiento específico que el Tratado de Lisboa hace en favor de las lenguas que, de conformidad con el correspondiente ordenamiento constitucional, disponen de estatuto de lengua oficial en una parte del territorio de un Estado miembro. De hecho, el Tratado compromete a la Unión para que preste una especial atención a estas lenguas. En este sentido, debería dotárseles de un estatuto *ad hoc*, habida cuenta que, del conjunto de las lenguas regionales o minoritarias, son las más perjudicadas por la integración europea.

Palabras clave: derecho lingüístico; Unión Europea; multilingüismo; libertades comunitarias; Tratado de Lisboa; instituciones comunitarias.

ABSTRACT

In this paper, a study is conducted of the modifications that the linguistic regime of the EU has undergone since enlargement in 2004 until entry into force of the Treaty of Lisbon. In regard to official and working languages, the recognition of Maltese and Irish is in part striking. They are languages that enjoy official status in all the territory of a Member State. Consequently, to ensure legal certainty, it was not essential to recognize them within EU institutions. Although this recognition expresses a greater respect for linguistic diversity, it makes more profound the inequality and disproportion in the Union's language policy. In regard to so-called regional or minority languages, attitudes and achievements have been ambivalent. The most promising innovation is the specific recognition that the Lisbon Treaty gives to support of languages which, in accordance with the corresponding constitutional order, enjoy official status in part of the territory of the Member States. In fact, the treaty commits the EU to pay a special attention to these languages. In this regard, they should be provided with an *ad hoc* status, since, of all the regional or minority languages, they are the most affected by European integration.

Key words: linguistic law; European Union; multilingualism; community freedoms; Treaty of Lisbon; community institutions.

LA PROTECCIÓ DEL PLURILINGÜISME A NIVELL ESTATAL: ESPANYA I EL MODEL HELVÈTIC EN L'ESCENARI DEL DRET COMPARAT

Anna M. Pla Boix

Professora lectora de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

SUMARI: 1. Presentació. – 2. Llengua i model d'Estat a Espanya. – 2.1 Antecedents. – 2.2 Bases constitucionals del règim lingüístic. – 2.3 Del monolingüisme oficial de l'Estat a la cooficialitat lingüística autonòmica. – 3. La gestió de la diversitat lingüística en el marc d'Estats compostos. – 3.1 Presentació: models comparats. – 3.2 Un exemple de federalisme lingüístic: Suïssa i la protecció del quadrilingüisme en el pla federal. – 4. Epíleg: vers un aprofundiment de la protecció jurídica del plurilingüisme a Espanya. – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. Presentació

Deia Immanuel Kant al seu cèlebre tractat *La Pau Perpètua*, editat l'any 1795, que les diferències de llengües comporten la propensió al conflicte, per bé que "*amb l'increment de la cultura i la progressiva aproximació dels homes a un més ampli acord en els principis, aquestes diferències condueixen a coincidir en la pau, que es genera i garanteix mitjançant l'equilibri de les forces en viva competència*".¹

Malgrat el temps transcorregut, aquesta reflexió continua plenament vigent. Encara avui, en el rerefons de les polítiques més res-

Article rebut el 15/12/2009; acceptat el 27/01/2010.

L'article s'inscriu en el marc del Projecte d'Investigació *La protección de los derechos en un sistema constitucional en red: integración y eficacia de la actividad de la diversidad de niveles ordinamentales en España*, SEJ 2006-15164, dirigit pel Dr. M.A. Aparicio, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona.

1. Immanuel Kant, *La paz perpetua*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 40.

pectuoses amb el plurilingüisme, sempre planeja la voluntat de reforçar la pau lingüística, conciliant la cohesió social amb el respecte a la diversitat. És més, el respecte a la diversitat s'erigeix com un dels grans reptes de la societat contemporània. No és estrany, doncs, que el reconeixement polític d'aquesta diversitat hagi anat adquirint rang constitucional. En la seva condició de normes supremes de l'ordenament jurídic que ordenen les regles del joc polític, les Constitucions esdevindran, amb el temps, *corpus normatius per excel·lència* on acomodar les demandes de reconeixement i tutela de la diversitat, també la lingüística. Tot això sens perjudici que, en la seva gènesi, el llenguatge del constitucionalisme modern tendís a excloure o assimilar la diversitat cultural bo i reforçant-ne la uniformitat.²

Tot i que les primeres disposicions de política lingüística es podrien resseguir des dels inicis de la història, és amb la consolidació de l'Estat modern quan es marca un punt d'inflexió decisiu. Serà principalment a partir de la Revolució francesa i l'extensió de l'Estat-nació al llarg del segle XIX, quan pot afirmar-se que, en major o menor mesura, tots els Estats del nostre entorn reforçaran la implementació de polítiques lingüístiques, enteses com aquell conjunt d'activitats que les autoritats emprenen per tal d'influenciar el comportament dels ciutadans en relació a l'aprenentatge, l'estructura, o la fixació de les funcions dels seus codis lingüístics. Com s'ha posat de manifest doctrinalment, des del moment que l'Estat compta amb una Administració Pública que s'ha de comunicar amb la ciutadania, aquesta comunicació implicarà indefugiblement la selecció d'un determinat codi lingüístic, la qual cosa exigirà per part de l'Estat una tria concreta.

Sovint, el reconeixement jurídic d'una sola llengua estatal s'emprarà com un instrument polític concebut per reforçar la unitat nacional.³ De fet, serà en el procés de construcció dels Estats-nació quan es tendirà cada vegada més a una certa homogeneïtzació lingüística de la població a través de la imposició d'un sol idioma nacional, el del grup dominant en el territori de referència. En aquest context històric, la llengua serà valorada com una part integrant d'un conjunt de fac-

2. Sobre el reconeixement i acomodació de la diversitat cultural en el constitucionalisme modern, vegeu, per tots, James Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1995, p. 58.

3. Alessandro Pizzorusso, "Libertad de lengua y Derechos Lingüísticos. Un estudio comparado", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 16, p. 14.

tors (cultura, origen ètnic o religió) que expressen una identitat comunitària o nacional. Per això, la regulació del fet lingüístic serà percebuda com una qüestió amb transcendència política en un context en què es tendirà a emfasitzar el binomi un Estat-una llengua.⁴

Val a dir que aquesta opció de simplificar els processos comunicatius mitjançant el reconeixement d'un únic idioma oficial a nivell estatal no reeixiria arreu, per bé que diversos Estats plurilingües del nostre entorn continuen basant la seva política lingüística en el reconeixement i tutela d'un únic idioma. De fet, encara avui, els models lingüístics que trobem en el dret comparat continuen fluctuant entre dues grans tendències: una que promou la uniformitat, això és, el monolingüisme oficial de l'Estat (imposició d'una única llengua d'ús oficial o de comunicació formal); i una segona que s'orienta vers el respecte al principi de pluralisme lingüístic (reconeixement d'altres llengües a les que s'ha declarat vàlides pel seu ús oficial i social o a les que simplement es considera que és necessari preservar), tendència, aquesta darrera, que és la més coherent i respectuosa amb el principi democràtic.

Tot plegat s'explica pel fet que, des d'una perspectiva comparada, les regles jurídiques que s'ocupen de l'ús de les llengües prenen en consideració diferents dimensions del fet lingüístic: d'entrada, pretenen satisfer una necessitat estrictament instrumental, que valora el paper de la llengua com un simple mecanisme de comunicació i com un element de la forma dels actes jurídicament rellevants; després, prenen també en consideració la seva dimensió més política, vinculada al paper de l'idioma com un baluard identitari i un factor d'adscripció del subjecte que el parla a un grup social determinat; finalment, la llengua també es valora com un bé cultural, susceptible de respecte i protecció. Aquestes diferents dimensions del fet lingüístic expliquen que, al llarg de la història, el reconeixement i protecció de les comunitats lingüístiques s'hagi vist condicionat pel poder polític-social del moment. Seran les decisions dels poders públics –fonamentades en opcions polítiques concretes– les que acabaran fixant l'organització jurídica del fenomen idiomàtic. Indefugiblement, aquestes decisions vindran determinades per la posició que adopti l'Estat amb relació a la seva diversitat, entesa en sentit ampli.

4. Jean-William Lapierre, *Le pouvoir politique et les langues*, París, Presses Universitaires de France, 1988, p. 10. En paraules de l'obra "un seul peuple, une seule langue, sous un seul pouvoir souverain, n'est-ce pas le projet de tout Etat, la définition même de toute nation...".

Així, en l'escenari del dret constitucional comparat, la doctrina distingeix diferents models teòrics en funció de quin és el tractament que es dona, en abstracte, a la diversitat.⁵

Un primer model l'integren aquells ordenaments repressius, on l'Estat emfatitza ideològicament la unitat de la identitat nacional en clau d'exclusivitat i de superioritat. En aquest model, les diferències acostumen a considerar-se quelcom negatiu que ha de ser bandejat. La conseqüència, en clau normativa, és la negació oficial de l'existència de minories, acompanyada de polítiques funcionalment repressives que, en el pla lingüístic, acostumen a projectar-se en mesures de prohibició de l'ús de certes llengües en l'àmbit públic.

Un segon model l'integren els ordenaments liberals 'purs' o 'ortodoxes', caracteritzats per concedir una atenció exclusiva als drets individuals i per una consegüent indiferència a les instàncies col·lectives de diversitat. La ideologia liberal que inspira aquest segon model es projecta en la previsió de sistemes jurídics que reforcen garanties de tutela de les llibertats fonamentals dels individus basades en un reconeixement genèric del principi d'igualtat en sentit formal de tots els ciutadans, bo i bandejant mecanismes de garantia de la igualtat en sentit material. En aquest sentit, les democràcies liberals no sempre han garantit el postulat del *laissez faire* en matèria cultural perquè l'Estat no ha estat, ni molt menys, 'neutral' en aquesta qüestió. L'experiència mostra que, sovint, han acabat marginant les seves minories culturals internes de caràcter territorial apel·lant a versions universalistes de la igualtat de la ciutadania i la no discriminació. Tant és així que, en termes generals, s'afirma que la gestió del pluralisme cultural ha acabat incorporant a l'agenda política i constitucional nous temes de debat que no poden reduir-se al llenguatge dels drets individuals i de les nocions de llibertat, igualtat i pluralisme tal i com el liberalisme polític tradicional havia estat interpretant aquestes nocions.⁶

5. Per tots, Francesco Palermo i Jens Woelk; *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008, p. 39. També, R. Toninatti, *Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati*, a T. Bonazzi i M. Dunne; *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 273.

6. Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Ed. Paidós, 1996. També, per tots, Alain-G. Gagnon i James Tully, *Multinational Democracies*, Cambridge University Press, 2001. També, Ferran Requejo, "La acomodación 'federal' de la plurinacionalidad. Demo-

Enfront aquests dos models, se'n distingeix un tercer, els ordenaments promocionals, concebuts per donar resposta a les necessitats que plantegen minories estructurals. Aquests sistemes promocionals es caracteritzen per la presència dominant d'un grup nacional majoritari i la presència d'un o diversos grups minoritaris. El reconeixement, protecció i promoció de les minories constituirà un element essencial de l'ordenament constitucional. En aquest sentit, mentre els models liberals clàssics garanteixen el dret a ésser iguals, els promocionals reconeixen també el dret a ésser diferent. Per garantir aquest objectiu, es recorre a diferents mecanismes com ara el reconeixement exprés, sovint en seu constitucional, de les minories com a element constitutiu de l'Estat, o la previsió, a nivell central, de drets garantits d'aquestes minories, també projectats en matèria lingüística, l'aplicació dels quals sovint es vincula a la concurrència de factors específics o es projecta sobre àrees territorials determinades. Val a dir que, actualment, Espanya s'encabeix dins d'aquest model promocional de gestió de la diversitat que, com es veurà, inspirarà també les bases del seu model lingüístic estatal per manament constitucional. Se superava així el model repressiu i liberal pur que havia inspirat la gestió de la diversitat lingüística del nostre país en etapes històriques precedents.

Al marge, però, d'aquests models teòrics de gestió de la diversitat propis d'ordenaments repressius, liberals purs i promocionals, la doctrina distingeix una darrera categoria de gestió de la diversitat: els ordenaments multinacionals. En aquest darrer model, el sistema constitucional és dissenyat a fi d'integrar la diversitat i representar institucionalment els diferents grups dins l'estructura organitzativa de l'Estat, bé sigui a través de l'organització territorial del poder, bé sigui a través de normes específiques relatives a la forma de govern. Dins d'aquests models, paradoxalment des d'una perspectiva jurídica, no existeixen minories i majories i cada comunitat nacional és valorada com un element constitutiu de l'Estat. Aquests ordenaments multinacionals es caracteritzen per promoure una certa igualtat formal entre els diferents grups, també en el pla lingüístic. De fet, el conjunt del sistema institucional és dissenyat a fi de garantir-ne la seva representació, independentment del seu pes social. A més, l'estructura de govern d'aquests ordenaments es basa en un repartiment del poder

cracia liberal y federalismo plural en España", a Enric Fossas i Ferran Requejo (eds), *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

consensuat entre aquests grups. Per això, certa doctrina ha definit aquests sistemes com a 'democràcies consociatives ètniques' o *power-sharing*.⁷ Com es veurà, projectat a l'ordenació lingüística, Estats que responen a aquest darrer model d'ordenaments multinacionals, com són Canadà o Suïssa, protegeixen especialment les seves comunitats lingüístiques. Ho fan a través de diversos mecanismes que van des del reconeixement d'un estatut jurídic paritari, en el pla federal, de les dites "llengües nacionals", fins a garantir la participació de les diferents comunitats en la composició de certs òrgans i en certs processos decisoris. Des d'aquesta perspectiva, pot resultar útil prendre'ls en consideració com a models de dret comparat perquè dispensen una protecció maximalista als drets lingüístics dels seus ciutadans.

Aquest article proposa estudiar com es gestiona i protegeix la diversitat lingüística a nivell estatal a Espanya. Per fer-ho, es pren en consideració el règim lingüístic vigent a d'altres Estats plurilingües, fent especial esment a un Estat compost, Suïssa, que històricament s'ha significat pel respecte a la seva diversitat.

2. Llengua i model d'Estat a Espanya

2.1. Antecedents

Històricament, la clivella lingüística s'ha erigit com un factor determinant de l'estructura político-territorial de molts Estats. Això s'explica pel fet que la llengua constitueix un vehicle de consciència col·lectiva.⁸ És un mecanisme d'integració social i política i un fet diferencial per excel·lència. Per aquest motiu, la llengua pròpia, el patrimoni cultural i la identitat política col·lectiva constitueixen tres elements que s'encadenen i acostumen a esdevenir, en major o menor mesura, una seqüència inescindible.⁹ És més, el paper rellevant que

7. Per tots, M.Weller i S.Wolff (eds.), *Autonomy, Self-governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*, Londres, 2005.

8. Will Kymlicka i Alan Patten (ed.), *Language rights and political theory*, Oxford University Press, 2003.

9. Projectat a Espanya, Francisco Tomás y Valiente, "Uniformidad y diversidad en las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional", a *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1995, p. 34.

assumeix la llengua en la construcció identitària explicarà que hagi acabat formant part indefugible de l'agenda política i constitucional de nombrosos Estats plurinacionals on planegen constants demandes de reconeixement diferencial de les seves comunitats.¹⁰

A Espanya, com a tants d'altres països del nostre entorn, les anteriors premisses es compleixen plenament. Al llarg de la seva història, les reivindicacions de reconeixement jurídic i polític de les diverses comunitats lingüístiques sovint s'han acabat projectant en debats més amplis de reivindicació de règims d'autonomia política per aquestes comunitats. Aquesta circumstància explicarà que el reconeixement i protecció del plurilingüisme no hagi estat una qüestió neutra en el debat polític i parlamentari espanyol.

De fet, a Espanya, la protecció normativa de la diversitat lingüística s'ha garantit molt tardanament. Prova n'és que ni una sola de les Constitucions espanyoles promulgades al llarg del segle XIX contenia cap menció a la riquesa plurilingüe del país. El castellà era l'única llengua oficial en tots els àmbits públics i aquesta política de promoció del monolingüisme oficial s'estendria fins ben entrat el segle XX.¹¹ S'imposava així una concepció liberal homogeneïtzadora que veia en la diversitat lingüística un element d'inestabilitat. De fet, la garantia d'una sola llengua dominant, el castellà, era percebuda com un element integrador que reforçava un projecte d'Estat-nació unitari.¹² Val

10. Stephen Tierney, "Reflections on the Evolution of Language Rights", a A. Braën, P. Foucher i Y. Le Bouthillier (ed.), *Languages, Constitutionalism and Minorities*, Ottawa, LexisNexis, Butterworths, 2004, p. 4. Del mateix autor, *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, 2004.

11. Això no vol dir que fos una qüestió del tot bandejada pel poder constituent. De fet, el plurilingüisme d'Espanya va centrar debats parlamentaris en motiu de la tramitació d'alguns textos constitucionals, com és el cas de la Constitució de Cadis de 1812. En la tramitació d'aquesta Constitució, símbol per excel·lència del liberalisme polític i, per molts, episodi fundacional de la modernitat política espanyola, es va tenir present la qüestió lingüística, per bé que, finalment, el seu articulat no en consignaria cap referència. La llengua, fet diferencial per excel·lència, era percebuda com un tema delicat el tractament del qual moltes vegades va vincular-se a debats més amplis sobre quina havia de ser l'organització territorial de l'Estat. Vegeu Xavier Arbós Marín, "1808-1814. Crisi i refundació constitucional: la Constitució de Cadis", *L'Avenç* núm. 290, abril de 2004, pp. 13-19.

12. A tall d'exemple, resulta il·lustrativa la posició favorable a l'homogeneïtzació lingüística de Ramon Llätzer de Dou i de Bassols, primer president de les Corts de Cadis quan proclamaria "en cualquier estado se ha de procurar que haya una lengua dominante en el país para la enseñanza, expedición de órdenes y para todo quanto

a dir que aquesta tendència seria compartida, en major o menor mesura, pels diferents règims polítics que se succeïrien en el poder de l'Estat al llarg del segle XIX.

En qualsevol cas, l'Estat espanyol de l'època moderna no només es caracteritzaria per ignorar la seva realitat plurilingüe¹³ sinó que, a més, adoptaria polítiques proactives en la promoció del monolingüisme oficial del país. En el pla normatiu, aquesta opció política es reforçaria amb l'adopció de diverses disposicions normatives clarament repressives amb l'ús públic de les llengües diferents de la castellana.¹⁴ Tot plegat s'explica per la vocació netament centralista i uniformitzadora del constitucionalisme espanyol del segle XIX. La forta inestabilitat política d'aquesta etapa dificultaria, a més, l'arrelament de les idees constitucionals i democràtiques que s'estenien amb força als països del nostre entorn. En aquest escenari, la unitat de llengua, com la unitat de religió,¹⁵ s'emprarien com instruments per reforçar un projecte d'Estat centralitzat que veia en la diversitat lingüística o religiosa un element d'inestabilitat que calia bandejar.

se haya de hacer correspondiente al derecho público (lo cual) trae muchas ventajas en cualquier nación el tener una lengua dominante en dicho modo. La primera es que facilita mucho el comercio interior (...) La segunda es que hablarse en todo el reyno una misma lengua cría en el ánimo de todos un género de afecto y amor particular que no puede fácilmente encontrarse entre los que hablan diversas lenguas, verificándose en estos que se miran en el algún modo como si fuesen de reyno distinto, sin embargo de formar el mismo. La tercera es que proporciona que el conocimiento de los adelantamientos que se hacen en algún lugar se comunique a los otros resultando de esto en alguna parte la ventaja que se ha dicho de la lengua latina". Text transcrit a Emili Boix-Fuster, "Las lenguas en los órganos centrales del Estado español (un balance de los 25 años de la Constitución española", *Revista de Llengua i Dret* núm. 41, 2004, p. 197.

13. Juan J. Linz a José Ramón Montero y Thomas Jeffrey Miley (ed.), *Nación, Estado y lengua*, Obras Escogidas, vol. 2, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 76.

14. Projectat al cas de la llengua catalana, vegeu Francesc Ferrer Gironès, *La persecució política de la llengua catalana. Història de les mesures preses contra el seu ús des de la Nova Planta fins avui*, Barcelona, Edicions 62, 1986.

15. A Espanya, la consagració constitucional de la llibertat religiosa arriba molt tardanament, el 1869. La manifestació pública de la llibertat de cultes seria rebutjada de pla per les Corts Constituents anteriors, fent al·lusió, entre d'altres arguments, al perjudici que produiria lesionar el valor de la unitat religiosa de l'Estat, prenent en consideració les pròsperes conseqüències socials i polítiques que havia proporcionat fins aleshores. Sobre el valor de la unitat religiosa de l'Estat, vegeu a tall d'exemple per tots, *Diario de Sesiones de las Cortes* de 6 d'abril de 1837, p. 2524-2526.

Afortunadament, però, aquesta política lingüística no acabaria reeixint en el pla sociolingüístic. Per bé que excloses de l'esfera oficial, comunitats lingüístiques com la catalana o la basca, al llarg del segle XIX, reforçarien la seva consciència d'identitat col·lectiva. Així per exemple, projectant-ho al cas català, moviments com la Renaixença literària i cultural o el catalanisme polític, assumirien un paper rellevant en aquest procés de resistència a la política de foment del monolingüisme estatal.¹⁶ Serà justament en aquesta etapa històrica quan es reforça el valor de la llengua com un dels baluards identitaris per excel·lència, sovint vinculat, en el pla polític i dogmàtic, al concepte de nació. S'enllaça així amb les tesis defensades per amplis sectors del pensament polític europeu dels segles XVIII i XIX, que veien en el binomi llengua-nació un lligam inescindible. En aquest sentit, cal recordar que la llengua assumirà un paper especialment rellevant a l'hora d'explicar l'origen, el desenvolupament i la transformació dels moviments nacionalistes de caràcter cultural, presents també a Espanya.

Caldria esperar l'adveniment de la II República per veure protegit, en un text jurídicament vinculant, el plurilingüisme del país. L'article 4 de la Constitució espanyola de 1931, seguidament a la declaració del castellà com "*idioma oficial de la República*", afegia que "*Todo español tiene obligación de saberlo y derecho de usarlo, sin perjuicio de los derechos que las leyes del Estado reconozcan a las lenguas de las provincias o regiones*", bo i conclouent que "*salvo lo que se disponga en leyes especiales, a nadie se podrá exigir el conocimiento ni el uso de ninguna lengua regional*".¹⁷ Amb aquest reconeixement constitucional de les dites "llengües regionals" s'encetava una tímida concessió política al plurilingüisme, que en cap cas alteraria l'estatut dominant i privilegiat del castellà. L'imminent esclat de la guerra civil i la subsegüent dictadura franquista posarien fi a aquest incipient règim

16. Projectat al cas català, vegeu Anna M. Pla Boix, "L'ordenació de la qüestió lingüística a Catalunya de 1892 a 1936: el procés de reconeixement de l'estatut d'oficialitat del català", *Revista de Llengua i Dret* núm. 43, 2005.

17. Per tots, Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 69-71. Aquesta obra apunta els principals debats sostinguts en motiu de la tramitació de l'article 4 de la Constitució republicana. L'autor critica la dicció de l'article i titlla de "*elementos anticastellanistas*" els sectors que varen defensar que es garantís el coneixement i ús de les llengües regionals diferents de la castellana.

de reconeixement i tutela constitucional de la diversitat lingüística del país. Com és sabut, els quaranta anys de franquisme imposarien un règim de repressió del plurilingüisme i vindrien marcats per una política d'imposició de l'ús social i oficial de la llengua castellana en tots els àmbits.

Com es veurà a continuació, amb el restabliment de la democràcia, s'optaria per dissenyar un nou model lingüístic estatal. Com subratllaria el Tribunal Constitucional, la matèria lingüística era percebuda com una qüestió d'incidència en l'estructuració político-territorial de l'Estat que revestia especial importància simbòlica i afectiva, per la qual cosa s'havia de regular indefugiblement al text constitucional.¹⁸ De fet, ja durant la transició, la llengua esdevindria un tema constantment latent en els debats concernents a la plurinacionalitat, el fet diferencial o l'asimetria d'un Estat autònom que començava a gestar-se. Per això, s'optaria per regular les bases del model lingüístic estatal a l'article 3 de la Constitució de 1978, ubicat dins el seu Títol Preliminar i, per tant, sotmès al procediment de reforma constitucional agreujat previst a l'article 168 de la norma suprema.

Val a dir que el reconeixement d'una important dimensió política al fet lingüístic la trobem també a d'altres Estats que han acabat optant per concedir-li, com Espanya, una protecció constitucional reforçada. Aquest fenomen es dona principalment en aquells Estats en què la seva pròpia configuració político-territorial no s'explica sense tenir en compte el paper políticament rellevant que ha assumit, al llarg de la seva història, la clivella lingüística.¹⁹

18. Per totes, STC 205/1990 de 13 de desembre, F.J. 7è.

19. N'és un exemple paradigmàtic Canadà. En paraules del Tribunal Suprem canadenc, "la importància dels drets en matèria lingüística es fonamenta en el paper essencial que juga la llengua en l'existència, el desenvolupament i la dignitat de l'ésser humà" (vegeu jutge Dickson a *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* 1985, 1 R.C.S. 721, p. 744). Segons aquest Tribunal, una llengua "és més que un simple mitjà de comunicació; és part integrant de la identitat i de la cultura del poble que la parla. És el mitjà a través del qual els individus es comprenen i comprenen l'entorn en el que viuen" (*Mahé c. Alberta*, 1990, 1 R.C.S. 342, p. 362). Partint d'aquesta base, l'Alt Tribunal afegiria que els drets lingüístics "són essencials per a la viabilitat de la nació" (*R. c. Mercure*, 1988, 1 R.C.S., p. 269, jutge La Forest). Aquesta concepció inspirarà la generosa protecció dels drets lingüístics que es garanteix a nivell federal.

2.2. Bases constitucionals del règim lingüístic

Des de la perspectiva de la distribució territorial del poder, el model d'Estat dissenyat a la Constitució de 1978 és un model que, com s'ha posat en relleu doctrinalment, ve condicionat, en major o menor mesura, per tres indefinicions permanents: una primera indefinició és la que es projecta al règim de distribució competencial; una segona, afecta la diferenciació entre nacionalitats i regions, amb la subsegüent acceptació del principi de desigualtat en el contingut del dret a l'autonomia ex article 2 del text constitucional; i, finalment, la darre- ra indefinició deriva de la pròpia desconstitucionalització del model, que deixa a mans d'acords polítics la seva contínua concreció.²⁰

Les anteriors premisses s'han acabat projectant també en la regulació del model lingüístic constitucional. La Constitució, malgrat consignar diverses mencions a la qüestió lingüística al llarg del seu articulat,²¹ esbossa un model lingüístic obert i flexible, la concreció del qual s'ha deixat a determinació estatutària i legislativa. Prova n'és que, al llarg del seu articulat, el text constitucional ni tan sols enumera el catàleg de les "*altres llengües espanyoles*" que hauran de ser objecte de protecció jurídica, bé sigui reconeixent-los estatut d'oficialitat, bé sigui emparant-les per règims de tutela jurídica menors. Com es veurà, el constituent de 1978 optaria per encomanar aquestes decisions clau de política lingüística als Estatuts d'Autonomia que s'havien d'aprovar, en un moment en què ni tan sols es coneixia amb certesa quin seria el mapa autonòmic definitiu.

Ara bé, una lectura conjunta dels preceptes constitucionals que ordenen, bé sigui directament bé sigui indirecta, el fet lingüístic, permet constatar que la norma suprema esbossa tres grans eixos vertebradors del model lingüístic estatal, que hauran d'inspirar indefugiblement el desplegament normatiu que se'n faci.

20. Miguel Ángel Aparicio Pérez, "Lengua y modelo de Estado", *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, p. 34.

21. La qüestió lingüística es regula expressament al paràgraf quart del Preàmbul, a l'article 3 (ordena les bases del model lingüístic definit per la CE), 20.3 (plurilingüisme projectat als mitjans de comunicació social), 148.1.17 (competència autonòmica en matèria d'ensenyament de la llengua de la Comunitat Autònoma) i a la Disposició Final (publicació plurilingüe del text constitucional). Als anteriors preceptes, s'hi han d'afegir d'altres disposicions constitucionals que, sense contenir una referència expressa a la qüestió lingüística, la tutelaven implícitament. Aquest és el cas, a tall d'exemple, dels articles 9 i 14 de la Constitució.

D'entrada, la Constitució conté un reconeixement protector i de foment del plurilingüisme d'Espanya. Aquest plurilingüisme es valora no només com un factor cultural, sinó també com un element estructural de la convivència dels diferents grups socials que conviuen a l'Estat, posició aquesta darrera que ha estat confirmada per la jurisprudència constitucional. Com recordaria l'Alt Tribunal a la seva STC 205/1990, la regulació constitucional del fet lingüístic no s'ha d'entendre com una qüestió accessòria o incidental, sinó com una matèria *'de considerable importància, simbòlica i afectiva, en l'estructuració autonòmica de l'Estat'*. Per això, ja en el Preàmbul del text constitucional, es proclama la voluntat de protegir *"a tots els espanyols i pobles d'Espanya en l'exercici dels drets humans, les seves cultures i tradicions, llengües i institucions"*. Malgrat no tenir naturalesa jurídica vinculant, aquesta declaració adquireix valor hermenèutic, per la qual cosa ha d'inspirar la interpretació que es faci de les previsions constitucionals en aquesta matèria. En tot cas, la voluntat de protegir el plurilingüisme es consignaria a d'altres previsions del text constitucional, entre les que destaca especialment l'article 3.3. Aquest precepte conté un manament de respecte i protecció de les modalitats lingüístiques d'Espanya. Textualment proclama que la riquesa de les diferents modalitats lingüístiques és un patrimoni cultural que ha de ser objecte d'especial respecte i protecció.²² A més, d'altres preceptes tutel·len el plurilingüisme en àmbits sectorials concrets, com és el cas dels mitjans de comunicació social ex article 20.3. En definitiva, la interpretació conjunta d'aquests preceptes posa de manifest que la protecció de la diversitat lingüística del país constitueix, ja d'entrada, una finalitat constitucional que vincula a l'Estat.

En segon lloc, la Constitució prescriu que el castellà serà la llengua oficial de l'Estat i afegeix que tots els espanyols tenen el deure de conèixer-la²³ i el dret d'usar-la (article 3.1). Per consegüent, a Es-

22. La interpretació de què s'ha d'entendre per "modalitat lingüística" ha suscitat debats doctrinals. Vegeu, per tots, Xabier Arzoz Santiestaban, "Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución española: ¿Dos regímenes jurídicos diferenciados?" a Antoni Milián Massana (coord.), *El plurilingüisme a la Constitució Espanyola*, Barcelona, Col·lecció de l'Institut d'Estudis Autonòmics núm. 65, 2009, p. 61. També, José Manuel Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Barcelona, Ed. Atelier, 2006, p. 59.

23. De les previsions de l'article 3.1 de la Constitució, probablement la que més debats interpretatius encara avui suscita és la relativa al deure de conèixer el castellà. Per un sector doctrinal, al que no ens adherim, constitueix una conseqüència ineludible del seu

panya, una sola llengua, el castellà, gaudeix d'estatut d'oficialitat a nivell estatal. Val a dir que la noció 'd'Estat' continguda en aquest precepte ha d'interpretar-se en sentit ampli i designa, en paraules del Tribunal Constitucional "*el conjunt dels poders públics espanyols, amb inclusió dels autonòmics i locals*" (per totes, STC 82/1986). A més, cal tenir present que la Constitució espanyola, igual que molts d'altres textos constitucionals, no precisa el contingut i abast que s'ha de donar a l'estatut d'oficialitat d'un idioma. Declara que el castellà serà la llengua oficial de l'Estat però no contempla el catàleg concret de drets o llibertats lingüístiques dels individus derivats d'aquest estatut. Atès que l'oficialitat és un concepte jurídic parcialment modulable, s'haurà de recórrer necessàriament a les normes de desenvolupament per precisar el contingut, naturalesa, àmbit d'aplicació, efectes i garanties dels drets i deures que en deriven. En tot cas, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional n'ha precisat el contingut essencial, bo i proclamant que una llengua és oficial quan és reconeguda pels poders públics com a mitjà normal de comunicació entre ells i en la seva relació amb els ciutadans, amb plena validesa i efectes jurídics, i amb independència de quina sigui la seva realitat o pes com a fenomen social (STC 82/1986). Com ha posat en relleu la doctrina, aquesta declaració no obstarà que d'altres idiomes siguin també aptes per desenvolupar amb validesa i eficàcia jurídica unes determinades funcions, sense que hagin de ser reconeguts necessàriament com idiomes oficials a nivell estatal.²⁴

Finalment, el text constitucional garanteix règims de cooficialitat lingüística autonòmica, la determinació dels quals es difereix al que disposin els Estatuts d'Autonomia. De fet, l'article 3.2 de la Constitució conté una 'reserva d'Estatut'. Textualment precisa que les altres llengües espanyoles diferents de la castellana seran també oficials a les respectives Comunitats Autònomes d'acord amb el que disposin

caràcter oficial en el conjunt de l'Estat, i col·loca a aquest idioma en una posició d'avantatge o preeminència amb relació a les altres llengües, avalant-ne la imposició del seu ús passiu pels poders públics. Per una ampliació sobre els debats interpretatius, vegeu Anna M. Pla Boix, "El deber de conocimiento del castellano del artículo 3.1 de la Constitución", a Miguel Ángel García Herrera (ed.) *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, volum I, 2005, pp. 397-407.

24. Jaume Vernet (coord.), Eva Pons, Agustí Pou, Joan Ramon Solé i Anna M. Pla, *Dret lingüístic*, Valls, Ed. Cossetània, 2003, p. 91.

els seus Estatuts d'Autonomia.²⁵ Per tant, d'entrada i per manament constitucional, els règims de cooficialitat lingüística es circumscriuen a l'àrea geogràfica de les Comunitats Autònomes bilingües, amb llengua pròpia. D'aquesta manera, l'àmbit d'aplicació d'aquests règims de cooficialitat ve delimitat pel principi de territorialitat que, d'aquesta manera, s'erigeix com la clau de volta del nostre model lingüístic.

Com és de veure, en aquesta matèria, s'ha acabat projectant amb força el principi dispositiu, en la mesura que s'ha deixat a mans del legislador estatuari l'adopció de mesures especialment rellevants en el disseny del règim idiomàtic.²⁶ En la seva condició de normes institucionals bàsiques de les Comunitats Autònomes que formen part del bloc de la constitucionalitat, correspon als Estatuts d'Autonomia decidir quines llengües seran oficials als territoris autonòmics i quins altres idiomes s'hauran de protegir per règims de tutela menors. Val a dir que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha tingut ocasió de definir el règim de distribució competencial en matèria lingüística, bo i reconeixent la competència autonòmica per determinar l'abast i els efectes de la cooficialitat i la normalització de la llengua pròpia (per totes, SSTC 82/1986, 123/1988, 56/1990 o 337/1994).

En qualsevol cas, a la pràctica, aquest marc constitucional s'ha interpretat de manera tan restrictiva que fora de l'àrea geogràfica de les Comunitats Autònomes amb règims de cooficialitat, el reconeixement, protecció i foment dels idiomes diferents del castellà ha estat molt deficitari. Les institucions centrals de l'Estat han ignorat, com a regla general, el plurilingüisme del país fora d'aquests territoris autonòmics, tendència que, com es veurà, s'ha procurat corregir els darrers anys. Val a dir que fins i tot dins d'aquests territoris autonòmics,

25. Per tots, Antoni Milián Massana, "La España plurilingüe: breves consideraciones sobre los procesos de normalización lingüística", *Informe Pi i Sunyer sobre Comunitats Autònomes*, 1993, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, ed. 1994, pp. 578-594. També, del mateix autor, "Les llengües espanyoles diferents de la llengua castellana als Estatuts d'Autonomia", *Revista de Llengua i Dret* núm. 1, juny de 1983, vol. 1, pp. 79-88. També, "La ordenación estatutaria de las lenguas españolas", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 6, 1983, pp. 237-246. També, Juan José Solozábal Echavarría, "El régimen constitucional del bilingüismo. La cooficialidad lingüística como garantía institucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 55, gener-abril de 1999, pp. 11-41.

26. En tot cas, la desconstitucionalització del model autonòmic i la projecció del principi dispositiu susciten, encara avui, debats interpretatius a l'hora de precisar-ne el seu contingut i abast. Vegeu, per tots, Enric Fossas Espadaler, "El principio dispositivo en el Estado Autonomico", *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, gener-agost 2008, p. 150.

l'adaptació a l'estatut de la cooficialitat lingüística ha estat clarament deficitària en àmbits públics com ara l'Administració de Justícia²⁷ o l'Administració perifèrica de l'Estat.²⁸

2.3. Del monolingüisme oficial de l'Estat a la cooficialitat lingüística autònoma

A Espanya, com a tants d'altres països del món, no es dona una correlació entre fronteres polítiques i fronteres lingüístiques, malgrat que les diferents comunitats lingüístiques es troben concentrades en àrees geogràfiques determinades. Així, per exemple, la comunitat lingüística catalana s'estén pel territori de diferents Comunitats Autònomes, on es troba protegida per règims juridicolingüístics ben heterogenis (Catalunya, Illes Balears, Comunitat Valenciana i Aragó). Semblantment, la comunitat lingüística basca o la gallega.²⁹

Cada Comunitat Autònoma ha gestionat de manera diferent el seu plurilingüisme. Ho han fet, bé sigui concedint a la seva llengua pròpia un estatut d'oficialitat, bé sigui garantint règims de protecció jurídica menors.³⁰ Per això es diu que el multilingüisme d'Espanya és un dels més complexos de la Unió Europea, per la profusió de llengües

27. Per tots, Anna M. Pla Boix, *El règim jurídic de les llengües a l'Administració de justícia*, Barcelona, Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms núm. 41, 2005. També, "La llengua al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* núm.3, 2006, p. 275. També, "La valoració del coneixement de la llengua autònoma cooficial en la provisió de places judicials: estat de la qüestió. Comentari a la STC 253/2005 de 10 d'octubre", *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 2, 2006, p. 123-150. Igualment, "El perfil lingüístic del personal al servei de l'Administració de Justícia. Comentari a la STC 270/2006 de 13 de setembre", *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 2, 2007.

28. Per tots, Jaume Vernet Llobet, "Planificación lingüística en las Administraciones Públicas del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 44 (II), 1996, p. 78. Del mateix autor, "La regulación del plurilingüismo en la Administración española", a Albert Bastardas i Emili Boix, *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*, cit. supra pp. 115-139. També, "La politique et la législation linguistiques de l'État espagnol et la langue catalane", *Terminogramme*, núm. 103-104, 2002, *Aménagement linguistique du Catalan*, pp. 129-149.

29. Miguel Siguán, *La España plurilingüe*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

30. A part del català (oficial a Catalunya, Illes Balears i Comunitat Valenciana), l'èuscar (oficial al País Basc i Navarra), el galleg (oficial a Galícia) i l'aranès (oficial a Catalunya d'acord amb el que disposa el seu Estatut d'Autonomia), d'altres idiomes es troben emparats per estatuts jurídics de tutela menor. Aquest és el cas de l'asturià, l'aragonès, el català parlat a l'Aragó o el galleg parlat al territori asturià.

que s'hi parlen i la diversitat de les regulacions que les ordenen a nivell intern.

Centrant-nos en els règims de cooficialitat lingüística,³¹ trobem que certes Comunitats Autònomes, en exercici de les competències que els han estat atribuïdes pel bloc de la constitucionalitat,³² han ordenat l'abast d'aquesta doble oficialitat lingüística i el procés de normalització de la seva llengua pròpia al respectiu àmbit territorial. El resultat és que s'han garantit diferents règims de cooficialitat lingüística autonòmics, que responen a diferents opcions de política lingüística.³³ Aquests règims autonòmics varien substancialment els uns dels altres.

31. A Espanya, es garanteixen règims de doble oficialitat lingüística a Catalunya, Illes Balears, Comunitat Valenciana, País Basc, Navarra i Galícia. L'estatut de la doble oficialitat lingüística ve garantit a l'article 3.2 de la CE. Al F.J. 3 de la STC 82/1986 de 26 de juny, el TC precisava que *"en los territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística, el uso por los particulares de cualquier lengua oficial tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio"*. Al F.J. 5 s'afegia que *"La instauración por el art. 3.2 de la Constitución de la cooficialidad de las respectivas lenguas españolas en determinadas Comunidades Autónomas tiene consecuencias para todos los poderes públicos en dichas Comunidades, y en primer término, el derecho de los ciudadanos a usar cualquiera de las dos lenguas ante cualquier Administración en la Comunidad respectiva con plena eficacia jurídica. Puede ésta, pues enunciar este derecho y, junto a él, el consiguiente deber de todos los poderes públicos (estatales, autonómicos y locales) radicados en la Comunidad de adaptarse a la situación de bilingüismo constitucionalmente prevista y estatutariamente establecida"*. D'aquesta manera, en paraules del F.J. 2 de la resolució, *"la consecuente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico (...) siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos"*.

32. Anna Maria Pla Boix, *El règim jurídic de les llengües a l'Administració de justícia*, Barcelona, Col·lecció de l'Institut d'Estudis Autònomicos núm. 41, 2005, pp. 67-82. La determinació del contingut i abast de la competència autonòmica en matèria lingüística ha estat una qüestió conflictiva que ha suscitat debats doctrinals. Aquests debats s'han vist en part incentivats per la relativa indeterminació del Tribunal Constitucional, que no ha mantingut una única posició sobre aquest tema. En certes ocasions, el màxim intèrpret constitucional s'ha pronunciat reticent i, àdhuc, contrari al reconeixement d'un títol competencial específic en matèria lingüística a favor de les Comunitats Autònomes. Tanmateix, un estudi evolutiu de la seva jurisprudència, permet concloure que, després de certes vacil·lacions, finalment ha acabat acceptant i reconeixent l'existència d'un títol competencial que habilita a determinades Comunitats Autònomes, de conformitat amb els respectius Estatuts d'Autonomia, per regular l'abast i els efectes de la cooficialitat i la normalització de la llengua pròpia (STC 82/1986, 123/1988, 56/1990 i 337/1994, per totes).

33. Alberto Lopez Basaguren, "El pluralisme lingüístic dins l'Estat autonòmic", *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 9, juliol de 1988.

El seu objectiu s'ha centrat en adaptar el règim juridicolingüístic a la realitat sociolingüística de cada territori.

En aquests règims de cooficialitat, els dos idiomes oficials són reconeguts pels poders públics com un mitjà normal de comunicació entre ells i els ciutadans, amb plena validesa i efectes jurídics, i al marge de quina sigui la seva realitat o pes com a fenomen social.³⁴ Aquest és el contingut bàsic inherent a l'estatut d'oficialitat de qual-sevol idioma. Ara bé, com s'ha vist, l'oficialitat lingüística és un concepte jurídic parcialment modulable i, per això, la determinació del catàleg concret de drets i deures lingüístics vinculats a aquest règim s'encomana al legislador. Així, les lleis autonòmiques de normalització lingüística han estat l'instrument normatiu clau del que s'han servit les Comunitats Autònomes per regular les concretes prerrogatives idiomàtiques, bo i estenent en tots els àmbits públics on ha estat possible el dret d'emprar oficialment i normalment les seves llengües pròpies. Altrament, a nivell estatal, la protecció de les llengües diferents de la castellana fora dels territoris autonòmics bilingües ha estat molt limitada. Tan es així que es diu que la política lingüística espanyola s'ha construït, fins a l'actualitat, sobre un doble fonament: monolingüisme del castellà a nivell estatal i protecció de la diversitat lingüística a nivell regional.

Aquesta opció de política lingüística planteja disfuncions i condemna a certes comunitats lingüístiques a una protecció jurídica deficient. Així per exemple, en les llengües supracomunitàries, és a dir, aquelles que excedeixen de les demarcacions administratives d'una Comunitat Autònoma devenint també idiomes propis d'una altra Comunitat, el problema s'ha plantejat a les zones limítrofes entre Comunitats bilingües i monolingües, on determinades col·lectivitats són realment políglotes i jurídicament sols tenen reconegut el dret d'emprar un únic idioma oficial. El diferent règim juridicolingüístic autonòmic es tradueix en un diferent nivell de protecció lingüística dels ciutadans residents a un i altre costat de la frontera administrativa. Fins ara, l'Estat havia assumit un paper poc rellevant en la tutela d'aquestes comunitats, mal-

34. Per totes, STC 82/1986 de 26 de juny, F.J. 2n. Aquesta sentència va recollir la definició d'oficialitat lingüística facilitada pel Dictamen núm. 35 de 21 de desembre de 1982, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, emès en relació a la proposició de llei de normalització lingüística de Catalunya de 1983 (BOPC núm. 112 de 17 de gener de 1983).

grat el manament constitucional previst a l'article 3 la norma suprema que li imposa el deure de respectar-les i protegir-les especialment.

Com és de veure, el model lingüístic espanyol s'ha basat en una aplicació estricta del principi de territorialitat.³⁵ Com que les competències de les Comunitats Autònomes d'entrada tenen un abast circumscribit al territori autonòmic, inevitablement el territori s'erigeix com un límit competencial, perquè delimita l'àmbit espacial dins el qual les autonomies poden exercir els seus poders.³⁶ De tota manera, la jurisprudència constitucional ha recordat que la limitació territorial de l'eficàcia de les normes autonòmiques no significa que s'impedeixi als òrgans de la Comunitat Autònoma, en ús de les seves competències pròpies, adoptar decisions que puguin produir conseqüències de fet en altres llocs del territori espanyol. En paraules del Tribunal Constitucional, "*la unitat política, jurídica, econòmica i social d'Espanya impedeix la seva divisió en compartiments estancs i, en conseqüència, la privació de les Comunitats Autònomes de la possibilitat d'actuar quan els seus actes pugui originar conseqüències més allà del seus límits territorials equivaldria necessàriament a privar-les, purament i simplement, de tota capacitat d'actuació*".³⁷ En tema lingüístic aquestes previsions jurisprudencials adquireixen plena virtualitat.

35. Antoni Milián Massana, "La regulació constitucional del multilingüisme", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 10, gener-abril de 1984, p. 144. L'autor defineix el model espanyol com un model mixte caracteritzat per dues línies essencials: un monolingüisme a nivell estatal i una cooficialitat a nivell regional. Vegeu, també i per tots, Jesús Prieto De Pedro, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Cuadernos Civitas, Servicio de publicaciones de la UNED i Ed. Civitas, 1991. Del mateix autor, "Libertades lingüísticas, doble oficialidad e igualdad en la jurisprudencia", *Revista de Lengua i Dret* núm. 14, juliol 1990, p. 5.

36. Per totes, STC 154/1985 o STC 44/1984. Vegeu Mercè Barceló i Joan Vintró (coord.), *Dret Públic de Catalunya*, Barcelona, Ed. Cedecs, Estudis Constitucionals i Polítics,, 2003, pp. 193-195. Val a dir que es contemplan excepcions a aquesta regla general. Ara bé, aquestes excepcions mai operaran per determinar la validesa extraterritorial de les normes autonòmiques, ja que el territori sempre actua com a preconditionió per l'exercici competencial (per totes, STC 101/1995, per totes). D'aquesta manera l'excepció només pot operar des de la perspectiva de l'aplicabilitat de les normes autonòmiques, quan "*per raons lògiques i inevitables, a vegades, atesa la interconnexió de relacions i d'objectes sobre els quals recauen les actuacions públiques, es dota les normes autonòmiques d'efectes extraterritorials*" (p. 194 obra cit. nota supra). Vegeu, també, Carles Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, pp. 122-128.

37. Per totes, STC 37/1981. També, Pablo Pérez Tremps, "El ámbito lingüístico catalán, la colaboración entre Comunidades Autónomas y proyección exterior de la lengua catalana" a *Estudios jurídicos sobre la ley de política lingüística*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat – Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, 1999, p. 553.

En tot cas, en el model territorial la regulació lingüística s'estableix d'acord amb el territori, de manera que tots els habitants d'un territori, sigui tot l'Estat o una part d'ell, rebran el mateix tractament. Com s'ha apuntat doctrinalment, la divisió del territori en zones lingüístiques i l'establiment de fronteres que determinen l'ús d'un o altre idioma en determinats usos públics, limiten inevitablement la llibertat lingüística del ciutadà, que haurà d'emprar la llengua oficial del territori en què es trobi per tal que els seus actes tinguin validesa i eficàcia jurídica.³⁸ Com s'ha vist, aquest és el model adoptat a Espanya, on el marc geogràfic de la Comunitat Autònoma és el que determina l'aplicació de la cooficialitat lingüística, entesa com un dret dels ciutadans i un deure dels Poders Públics, independentment del seu caràcter estatal (en sentit estricte), autonòmic o local. Per tant, com a regla general, el dret a beneficiar-se dels serveis públics en aquesta llengua cooficial es limita a certes àrees geogràfiques i no a tot el territori estatal, la qual cosa, com es veurà, no impedeix que es puguin reconèixer certes prerrogatives lingüístiques fora d'aquesta àrea geogràfica concreta.

Altrament, una política lingüística basada en el principi de personalitat garanteix a l'individu determinats serveis en la seva llengua independentment del lloc on es trobi del territori estatal. D'aquesta manera, el ciutadà gaudeix dels drets lingüístics derivats de l'oficialitat de l'idioma a tot el país, sense límits territorials. El criteri de la personalitat implica que les normes lingüístiques s'estableixen d'acord amb les característiques de les persones considerades individualment, com ara la seva llengua materna, la llengua dels nivells educatius anteriors, l'educació dels pares o la preferència lingüística, reconeixent-se així directament el dret d'opció. Per tant, en virtut del model personal, els qui parlen qualsevol de les llengües oficials poden beneficiar-se d'un sistema de serveis públics en la seva llengua a tot l'Estat, al marge del lloc on exerceixin aquest dret.³⁹ En defini-

38. Per tots, N. Oliveras, *Els principals conceptes en el reconeixement dels drets lingüístics als estats europeus*, a <http://www.ciemen.org/mercator/pdf/wp2-def-ct.PDF>. Per una ampliació, vegeu també Joan Ramon Solé Durany, "El principi de territorialitat de les llengües i la protecció de la identitat lingüística dels pobles" a DDAA *Drets lingüístics i drets culturals a les regions d'Europa. Actes del Simposi internacional*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, pp. 87-91. També, Jonatan Castaño Muñoz, "Sobre la justícia lingüística: l'alternativa del multilingüisme territorial", a *Revista de Llengua i Dret* núm. 46, 2006, pp. 373 i ss.

39. Vegeu Jaume Vernet (coord), Eva Pons, Agustí Pou, Joan Ramon Solé i Anna M. Pla, *Dret lingüístic*, cit. nota supra p. 40. També, Rafael L. Ninyoles, "La política lin-

tiva, aquest principi de personalitat dóna preeminència a la garantia de drets lingüístics individuals, que acompanyen a la persona allà on es trobi dins l'Estat.

Com bé ha subratllat la doctrina, a la pràctica aquests principis de personalitat i territorialitat no es donen en estat pur. Es tracta de models teòrics, ideals, que són susceptibles de combinacions entre ells, com efectivament passa en l'escenari del dret comparat.⁴⁰ De fet, com es veurà a continuació, les estratègies de gestió del plurilingüisme són molt diverses. Així, en una mateixa demarcació territorial es pot establir més d'una llengua oficial o es pot reconèixer plena validesa i eficàcia a certs usos públics de llengües que no compten amb estatut d'oficialitat plena. Així, en una mateixa zona, es pot practicar l'oficialitat doble o triple (per exemple, els cantons suïssos bilingües i trilingües o la regió bilingüe belga de Brussel·les-capital); poden instituir-se règims lingüístics distints segons els àmbits públics (per exemple, distingint entre òrgans constitucionals, administració o sistema educatiu); o, pot garantir-se el dret de certes comunitats lingüístiques d'emprar amb validesa i eficàcia jurídica la seva llengua pròpia en la seva relació amb certes institucions públiques, malgrat no tingui estatut d'oficialitat plena a nivell estatal (aquest és el cas, com es veurà, de certs drets lingüístics garantits a la comunitat lingüística romanxa a Suïssa o, a tall d'exemple i per tots, a la comunitat lingüística mirandesa a Portugal).⁴¹

güística: modelos y ámbitos", a DDAA, *Las lenguas nacionales en la Administración*, Diputació provincial de València, 1981, p. 20. Del mateix autor, "España como país plurilingüe: líneas de futuro" a DDAA; *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*, Ed. Octaedro, 1994, p. 143. També, Jonatan Castaño Muñoz, "Sobre la justícia lingüística: l'alternativa del multilingüisme territorial", *cit. supra* p. 374.

40. El model lingüístic espanyol es fonamenta sobre el principi de territorialitat, per bé que, com s'ha posat de relleu doctrinalment, modulats. Per una ampliació sobre els debats interpretatius, vegeu José Manuel Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, *cit. nota supra* p. 46. També, Joan Ramon Solé Durany, "L'aplicació de la Constitució i de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Model lingüístic territorial o model personal en els diferents sectors?", a Antoni Milian Massana (coord.), *El plurilingüisme a la Constitució espanyola*, *cit. supra* p. 145.

41. Per exemple, vegeu Llei 7/1999 de 29 de gener, de reconeixement oficial de drets lingüístics a la comunitat mirandesa (Diário da República – I Série A núm. 24 de 29 de gener de 1999, p. 574).

3. La gestió de la diversitat lingüística en el marc d'Estats compostos

3.1. Presentació: models comparats

En l'escenari del dret comparat, trobem diferents règims jurídicolingüístics estatals, que s'articulen a través de diferents tècniques de reconeixement i tutela de la diversitat lingüística. La opció per un o altre model de gestió del plurilingüisme que s'adopta a nivell estatal acostuma a ser una qüestió que no és políticament neutre i depèn de la concurrència de múltiples factors com ara la realitat sociolingüística, la cultura política de la societat, els condicionants històrics o la pròpia organització del poder polític. En tot cas, els diferents models que trobem en l'escenari comparat venen condicionats, en major o menor mesura, per la pròpia posició de l'Estat enfront la seva diversitat, entesa en sentit ampli.

Aquesta circumstància explica que, molt sovint, els debats que susciten les polítiques de reconeixement i acomodament de la diversitat lingüística, acabin planejant en debats més amplis sobre la forma d'Estat; la qualitat de les democràcies liberals en contextos plurinacionals; la projecció del principi d'igualtat i la gestió de la diversitat; el reconeixement i tutela de les minories; l'acomodament del pluralisme en el marc d'Estats compostos; o les possibilitats i límits de l'asimetria en els sistemes federals.⁴² En ple segle XXI, aquests debats s'han acabat enriquint amb les implicacions del procés de globalització i l'emergència del multiculturalisme. Com ha posat de manifest la doctrina,⁴³ amb la codificació i constitucionalització del principi mul-

42. Will Kymlicka, *La política vernàcula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2003; del mateix autor *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford, Clarendon Press, 2000. També, "Federalism, Nationalism, and Multiculturalism", a Dimitrios Karmis i Wayne Norman (ed.), *Theories of federalism. A reader*, Palgrave MacMillan, 2005, p. 269. Vegeu també, Miquel Caminal Badia, *El federalismo pluralista*, Barcelona, Ed. Paidós, 2002. També Enric Fossas i Ferran Requejo, *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Ed. Trotta, Madrid, 1999. També, Ferran Requejo, *Pluralisme i autogovern al món. Per una democràcies de qualitat*, Eumo Editorial, Universitat de Vic, 2005. Del mateix autor, *Democràcia y pluralismo nacional*, Barcelona, Ed. Ariel Ciencia Política, 2002. Finalment i per tots, vegeu també Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, 2004.

43. Giancarlo Rollai Eleonora Ceccherini, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, III Edizione, ECIG, 2006. Vegeu també, Charles Taylor (coord.), *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, USA, Princeton University Press, 1994.

ticultural, present a països com Canadà, es garanteix el reconeixement de les especificitats de certes minories i s'habilita l'ordenament per a introduir mesures de tutela o de favor a fi d'assegurar-ne el respecte a la seva identitat cultural. Entre aquestes mesures, destaquen també aquelles dirigides a tutelar la diversitat idiomàtica.

En qualsevol cas, serà principalment a partir de la Segona Guerra Mundial quan la posada en pràctica d'esquemes de descentralització políticoadministrativa en nombrosos Estats europeus correrà paral·lela al reconeixement progressiu del principi de protecció del plurilingüisme. Aquesta circumstància permetrà reconèixer i recuperar moltes identitats lingüístiques que havien romàs coartades per Estats centralitzats. D'aquesta manera, la qüestió lingüística sovint es connectarà amb la forma territorial de l'Estat: unitari, regional o federal, en les diverses variacions que admeten aquests models. En termes generals, es constatarà que en Estats políticament descentralitzats, les possibilitats de respecte i protecció de la diversitat lingüística enllacen amb la distribució territorial interna del poder estatal, que pot comportar modalitats d'institucionalització del règim lingüístic diferenciades en l'àmbit de l'estat i de cadascuna de les entitats polítiques subestatal. En línia de principi, aquest repartiment de les facultats d'intervenció lingüística tendeix a reforçar la protecció de les diferents llengües presents històricament en el territori estatal, especialment si la delimitació dels ens subestatal coincideix, en major o menor mesura, amb l'espai propi de les comunitats lingüístiques.⁴⁴ Amb tot, aquesta circumstància no sempre es dona perquè, sovint, les fronteres político-administratives de l'estat o de les entitats subestatal no coincideixen amb les fronteres sociolingüístiques que en segmenten la seva població.⁴⁵

A més, com ha posat de manifest la doctrina, una de les tendències més rellevants dels sistemes constitucionals contemporanis rau en

44. Jaume Vernet (coord.), Eva Pons, Agustí Pou, Joan Ramon Solé i Anna M. Pla, *Dret lingüístic*, cit. supra p. 32.

45. Per tots, Carme Junyent, *La diversitat lingüística. Didàctica i recorregut de les llengües del món*, Barcelona, Ed. Octaedro, 1999. També, J.C. Moreno Cabrera, *Lenguas del mundo*, Madrid, Ed. Visor, 1990. Igualment, vegeu Albert Bastardas i Emili Boix (dir.), *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*, Barcelona, Ed. Octaedro, 1994. També, Hervé Guillorel i Geneviève Koubi (dir.), *Langues & Droits. Langues du droit, droit des langues*, Brussel·les, Ed. Bruylant, 1999. També, Leopoldo Tolivar Alas, "La extra territorialidad de la oficialidad" a José Manuel Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Barcelona, Ed. Atelier, 2006, p. 175.

el desenvolupament del principi d'autonomia i en l'extensió dels processos de descentralització de les decisions político-administratives sobre una base territorial.⁴⁶ En aquest sentit, s'adverteix una certa tendència a atribuir més poders decisoris als òrgans polítics de les comunitats territorials, en un context en què l'interès per potenciar nivells institucionals descentralitzats es projecta sobre ordenaments distints, independentment de les característiques de la forma d'Estat. De fet, es manifesta tant en ordenaments unitaris, com en sistemes federals o regionals ja fortament descentralitzats sobre una base territorial. Aquesta tendència respondrà a diferents motius, entre els quals adquirirà una rellevància especial la voluntat política de valorar, cada vegada més, les diverses identitats culturals i lingüístiques històricament radicades en certes parts del territori.

És en aquest context en el que s'han de valorar iniciatives adoptades per certs estats unitaris, que malgrat haver optat històricament per una política de foment del monolingüisme oficial, els darrers anys han començat a reconèixer incipientment algunes prerrogatives a les seves comunitats lingüístiques minoritàries. Aquest és el cas, a tall d'exemple, de França. La reforma constitucional de 23 de juliol de 2008 ha permès consagrar *expressis verbis*, a l'article 75-1 del text constitucional, les llengües regionals, considerant-les patrimoni de França. Més enllà del contingut i abast que es doni a aquesta previsió, ja *a priori*, la simple constitucionalització d'aquests idiomes representa un avenç en el reconeixement del pluralisme lingüístic.⁴⁷

Dit això, en l'escenari del dret comparat, trobem diferents règims juridicolingüístics estatals. Deixant de banda aquells casos en què el poder públic obvia totalment o, fins i tot, coarta el plurilingüisme, trobem un primer model d'Estats que opten per protegir una única llengua oficial i basen tota la seva política en la defensa d'aquest únic idioma nacional. Dins d'aquest model de monolingüisme oficial, s'hi poden encabir realitats sociolingüístiques ben diverses, de manera que els efectes del model poden variar, substancialment, en cada cas. Així, en alguns països com Islàndia l'única llengua declarada oficial

46. Per tots, Giancarlo Rolla i Eleonora Ceccherini, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, III Edizione, ECIg, 2006, p. 360.

47. Per tots, vegeu Christian Lavalie, "Du nominalisme juridique. Le nouvel article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958", RFDA, novembre-desembre 2008, p. 1110.

coincideix amb la llengua pròpia del territori, per la qual cosa aquesta opció de política lingüística és propera a la realitat sociolingüística. A d'altres estats, en canvi, aquesta opció ha condemnat nombroses comunitats lingüístiques a un estatut jurídic clarament minoritzat. Aquest és el cas, a tall d'exemple, de l'Estat francès.

Contràriament, d'altres Estats són més respectuosos amb els drets de les seves comunitats lingüístiques i articulen diversos règims jurídics de reconeixement, protecció i foment d'aquesta diversitat.⁴⁸ Les fórmules a través de les quals s'articula aquest reconeixement, protecció i foment són molt diverses i les propostes de classificació també varien substancialment, en funció de quin és el criteri que es pren en consideració a l'hora d'establir-ne tipologies. Així, una proposta doctrinal de classificació és aquella que distingeix els següents models teòrics: un primer model l'integren aquells Estats que opten per un règim basat en el reconeixement de minories lingüístiques (Estats com Itàlia que reconeixen una llengua nacional i garanteixen certes mesures de reconeixement i tutela a la resta de les llengües minoritàries); un segon model és el de l'autonomia lingüística (propi d'Estats que, tenint una llengua nacional reconeguda, concedeixen autonomia a territoris amb llengua pròpia, drets polítics que inclouen la cooficialitat de les llengües en l'àmbit territorial on es parlen i la possibilitat d'establir una política lingüística pròpia); un tercer model és el del pluralisme institucional (Estats com Finlàndia, que reconeixen dues o més llengües com a llengües estatals i que adopten mesures perquè totes elles puguin ser conegudes i utilitzades a tot el territori de l'Estat); i, finalment, destaca el model del federalisme lingüístic.⁴⁹

Com es veurà, en els règims de federalisme lingüístic, propis de Canadà o Suïssa, es dispensa una protecció jurídica màxima de les llengües nacionals en el pla federal, motiu pel qual resulta interessant prendre'ls en consideració des de la perspectiva del dret comparat. De fet, Espanya, Canadà o Suïssa presenten semblances que faciliten aquest estudi comparatiu. D'entrada, es tracta d'Estats políticament descentralitzats on les entitats subestatsals tenen reconegudes àmplies

48. Jean-William Lapierre, *Le pouvoir politique et les langues*, cit. nota supra. Pel que fa al plurilingüisme europeu, vegeu també Miquel Siguan, *L'Europa de les llengües*, Barcelona, Edicions 62, 1995, pp. 59-60.

49. Miquel Siguan, *L'Europa de les llengües*, Barcelona, Edicions 62, 1995, p. 59-60.

competències en matèria lingüística. Segonament, tots ells són Estats plurilingües caracteritzats pel fet que les seves comunitats lingüístiques es troben, en major o menor mesura, concentrades a certes parts del territori, la qual cosa facilita una gestió del plurilingüisme basada en una preeminència del principi de territorialitat. De fet, en tots tres casos, el principi de territorialitat s'erigeix com la clau de volta del seu règim lingüístic. Finalment, la seva diversitat lingüística és objecte d'una protecció constitucional reforçada, perquè la pròpia configuració político-territorial d'aquests Estats no s'explica sense tenir en compte el paper políticament rellevant que ha assumit, al llarg de la seva història, la clivella lingüística. És més, Suïssa, Canadà i Espanya són exemples paradigmàtics del que certs sectors doctrinals han anomenat models de federalisme plurinacional o multinacional,⁵⁰ concebuts per acomodar dins el sistema polític diferents grups nacionals que comparteixen uns mateixos trets culturals, un sentit de diferenciació històrica amb relació als altres grups i un desig de mantenir un cert estatut diferenciat en el pla polític.

Amb tot, aquests models presenten també diferències significatives, que s'han de tenir presents a l'hora de dur a terme estudis comparats. D'entrada, els sistemes federals helvètic i canadenc són complexes, i aquesta complexitat també es projecta, i molt, al pla lingüístic. Tan és així que es diu que el seu model federal és difícil d'imitar perquè és el resultat d'una història, d'una cultura política i d'uns condicionants econòmico-socials molt singulars.⁵¹ A més, com s'ha vist, a diferència dels models lingüístics helvètic i suís, a Espanya una sola llengua, la castellana, gaudeix, per manament de l'article 3.1 del text constitucional, d'estatut d'oficialitat a nivell estatal. Per tant, la Constitució espanyola de 1978 prefigura, ja d'entrada, un model juridicolingüístic essencialment asimètric, que ha donat lloc a una protecció no-igualitària de les seves diverses comunitats lingüístiques.⁵² Per això,

50. Ferran Requejo, *Federalisme plurinacional i estat de les autonomies. Aspectes teòrics i aplicats*, Barcelona, Ed. Proa, 2003. També Will Kymlicka, *La política vernàcula. Nacionalisme, multiculturalisme y ciudadanía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2003, p. 131. També, Alain-G. Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice: plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2007.

51. Projectat al cas suís, Nicolas Schmitt, «Les structures institutionnelles de la Suisse : une tradition d'authenticité» a *Fédéralisme : état et perspectives*, Assablée des Regions d'Europe, Bratislava, 16-18 juin 1992.

52. Albert Bastardas i Emili Boix, *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la*

d'entrada, fora del tot il·lusori pretendre igualar l'estatut juridicolingüístic espanyol amb el vigent a Canadà o Suïssa perquè aquests països garanteixen règims que a Espanya no són exportables *ad integrum* per les limitacions del nostre marc constitucional. Nogensmenys, partint d'aquesta cautela, pot resultar útil veure les mesures de protecció dels drets lingüístics maximalistes que es garanteixen en un d'aquests Estats, Suïssa, que històricament ha destacat per ser un exemple de respecte a la diversitat.

3.2. Un exemple de federalisme lingüístic: Suïssa i la protecció del quadrilingüisme en el pla federal

El federalisme lingüístic es caracteritza, entre d'altres notes, per una estreta vinculació entre règim lingüístic i estructura federal de l'Estat. Totes les llengües nacionals són objecte de protecció jurídica reforçada a nivell estatal i, al mateix temps, cada entitat federada pot configurar la política lingüística relativa a la seva llengua pròpia d'acord amb un criteri de territorialitat, matisat per certes manifestacions del principi de personalitat. A països on regeix aquest règim juridicolingüístic, les diferències en la realitat sociolingüística pròpia de cadascun dels idiomes nacionals han imposat, a la pràctica, algunes diferenciacions d'estatus, per bé que s'ha vetllat amb diligència per garantir una certa igualtat jurídica dels seus idiomes en el pla federal.

Suïssa constitueix un exemple per excel·lència d'aquest model de gestió del plurilingüisme. Amb gairebé set milions i mig d'habitants,⁵³ és un dels Estats plurilingües més políticament descentralitzats.⁵⁴ De fet, la Confederació helvètica es compon de vint-i-sis cantons, enumerats al primer article de la seva Constitució federal de 18 d'abril de 1999. Cadascun d'ells, sobirà en els termes previstos a la norma

diversidad lingüística, Barcelona, Ed. Octaedro, 1994, p. 18. També, R. Ninyoles, *Cuatro idiomas para un estado. El castellano y los conflictos lingüísticos en la España periférica*, Madrid, Ed. Cambio 16, 1977, p. 255.

53. *Statistique de l'état annuel de la population (ESPOP) 2005, Résultats définitifs*, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, agost 2006, p. 3. Sobre les dades quantitatives, vegeu també *Annuaire statistique de la Suisse 2006*, Office fédérale de la statistique, 2006.

54. Lidija Basta Fleiner i Thomas Fleiner (eds.), *Federalism and Multiethnic States. The Case of Switzerland*, Fribourg, Institut du Fédéralisme, Helbing & Lichtenhahn, 2a edició, 2000. També, per tots, Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volum I, Berne, Staempfli Editions SA, 2006, 323.

suprema,⁵⁵ compta amb una Constitució cantonal que defineix l'abast de la seva respectiva organització política. Tots els cantons compten amb una àmplia autonomia, que es projecta també en matèria lingüística, la qual es troba constrenyida pels límits expressament previstos pel text constitucional i la legislació federals.

Un dels grans èxits del sistema federal suís rau en el fet que ha permès consolidar la unitat política respectant especialment la seva diversitat. Aquest objectiu no ha estat gens fàcil si es prenen en consideració les seves nombroses clivelles socials, políticament rellevants, com ara la lingüística. Aquestes clivelles, que *a priori* haurien pogut esdevenir font d'inestabilitat política, gràcies al federalisme han estat gestionades de manera que, en aquests moments, s'assumeixen com quelcom positiu i consubstancial al país. Aquest èxit ha estat afavorit pel fet que les fronteres cantonals no coincideixen amb les fronteres lingüístiques, confessionals, econòmiques o polítiques que segmenten el país. Així per exemple, les diferents comunitats lingüístiques s'estenen pel territori de diferents cantons. Aquesta absència de correspondència entre aquestes nombroses fronteres o divisions, contràriament al que semblaria, ha afavorit un cert equilibri i cohesió interna.⁵⁶

Suïssa compta amb quatre comunitats lingüístiques diferents (la de llengua alemanya, la francesa, la italiana i la romanx), les quals no esgoten el seu mapa sociolingüístic perquè gairebé el 20% de la població suïssa és d'origen estranger.⁵⁷ Aquests quatre idiomes tenen

55. Article 3 de la Constitució suïssa. Per una ampliació sobre el concepte de sobirania cantonal, vegeu Andreas Auer, Giorgio Malinverni i Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volum I, Berne, Staempfli Editions SA, 2006, p. 335. Sobre la interpretació d'aquesta noció, vegeu també, per tots, els comentaris als articles 1 i 3 de Jean-François Aubert i Peter Saladin, respectivament, a *DDAA Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, cit. *supra*, p. 10.

56. Clivelles socials políticament rellevants com l'idioma o la religió divideixen la societat suïssa sense juxtaposar-se, motiu pel qual les diferències sovint es dispersen enlloc d'acumular-se.

57. Segons dades del cens de població de l'any 2000, els germanòfons eren la comunitat lingüística majoritària i representaven el 63,7% de la població seguits dels francòfons amb un 20,4%. Els suïssos de parla italiana representaven el 6,5% de la població i els romanxs sols un 0,5%. Segons aquestes dades oficials, un 9% de la població té com a llengua materna un idioma no-nacional. Vegeu George Lüdi i Iwar Werlen, *Le paysage linguistique en Suisse*, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, abril de 2005. També, *Le quadrilinguisme en Suisse – présent et futur*, Département fédéral de l'intérieur, agost 1989. En la mateixa línia, Urs Dürmüller, *L'évolution du plurilinguisme. D'une Suisse quadrilingue à*

condició de "*llengües nacionals*", a l'empara del que disposa l'article 4 de la Constitució federal.⁵⁸ Amb aquesta previsió, es va voler subratllar la condició plurilingüe de la Confederació helvètica. Es tracta, per tant, d'una previsió de naturalesa merament declarativa. Doctrinalment, s'apunta que té valor polític per bé que la seva transcendència normativa és més aviat limitada.⁵⁹

Partint d'aquesta base, la Constitució federal suïssa, de 18 d'abril de 1999, conté diverses previsions lingüístiques,⁶⁰ les quals fixen les directrius que hauran de vertebrar el model lingüístic del país. Aquests fonaments constitucionals del règim lingüístic són bàsicament tres: primerament, el text constitucional garanteix la llibertat de llengua (article 18); segonament, precisa les llengües oficials (article 70 de la Constitució); i, finalment, esbossa el règim de distribució competencial en matèria lingüística.

une Suisse multilingue, Zurich, Ed. Pro Helvetia, 1997. Vegeu també *Message concernant la révision totale de l'article constitutionnel sur les langues (art. 116 cst)* de 14 de març de 1991, FF 1991 II 301.

58. Ubicat dins el Títol Primer, que regula les "Disposicions Generals", la qual cosa posa en evidència la preeminència concedida a l'ordenació lingüística dins l'estructura formal del text. Pel que fa a les previsions lingüístiques constitucionals, vegeu, per tots, Adriano Previtali, «L'encouragement du plurilinguisme en Suisse, l'exemple du domaine scolaire», *Jahresregister AJP 2000 – Registres PJA 2000*, pp. 379-396. Del mateix autor, «Le plurilinguisme suisse entre droit et réalité», *Gesetzgebung-Bulletin de législation*, Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg núm. 2, abril 2005, pp. 19-35. També, Marco Borghi, «Langues nationales et langues officielles», a Daniel Thüer, Jean-François Aubert i Jörg Paul Müller (ed.), *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2001, pp. 593-606. Pel que fa a dades sociolingüístiques, vegeu *Sprachenlandschaft in der Schweiz*, Office fédérale de la Statistique, Neuchâtel, 2005.

59. Per tots, Jean-François Aubert i Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Neuchâtel, Schulthess, 2003, pp. 36-38. En paraules de l'obra, "*L'art. 4 a avant tout un caractère déclaratif, la valeur d'une déclaration politique (...) L'art. 4 n'a donc pas une très grande portée normative*". En el mateix sentit, vegeu *Message* FF 1997 I 138. Pel que fa a la dimensió política de l'idioma a Suïssa, vegeu *Message concernant la révision totale de l'article constitutionnel sur les langues (art. 116 cst)* de 14 de març de 1991, FF 1991 II 301.

60. Els articles de la Constitució federal de 18 d'abril de 1999 que regulen qüestions lingüístiques són l'article 4 (regula les llengües nacionals), l'article 8 II (prohibició de discriminació per raó de llengua), l'article 18 (garantia de la llibertat lingüística), l'article 31 II (dret del privat de llibertat a ser informat dels motius de la privació "*dans une langue qu'elle comprend*"), l'article 70 (regula l'oficialitat lingüística), l'article 69 III (deure de la Confederació, en l'exercici de les seves competències, de prendre en consideració la diversitat lingüística del país) i article 175 IV (regula l'elecció del Consell Federal per l'Assamblea Federal i precisa que "*les communautés linguistiques doivent être équitablement représentées*").

La llibertat de llengua garantida a l'article 18 del text constitucional, protegeix el dret dels ciutadans suïssos d'emprar, en l'àmbit de les relacions privades, l'idioma que vulguin, sigui parlat o escrit, independentment del seu estatut jurídic o pes social.⁶¹ És un dret fonamental que vol protegir una part essencial de la identitat cultural dels ciutadans. Des d'aquesta perspectiva, obliga a l'Estat suís a adoptar una política de protecció del multilingüisme i impedeix que puguin adoptar-se mesures lingüístiques d'assimilació, discriminació o segregació contra persones que parlen llengües estrangeres.⁶² En tot cas, es tracta d'una llibertat que, en l'àmbit públic, es troba inevitablement constreta pel règim jurídic que ordena els usos lingüístics oficials.

Les llengües oficials de la Confederació són l'alemany, el francès i l'italià. El romanx té reconegut un estatut de *pseudo-oficialitat* lingüística, perquè l'article 70 de la Constitució federal diu que sols serà oficial en el que concerneix a les relacions que la Confederació manté amb les persones de llengua romanx, que representen poc més del 0,5% de la seva població. Aquests idiomes, en tant que oficials, són reconeguts per les autoritats federals com a llengua vehicular de comunicació a nivell intern i en la seva relació amb els ciutadans, amb plena validesa i eficàcia jurídica. Per tant, els ciutadans poden emprarlos quan s'adrecen a les autoritats de la Confederació i tenen dret a rebre contestació en la llengua oficial que han escollit en adreçar-s'hi.⁶³

61. Vegeu Adriano Previtali, «L'encouragement du plurilinguisme en Suisse, l'exemple du domaine scolaire», *Jahresregister AJP 2000 – Registres PJA 2000*, p. 379. També, Andreas Auer, «D'une liberté non écrite qui n'aurait pas dû l'être : la 'liberté de la langue'», *Jahresregister AJP 2000 – Registres PJA 2000*, pp. 955-964.

62. En paraules de l'autor Adriano Previtali, "*Cette liberté inclut toutes les langues parlées ou écrites, indépendamment de leur aire traditionnelle de diffusion. Ainsi comprise, la liberté des langues est un droit fondamental dont chaque individu est titulaire. En tant que droit constitutionnel au sens strict, elle garantit un droit subjectif directement justiciable (...) La composante constitutive de la liberté des langues exprime ensuite l'adhésion à un mode d'organisation sociale plurilingue qui engage l'Etat à oeuvrer en faveur d'une politique d'ouverture linguistique et à éviter tout au moins l'adoption de mesures d'assimilation, de discrimination voire de ségrégation (notamment scolaire) envers des personnes qui pratiquent des langues étrangères*". Vegeu «L'encouragement du plurilinguisme en Suisse, l'exemple du domaine scolaire», *cit. supra* pp. 379-380. Val a dir que, per certs sectors doctrinals, es tracta d'una llibertat constitucional supèrflua, innecessària i que pot donar lloc a equívocs si es pretén garantir en l'àmbit públic. Vegeu, per tots, Andreas Auer, «D'une liberté non écrite qui n'aurait pas dû l'être : la 'liberté de la langue'», *cit. supra* pp. 957 i ss. També, vegeu Christine Marti-Rolli, *La liberté de la langue en droit suisse*, Zurich, Juris Druck + Verlag, 1978.

63. Vegeu Message FF 1997 I 381. Vegeu també Andreas Auer, Giorgio Malinverni i Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volum II, 2000, núm. 931, p. 458.

El dret federal regula les concretes prerrogatives lingüístiques vinculades a aquest estatut d'oficialitat, projectant-les a les diferents institucions i òrgans de la Confederació (legislatiu, executiu i judicial). Així, i a tall d'exemple, des de fa temps els actes legislatius de la Confederació es publiquen en les tres llengües oficials i els actes que revesteixen una especial transcendència es publiquen també en llengua romanx.⁶⁴ Igualment, els idiomes oficials són normalment emprats als debats parlamentaris que tenen lloc a les dues cambres de l'Assemblea Federal (Consell Nacional i Consell dels Estats), al Consell Federal i també s'empen amb plena validesa i eficàcia a l'administració federal.⁶⁵ Pel que fa als òrgans jurisdiccionals federals (Tribunal Federal, Tribunal Administratiu Federal i Tribunal Penal Federal), les normes que en regulen la seva organització i funcionament també contempnen el dret dels justiciables d'emprar amb plena validesa i eficàcia les llengües oficials i, a més, garanteixen expressament que en la composició de les Sales d'aquests Tribunals es prengui en consideració la representació d'aquests idiomes.⁶⁶

De fet, per tal de garantir plenament els drets lingüístics dels ciutadans en la seva relació amb els òrgans i institucions federals, sovint la normativa exigeix que en la seva composició i organització

64. Vegeu articles 14 i 15 de la *Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale* de 18 de juny de 2004, a R.O. 2004 4929. Val a dir que l'Annex de la *Loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques* de 5 d'octubre de 2007 contempla la derogació de l'article 15 de la Llei de 18 de juny de 2004 sobre publicacions oficials.

65. A l'administració federal, els actes administratius federals, els expedients i les inscripcions registrals es redacten en la llengua oficial del seu destinatari, sigui un particular (ATF 108 V 208 *Degailler*), sigui una autoritat cantonal o municipal (ATF 128 V 34 *Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève*). Pel que fa a la llengua romanx, en les relacions que la Confederació mantingui amb ciutadans d'aquesta parla, s'estableix que les decisions federals es redactaran i notificaran en aquest idioma (ATF 127 V 219 A). Els escrits adreçats a l'administració federal poden redactar-se en qualsevol de les tres llengües oficials. A més, les autoritats administratives accepten també documents redactats en romanx i els tradueixen d'ofici. Vegeu JAAC 1985, núm. 6, 32.

Per garantir el respecte al plurilingüisme en l'àmbit de l'Administració Federal, s'han adoptat diverses disposicions juridicolingüístiques, entre les que destaquen, a tall d'exemple i per totes, les Instruccions du Conseil Fédéral *concernant la promotion du plurilinguisme dans l'administration fédérale* de 22 de gener de 2003.

66. Per una ampliació vegeu article 18 de la Llei sobre el Tribunal Federal de 17 de juny de 2005 (FF 2005 3829), article 17 de la Llei sobre el Tribunal Penal Federal de 4 d'octubre de 2002 (RO 2003 2133) i article 19 de la Llei sobre el Tribunal Administratiu Federal de 17 de juny de 2005 (RS 173.32).

interna s'asseguri la representació de les diferents comunitats lingüístiques que s'estenen pel territori dels diferents cantons.⁶⁷ A més, per tal de reforçar la protecció i promoció dels idiomes nacionals més minoritaris, com són el romanx i l'italià, la Confederació anualment destina recursos públics per finançar iniciatives que en reforcin la seva normalització.⁶⁸ D'aquesta manera, adopta una posició proactiva en la promoció de la diversitat lingüística.

Tot plegat ha de valorar-se tenint present que la Constitució federal concedeix una àmplia autonomia lingüística als cantons per tal de determinar el seu règim lingüístic propi. A l'empara del que disposa l'article 70.2 del text constitucional, són competents per precisar quins idiomes seran oficials al seu territori respectiu. En exercici d'aquesta atribució competencial, cada cantó ha fixat el seu règim d'oficialitat lingüística o cooficialitat, reconeixent una, dues o fins a tres llengües com oficials a nivell cantonal.⁶⁹ L'objectiu s'ha centrat en adaptar el règim juridicolingüístic a la realitat sociolingüística de cada àrea geogràfica. D'aquesta manera, a Suïssa trobem cantons unilingües,⁷⁰ bilingües⁷¹ i trilingües,⁷² cadascun dels quals ha establert el seu propi

67. En alguns casos és la pròpia Constitució federal la que ho regula (vegeu article 175 IV de la norma suprema, quan regula l'elecció del Consell Federal per l'Assemblea Federal i precisa que "*les communautés linguistiques doivent être équitablement représentées*"), mentre que en d'altres casos s'estableix legislativament i reglamentàriament.

68. Vegeu a tall d'exemple la *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les aides financières pour la sauvegarde et la promotion des langues et des cultures romanche et italienne* (RS 441.3).

69. En principi, cada cantó és lliure de preveure la seva pròpia reglamentació en matèria de llengües oficials. Totes les Constitucions dels cantons multilingües contempnen previsions relatives al seu règim de cooficialitat lingüística. Val a dir que d'altres Constitucions de cantons monolingües també han regulat l'estatut de l'idioma oficial. Altrament, a d'altres textos constitucionals cantonals, la determinació de la llengua oficial s'entén implícita. Vegeu Claudine Brohy, "Articles linguistiques dans les constitutions et les lois: le cas de la Suisse et de ses cantons" a DDAA; *Droit et Langue. La théorie et la pratique des politiques linguistiques dans le monde*, Iasi, Editura Cugetarea, 2003.

70. Dels vint-i-sis cantons que conformen la Confederació helvètica, vint-i-dos cantons són unilingües i sols reconeixen una llengua oficial a nivell cantonal. Així, disset són unilingües de llengua alemanya, quatre ho són de llengua francesa (Vaud, Neuchâtel, Genève i Jura), i un ho és de llengua italiana (Ticino).

71. Els tres cantons que són bilingües de llengua alemanya i francesa són Berna (amb una àmplia majoria germanòfona), Fribourg i Valais (amb majories francòfones). Vegeu Stéphane Tendon, *Des Romands et des Alémaniques à la frontière des langues*, Suïssa, Éditions Communication jurassienne et européenne, 2004.

72. El cantó dels Grisons, on les llengües alemanya, italiana i romanx tenen estatut d'oficialitat.

règim juridiolingüístic, bo i formulant també la seva pròpia política lingüística.⁷³

En definitiva, la Constitució federal consagra el principi de territorialitat lingüística, concebut amb un doble objectiu bàsic: d'entrada, garantir la "*pau lingüística*" bo i assegurant que les entitats subestamentals puguin decidir el règim juridicolingüístic que més els convingui tenint en compte la seva realitat sociolingüística; segonament, persegueix l'objectiu de protegir les llengües nacionals minoritàries a regions determinades, sobretot si la seva pervivència es troba amenaçada. Com s'ha apuntat doctrinalment, les llengües necessiten desenvolupar-se i mantenir-se a l'àrea geogràfica on normalment s'utilitzen i, en aquest sentit, el principi de territorialitat pot representar una opció de política lingüística òptima.⁷⁴ De fet, aquest principi s'ha consolidat com la clau de volta del dret lingüístic helvètic,⁷⁵ com també ho és en el cas canadenc o espanyol.

L'article 70.2 del text constitucional recull aquesta idea quan disposa que a fi de preservar l'harmonia entre les comunitats lingüístiques, els cantons hauran de vetllar per assegurar «*el repartiment territorial tradicional de les llengües*», prenent en consideració «*les minories lingüístiques autòctones*». El mateix precepte afegeix que la Confederació i els cantons hauran de promoure la comprensió i els intercanvis entre les comunitats lingüístiques i, a més, precisa que la Confederació donarà suport als cantons plurilingües en l'acompliment d'aquestes competències idiomàtiques. En aquest sentit, l'article 70.5 de la Constitució federal diu que la Confederació avalarà les mesures

73. Els règims juridicolingüístics i les polítiques lingüístiques cantonals varien substancialment d'un cantó a un altre. Fins i tot dins un mateix cantó, aquest marc ha estat objecte de canvis al llarg del temps. Així, i a tall d'exemple, pel que fa al cantó bilingüe de Fribourg, vegeu Bernhard Altermatt, *La politique du bilinguisme dans le canton de Fribourg/Freiburg (1945-2000). Entre innovation et improvisation*, Université de Fribourg, 2003. Vegeu també, François Dessemontet, *Le droit des langues en Suisse*, Quebec, Editeur officiel du Québec, 1984.

74. Vegeu, per tots, Jean-François Aubert i Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, cit. supra pp. 561-562.

75. Vegeu François Dessemontet, *Le droit des langues en Suisse*, Quebec, Éditeur officiel du Québec, 1984, pp. 68 i ss. En paraules de l'estudi, el principi de territorialitat en matèria lingüística atribueix als cantons el paper de "*premiers responsables et les ultimes défenseurs de la diversité culturelle et linguistique*". Vegeu també Andreas Auer, "D'una lliberté non écrite qui n'aurait pas dû l'être: la 'liberté de la langue'", cit. supra p. 959.

que prenguin els cantons dels Grisons i del Ticino per protegir i promoure les llengües romanx i italiana, molt minoritàries a Suïssa.⁷⁶

Val a dir que l'expressió per excel·lència d'aquesta protecció jurídica de les llengües nacionals en el pla federal, actualment es troba plasmada a la Llei federal sobre les llengües nacionals i la comprensió entre les comunitats lingüístiques de 5 d'octubre de 2007. Aquesta disposició legal és el resultat d'un llarg procés polític i parlamentari que no ha estat gens fàcil de consensuar. Prova n'és que la preparació d'una llei federal sobre llengües ja s'esmenta al programa de legislatura del Consell Federal de 1995. No fou fins el 4 de desembre de 2009 quan el Consell Federal va acordar l'entrada en vigor d'aquesta llei, encomanant al Departament Federal de l'Interior el manament de preparar, abans del mes de juny d'enguany, l'ordenança sobre les llengües.⁷⁷

Dit això, aquesta nova disposició legal vol satisfer quatre grans objectius: primerament, regular l'ús de les llengües oficials per part de les autoritats federals;⁷⁸ en segon lloc, promoure la comprensió i els

76. Vegeu Adriano Previtali, «L'encouragement du plurilinguisme en Suisse, l'exemple du domaine scolaire», *cit. supra* pp. 379-396. Pel que fa a la protecció jurídica de la llengua italiana a Suïssa, vegeu per tots DDAA; *Lingua e diritto. La presenza della lingua italiana nel diritto svizzero*, Commissione Ticinese per la Formazione permanente dei giuristi, Helbing & Lichtenhahn, CFPC volum 12, 2005. Vegeu també, Jean-Pierre Vouga i Max Ernst Hodel (red.), *La Suisse face à ses langues*, Verlag Sauerländer, Francfort-sur-le Main-Salzburg, Aarau, 1990. Pel que fa a la relació entre comunitats lingüístiques a Suïssa, vegeu François Grin, Zeba Ahmad i Claudio Sfreddo, *Langue et différentiels de statut socio-économique en Suisse*, Berne, Office fédéral de la statistique, 1997.

77. FF 2007 6557. Per una ampliació sobre els antecedents de l'iter polític i parlamentari de la tramitació d'aquesta llei federal, vegeu *Rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national* de 15 de setembre de 2006 sobre el *Projet de loi fédérale sur les langues nationales et la compréhensions entre les communautés linguistiques* (04.429; 2006-2544, p. 8505).

78. Com recull l'article 4 de la disposició, intitulat "Àmbit d'aplicació", la llei s'aplica a les autoritats federals següents: l'Assemblea federal i els seus òrgans; el Consell federal; l'Administració federal (tal i com és definida a l'article 2, paràgrafs 1 a 3, de la Llei sobre l'organització del govern i de l'Administració de 21 de març de 1997); als Tribunals federals; i, finalment, a les comissions extraparlamentàries de la Confederació. A més, s'estableix que en la mesura que els objectius establerts a la llei ho facin necessari, el Consell federal també podrà preveure que certes disposicions també s'apliquin a organitzacions o persones externes a l'Administració federal enumerades a l'article 2.4 de la Llei de 21 de març de 1997 a qui s'encomanin tasques administratives relatives al dret federal. Finalment, afegeix que el Consell federal també pot preveure que l'atorgament de concessions o manaments així com ajudes financeres es vinculi a l'obligació de respectar certes disposicions de la Llei.

intercanvis entre les diferents comunitats lingüístiques;⁷⁹ en tercer lloc, garantir suport als cantons plurilingües en el compliment de les seves competències en aquesta matèria;⁸⁰ i, finalment, garantir suport específic als cantons dels Grisons i del Ticino a favor dels idiomes romanx i italià.⁸¹ En darrer terme, com garanteix el seu article 2, amb aquesta llei la Confederació persegueix quatre grans objectius de política lingüística: reforçar el quadrilingüisme que caracteritza Suïssa, consolidar la cohesió nacional, promoure el plurilingüisme individual i institucional pel que fa a les llengües nacionals i, finalment, protegir especialment les dues llengües nacionals minoritàries (el romanx i l'italià).

Com és de veure, amb aquesta disposició legal, es pretén avançar encara més en la tutela del quadrilingüisme a nivell federal. Des d'aquesta perspectiva, Suïssa constitueix un model de gestió especialment respectuosa del plurilingüisme en l'escenari comparat.⁸²

4. Epíleg: vers un aprofundiment en la protecció jurídica del plurilingüisme a Espanya

Com s'ha vist, el règim juridicolingüístic suís protegeix, i molt, el plurilingüisme a nivell estatal. Encara que es doni una preeminència del principi de territorialitat per determinar l'àmbit d'aplicació dels règims d'oficialitat o cooficialitat lingüística de les entitats subestatals,

79. Regulat a la Secció 3a de la Llei, intitulada "Promoció de la comprensió i els intercanvis entre les comunitats lingüístiques" (articles 14 a 20).

80. Es refereix als cantons plurilingües de Berna, Fribourg, Grisons i Valais. S'estableix que la Confederació els concedirà ajudes financeres a fi que puguin executar les tasques que tenen encomenades i, més específicament, les següents enumerades a l'article 21.3 de la llei: la creació de les condicions i mitjans adequats que permetin a les autoritats polítiques, judicials i administratives d'efectuar el seu treball plurilingüe; i promoure el plurilingüisme, en tots els nivells de l'ensenyament, dels professors i alumnes en les llengües oficials del cantó.

81. Regulat a l'article 22 de la llei, que dona continuïtat a les previsions de la *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les aides financières pour la sauvegarde et la promotion des langues et des cultures romanche et italienne* (RS 441.3).

82. Val a dir que certs sectors doctrinals han defensat que aquesta protecció del plurilingüisme a nivell estatal encara podria millorar-se. A tall d'exemple, vegeu per tots, Adriano Previtali, "Le plurilingüisme suisse entre droit et réalité", a *Gesetzgebungs – Bulletin de législation*, Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg, núm. 2, març-abril de 2005, p. XIX. A l'article s'identifiquen alguns obstacles que dificultaven el desenvolupament del plurilingüisme a nivell estatal.

no es perd de vista la protecció de les diverses llengües nacionals a nivell federal, bo i concedint-los una protecció jurídica preeminent. En definitiva, el principi de territorialitat es consolida com la clau de volta del seu model lingüístic, la qual cosa no està renyida amb un disseny del règim juridicolingüístic estatal especialment respectuós amb la seva diversitat lingüística. Aquesta protecció jurídica es dispensa al màxim nivell, prenent en consideració que s'atorga estatut d'oficialitat als idiomes nacionals.

Altrament, com s'ha vist, a Espanya el principi de territorialitat s'ha aplicat tan estrictament que fora dels territoris autonòmics que compten amb règims de cooficialitat s'ha ignorat força la tutela del plurilingüisme del país.⁸³ Com a regla general, les institucions centrals funcionen en castellà, en tant que llengua espanyola oficial de l'Estat, sens perjudici que, en certs àmbits i amb caràcter residual, s'hagi començat a reconèixer una incipient protecció del plurilingüisme fora de les fronteres administratives de les Comunitats Autònomes bilingües.⁸⁴

En qualsevol cas, a Espanya, el marc constitucional imposa també a l'Estat el deure d'assumir, més enllà de les fronteres político-administratives autonòmiques, la protecció del seu plurilingüisme. La limitació territorial dels règims de cooficialitat de les llengües diferents

83. Vegeu, per tots, Jaume Vernet, "Planificación lingüística en las Administraciones Públicas del Estado. En especial Administración periférica y de Justicia", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 44 (II), 1996, pp. 77-99. També, Jaume Vernet (coord.), Eva Pons, Agustí Pou, Joan Ramon Solé i Anna M. Pla; *Dret lingüístic*, cit. supra p. 280-281.

84. El competent per establir el règim juridicolingüístic en les institucions centrals és l'Estat. La interpretació del bloc de la constitucionalitat que fins ara és dominant circumscriu l'abast de les disposicions autonòmiques en matèria de normalització lingüística a l'àmbit territorial autonòmic. La conseqüència és que, fora d'aquest àmbit territorial, la Comunitat Autònoma no disposa d'habilitació competencial suficient per regular el règim juridicolingüístic de la seva llengua oficial i pròpia. Dit altrament, el competent per garantir la projecció del plurilingüisme fora de les fronteres autonòmiques és l'Estat, sens perjudici que les Comunitats Autònomes estiguin habilitades per promoure la tutela de la seva llengua pròpia a través de certs mecanismes previstos a l'ordenament jurídic. Destaquen els instruments de col·laboració horitzontal directe entre Comunitats Autònomes (els convenis), o indirectes (per exemple acords amb altres subjectes de dret, siguin persones jurídico-públiques, de naturalesa mixta o, fins i tot, privada). Destaquen també els acords entre instàncies administratives de nivell tècnic per promoure la llengua pròpia. Vegeu Pablo Pérez Tremps, "El ámbito lingüístico catalán, la colaboración entre Comunidades Autónomas y proyección exterior de la lengua catalana", a DDAA *Estudios jurídicos sobre la ley de política lingüística*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics-Marçal Pons, 1999, p. 547.

de la castellana no impedeix que puguin garantir-se mesures de reconeixement, protecció i foment d'aquests idiomes a nivell estatal o supraestatal. És més, per manament de la pròpia Constitució, l'Estat està obligat a promoure aquests tipus de garanties juridicolingüístiques, necessàries per protegir la seva riquesa plurilingüe. En aquest context, l'Estat és competent per garantir l'ús jurídicament vàlid i eficaç d'aquestes llengües diferents de la castellana en determinats àmbits públics, institucions i òrgans radicats fora del territori autòmic bilingüe, sense que aquesta opció de política lingüística representi cap lesió al bloc de la constitucionalitat. Altrament, és una opció de política lingüística especialment respectuosa amb el marc constitucional perquè és aquella que dispensa una major protecció normativa a la diversitat idiomàtica del país. Alhora, és la lectura que més s'ajusta al model promocional de reconeixement i de respecte de la diversitat lingüística que inspira la dicció nostra norma suprema.

Val a dir que, des de fa anys, en el debat polític i acadèmic, es reivindica que l'Estat espanyol adopti amb més fermesa una veritable política lingüística proactiva de defensa i foment del seu plurilingüisme. En aquesta línia, mereix destacar-se, a tall d'exemple, el Protocol general de col·laboració en matèria lingüística subscrit el 16 de març de 2007 pels governs basc, català i gallec.⁸⁵ El seu objectiu s'ha centrat en desenvolupar un marc de col·laboració estable i permanent entre els tres governs autònoms que serveixi per impulsar polítiques lingüístiques positives a favor de la normalització de les seves llengües pròpies (català, èuscar i gallec). Aquest Protocol ha tingut molt present que, més enllà dels àmbits competencials autònoms, l'Estat ha de reconèixer-se inequívocament com l'Estat plurilingüe que és, bo i assumint un paper actiu en la protecció d'aquests idiomes. Més concretament, es reivindica a l'Estat l'adopció i desenvolupament de mesures efectives per a la normalització de l'ús d'aquestes llengües en l'Administració de justícia, en el Congrés i el Senat, en els mitjans de comunicació de titularitat pública d'àmbit estatal, en el sistema educatiu, en les societats estatals i les empreses de servei públiques, en la projecció exterior de les llengües, en l'ús de les llengües pròpies oficials en les institucions europees i en les seves administracions perifèriques.

85. Protocol de col·laboració entre el Govern Basc, la Generalitat de Catalunya i la Xunta de Galícia en matèria de política lingüística de 17 de març de 2007, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2007.

Aquesta és la direcció en què avancen diverses iniciatives governamentals adoptades al llarg de la darrera legislatura. Fins ara, la protecció jurídica dels idiomes cooficials fora del territori autonòmic bilingüe, s'ha vehiculat recurrent, bàsicament, a tres mecanismes previstos a l'ordenament jurídic: primerament, el recurs al règim dels tractats i convenis internacionals; segonament, el recurs al règim de convenis administratius; finalment, s'ha encetat també una incipient reforma legislativa i reglamentària en aquesta direcció.

Pel que fa al primer dels mecanismes esmentats, convé recordar que l'Estat espanyol ha ratificat alguns tractats i convenis internacionals, com ara la Carta Europea per les Llengües Regionals o Minoritàries,⁸⁶ en virtut dels quals ha assumit el compromís, vinculant jurídicament, de protegir i promoure els idiomes diferents del castellà més enllà de les fronteres autonòmiques.

Un exemple l'ofereix, per tots, l'article 9.2.a) d'aquesta Carta, que ordena drets lingüístics projectats en l'àmbit de la justícia. Estableix el compromís de "*no refusar la validesa dels actes jurídics establerts dins l'àmbit de l'Estat pel sol fet que siguin redactats en una llengua regional o minoritària*". La referència a l'àmbit estatal⁸⁷ permet atorgar validesa i efectes jurídics tant als documents presentats en el territori on la llengua emprada, regional o minoritària, és oficial, com fora d'aquest territori autonòmic, possibilitat aquesta que, fins fa poc, havia estat clarament rebutjada a nivell intern. Igualment, la Carta avala d'altres prerrogatives i usos *pseudo-oficials* de les llengües diferents del castellà a diferents àmbits públics fora de les Comunitats Autònomes amb règims de cooficialitat. N'és un exemple, per tots, la previsió de l'article 8.2, quan en matèria d'ensenyament diu que "*en*

86. Aprovada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa el 25 de juny de 1992. L'Estat espanyol va signar la Carta el 5 de novembre de 1992, data de l'obertura a l'adhesió dels Estats per part del Consell d'Europa, però no va ratificar-la fins el 2001. L'instrument de ratificació de l'Estat espanyol data de 2 de febrer de 2001 (BOE. núm. 222 de 15 de setembre). Espanya va presentar l'instrument d'adhesió davant el Consell d'Europa el dia 9 d'abril de 2001, i hi ha entrat en vigor l'1 d'agost del mateix any. D'acord amb l'article 96 de la CE ha passat a formar part de l'ordenament jurídic espanyol. Vegeu Iñaki Agirreazkueña Zigorraga, "La Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias del Consejo de Europa como derecho interno" a DDAA *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, cit. *supra* pp. 105 i ss.

87. Anna Maria Pla Boix, *El règim jurídic de les llengües a l'Administració de Justícia*, cit. nota *supra* pp. 178-193. També, Jaume Vernet (coord.), *Dret lingüístic*, cit. *supra* p. 184.

allò que es refereix als territoris altres que aquells on són usades tradicionalment les llengües regionals o minoritàries, les parts es comprometen a autoritzar, fomentar o establir, si el nombre de parlants d'una llengua regional o minoritària ho justifica, un ensenyament en o de la llengua regional o minoritària als estadis apropiats de l'ensenyament". Amb l'assumpció d'aquests compromisos, l'Estat no fa altra cosa que donar compliment al deure de protegir especialment del seu plurilingüisme garantit al Preàmbul i a l'article 3.3 de la norma suprema.

El segon dels instruments jurídics que permet assolir aquest objectiu és el règim de convenis administratius. A tall d'exemple, mereixen ser destacats els acords administratius subscrits per l'Estat espanyol amb institucions i òrgans comunitaris per tal de dotar a les llengües autonòmiques de certs usos oficials a la Unió Europea. La gènesi d'aquesta iniciativa se situa en el *Memoràndum* presentat pel govern espanyol el 13 de desembre de 2004 sol·licitant que a la Unió es garantissin certes prerrogatives juridicolingüístiques al català, l'èuscar i el galleg.⁸⁸ Aquesta sol·licitud governamental va ser parcialment atesa per Acord del Consell de Ministres celebrat a Luxemburg el 13 de juny de 2005. L'Acord va resoldre que, pel que fa a les llengües autonòmiques cooficials, es podria garantir el dret dels ciutadans d'emprar-les en les seves relacions amb les institucions europees, en els termes que s'autoritzessin en virtut d'acords administratius celebrats amb l'Estat. I en compliment d'aquesta previsió, l'Estat espanyol ha subscrit acords administratius amb el Consell, el Comitè de les Regions, la Comissió, el Consell Econòmic i Social i el Parlament Europeu, bo i reconeixent usos oficials a les llengües autonòmiques en el si d'aquestes institucions i òrgans comunitaris.⁸⁹

Val a dir que, a nivell intern, també s'han subscrit diversos convenis amb l'objectiu de reforçar la protecció del plurilingüisme. En són un exemple les Resolucions de 6 d'abril de 2009 de l'Institut Nacional

88. Anna Maria Pla Boix, "L'ús de les llengües autonòmiques cooficials a la Unió Europea", *Revista El Clip* núm. 33, Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat, novembre 2005. Vegeu també Eva Pons Parera, "El principi de respecte de la diversitat lingüística i la seva projecció sobre les institucions de la Unió Europea", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2007, p. 59.

89. Vegeu Narcís Mir Sala, "Els acords administratius signats pel Govern espanyol sobre l'ús oficial de les llengües espanyoles diferents de la castellana en el si de les institucions i organismes de la Unió Europea", *Revista de Llengua i Dret* núm. 46, 2006, pp. 317 i ss.

d'Administració Pública, que publiquen diversos Convenis de col·laboració subscrits amb executius autonòmics amb l'objectiu de promoure el coneixement de la llengua autonòmica cooficial entre el personal de l'Administració General de l'Estat a la Comunitat Autònoma.⁹⁰

Finalment, el darrer dels mecanismes concebuts per reforçar la protecció jurídica del plurilingüisme ha estat la reforma de certes disposicions normatives estatals. Un exemple l'ofereix la reforma del Reglament del Senat que va entrar en vigor l'1 de setembre de 2005, tramitada amb l'objectiu de garantir l'ús del català, l'èuscar i el gallec a la Cambra de representació territorial.⁹¹ Continua sense garantir-se, però, el dret d'emprar aquests idiomes al Congrés dels Diputats, sens perjudici que en certs casos aïllats la Mesa de la Cambra hagi tingut el gest d'autoritzar l'ús puntual d'aquestes llengües a l'hemicicle.⁹² Val a dir que, en l'actualitat, el règim lingüístic del Parlament Europeu és força més generós que el del Congrés dels Diputats pel que fa a l'estatut d'aquests idiomes.

En tot cas, diverses disposicions legislatives promulgades o reformades els darrers anys avancen clarament en la direcció de promoure l'ús de les llengües autonòmiques cooficials en diferents àmbits on, fins ara, la seva presència no es trobava prou garantida.⁹³ Mereix

90. BOE de 28 d'abril de 2009.

91. BOE núm. 159 de 5 de juliol de 2005, p. 23774.

92. Vegeu, per tots, Joan Lluís Pérez Francesch, "L'ús de les llengües cooficials al Congrés dels Diputats i al Senat", *Revista de Llengua i Dret* núm. 45, 2006, p. 269.

93. A tall d'exemple i per totes, mereixen ser destacades, entre d'altres, les següents:
– Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als Serveis Públics (Disposició addicional sexta i Disposició final tercera).

– Llei 12/2005, de 22 de juny, que modifica l'article 23 de la Llei de 8 de juny de 1957, del Registre Civil (article únic, Disposició addicional única i Disposició final única).

– Llei 17/2005, de 19 de juliol, que regula el permís i la llicència de conducció per punts i modifica el text articulat de la Llei sobre trànsit, circulació de vehicles de motor i seguretat vial.

– Llei 29/2005, de 29 de desembre, de Publicitat i Comunicació Institucional (el seu article 9 precisa que en les campanyes institucionals s'emprarà el castellà i, a més, atenent a l'àmbit territorial de difusió, les llengües cooficials de les Comunitats Autònomes respectant-se la legislació de la respectiva Comunitat Autònoma sobre ús de llengües oficials).

– L.O. 2/2006, de 3 de maig, d'Educació (el seu article 60.2 disposa que les escoles oficials d'idiomes fomentaran especialment l'estudi de les llengües cooficials existents a Espanya).

– Llei 17/2006, de 5 de juny, de la ràdio i la televisió de titularitat estatal (el seu article

destacar-se especialment l'Estatut d'Autonomia de Catalunya perquè conté diverses previsions concebudes amb l'objectiu de garantir, *expressis verbis*, el compromís de l'Estat de tutelar i fomentar la llengua catalana fora del territori de Catalunya, adoptant una política proactiva en la defensa d'aquest idioma.⁹⁴

En el pla més institucional, mereix subratllar-se la creació per Reial Decret 905/2007, de 6 de juliol,⁹⁵ del Consell de les Llengües Oficials de l'Administració General de l'Estat i l'Oficina per les Llengües Oficials. Com s'indica a l'exposició de motius de la norma, amb la creació d'aquests ens, s'ha volgut impulsar l'adaptació de l'Administració General de l'Estat a l'existència de diverses llengües cooficials, corregint així certes disfuncions que incomplien, fins i tot, compromisos internacionals assumits per Espanya.⁹⁶ En paraules de la disposició, amb aquesta iniciativa governamental, s'ha volgut solucionar aquells problemes derivats del fet que les llengües no siguin objecte d'una "*matèria competencial en sentit estricte*", la qual cosa ha motivat, a parer del Govern, que a l'Administració General de l'Estat mai hagi existit cap departament ministerial a qui s'encomani, específicament i de forma integral, la competència sobre les llengües oficials. Com s'indica al preàmbul de la norma, "*ello puede originar riesgos de desajustes en las actuaciones de unos y otros departamentos ministe-*

3.2.g precisa que en el seva funció de servei públic, la Corporació de RTVE haurà d'editar i difondre canals radiofònics i de televisió de cobertura internacional que ajudin a la projecció exterior de les llengües i cultures espanyoles i a l'adequada atenció als ciutadans espanyols residents o desplaçats a l'estranger).

– Llei 40/2006, de 14 de desembre, de l'Estatut de la ciutadania espanyola a l'exterior (el seu article 25 precisa que l'Estat arbitrarà els mecanismes necessaris per tal de facilitar als descendents d'espanyols residents a l'exterior el coneixement del castellà i podrà adoptar, en col·laboració amb les Comunitats Autònomes, les mesures precises per tal d'afavorir el coneixement de les seves llengües cooficials).

– Reial Decret 489/1997, de 14 d'abril, sobre publicació de les lleis en les llengües cooficials de les Comunitats Autònomes.

– Reial Decret 1465/1999, de 17 de setembre, que estableix els criteris d'imatge institucional i regula la producció documental i el material imprès de l'Administració General de l'Estat (articles 5, 6, 8.3, 11 i Disposició addicional tercera).

94. Articles 6, 12 i 50 de l'Estatut. Vegeu Anna M. Pla Boix, "La llengua al nou Estatut d'autonomia de Catalunya", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* núm. 3, 2006, p. 275.

95. BOE núm. 172 de 19 de juliol de 2007, p. 31373.

96. De fet, la norma esmenta explícitament les recomanacions dirigides a l'Estat espanyol pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 21 de setembre de 2005, en relació al compliment de la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries.

riales y, sobre todo, de falta de una actuación de carácter sistemático y coherente por parte de la Administración General del Estado en este ámbito”.

Per corregir-ho, el Consell de les Llengües Oficials s'institueix com un òrgan col·legiat interministerial dedicat a l'anàlisi, l'impuls i la coordinació de la política de l'Administració General de l'Estat amb relació a l'ús de les llengües cooficials autonòmiques. El seu objectiu se centra en reforçar la protecció dels drets lingüístics dels ciutadans. Entre les funcions que té encomandes,⁹⁷ s'inclou la de promoure la difusió en la societat espanyola dels valors del plurilingüisme bo i reforçant la implementació de mesures tendents a garantir-ho.

Val a dir que, entre d'altres previsions, l'article 7 del Reial Decret preveu un règim de col·laboració amb les Comunitats Autònomes, quan disposa que sens perjudici de les competències pròpies dels diferents Departaments ministerials, el Consell de les Llengües Oficials estudiarà les fórmules més adequades de col·laboració amb les diferents Comunitats Autònomes, i proposarà al Ministeri d'Administracions Públiques possibles acords amb cadascuna d'elles sobre propostes d'actuació conjunta pel desenvolupament de la cooficialitat lingüística entre les administracions públiques.

Per la seva part, l'Oficina per les Llengües Oficials en l'Administració General de l'Estat, adscrita a la Secretaria d'Estat de Cooperació Territorial, es crea com una unitat permanent d'assistència i

97. Adscrit a la Secretaria d'Estat de Cooperació Territorial del Ministeri d'Administracions Públiques, compleix les funcions regulades a l'article 3 del Reial Decret, entre les que destaquen les següents: analitzar les actuacions dels diferents departaments ministerials de l'Administració General de l'Estat i dels organismes públics adscrits o depenents d'ells, amb relació a l'ús de les llengües autonòmiques cooficials garantint que els ciutadans puguin emprar-les; proposar directrius i criteris de caràcter general que facilitin la coordinació dels òrgans de l'Administració General de l'Estat en matèria d'ús de les llengües oficials; informar i sotmetre a l'aprovació del Govern, a través del Ministeri d'Administracions Públiques, propostes, mesures organitzatives i plans d'actuació o objectius; proposar línies d'actuació i objectius que cal aconseguir per part dels diferents Departaments ministerials i altres Organismes Públics vinculats o depenents d'ells amb relació a l'ús de les llengües oficials; informar les propostes en matèria de llengües oficials que siguin tramitades a través de qualsevol dels Departaments ministerials; i, finalment, promoure la difusió en la societat espanyola dels valors del plurilingüisme i reforçar la implementació de mesures tendents a garantir aquest objectiu.

suport al Consell. El seu objectiu se centra en estudiar, promoure, assessorar, planificar i verificar l'ús de les llengües oficials tant en els serveis centrals com en l'estructura perifèrica de l'Administració General de l'Estat. Les funcions que li són encomanades, garantides a l'article 8.3 del Reial Decret, són les següents: a) Assessorar al Consell de Llengües Oficials i realitzar les tasques que li atribueixi; b) Elaborar estudis i informes tècnics de diagnòstic sobre l'ús de les llengües oficials a l'Administració General de l'Estat i els seus organismes públics, d'ofici o quan li siguin sol·licitats; c) Actuar com a òrgan permanent de recollida, anàlisi i intercanvi d'informació quantitativa i qualitativa disponible en diferents fons nacionals i internacionals en matèria d'ús de les llengües oficials; d) Realitzar el seguiment anual sobre el grau de compliment de l'ús de les llengües oficials per part de l'Administració General de l'Estat i els seus organismes públics; e) Promoure, difondre i distribuir les investigacions, enquestes, estudis i publicacions relacionades amb les llengües oficials; f) Impulsar el desenvolupament de tasques de traducció i interpretació per aconseguir els objectius proposats, amb la possibilitat de proposar convenis amb les Comunitats Autònomes que compten amb més d'una llengua oficial.

Certament, amb la creació d'aquests nous ens es dona un avenç en la protecció dels drets lingüístics dels ciutadans espanyols que parlen idiomes cooficials diferents del castellà. Nogensmenys, resulta inqüestionable que si realment existeix voluntat política d'implementar amb eficàcia l'ampli ventall d'iniciatives que es regulen a la disposició reglamentària, aquesta actuació exigirà destinar-hi recursos. En aquest sentit, caldrà veure com s'interpreta la seva Disposició Addicional única, que expressament assenyala que *"l'aplicació d'aquest reial decret es farà sense augment del cost de funcionament del departament i no suposarà increment de la despesa pública"*.⁹⁸

98. Cal tenir present que la formulació i implementació de mesures de política lingüística com les que s'esmenten a la disposició reglamentària, exigeixen indefugiblement un esforç financer que no pot ser bandejat. A d'altres Estats plurilingües, com Suïssa, aquesta qüestió es té ben present quan es regulen les prerrogatives lingüístiques. En són un bon exemple els articles 14.2, 18, 19 o 21 a 25 de la *Loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques* (FF 2006-2545). Tots aquests preceptes garanteixen expressament ajudes financeres de la Confederació per assolir els objectius establerts a la norma.

En tot cas, en aquest nou escenari, fora útil prendre en consideració els règims juridicolingüístics d'altres Estats compostos del nostre entorn, i el reconeixement que fan dels seus idiomes nacionals en el pla estatal, per valorar, amb les degudes cauteles, propostes eventualment exportables a Espanya a fi de garantir una major protecció de la diversitat lingüística del país. Val a dir que, doctrinalment, des de fa anys es formulen diverses propostes *de lege ferenda* per fer-ho possible.⁹⁹ Tan de bo que la interpretació jurisprudencial que, en endavant, es faci del bloc de la constitucionalitat en matèria lingüística propiciï avançar en aquesta direcció.

99. A tall d'exemple, i per tots, vegeu Ferran Requejo, "Political liberalism in multinational states: the legitimacy of plural and asymmetrical states" a Alain Gagnon i J. Tully (ed.), *Multinational Democracies*, Cambridge University Press, 2001. També, Emili Boix-Fuster, "Las lenguas en los órganos centrales del Estado español (un balance de los 25 años de la Constitución española)", *Revista de Llengua i Dret* núm. 41, 2004, p. 195. En aquestes obres s'assenyalaven tres grans àmbits on caldria promoure el reconeixement del caràcter plurilingüe de l'Estat: l'esfera simbòlico-lingüística, l'esfera institucional i l'esfera dels poders públics. En tots tres àmbits, es proposen mesures concretes.

RESUM

L'article analitza com es gestiona i protegeix la diversitat lingüística a nivell estatal a Espanya. Per fer-ho, es pren en consideració el règim lingüístic vigent a d'altres Estats plurilingües, fent especial esment a un Estat compost, Suïssa, que històricament s'ha significat pel respecte a la seva diversitat. Formalment, l'article s'estructura en quatre epígrafs. El primer, introductor, esbossa una breu referència a l'escenari del dret constitucional comparat, bo i identificant diferents models teòrics de gestió de la diversitat, en abstracte. El segon epígraf, intitulat "Llengua i model d'Estat a Espanya" conté una anàlisi del model lingüístic estatal. Partint d'aquesta base, el tercer epígraf conté una referència a diferents models de gestió del plurilingüisme vigents a d'altres Estats compostos del nostre entorn, fent especial esment a l'exemple helvètic. Finalment, l'article conclou amb un epíleg, on s'apunten els principals mecanismes que, en l'actualitat, promouen un aprofundiment de la protecció de la diversitat lingüística a nivell estatal a Espanya.

Paraules clau: Dret lingüístic; plurilingüisme; oficialitat lingüística; Estat compost; federalisme.

RESUMEN

El artículo analiza cómo se gestiona y protege la diversidad lingüística a nivel estatal en España. Para ello, se toma en consideración el régimen lingüístico vigente en otros Estados plurilingües, con especial mención a un Estado compuesto, Suiza, que históricamente se ha significado por el respeto a su diversidad. Formalmente, el artículo se estructura en cuatro epígrafes. El primero, introductorio, esboza una breve referencia al escenario del derecho constitucional comparado, identificando diferentes modelos teóricos de gestión de la diversidad, en abstracto. El segundo epígrafe, intitolado "Lengua y modelo de Estado en España", contiene un análisis del modelo lingüístico estatal. Partiendo de esta base, el tercer epígrafe contiene una referencia a diferentes modelos de gestión del plurilingüismo vigentes en otros Estados compuestos de nuestro entorno, con especial referencia al ejemplo helvético. Finalmente, el artículo concluye con un epílogo, en el que se apuntan los principales mecanismos que, en la actualidad, promueven una profundización de la protección de la diversidad lingüística en el ámbito estatal en España.

Palabras clave: derecho lingüístico; plurilingüismo; oficialidad lingüística; Estado compuesto; federalismo.

ABSTRACT

The article discusses how to manage and protect linguistic diversity at a national level in Spain. To do so, we take into account the multilingual language regime applicable to other States; special emphasis is placed on a conglomerate state, Switzerland, which has historically been known for its respect of diversity. The article is formally structured in four sections. The first introductory stage outlines a brief reference of comparative constitutional law, considered as good and identifies different theoretical models of diversity management in an abstract way. The second section, entitled "Language and State model in Spain" contains an analysis of the state linguistic model. On this basis, the third section contains a reference to different multilingualism management models in force in other conglomerate states around us; special emphasis is given to the Swiss example. Finally, the article concludes with an epilogue, in which we enumerate the main mechanisms that, at present, promote a deepening of the protection of linguistic diversity at the national level in Spain.

Key words: linguistic law; multilingualism; officially recognized languages; conglomerate state; federalism.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN EL NOMBRAMIENTO DE SUS MIEMBROS

Joaquín Urías

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Antecedentes inmediatos: una crónica político-jurídica. – 1.1. La reforma de la LOTC para introducir la participación autonómica en la designación de magistrados constitucionales. – 1.2. Las complicaciones “procesales” previas a las Sentencias sobre la LO 6/2007. – 2. La STC 49/2008 sobre la reforma de la LOTC. – 2.1. El Tribunal frente a su ley y a su composición. – 2.2. Un precepto legal abierto, una inconstitucionalidad eventual y unas competencias materiales implícitas. – 2.3. El fundamento constitucional de la participación autonómica en la designación de magistrados. – 2.4. El alcance de la competencia del Senado para designar magistrados. – 2.5. Una solución autonomista pero demasiado abierta. – 2.6. Y un apunte final sobre el sistema de fuentes. – 3. La STC 101/2008 sobre la reforma del Reglamento del Senado. – 4. Valoraciones (de daños) y dudas. – 5. El fundamento constitucional de la participación autonómica. – *Resumen-Resum-Abstract*.

1. Antecedentes inmediatos: una crónica político-jurídica

En 2008 el Tribunal Constitucional dictó dos Sentencias mediante las que resolvía los reproches formulados a la constitucionalidad del nuevo mecanismo de participación autonómica en el nombramiento de magistrados del propio Tribunal Constitucional.

El análisis jurídico de lo que dijo en esas Sentencias tiene que ir esta vez precedido de una breve crónica del contexto político en el que se dictaron, pues nunca antes lo jurídico ha sido tan incomprensible sin la perspectiva política.

Artículo recibido el 13/01/2010; aceptado el 01/02/2010.

Para la opinión pública de aquél momento, ese contexto vino definido con una única expresión: Estatuto de Cataluña. Efectivamente, la división política e ideológica que se produjo en el Estado español con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica alcanzó de una manera terrible al Tribunal Constitucional que –en parte por manobras procesales, en parte por su propia debilidad– se contaminó de esa misma división. Durante muchos meses la actividad del Tribunal Constitucional apareció ante el público en general como una auténtica guerra de guerrillas entre defensores y opositores al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, puntualmente transmitida desde los medios de comunicación. Las Sentencias sobre las reformas de la LOTC y del Reglamento del Senado se dictaron en el momento álgido de esa batalla y fueron presentadas como una primera y decisiva escaramuza.

La intensidad de esa situación exige un breve recordatorio de las circunstancias previas; quizás con ello el lector sea capaz de imaginar el sentido de algunos pronunciamientos y valorar o relativizar su trascendencia.

1.1. La reforma de la LOTC para introducir la participación autonómica en la designación de magistrados constitucionales

El Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que ingresó en el Congreso de los Diputados en noviembre de 2005¹ contenía una reforma esencialmente técnica y limitada prácticamente al recurso de amparo. En ese primer momento el Gobierno no aspiraba más que a incluir algunas mejoras técnicas que facilitaran el trabajo del Tribunal sin variar en lo sustancial el modelo de justicia constitucional español diseñado en 1979. Ni la reforma del modo de elección de los magistrados, ni el resto de cuestiones que serían después impugnadas ante el propio Tribunal en las Sentencias que comentamos, aparecían siquiera esbozadas en esa primera versión.

En ese sentido, no resulta disparatado aventurar que la reforma de la LOTC se inició por razones distintas de las que llevaron luego a abrir la elección de magistrados a la participación territorial. Desde hacía años desde dentro del propio Tribunal Constitucional se venía impulsando una propuesta de reforma muy parecida a la que presentó el Gobierno.² Desde hace tiempo los sucesivos presidentes de la institución venían reclamando una modificación legal que permitiera reducir los atascos a la hora de resolver los recursos de amparo.³ Por su parte, la doctrina constitucionalista producía sin cesar obras que reclamaban la tan ansiada reforma del recurso de amparo.⁴

Dicho esto, no es menos cierto que la cuestión de la participación autonómica en la designación de los magistrados constitucionales era una posibilidad de la que se venía hablando desde tiempo antes. En 2001, en el discurso pronunciado con ocasión de la renovación parcial del Tribunal, su Presidente entonces ya había destacado, entre los problemas a resolver, la cuestión del "déficit" de representación territorial.⁵ En el ámbito político ya se habían presentado diversas iniciativas parlamentarias en tal sentido cargadas de más o menos sentido institucional.⁶

2. Resulta muy instructivo consultar el "Borrador de reforma de la LOTC" de mayo de 1998 publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, pp. 415-434 y compararlo con el texto de la reforma aprobada siete años después. Las semejanzas son tantísimas que contribuyen a hacerse una idea de parte del desconocido proceso previo a la aprobación del proyecto de reforma de la LOTC en 2005.

3. Especialmente clarificadora en este sentido es la conferencia pronunciada por María Emilia Casas Bahamonde, Presidenta del Tribunal Constitucional en el Club Siglo XXI de Madrid el 8 de mayo de 2006. En la misma, al reflejar de las disfunciones del procedimiento de amparo constitucional se hace eco de "la reclamación permanentemente formulada y sostenida por los anteriores Presidentes del Tribunal, desde la reforma de su ley Orgánica de 1988 (los presidentes Rodríguez-Piñero, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón y Jiménez de Parga): esas disfunciones sólo podrán ser corregidas por la acción del legislador". Por eso afirma que "La reforma de nuestra Ley Orgánica es, pues, absolutamente necesaria y extraordinariamente urgente".

4. Como muestra del estado de la cuestión, *vid.* "Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 11-73, con más referencias.

5. Cfr. su discurso recogido en *Tribunal Constitucional. Memoria 2001*, Madrid, 2002, pp. 207-208.

6. Así la Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional presentada en 2002 por el Parlamento de Cataluña, proponía añadir un art. 16.2 conforme al cual los cuatro magistrados designados por el Senado debían serlo a propuesta de la Comisión General de las Autonomías de la Cámara, previa consulta con las asambleas

Esta y otras reflexiones similares se plasmaron –con anterioridad a la aprobación de la reforma de la LOTC, pero después de haberse presentado el proyecto de ley– en el art. 180 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Se establece allí que “la Generalidad participa en los procesos de designación de magistrados del Tribunal Constitucional y de miembros del CGPJ, en los términos que dispongan las leyes o, en su caso, el ordenamiento reglamentario”. La cuestión, por tanto, había ganado actualidad jurídica y la participación autonómica en la designación de magistrados pasó a obedecer a exigencias de coherencia legislativa. En consonancia, en el trámite de enmiendas se presentaron varias que retomaban la idea de que los magistrados del Tribunal Constitucional designados por el Senado lo fueran a propuesta de la Comisión General de las Autonomías, previa consulta de las asambleas legislativas autonómicas.⁷

Se trata de una idea que tuvo ya cierto eco en los debates constituyentes, y sobre la que durante un tiempo se escribió bastante, tanto a favor como en contra, desde perspectivas muy diversas.⁸ Había consenso científico en intentar provocar una mayor sensibilidad autonómica en el seno del Tribunal, si bien con discrepancias en torno a si bastaba impulsar un cambio de mentalidad en el Senado⁹ o era necesaria reformar la LOTC. A favor se citaba la experiencia comprada en otros Estados federales¹⁰ y el elemento integrador que supondría

parlamentarias autonómicas. Cfr. BOCG, 19 de julio de 2002. Posteriormente, en abril de 2004 la propuesta se reiteraba en la Proposición de Ley 622/00002, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado.

7. Enmiendas núm. 17, Grupo Parlamentario Vasco; núm. 44, Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana; núm. 90, Grupo Parlamentario Catalán. Al respecto puede verse Joaquín Urías, “Nota sobre los conflictos territoriales ante la reforma de la LOTC”, en *La Reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V congreso de la ACE*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 925-939.

8. Por todos, *vid.* José María Castellá Andreu, “La diferente posición del Estado y las Comunidades Autónomas ante Tribunal Constitucional”, en *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España*, editado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao 2005, pp. 537 y ss., con más referencias.

9. Así, el citado discurso del Presidente Pedro Cruz Villalón, pronunciado el 7 de noviembre de 2001, “con ocasión de la renovación parcial del Tribunal”, se refería en realidad a la conveniencia de encauzar a través del Senado la sensibilidad –que no representación– autonómica.

10. Sobre el tema, Juan Francisco Sánchez Barrilao, “Sobre el interés de las comunidades autónomas en la composición del Tribunal Constitucional”, en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, coord. Por José María Vidal Beltrán, y Miguel Ángel

en cuanto a la asunción de la jurisprudencia constitucional. En contra, que podría llevar a fomentar la valoración política de la labor jurisdiccional del Tribunal.¹¹

Finalmente, la situación política creada en torno al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y el juego de pactos y mayorías parlamentarias llevaron a la introducción en la Ley Orgánica 6/2007 del nuevo párrafo segundo del art. 16.1 LOTC, que omite cualquier alusión a ninguna Comisión Parlamentaria y atribuye directamente a los parlamentos autonómicos la presentación de candidatos.

1.2. Las complicaciones “procesales” previas a las Sentencias sobre la LO 6/2007

Si la reforma de la LOTC vino determinada en su última fase por el debate político en torno al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Tribunal Constitucional a la hora de emitir el juicio sobre su constitucionalidad se vio arrastrado al centro de ese mismo debate a causa de la previa impugnación de la reforma estatutaria. Las vicisitudes procesales que precedieron a las decisiones que comentamos, inéditas en nuestra historia constitucional, llevan a pensar que el Tribunal no puso todos los remedios a su alcance para substraerse a esta batalla.

El día 27 de julio de 2007 tuvo entrada en el registro del Tribunal un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 6/2007 de reforma de la LOTC. El origen político de esta impugnación no estaba tanto en la participación autonómica en la elección de magistrados como en la prórroga legal del mandato del Presidente. Políticamente se consideraba vital por la eventualidad de que la actual Presidenta tuviera que utilizar su voto de calidad para decidir en los recursos contra el Estatuto de Cataluña en caso de un hipotético empate.

A los pocos días de presentado el recurso, la Presidenta y el Vicepresidente del órgano jurisdiccional presentaron sendos escritos

García Herrera, Madrid, 2005, pp. 157 y ss.; Jörg Luther, “La composizione dei Tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere”, en *La composizione della corte costituzionale*, a cargo de Anzon, Azzariti Y Luciani, Torino, 2005.

11. Cfr. Eduardo Espín Templado, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinado por Juan Luís Requejo Pagés, Madrid, 2001, pp. 296-297.

pidiendo abstenerse en la decisión. Lo justificaban en la posible apariencia de pérdida de imparcialidad a la vista de que uno de los preceptos recurridos se refiere al mandato del Presidente y del Vicepresidente. En un discutido y extenso Auto, el ATC 387/2007, el Pleno del Tribunal acordó estimar ambas abstenciones. Sin entrar en el análisis de fondo de esta resolución, el mero hecho de que para resolverlo el Tribunal se dividiera en dos mitades, de manera que sólo se pudo adoptar gracias al voto de calidad del magistrado que presidía y con cinco votos particulares en contra, da muestra de la tensión del momento. No parece casual que los magistrados que formularon voto particular a ese Auto sobre abstenciones fueran exactamente los mismos que posteriormente votarán a favor de la Sentencia dictada en el asunto. Así, la hipótesis de que la aceptación o no de las abstenciones viniera influida por una predeterminación sobre el fondo de la cuestión no parece, en términos teóricos, absolutamente descabellada. Tampoco parece descabellado, por tanto, aventurar que algo pudo tener que ver en el resultado final la posterior recusación por el Gobierno de dos magistrados de los que habían votado a favor de admitir las abstenciones de Presidenta y Vicepresidente.

Efectivamente, el 19 de octubre de 2007, tres días después de dictado el Auto que estimó justificada las abstenciones (eso creaba un Tribunal de diez miembros, que se había dividido por mitad para aceptar las abstenciones y que habría de venir presidido con voto de calidad por un magistrado de una de tales mitades) el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, recusó a los magistrados don Roberto García-Calvo y don Jorge Rodríguez-Zapata. Se apoyaba para ello en el escrito en el que meses antes ambos magistrados habían manifestado ante la Presidenta del Tribunal su convencimiento de la inconstitucionalidad de la LO 6/1007 de reforma de la LOTC. Como respuesta, la representación procesal del Grupo Parlamentario recurrente, recusó a su vez a los magistrados don Pascual Sala, don Pablo Pérez Tremps y don Manuel Aragón. Esta segunda recusación se basaba en el contenido de una información periodística según la cual en una reunión estos magistrados se habrían mostrado claramente favorables a la constitucionalidad de la reforma que ahora tenían que enjuiciar.

En estas circunstancias el Tribunal Constitucional, en una situación inédita, parecía más el escenario de una lucha política de poder que

un órgano jurisdiccional. Los medios de comunicación presentaron entonces un Tribunal ideológicamente dividido en dos, en el que el voto de cada magistrado parecía determinado de antemano por su supuesta adscripción. Mediante el juego de las recusaciones, los dos principales partidos políticos del momento intentaban alterar su composición del modo más favorable a sus propios intereses, determinando de ese modo el resultado final de la decisión sobre la constitucionalidad de la reforma.

La situación, en términos estrictamente políticos y conforme a la opinión pública publicada, quedaba así: en caso de empate en la Sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña la decisión final dependería del voto de calidad de quien fuera Presidente. El que una persona u otra ocupara la Presidencia del Tribunal, por su parte, dependía de la constitucionalidad o no de una de las disposiciones de la ley de reforma de la LOTC. Aceptada la abstención de la Presidenta y el Vicepresidente, la decisión sobre la constitucionalidad de tal precepto dependía de que se aceptaran o no las cinco recusaciones planteadas.¹² Sin embargo toda esta serie de operaciones había dejado un Tribunal Constitucional con tan sólo cinco magistrados que no hubieran sido recusados. Hubo entonces un amago de prolongar, casi *ad infinitum*, la cuestión política abriendo la discusión acerca de quién podría decidir sobre las recusaciones,¹³ pero fue sofocado. Afortunadamente, la situación se desbloqueó mediante el ATC 81/2008, que admitió las recusaciones de los magistrados García-Calvo y Rodríguez-Zapata, y terminó de resolverse con el ATC 443/2007 que inadmitió las tres recusaciones planteadas por el comisionado de los Diputados que habían interpuesto el recurso de inconstitucionalidad.

12. Muestra de la situación a la que se había llegado es el hecho de que con fecha 10 de marzo de 2008 el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata presentó en la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal un escrito dirigido al Pleno que había de resolver su recusación solicitando la abstención de todos los magistrados que lo componían.

13. Eran sólo cinco los magistrados que no habían sido recusados, de modo que no podía reunirse el quórum exigido por el art. 14 LOTC para la válida constitución del Pleno. Posteriormente el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata solicitó formalmente la acumulación de la recusación en su contra con las de otros magistrados. Fue rechazada por providencia de 28 de noviembre de 2007. A dicha providencia formularon voto particular los magistrados don Ramón Rodríguez Arribas y don Eugeni Gay, respecto a la composición del Pleno que adoptó la resolución.

Así se despejaba el camino hacia la Sentencia, aunque inevitablemente toda esta batalla dejara heridos por el camino; el Tribunal que resolvió finalmente el recurso fue un Tribunal disminuido, compuesto tan sólo por ocho de sus doce miembros. El prestigio mismo de la institución, en cuanto garante institucional de la Constitución, quedó seriamente dañado por unos acontecimientos que tuvieron enorme repercusión mediática. Este daño a su consideración pública es especialmente grave en el caso de un órgano, que en cuanto clave de bóveda jurídica del sistema, no tiene más legitimidad que la que le proporciona la Constitución y, sobre todo, el ejercicio de su jurisdicción. Resulta discutible que un Tribunal Constitucional de cuya imparcialidad jurídica se dude socialmente esté en condiciones de ejercer debidamente sus competencias, aunque aquí vayamos a esquivar tan peliaguda cuestión.

La extensa relación de antecedentes pretende tan sólo ofrecer al lector los elementos para una valoración adecuada de los pronunciamientos del Tribunal en estas Sentencias tomando en cuenta elementos que exceden al mero análisis jurídico. Por nuestra parte, sin embargo, vamos a dedicarnos tan sólo a este último.

2. La STC 49/2008 sobre la reforma de la LOTC

Como dijimos, el recurso de inconstitucionalidad tuvo entrada el 27 de julio de 2007. Lo presentaban sesenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que impugnaban tan sólo la nueva redacción dada a los arts. 16.1 y 16.3 LOTC. El primero de los reproches, que es el que aquí nos importa, se sustentaba en la supuesta vulneración de la reserva de reglamento parlamentario del art. 72 CE, por creer que se trataba de una materia reservada constitucionalmente a la autoorganización del Senado, y del art. 159 CE que atribuye al Senado, directa exclusiva y libremente, la designación de cuatro magistrados constitucionales.

Con carácter previo, y para la mejor comprensión de los apartados de la Sentencia que más nos interesan ahora, se hace necesario examinar las peculiaridades que en el tratamiento de la cuestión introduce el hecho de que la norma sometida a control sea, precisamente, la norma que regula las competencias del mismo Tribunal que examina su constitucionalidad.

2.1. El Tribunal frente a su Ley y a su composición

La Sentencia dedica sus fundamentos jurídicos 2 a 4 a la especialidad del control de constitucionalidad que se ejerce sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tanta argumentación sobre un tema que ni siquiera había sido planteado por las partes ha sido criticada en la doctrina por sembrar dudas innecesarias sobre el alcance de su enjuiciamiento.¹⁴

Efectivamente, lo primero que llama la atención sobre estas elucubraciones doctrinales es que nadie había planteado ninguna objeción al hecho de que el objeto del control de constitucionalidad fuera una ley que regula la composición, el funcionamiento y las competencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo parece que el Tribunal ve que ésta es una buena ocasión para aclarar cuestiones que sí habían sido tratadas en alguna ocasión por la doctrina constitucionalista.¹⁵

Lo innecesario de estos pronunciamientos se pone de manifiesto desde el mismo comienzo del FJ 3, cuando el Tribunal se ve obligado a aclarar algo tan evidente como que formalmente la LOTC es una norma con rango de ley, de modo que en virtud del art. 27 LOTC nada cabe obstar a su impugnación por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

Por si el argumento formal fuera insuficiente, el Tribunal introduce también un confuso análisis desde el punto de vista material. Así, aunque reconoce como punto de partida la libertad del legislador para la configuración de las competencias y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, le impone un límite que va más allá de la literalidad del texto constitucional: respetar el "modelo de Tribunal Constitucional" vigente. Tal modelo, según declara la Sentencia, es el fruto de la interpretación conjunta de los preceptos constitucionales aplicables y de "los principios constitucionales que se proyectan sobre el Tribunal Constitucional". Cuáles son estos principios, no se aclara.

14. Juan Luis Requejo Pagés, "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008", en *REDC*, núm. 83 (2008), p. 211.

15. *Vid.* Por todos, Ángel Garrorena Morales, "la reserva del Tribunal Constitucional a Ley Orgánica", en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1999, tomo II, pp. 1397-1422.

Parece que se trate de una cláusula abierta en la que quepa casi todo, a modo de cajón de sastre, y con la que el juez constitucional quiera reservarse la posibilidad de frenar cualquier reforma de sus competencias o funcionamiento que considere excesiva, en la medida en que altere radicalmente el modelo existente.¹⁶

A nadie se le escapa que el ámbito de los “principios constitucionales que se proyectan sobre una institución” es mucho más amplio que el de los estrictos preceptos constitucionales que la regulan. Sobre todo porque los principios pueden estar contrapuestos, pues sobre el Tribunal Constitucional pueden proyectarse intereses constitucionales diversos e incluso, eventualmente, enfrentados (por ejemplo el interés en asegurar la tutela judicial de los derechos fundamentales y interés en la depuración abstracta del ordenamiento) y necesitan de una armonización. Evidentemente, dicha armonización no le corresponde en primer lugar al propio Tribunal, sino que se trata de una típica función legislativa. Es el legislador el que, en cada momento, debe decidir a cuáles de los principios constitucionales que se proyectan sobre el Alto Tribunal hay que darle más relevancia y a cuáles menos, pero su decisión quedará siempre sometida a la que emita, ante cualquier impugnación, quien es el máximo intérprete de la Constitución.

Por eso, aunque la Sentencia habla de libertad del legislador, la realidad es bien distinta, y en última instancia el juez constitucional se reserva para sí la interpretación adecuada de cuál es el modelo de Tribunal Constitucional que diseña la Constitución. El Tribunal pasa a tener la última palabra en la determinación de qué modelo de sí mismo es más constitucional. En sus propios términos:

Reconocidos la libertad de configuración del legislador orgánico del Tribunal Constitucional y la existencia de límites constitucionales a la misma, corresponde al propio Tribunal, en su función de garante supremo de la Constitución, garantizar ambos aspectos, así como el equilibrio entre los mismos. (FJ 3)

Nuestro Tribunal Constitucional se erige así en defensor de sus competencias y de su modelo organizativo frente a un legislador del

16. Así por ejemplo, quizás, una eventual supresión del recurso de amparo sustentada en que la constitución, en el art. 53.2 CE sólo la prevé “en su caso”. Es conocida la polémica doctrinal que esta referencia conlleva.

que aparentemente desconfía. Sin más fundamento que el de su propia decisión y voluntad.

Así se llegaría a la conclusión de que el control sobre el legislador del Tribunal Constitucional es *más intenso* que el que se ejerce con carácter general sobre la constitucionalidad de las leyes. Primero se dice que la necesidad de armonizar los principios generales que integran el modelo de control de constitucionalidad es algo "comúnmente aceptado en todos los ámbitos" y que estaba implícito en la STC 66/1985. Después se argumenta que en caso de no ejercer un control de tanta intensidad sobre el adecuado equilibrio de los principios constitucionales en juego sería "hacer dejación" de sus funciones. En último lugar se destaca que del que sea el propio Tribunal quien asegure este equilibrio depende "la efectividad del orden constitucional en todos los ámbitos", de modo que:

Dejar en manos del legislador orgánico la concreción de dicho modelo y renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucional con amplias competencias y de garantizar su eficacia.

La cuestión determinante, sin embargo, no es tanto la de que se pueda controlar o no la constitucionalidad de la LOTC, sino la de cuál sea el parámetro de ese control; si el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la redacción de su Ley Orgánica es conforme con los preceptos constitucionales que regulan la institución, o puede también entrar a valorar si la ponderación de intereses constitucionales que realiza el legislador al diseñar un modelo de Tribunal coincide con la idea que el propio órgano tiene de sí mismo; lo que denomina "modelo constitucional de Tribunal Constitucional". En este punto parece que la Sentencia no se limita a reiterar lo obvio: la vinculación de la Ley Orgánica del Tribunal a la Constitución, sino que de paso, apunta la especialidad, de esta vinculación, que radica en que el parámetro de control no son sólo los preceptos específicamente dedicados al Tribunal sino el modelo constitucional de control de constitucionalidad.¹⁷

17. Un primer intento de apuntar en qué consistiría en esencia este modelo, en Ángel Sanz Pérez, "comentario a la STC 49/2008. Las fuentes del derecho parlamentario y el Senado", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9, 2008, pp. 4 y ss.

Con esta premisa, resulta sorprendente la conclusión que inmediatamente desarrolla el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia, y que a primera vista entra frontalmente en contradicción con lo que acaba de afirmar. Pocas veces resulta tan difícil de explicar la relación entre dos fundamentos de una Sentencia, que defiendan argumentos radicalmente opuestos entre sí.

El Tribunal en un giro copernicano pasa a recordar que no puede ser enjuiciado el propósito último del legislador al inclinarse por un modelo u otro de justicia constitucional; señala también que la presunción de constitucionalidad de la ley opera dentro del amplio marco que la Constitución ofrece a la iniciativa del legislador.

Y de ahí, sin más argumentación, deduce la que es una de las ideas más criticadas de la Sentencia: que el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la LOTC es menos intenso que sobre cualquier otra ley. La expone, además, de un modo indirecto, casi sin querer decirlo. De hecho parece que el Tribunal está haciendo otra de sus afirmaciones más o menos obvias y prescindibles: en la medida en que la vinculación del Tribunal Constitucional a su ley se proyecta sobre la legitimidad del órgano, "el control de la LOTC debe limitarse a los supuestos en los que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional". Parecería una invocación del habitual principio de *self restraint* de no ser porque inmediatamente dice el Tribunal Constitucional:

Lo contrario, es decir, llevar a cabo un control más intenso no sólo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el art. 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, desarrolle directamente y con vocación de plenitud el título IX CE, desarrollo legal al que este Tribunal está íntegramente vinculado.

No cabe duda, por tanto, de que para el Tribunal el control que ejerce sobre la constitucionalidad de su propia ley debe ser *menos intenso* que el que ejerce sobre el resto de leyes del ordenamiento jurídico. En cambio sigue sin estar claro a través de qué razonamiento llega a tal conclusión.

Tanto es así que, sin variar un ápice su razonamiento, podía haber llegado al resultado opuesto.

Es lo que hace el magistrado Javier Delgado en su voto particular, en el que discute que:

sea posible clasificar las leyes en distintas categorías para atribuirles una mayor o menor presunción de constitucionalidad y por tanto una diferente intensidad de control— Pero, si se admitiera esta diferente intensidad, mi conclusión sería exactamente la contraria de la que señala la Sentencia: el control de la constitucionalidad de la LOTC ha de ser particularmente incisivo y profundo desterrando todo atisbo de inconstitucionalidad en la Ley que ha de ser fundamento de los juicios sobre la constitucionalidad de todas las demás normas y actos del poder público con fuerza de ley.

Se trata de un razonamiento que suena coherente¹⁸ pero que en realidad sólo viene a jugar con la confusión (creada en la propia Sentencia) entre presunción de constitucionalidad e intensidad del control de constitucionalidad, que se vienen a presentar como los dos extremos de una misma realidad, cuando en verdad se trata de dos categorías distintas que han de operar en paralelo.

La presunción de constitucionalidad de la Ley es un principio interpretativo que entronca con la mitificación democrática de la Ley típica de la Europa del s. XIX y se deduce de la necesidad de limitar la iniciativa del TC a la hora de ejercer su función de control. No está directamente relacionada con la intensidad del control, sino con la forma de resolver las dudas a la hora de ejercer ese control. Se trata, en definitiva, de que si razonablemente son posibles varias interpretaciones de la norma y una de ellas resulta conforme a la Constitución, ha de optarse por ella en vez de por otras que resulten inconstitucionales. Es decir, en caso de duda interpretativa se presume que la intención del legislador era la constitucional.

18. Así lo considera gran parte de la doctrina que ha comentado este pronunciamiento. Vid. Por todos Ignacio Torres Muro, "La reforma de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6, 2008, p. 9.

Cuando se habla, en cambio, de intensidad de control parece que se alude a un paso previo, que es el de apreciar o no dudas en la interpretación. Referirse a intensidad implica una cierta renuncia del Tribunal a ejercer su función de control, como si fuera posible utilizar un parámetro estricto de respeto a la Constitución y todos sus mandatos y otro parámetro más ligero en el que sólo se juzgaran las leyes respecto a su conformidad con un cierto “núcleo indisponible” de la Constitución.

Este parece que es, conforme al fundamento tercero de la decisión, el sentido en el que el órgano de control se refiere a intensidad. Viene entonces a decir que más allá de las reglas estrictas que regulan en nuestra Carta Magna el funcionamiento del Tribunal Constitucional hay también una serie de principios que constituyen lo que sería el modelo constitucional de Tribunal. La distinta intensidad de control vendría dada según se utilice como parámetro de la constitucionalidad todas las reglas y principios que constituyen el vigente modelo de justicia constitucional, o simplemente las normas que lo rigen, en su literalidad estricta.

Tal comprensión de la intensidad, relacionada no tanto con la presunción de legitimidad del legislador como con la posición del Tribunal frente a la configuración legislativa de sus propias competencias, lleva sin embargo posteriormente a plantear como soluciones alternativas “un control más intenso” y la restricción a “los supuestos en los que existe un conflicto evidente e insalvable” entre la ley y el texto constitucional. En todo caso, la solución sigue siendo rematadamente confusa: quizás no se presuma que la reforma de la LOTC sea más constitucional que otras leyes, sino que se elige un parámetro menos estricto de control, pero incluso esto se hace sin mayor explicación o razonamiento.

De hecho, lo que no se termina de entender es el sentido de dos fundamentos jurídicos que sólo sirven para crear dudas allí donde no las había. Antes de esta Sentencia los operadores jurídicos funcionaban con la certeza de que la LOTC, como el resto de leyes del ordenamiento y en las mismas condiciones, estaba sometida a la Constitución a través del control del Tribunal Constitucional. Con la Sentencia la LOTC se sitúa en una situación de indefinición en la que lo único de lo que no hay dudas es de que su control por parte del TC no es como el del resto de las normas.

Lo más sorprendente de todo el asunto es que no está nada claro cuáles sean las consecuencias prácticas de una argumentación tan extensa, voluntarista y polémica. Es más, a primera vista parece que tal vez se trate exclusivamente de una reflexión académica sin más trascendencia. En el desarrollo de la sentencia no se saca ninguna aplicación práctica de estos fundamentos jurídicos a los que sólo se alude en lo que se refiere a la invocación de la trascendencia del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución.

2.2. Un precepto legal abierto, una inconstitucionalidad eventual y unas competencias materiales implícitas

En cuanto al fondo, la cuestión que en esta primera Sentencia nos interesa es la relativa a la constitucionalidad de la nueva redacción del segundo párrafo del art. 16.1 LOTC. Conforme al mismo, "Los magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara". Los diputados recurrentes consideraban que esta redacción lesionaba frontalmente el 159.1 CE que, a su entender, atribuye directamente al Senado la facultad exclusiva y absoluta de proponer cuatro magistrados. En definitiva, entendían que al imponer la propuesta autonómica se venía a sustraer a la Cámara Alta una de sus competencias constitucionales.

A partir de aquí la estructura de un razonamiento lógico exigiría abordar en primer lugar si es cierto que la Constitución otorga una facultad de ese tipo al Senado y a continuación si el precepto cuestionado la respeta o no. En vez de ello la Sentencia opta por comenzar por el segundo de los aspectos, es decir analiza en primer lugar hasta qué punto la nueva norma viene a incidir en las competencias del Senado.

La primera conclusión que consigna el Tribunal Constitucional en este punto es que el precepto impugnado abre tantas posibilidades al desarrollo legislativo de los términos en que se produce la presentación autonómica de candidatos y a su posterior elección por el Senado que no puede ser calificado de inconstitucional. Es decir, que sin necesidad de prejuzgar cuáles son las competencias del Se-

nado en esta materia el Tribunal está en condiciones de concluir que sean las que sean, la nueva redacción de la LOTC no puede afectarlas. La previsión legal sólo cobrará eficacia tras su concreción posterior en el Reglamento del Senado y, aunque aparentemente el precepto invita a dejar en manos de las asambleas legislativas autonómicas la determinación de los candidatos a magistrado (establece que los magistrados se elegirán entre los candidatos que ellas presenten), el Reglamento puede prever cautelas que garanticen el respeto a las facultades propias del Senado. La inconstitucionalidad, por tanto, es tan sólo una eventualidad atribuible –en su caso– a la norma de desarrollo, pero no necesariamente a la ley, que se beneficia entonces de la presunción sobre su constitucionalidad.

El error de este planteamiento es admitir que a partir de la poca concreción del precepto impugnado puede concluirse su constitucionalidad, sin necesidad de definir en qué consisten las competencias del Senado que podrían afectarse. Se trata de una ilusión, puesto que sin una comprensión, siquiera implícita, de cuál es el alcance de la facultad senatorial de elegir magistrados del Tribunal Constitucional resulta imposible saber si está o no afectada, por muy abierta que resulte la norma. De ese modo, la afirmación de que la indefinición del precepto legal supone que la lesión constitucional sólo sea eventual siempre llevará implícita una precomprensión de en qué consiste exactamente la competencia de designación que atribuye el art. 159.1 CE al Senado y que se utiliza como parámetro de constitucionalidad. De hecho, en esta primera etapa de la Sentencia el Tribunal opera alegremente con diversas precomprensiones del alcance de la cláusula constitucional sin detenerse a explicitar ninguna interpretación del art. 159.1 CE. En principio parece que se parte de que el Senado ha de poder determinar quienes serán los candidatos, aunque no se concrete qué se incluye dentro de la expresión determinar:

tal y como está redactada la norma impugnada no puede dejar totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado, sino que remite a su Reglamento y, por lo tanto, a la propia voluntad de la Cámara, la concreción del grado de participación de los Parlamentos autonómicos en dicha facultad, así como el margen de intervención del Senado en el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. (FJ 9)

El parámetro implícito que se ha usado para este razonamiento es, pues, el respeto a la propia voluntad del Senado en la designación de los candidatos a magistrado. Es decir, no sólo en el proceso de elección entre candidatos, sino en la propia –y previa– determinación de estos. Ahí es donde a juicio del Tribunal radican las facultades constitucionales atribuidas en la materia a la Cámara Alta. Mientras la ley no permita a las asambleas parlamentarias autonómicas determinar libremente los candidatos a magistrado, será constitucional.

De hecho, el Tribunal viene a entender también que en esta facultad de determinación de los candidatos radican las competencias materiales del Senado en la materia, de tal modo que si se le priva-se de ella pasarían a ser meramente formales y su voluntad vendría a ser sustituida por la de las Cámaras autonómicas:

no puede considerarse, como aducen los recurrentes, que el precepto impugnado desapodere al Senado del ejercicio material de una de sus funciones constitucionales. Por la misma razón tampoco es posible aceptar que se produzca necesariamente una renuncia, traslado o sustitución del Senado por parte de los Parlamentos autonómicos, o la sustracción de una facultad constitucional mínima, puesto que ello implicaría desconocer que la norma impugnada admite una lectura que impide considerar que el papel del Senado sea meramente formal. (FJ 9)

Sin necesidad de entrar por ahora en la cuestión del acierto o no al vincular las competencias materiales de designación con la determinación de los candidatos, conviene señalar una primera carencia lógica. En toda esta argumentación yace un apriorismo que no ha sido en absoluto argumentado: que el papel del Senado no puede ser meramente “formal” como correa de transmisión de la voluntad autonómica. Es decir, el Tribunal Constitucional da por supuesto que en la distribución que hace el art. 159 CE de los nombramientos de magistrados, el Congreso y el Senado ocupan una posición equivalente. En el fundamento jurídico décimo tercero, al aludir de nuevo a este razonamiento, se indica expresamente que la Constitución atribuye la competencia de elección de magistrados “en los mismos términos” al Congreso y al Senado. Así, la Sentencia parte del convencimiento de que tanto al Senado como al Congreso se les otorga una facultad

propia de nombramiento que, aunque pueda ser modulada, necesariamente han de ejercer por sí mismos, con independencia de otros poderes y de modo irrenunciable.

Efectivamente, si el Tribunal Constitucional hubiera decidido cumplir con la función intérprete supremo de la Constitución y aclarar el sentido de la atribución al Senado contenida en el art. 159.1 CE habría debido aclarar dos cosas conectadas pero diferentes: su naturaleza y su contenido. Es decir, si se trata de una competencia propia e indelegable, y qué facultades concretas dentro del procedimiento de designación de miembros del Tribunal Constitucional están incluidas en la competencia. Como en la Sentencia nunca llega a cristalizar una tarea interpretativa de ese tipo, es difícil saber si confunde ambos aspectos. En todo caso, al menos respecto a la naturaleza, parece que acepta la hipótesis de los recurrentes respecto a la intransferibilidad de la competencia. Todo su razonamiento parte de que efectivamente el Senado tiene una competencia material que ha de ejercer por sí mismo y los vaivenes se limitan a la definición de en qué consiste.

Posiblemente esta comprensión apriorística sobre la igual posición de partida de ambas Cámaras ante el art. 159 CE esté en el origen de todas las complicaciones que surgen después en esta decisión y en la siguiente, a propósito del Reglamento del Senado. Como veremos inmediatamente, el juez constitucional es consciente de que la función constitucional del Senado puede no acabarse en la de mera Cámara Parlamentaria de segunda lectura. Acepta que en el texto constitucional es posible apreciar una vocación de que el Senado, en la medida en que el Estado se convirtiera definitivamente en Estado Autónomico, fuera la vía de participación autonómica en la dirección política de la sociedad; sin embargo ello no predetermina –según su máximo intérprete– una distinta posición de partida del Congreso y del Senado a la hora de ejercer las competencias para el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional.

El Senado, según el dogma del que se parte, ha de mantener en todo momento facultades de control material sobre la designación de los cuatro magistrados a los que se refiere el art. 159.1 CE.¹⁹

19. Juan Luis Requejo Pagés, en "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, p. 213, invoca la autonomía institucional del Senado para defender que allí dónde el art. 159

Cualquier construcción en la que el Senado sirva de vía para la participación de las Comunidades Autónomas en el Estado y –en concreto– en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional deberá recurrir a procedimientos ponderativos y de proporcionalidad que operen como limitación de la competencia material del Senado, pero sin convertirla en una intervención meramente formal.

Así pues, el primer embate termina con varias conclusiones que pueden exponerse en orden justamente inverso al del Tribunal Constitucional: la competencia es del Senado y el legislador orgánico no puede atribuírsela a las Cámaras autonómicas; la competencia incluye la determinación de los candidatos; en el caso concreto, la norma legal en sí misma no va necesariamente más allá de estos límites: “la posibilidad de que éstos se sobrepasen no puede llevarnos a considerar que, tal y como está redactado, el precepto impugnado sea inconstitucional”.

Quedan abiertas algunas dudas. De una parte se plantea si el propio Senado podría en su Reglamento delegar algunas de las competencias que le son propias a favor de las asambleas parlamentarias autonómicas, pues el Tribunal en ningún momento se pronuncia sobre la importancia del hecho de que sea una Ley Orgánica y no el Reglamento de la Cámara quien venga a limitar aparentemente las competencias del Senado. De otra, si la rigidez de la comprensión de las facultades propias del Senado en la materia puede sufrir alguna modificación proporcionada a su posición como órgano constitucional, de manera que algunas de tales facultades se atribuyan a las asambleas parlamentarias autonómicas. Sin embargo, por lo que afecta a la cuestión suscitada en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional podría haber concluido su razonamiento en este fundamento jurídico noveno, pues ya ha concluido que el precepto no puede ser inconstitucional.

CE no establece otros límites, la competencia del Senado sólo puede limitarse por normas establecidas por el propio Senado. Es un planteamiento que abre dudas a la hora de enjuiciar posteriormente los preceptos del Reglamento del Senado, pero que al menos se expone con una fundamentación constitucional de la que la Sentencia carece en todo momento.

2.3. El fundamento constitucional de la participación autonómica en la designación de magistrados

Después de concluir que el modo genérico en que está redactada en el precepto la participación autonómica en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional no afecta materialmente a las competencias del Senado derivadas del art. 159.1 CE el Tribunal, no obstante, pasa a abordar el fundamento constitucional de dicha participación.

Parece que el juez constitucional no se quiere quedar con un argumento tan formal, por más que sea contundente; muy en el estilo propio de este Tribunal Constitucional español, considera adecuado abordar también el fondo de la cuestión. Y lo hace planteándose tres preguntas básicas: si está constitucionalmente prohibida la participación autonómica, si tal participación tiene fundamento constitucional y qué intensidad puede tener.

En términos de razonamiento sorprende que estas cuestiones se aborden ahora y no antes. No es pequeña la contradicción de analizar si está prohibida cualquier tipo de participación autonómica después de haber concluido que en el precepto cuestionado se presenta de manera tan abierta que no vulnera las competencias del Senado. No obstante, la introducción de tales cuestiones en este momento de la argumentación constitucional parece tener un fundamento académico; da la impresión de que es una excusa del Tribunal para decir algo que deseaba decir. Y la sensación se acentúa a la vista de que la primera de las preguntas recibe una inmediata y breve respuesta afirmativa: en la medida en que la Constitución no lo prohíbe, está permitido. La idea latente en este argumento –sólo débilmente explicitada– es que el hecho de que el Senado sea una Cámara de extracción parcialmente autonómica no implica la prohibición de cualquier participación autonómica suplementaria. Resulta tan evidente, que el propio planteamiento de la cuestión sólo colabora a aumentar la sensación de descoordinación en una Sentencia que en estos momentos ya se muestra como poco ejemplar.

Pero sirve para dar pie a la siguiente cuestión... que a su vez le viene muy a propósito al juez constitucional para dejar clara su vocación autonómica. Una vocación frustrada, pero sin duda sincera. El fundamento jurídico décimo tercero de la Sentencia se dedica a acla-

rar que “el carácter de Cámara de representación territorial” del Senado puede expresarse no sólo en su organización sino también en el ejercicio de sus competencias.

Se trata de una reflexión interesante –aunque aparezca tan descontextualizada– por las posibilidades que abre de cara a acentuar la configuración territorial del Senado y sus competencias sin necesidad de cambiar la Constitución. Aplicada en concreto a la elección de los magistrados, el Tribunal alude al hecho de que la propia Constitución prevé una cierta participación autonómica:

De la interpretación conjunta de los arts. 69 y 159.1 CE puede derivarse, en efecto, un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal susceptible de ser desarrollado de diversos modos (FJ 13).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se vale, además del texto de la propia CE, del análisis del proceso constituyente. En concreto, alude a la enmienda núm.190 a la ponencia del congreso, que justificó la equiparación del número de magistrados a proponer por el Congreso y el Senado precisamente en razón de la trascendencia territorial de las decisiones del Tribunal Constitucional. Así, la atribución que hace el art. 159 CE del nombramiento de cuatro de sus magistrados al Senado lo es, según la Sentencia, “en tanto Cámara de representación territorial” (FJ 13).²⁰

Sin embargo, el juez constitucional –que ya vimos que asume la necesidad de un contenido material en la competencia del Senado para elegir magistrados– no saca todas las consecuencias posibles de esta construcción jurídica. El hecho de que pueda entenderse que es la propia Constitución la que prevé un modo de participación autonómica en la designación de los magistrados constitucionales sólo le sirve para constatar que la ley impugnada no busca un objetivo constitucionalmente vedado, pero no está claro si llega a utilizarlo como criterio interpretativo que matice el alcance de las facultades de contenido material que la Constitución atribuye al Senado en la designación de magistrados constitucionales. Una interpretación de los prin-

20. Sobre esto, *vid.* Marc Carrillo, “la reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”, en el libro coordinado por él mismo *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 77 y ss.

cipios constitucionales en juego que partiera de las conclusiones que acaba de exponer el Tribunal, y guiada por el principio de proporcionalidad, habría podido llevar a la conclusión de que tal vez algunas de las facultades que integran la competencia de designar magistrados puedan corresponder a las Comunidades Autónomas.

Eso es lo que parece concluir el Tribunal en el primer párrafo del fundamento jurídico décimo cuarto, donde se destaca que el Senado mantiene su facultad constitucional de elegir los magistrados, incluso aunque se introduzca la participación autonómica en la fase de presentación de candidatos:

El desarrollo de dicho principio participativo que lleva a cabo la regulación impugnada tampoco puede ser calificada de inconstitucional por su intensidad y resultado, puesto que, como se ha visto, no conlleva necesariamente ningún desapoderamiento de la Cámara Alta respecto de su facultad constitucional de elegir a los Magistrados que le corresponde. La participación autonómica introducida se limita, en efecto, a la fase de presentación de candidatos y no implica que el Senado deje de ser el titular de dicha facultad (FJ 14).

Si el Tribunal está diciendo lo que parece decir se plantea un grave problema, porque la STC 101/2008 va a afirmar, como *ratio decidendi*, exactamente lo contrario. La contradicción es evidente, pero pierde vigor si se toma en cuenta que también en esta primera Sentencia, en otros momentos, el Tribunal opera con distintas interpretaciones del contenido del art. 159.1 CE.

2.4. El alcance de la competencia del Senado para designar magistrados

Todo el razonamiento de la Sentencia es circular, de modo que se cierra como empezó: dando respuesta al argumento del supuesto desapoderamiento de las Cámara que, según los recurrentes, habría venido a renunciar a sus competencias relativas a la designación de miembros del Tribunal Constitucional.

Como se vio, se trata de un argumento que la combina dos interpretaciones, una de la Constitución –referente a la extensión de la

competencia senatorial en el art. 159.1 CE– y otra de la Ley –en cuanto al grado de concreción de la norma impugnada–. Nuevamente, el Tribunal Constitucional sólo opera con una de estas dos variables, fundando su conclusión en la “amplitud de la remisión reglamentaria contenida en el precepto impugnado”. La otra variable, la delimitación de la competencia constitucional e irrenunciable del Senado opera como la bolita de un trilero, que parece que se esconde pero luego aparece en uno u otro lugar según sea necesario.

En esta segunda aparición estelar (transcurridos cinco fundamentos jurídicos) de argumentación relativa a las amplias posibilidades interpretativas del nuevo párrafo del art. 16.1 LOTC está aún más latente el reconocimiento de que –tal y como planteaban los recurrentes– las competencias relativas a la designación de magistrados del Tribunal Constitucional son equiparables a la función legislativa o a la presupuestaria, que no pueden quedar desnaturalizadas materialmente en manos de las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, consciente de su opción, la Sentencia considera necesario rebatir individualmente los ejemplos concretos incluidos en la demanda como supuestos a los que podría extenderse el sistema de previa designación autonómica en el ejercicio de competencias de designación atribuidas por la Constitución a un órgano determinado: designación de magistrados del Tribunal Constitucional por otros órganos, designación de ministros o elección de parlamentarios. Entra así el juez constitucional en el juego de los recurrentes y comete un grave error: seguramente no sea muy inteligente por parte de un órgano jurisdiccional discutir hipótesis futuras de posibles normas aún no existentes. Desde que lo hace, acepta entrar en el fondo de las mismas –para admitirlas o asentir en su improcedencia– prejuzgando preventivamente posibles asuntos futuros y saltándose su deber de mínima intervención.

Respecto al primer ejemplo el Tribunal sale, sin embargo, bastante bien parado, pues le niega validez ejemplificadora, esquivando pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma no cuestionada (que implícitamente sí parece reconocer). Así, señala el hecho de que, precisamente, a la elección de miembros del CGPJ se le ha añadido legalmente un requisito previo cual es que las candidaturas cuenten con el respaldo de una asociación profesional de jueces o de un determinado número de firmas. La Sentencia enuncia este hecho pero no puede sacar las conclusiones ni los paralelismos que

cabe deducir y que habrían podido abrir la puerta a una argumentación más sólida constitucionalmente. El error de utilizar la regulación contenida en el texto de una Ley (cuya constitucionalidad se presume, pero sólo en tanto no ha sido nunca cuestionada regularmente) para respaldar la constitucionalidad de otra le impide, por un mínimo respeto al principio de *self restraint*, prejuzgar la legitimidad constitucional de la "ley ejemplo". De ese modo no llega a explicitar algo que habría venido muy bien para entender cómo se articula la constitucionalidad de estos requisitos añadidos a las facultades de designación de órganos.

Indudablemente, los requisitos previos que exige la LOPJ a las candidaturas para los miembros del CGPJ sólo serán constitucionales en la medida en que superen un test de proporcionalidad que nos permita dilucidar si realmente son auténticos requisitos previos o determinan el resultado de la elección con tal intensidad que entran en el terreno propio de ésta. Así, la proporcionalidad vendrá determinada de manera especial por el fin que se busque con tales requisitos e incluye la necesidad de que se trate de alcanzar un objetivo constitucionalmente protegido, que los requisitos o restricciones introducidos resulten adecuados para dicho objetivo sin limitar desproporcionadamente otros intereses constitucionales y que no se restrinjan las facultades atribuidas por la Constitución hasta hacerlas irreconocibles. En el caso de la LOPJ, no cabrían restricciones ajenas a la función constitucional del CGPJ. Por ejemplo, no cabría exigir un número absolutamente desproporcionado de firmas ni, seguramente, el respaldo de varias asociaciones judiciales, de tal manera que se limitase excesivamente el número de candidatos que reunieran los requisitos legales.

Todo ello podría haber sido también aplicado al caso que nos ocupa, de modo que la Sentencia hubiera construido una solución general, aplicable a todos los supuestos de facultades de nombramiento atribuidas directamente por la Constitución a determinados órganos. En vez de ello, el Tribunal, aunque no ha evitado aludir a estos casos concretos, lo ha hecho dando soluciones dispares y de escasa entidad constitucional. Sobre todo, además, ha desperdiciado la ocasión de elaborar una doctrina general.

Tal estrechez de miras se manifiesta especialmente al desmontar el resto de ejemplos de los recurrentes aplicando un diferente modo de razonar a cada uno de ellos. Entre medias, además, el Tribunal

parece dar la razón a los autores del recurso, aceptando que normas del tenor ejemplificado serían inconstitucionales; algo sobre lo que no debería haberse pronunciado. Así, desecha la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan seleccionar los candidatos a ministros del Gobierno o a las elecciones generales, destacando la especial vinculación de los ministros con el Presidente del Gobierno y la de los parlamentarios con el cuerpo electoral, y esquivando nuevamente la ocasión de elaborar una doctrina clara, explícita y de aplicación general.

No obstante, y acaso inadvertidamente, el Tribunal sí que está utilizando una doctrina latente en todos estos razonamientos, que puede aprehenderse mediante una cierta reconstrucción argumental. A fin de cuentas, al destacar la vinculación del Presidente del Gobierno y los Ministros lo que implícitamente se viene a afirmar es que resultaría contrario al principio de proporcionalidad –entendido tal y como antes señalamos– el vincular el nombramiento de ministros con una propuesta previa autonómica, en la medida en que no guardaría relación con las funciones constitucionales del Presidente y los Ministros. Es decir, que se trataría de un fin ajeno a la posición constitucional del órgano que elige y a la finalidad que la Constitución busca mediante el procedimiento electivo. Sin decirlo –y quizás sin saberlo– el Tribunal está aplicando un elemento del test de proporcionalidad. Lo aplica para resolver, como quien resuelve un pasatiempo, otras hipótesis de modulación en competencias constitucionales de designación, pero no lo aplica a la competencia del Senado para designar magistrados del Tribunal Constitucional.

2.5. Una solución autonomista pero demasiado abierta

En última instancia la Sentencia vuelve al argumento inicial de la indeterminación de la ley impugnada y la amplitud de su remisión al Reglamento Parlamentario. Sin embargo, contagiado por la tendencia al ejemplo concreto, acaba invocando uno que le traerá no pocos quebraderos de cabeza:

De lo expuesto cabe deducir, entre otros extremos, que el tenor literal del art. 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga can-

didatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional (FJ 14).

Este párrafo no sólo era innecesario sino que además plantea muchas más dudas de las que pueda resolver. La intención, sin duda, es señalar que dónde la ley dice que los magistrados deberán ser elegidos “entre los candidatos” autonómicos ello no excluye radicalmente la posibilidad de que se elijan finalmente otros magistrados, preparando así el terreno para la próxima Sentencia sobre el Reglamento del Senado. A primera vista choca que se insinúe ya cuál sería el posible desarrollo legislativo más adecuado para la ley. Y choca más por el hecho de que en el momento de dictarse la Sentencia ese desarrollo ya se había producido²¹ y precisamente en el sentido ahí expresado, y además el Reglamento del Senado había sido ya impugnado ante el Tribunal Constitucional; no deja de ser un ejercicio de cierta aparente hipocresía utilizar tono de hipótesis para referirse –interesadamente– a algo que efectivamente se había producido, que el Tribunal no podía no saber y sobre lo que habría de pronunciarse próximamente. Querer determinar (o casi prejuzgar) la Sentencia posterior es algo comprensible y hasta –quizás– aconsejable desde el punto de vista de la coherencia jurisdiccional, sin embargo resulta innecesario hacerlo con un encubrimiento tan burdo que viene a restar credibilidad a la decisión.

Por otra parte, la alusión a la excepcionalidad parece contradecirse con toda la argumentación que se ha seguido hasta el momento: el Tribunal había partido, en coincidencia con la tesis del recurso de inconstitucionalidad, de que el Senado tiene unas facultades en la elección de magistrados constitucionales a las que no puede renunciar de manera general. Sin embargo, ahora inesperadamente acepta la legitimidad de que la iniciativa senatorial para incluir sus propios candidatos sea una posibilidad absolutamente excepcional y que la regla general, por tanto, sea que los candidatos los seleccionen los parla-

21. Esta STC 49/2008 se aprueba el 9 de abril de 2008. La reforma del Reglamento del Senado había sido publicada el 22 de noviembre de 2007 (más de cuatro meses antes) e impugnada ante el propio Tribunal Constitucional el día 10 de enero de 2008, es decir tres meses antes.

mentos autonómicos y no el Senado. Esta solución podría resultar aceptable constitucionalmente, pero aparece huérfana de toda motivación y es distinta a la que aparentemente se ofrece en el resto de la Sentencia.

Parece, pues, que en el último momento el juez constitucional se da, de pronto, cuenta de que no es cierto que la competencia de designación que el art. 159.1 CE da al Senado sea tan extensa como para abarcar la libertad de la Cámara Alta en la determinación de candidatos. En vez de ello entiende ahora que la autonomía del Senado en el ejercicio de su competencia se extiende únicamente a la garantía de que las asambleas parlamentarias autonómicas no puedan, mediante su inactividad u otros métodos, bloquear su ejercicio. La excepcionalidad sólo puede ser entendida como eso, como cláusula de garantía para que desde fuera del Senado no se bloquee el procedimiento.

Así pues, ya no se presenta como necesario que el Senado mantenga su capacidad de decidir acerca de los candidatos (que implica la posibilidad de controlar el proceso y reduce la intensidad de la participación autonómica considerada constitucionalmente legítima) sino que tan sólo debe poder ejercer en plenitud la facultad de elegir, evitando que el hecho mismo de nombrar o no miembros del Tribunal Constitucional pase a ser una decisión de otros órganos. Con ello el Tribunal legitima una participación autonómica mucho más determinante y cercana a la que se deduce de la literalidad del precepto impugnado: la Constitución permitiría que se atribuya a las asambleas parlamentarias autonómicas **en exclusiva** la decisión sobre los candidatos, si se salvan situaciones excepcionales de parálisis institucional. La facultad propia del Senado quedaría salvaguardada con la mera posibilidad de plantear candidatos propios en casos de bloqueo de la elección.

El problema de esta decisión es su poca autoridad. El Tribunal, en apenas tres fundamentos, ha dado dos respuestas distintas en torno a en cuál es el núcleo de la competencia que el art. 159.1 CE atribuye al Senado, y las dos las presenta tal cual, desprovistas de razonamiento argumentativo alguno. La sociedad, destinataria de la Sentencia, se queda sin saber si el Senado ha de poder determinar los candidatos entre los que elegir, o esta determinación se puede ceder a las comunidades autónomas con la mera cautela de impedir un bloqueo institucional. La Ley se considera conforme a la Constitución

pero no se aclara por qué, la Constitución queda ininterpretada. Quizás se trate de un primer ejemplo de "Sentencia optativa", que da varias soluciones interpretativas y ofrece a sus destinatarios que elijan libremente la que más les convenga para justificar el fallo. Política-mente permite al Tribunal ahorrarse algunas críticas, pero desde el punto de vista de la técnica y la responsabilidad jurídica mina la posición del propio órgano de control de constitucionalidad.

2.6. Y un apunte final sobre el sistema de fuentes

La idea matriz que lleva a aceptar la legitimación del precepto impugnado es que los amplios términos en que está formulado permiten diversas interpretaciones, entre ellas una en la que el Senado, siquiera excepcionalmente, nombre a sus propios candidatos. Para algunos de los magistrados disidentes esta interpretación del art. 16.1 LOTC resulta excesivamente forzada, si bien ninguno hace de ello caballo de batalla en su crítica a la Sentencia. En lo que coinciden los tres, sin embargo, es en una cuestión sobre la que la Sentencia pasa como sobre ascuas.

Se trata de la conocida, y comentada, cuestión relativa a la idoneidad de la LOTC para regular el procedimiento de elección de magistrados en el seno del Senado. El Tribunal despacha rápidamente la cuestión señalando de una parte que la norma se dicta en este caso de modo amplio, requiriendo desarrollo parlamentario posterior y va dirigida también a las comunidades autónomas. De otra parte que la reserva de LOTC obliga a que sea esta norma la que opere como cierre del sistema y por ello la única capaz de introducir participación autonómica en la previsión constitucional de elección de magistrados por el Senado.

Sin embargo, tanto los magistrados que formulan voto particular como parte de la doctrina científica,²² vinculan de manera determinante la constitucionalidad del precepto desde el punto de vista material del art. 159.1 CE con la cuestión de su posición en el sistema de fuentes. En resumidas cuentas, lo que se viene a decir es que pues-

to que el precepto viene a recortar una facultad atribuida constitucionalmente al Senado, se trata de algo que podría hacer la propia Cámara Alta ejerciendo su competencia, pero no puede venirle impuesto externamente por una Ley Orgánica.²³ Este planteamiento puede casar mal con la irrenunciabilidad de las competencias constitucionales del Senado, que ya vimos que está en la base del razonamiento de la decisión, pero abre la puerta al referido juicio de proporcionalidad. En última instancia se vendría a admitir la posibilidad –que es evidente– de modular el ejercicio de la competencia de designación y, eventualmente, atribuir algunas de sus facultades a los entes autonómicos, siempre y cuando lo hiciera el propio órgano y resultara constitucionalmente proporcionado.

Choca por ello advertir que la inmediata Sentencia sobre la constitucionalidad del Reglamento del Senado no avanza por este camino sino por otro muy diferente.

3. La STC 101/2008 sobre la reforma del Reglamento del Senado

El 10 de enero de 2010, cincuenta y un Senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del reglamento del Senado aprobada el 21 de noviembre de 2007, por la que –de conformidad con la anterior reforma de la LOTC– se introdujo el art. 184.7 del mismo, con el siguiente tenor literal:

La elección por el Senado de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades: a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las can-

23. En palabras de Juan Luis Requejo: “una norma como la incluida en el artículo 16.1 LOTC tendría perfecto acomodo en el Reglamento del Senado, esto es, en la norma rectora de la Cámara aprobada con su sola voluntad en ejercicio de su autonomía institucional. Pero no en una ley orgánica (ni siquiera en la del Tribunal), es decir, en una norma aprobada con el concurso del Congreso de los Diputados”, cfr. *cit.* Doctrina, 2008, p. 213.

didaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo. b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.

En el recurso se reiteran los argumentos referidos a la nueva redacción del art. 16.1 LOTC, resueltos en la Sentencia anterior, pero también se introducen algunos nuevos, referidos de modo específico al precepto del Reglamento del Senado, que serán los únicos que aborde el Tribunal. El parámetro de constitucionalidad, nuevamente, será el art. 159 CE.

La STC 101/2008 tiene una estructura y un tono radicalmente distintos de la STC 49/2008. Comienza dedicando varios fundamentos jurídicos (los numerados como 6 y 7) a interpretar los preceptos reglamentarios sin realizar ningún juicio real de fondo sobre su constitucionalidad. De ese modo, se desestiman varias objeciones de constitucionalidad por la simple vía de afirmar que el precepto no dice lo que los recurrentes decían que dice. Se trata de las tachas referidas a que la nueva regulación impedía al Senado descartar candidatos presentados por los parlamentos autonómicos que no reunieran los requisitos exigidos. Al hilo de las mismas, la Sentencia va a dedicar sus fundamentos jurídicos 4 a 7 a detallar y definir el procedimiento por el que, con las nuevas disposiciones reglamentarias, debe procederse a la designación autonómica de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional. Así señala que las candidaturas deberán ser presentadas por las propias asambleas autonómicas. Posteriormente el Senado, a través de su Comisión de Nombramientos, puede controlar el cumplimiento por los mismos de los requisitos previstos en el art. 159.2 CE y eleva en consecuencia al Pleno una propuesta. En caso de que el sistema de propuesta autonómica no permitiera al Senado ejercer la competencia de designación que tiene atribuida, la Comisión de Nombramientos, de manera excepcional, puede incluso incluir candidatos distintos a los inicialmente propuestos. Esta previsión excepcional,

permitiría a la Cámara reaccionar ante el supuesto, improbable pero no imposible, de que hubieran sido presentados menos

candidatos que puestos a cubrir. En tal supuesto entraría en juego la regla contemplada en el inciso final del art. 184.7 b) RS, de forma que la Comisión de Nombramientos elevaría al Pleno del Senado una propuesta que incluiría candidatos surgidos de las propuestas formuladas en el seno de la propia Cámara. (FJ 8)

Es, precisamente, al hilo de esta previsión cuando se aborda la auténtica cuestión de fondo de este caso. Como bien señala la Sentencia, de lo que se trata es de decidir hasta dónde debe poder llegar la libertad del Senado de rechazar las candidaturas presentadas por los parlamentos autonómicos.

Nótese que estamos ante un *tertium* en la identificación de cual es la competencia básica e irrenunciable del Senado en la materia. Se dijo que el Senado no puede renunciar a determinar los candidatos, se dijo que el Senado no puede renunciar a ejercer su función pese a una situación de bloqueo y se dice ahora que a lo que el Senado no puede renunciar es a cierta libertad de rechazo de las candidaturas, cuyo alcance está aún por definir.

El punto de partida, antes de proceder a estudiar si cabe interpretar la norma conforme a tal previsión, será esta vez que el procedimiento que se establezca no podrá abocar indefectiblemente a que el Senado esté obligado a aceptar en todo caso los candidatos propuestos por los Parlamentos autonómicos. Ése es el límite que se fija esta vez y que surge –como una nueva bolita de trilero– directamente a partir de la idea de libertad de la Cámara.

Esta libertad se concreta específicamente, en lo que respecta a la norma reglamentaria sometida a control, en la necesidad de que los candidatos propuestos por la Comisión de Nombramientos cuenten con la confianza política del Senado, manifestada en la voluntad de la propia Comisión al hacer la propuesta, o en la del Pleno al votarla. El argumento se reconduce a la imposibilidad de bloqueo de la competencia de designación de magistrados por parte de los entes autonómicos (no hay duda de que ésa sí que es la mínima manifestación de tal competencia constitucional), pero equiparando la propuesta de candidatos que no sean del agrado del Senado a la falta de propuestas suficientes. Así se afirma que el bloqueo “podría darse tanto si las Asambleas Legislativas no atendieran a la invitación del Senado para

presentar candidatos, como si los presentados no reunieran los requisitos necesarios o no resultaran, a juicio de la Comisión de Nombramientos –cuya voluntad, en virtud de su propia composición y funcionamiento, es legítimo trasunto de la del Pleno, al que, en todo caso, compete la última palabra–, merecedores de la confianza institucional del Senado” (FJ 9).

Con esta perspectiva, el Tribunal opera una interpretación creativa de los preceptos impugnados para adecuarlos al nuevo parámetro de constitucionalidad recién inventado. En virtud de la misma:

el supuesto reglamentario se referiría, no solamente a la inexistencia de candidaturas en número suficiente en relación con los magistrados a designar, sino también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados, entendido esto último relativo no ya al incumplimiento de los requisitos formales sino al juicio subjetivo que la Cámara, a través del procedimiento reglamentariamente previsto, ha de formarse sobre los candidatos presentados y que se expresará en términos de aceptación o rechazo de los mismos.

Para ello, el único mecanismo de que dispone el Tribunal es la manipulación de la expresión “candidaturas suficientes” que aparece en el precepto. Invocando el principio de conservación de la norma, descubre que el adjetivo “suficiente” puede tener un significado cualitativo, no meramente cuantitativo. Así, lo equipara a “idóneo” (que es, por otra parte, la segunda acepción de la palabra en el diccionario de la RAE). Como resultado, llega a la interpretación de que si los candidatos presentados por las comunidades autónomas no merecen la confianza de la Comisión de Nombramientos del Senado, ésta podrá proponer los suyos propios. Del mismo modo, si ninguno de los candidatos autonómicos obtuviera la necesaria mayoría de tres quintos, también podrá el Pleno del Senado elegir entre otros.

No se sabe si con un ápice de ironía, el Tribunal destaca que esta interpretación es compatible con que el art.16.1 LOTC (declarado constitucional) establezca que el Senado ha de elegir a los magistrados entre los candidatos previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas, pues al fin y al cabo eso es lo que hace, en principio. Elige entre los candidatos autonómicos, salvo que decida no hacerlo.

En definitiva, se salva la constitucionalidad formal del precepto por la vía de vaciarlo completamente de su contenido original y reducir la intensidad de la participación autonómica. En última instancia viene a dársele materialmente la razón a los recurrentes en el sentido de que el Senado ha de ser libre de elegir a los candidatos que desee para magistrado del Tribunal Constitucional, sin quedar jurídicamente vinculado por las propuestas de los parlamentos autonómicos. Sólo por la vía de alterar radicalmente la dicción del Reglamento Parlamentario se evita declarar su inconstitucionalidad.

Cualquier analista llegaría inmediatamente a la conclusión de que jurídicamente ganan los recurrentes, diputados del principal partido de la oposición, aunque políticamente gane la mayoría parlamentaria que aprobó la reforma del Reglamento del Senado.²⁴

Como resultaría fácil de prever, las críticas de los votos particulares se ceban esta vez en los excesos cometidos al amparo de la doctrina de la interpretación conforme.

4. Valoraciones (de daños) y dudas

La grosera solución de la STC 101/2008 desmonta el sueño de la participación autonómica en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Es, sin duda, consecuencia de la difícil situación política en la que se dicta y de su traslado al propio seno del Tribunal, pero también de la indefinición de su inmediato antecedente en la STC 49/2008. Si ésta hubiera ofrecido una solución clara y real a las cuestiones que se le planteaban, probablemente aquélla no hubiera podido incurrir en los excesos interpretativos en los que cae, en su afán de contentar políticamente a unos y a otros.

Podría defenderse, con fundamento, que la Sentencia sobre el Reglamento del Senado se contradice con la de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Seguramente sea así, por cuanto parece que

24. Así también Pedro Cruz Villalón, "El estado del Tribunal Constitucional", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, abril 2009, p. 12: "Se ha visto como el Partido Popular, cuyas tesis han triunfado materialmente en estos recursos, se ha dado el capricho de poner el sistema patas arriba. Para muchos, lo único que parece importar es que la ley se haya salvado formalmente, mucho menos el que su sistema se haya evaporado, literalmente".

la primera acepta la legitimidad constitucional de ceder con carácter general a las comunidades autónomas la facultad de proponer candidatos para magistrados del Tribunal Constitucional, mientras que la segunda insiste en que la Constitución exige que en todo caso el Senado pueda nombrar sus propios candidatos si no le gusta la propuesta autonómica. Esta contradicción se hace especialmente llamativa si se tiene en cuenta que en el primer caso la atribución de la facultad de propuesta a las asambleas parlamentarias autonómicas la hacía una Ley Orgánica, mientras que en la Segunda era el propio Senado el que cedía facultades en su propio Reglamento, por lo que aparentemente el margen de acción era mayor.

Sin embargo, la defectuosa técnica jurisprudencial resta visibilidad real a esta contradicción. Ni una ni otra dan respuesta a lo que se esperaba, estableciendo claramente en qué consiste la competencia de designación que contiene el art. 159.1 CE y cómo funciona.

El ciudadano que lea detenidamente las dos Sentencias que comentamos no encontrará en ellas una definición de cuál es exactamente la “indeclinable función constitucional” del Senado en la elección de magistrados del Tribunal Constitucional. Resulta llamativo, porque esta función, a la que se alude reiteradamente pero no se delimita jamás, aparece como parámetro de constitucionalidad y constituye, por ello, el fundamento constitucional de ambas decisiones.

5. El fundamento constitucional de la participación autonómica

Como señalamos anteriormente, a la hora de interpretar el alcance de la competencia que el art. 159.1 atribuye al Senado, el Tribunal no estaba obligado a asumir como dogma la equiparación entre el Congreso y el Senado, pues hay antecedentes suficientes para pensar que cuando la Constitución reparte los magistrados entre las dos Cámaras parlamentarias que integran las Cortes Generales lo hace tomando en cuenta la prevista función del Senado como cámara territorial. Así, al prever que un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional fueran designados por el Senado la Constitución no sólo busca la proyección de las mayorías parlamentarias en este órgano a través del obligado consenso para esta designación. La legitimación electoral indirecta quedaba asegurada con el tercio designado

por el acuerdo de las fuerzas parlamentarias presentes en el Congreso. En el caso de Senado hay razones de peso para pensar en que la Constitución no se limita a conceder una facultad libre e indisponible a la Cámara Alta sino que busca la participación territorial en el máximo órgano jurisdiccional del Estado.

Es cierto que en aquel momento resultaba difícil prever la evolución posterior de la estructura territorial del Estado; no obstante, sin duda se contaba con la posibilidad de que, fueran cuales fueran los elementos de federalismo finalmente presentes en la configuración del Estado español, el Senado les serviría de cauce de legitimación de la composición del Tribunal Constitucional. Así se desprende también de los antecedentes más directos de nuestro texto constitucional, entre ellos la Constitución republicana de 1931 cuyo art. 122 incluía en el Tribunal de Garantías un representante de cada una de las regiones del Estado.²⁵ Por otro lado, la experiencia comparada más significativa muestra que es una práctica uniforme el que en los estados federales los entes políticos territoriales participen en la designación de los magistrados de la corte constitucional del Estado. Con todo ello, las Sentencias hubieran podido partir, precisamente, de la distinta posición entre el Congreso y El Senado en cuanto al fundamento de su participación en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional.

La competencia de designación prevista en el art. 159.1 CE se desgana en una serie de facultades. El desarrollo legislativo y reglamentario de las mismas implica que lógicamente tengan que dictarse normas de procedimiento que regulen cuestiones como los requisitos que han de reunir los candidatos a partir de las líneas trazadas por el art. 159.2 CE o la elaboración de las candidaturas que finalmente se voten el Pleno.

En estrictos términos constitucionales no cabe duda de que en todo caso al Senado no se le puede privar de una votación final en Pleno por la que se elijan los nombres que se elevan al Rey para su nombramiento efectivo. Ése es el límite. Sin embargo, más allá de esta

25. La ley estableció que la elección de estos vocales se haría por la votación de todos los concejales de los ayuntamientos de cada región. Sobre esto y las consecuencias de esta elección en la crisis de la República, *vid.* Eduardo Espin, "Crisis de Gobierno y confianza presidencial en la II República" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17, 1980, pp. 87-115.

auténtica competencia indelegable, la apreciación de la incidencia que las normas que regulan el procedimiento tengan sobre el sistema constitucional de elección de magistrados exige una ponderación de los diversos intereses constitucionales legítimos. Sólo el legislador y el propio Senado pueden concretar el procedimiento de elección, a partir de las posibilidades que ofrece la Constitución y respetando el límite de no hacer irreconocible la distribución que realiza el art. 159 CE. El examen de constitucionalidad de la opción legislativa que se decida debería, por ello, sustentarse en el del juicio sobre la proporcionalidad de la ponderación legislativa.

Con esta perspectiva, las Sentencias comentadas resultarían jurídicamente más creíbles si hubieran abordado la cuestión con una estructura lógica mucho más clara. Ello implica definir en primer lugar en qué consiste exactamente el "sistema constitucional de elección de magistrados" que actúa como límite último a las posibilidades del legislador y a la autoorganización del Senado. A partir de ahí examinar si la norma enjuiciada establece mecanismos compatibles con ese límite último, enjuiciando su proporcionalidad constitucional.

Con este modo de razonar el resultado habría sido distinto. De una parte las dos Sentencias no tendrían fundamentos de fondo radicalmente opuestos, como tienen. De otro, el Tribunal se habría tenido que pronunciar claramente acerca de si, a la vista del objetivo constitucional de introducir la participación autonómica en la designación de sus magistrados por la vía del Senado, esa participación habría podido llegar hasta el punto de que, en principio, sólo las Comunidades Autónomas, por la vía de sus Parlamentos, puedan presentar candidatos.

Tanta claridad, exigible a cualquier auténtico Tribunal Constitucional, sin embargo, parece incompatible con la situación política e institucional de nuestro Tribunal Constitucional en aquéllos momentos.

RESUMEN

En la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007 se introdujo un mecanismo para la participación autonómica en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional. Esencialmente se trataba de que los magistrados designados por el Senado hubieran de serlo de entre los propuestos por las Comunidades Autónomas. Tanto la Ley como su desarrollo en el Reglamento del Senado fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional, que resolvió los recursos en las SSTC 49/2008 y 101/2008. Las Sentencias salvan la constitucionalidad de ambas normas mediante una interpretación de su contenido que viene a recortar significativamente las posibilidades reales de participación autonómica en estos nombramientos. Sorprende especialmente que, aunque el Tribunal acepta la constitucionalidad de la Ley por considerar que es una norma abierta que permite diversas interpretaciones en su concreción, luego, con ocasión del juicio sobre el Reglamento Parlamentario, quita todo carácter determinante a las propuestas autonómicas de candidatos. El artículo analiza el contexto y la argumentación de ambas decisiones.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; nombramiento magistrados; participación autonómica; LOTC; reforma estatutaria.

RESUM

En la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional de 2007 es va introduir un mecanisme per a la participació autonòmica en el nomenament dels magistrats del Tribunal Constitucional. Essencialment es tractava que els magistrats designats pel Senat haguessin d'estar entre els que proposaven les comunitats autònomes. Tant la Llei com el seu desenvolupament en el Reglament del Senat van ser impugnats davant del Tribunal Constitucional, que va resoldre els recursos en les sentències 49/2008 i 101/2008. Les sentències salven la constitucionalitat d'ambdues normes mitjançant una interpretació del contingut que retalla significativament les possibilitats reals de participació autonòmica en aquests nomenaments. Sorprenen especialment que, encara que salva la constitucionalitat de la Llei perquè considera que és una norma oberta que permet diverses interpretacions en la concreció, després, en el judici sobre el Reglament parlamentari, treu tot el caràcter determinant a les propostes autonòmiques de candidats. L'article analitza el context i l'argumentació de totes dues decisions.

Paraules clau: Tribunal Constitucional; nomenament magistrats; participació autonòmica; LOTC; reforma estatutària.

ABSTRACT

In the reform of the Organic Law of the Constitutional Court of 2007 a mechanism was introduced for autonomic participation in the naming of magistrates of the Constitutional Court. In essence, it dealt with the idea that the magistrates designated by the Senate have to be those who have been proposed by the autonomous communities. Both the Law as well as its development in Senate regulations were contested before the Constitutional Court, which settled the appeals in SSTC 49/2008 and 101/2008. The judgments dissent with the constitutionality of both laws by means of an interpretation of their content that significantly curtails the real possibilities of autonomic participation in the naming of judges. It is especially surprising that, although there is dissension with the constitutionality of the law, by considering that it is an open law that allows a variety of interpretations in its specificities, then, making the most of the occasion of judgment of the Parliamentary Regulation, it removes the entire determinant nature of the autonomic proposals of candidates. This article analyzes the context and the argument of both decisions.

Key words: Constitutional Court; naming of magistrates; autonomic participation; LOTC; statutory reform.

LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE COSTAS

José Luis Blasco Díaz

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Jaume I y miembro del Centro de Estudios en Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT)

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Problemática de la concurrencia de competencias sobre la zona costera. – 2.1. La necesidad de integrar en su ordenación y gestión los diversos intereses existentes. 2.2. La doctrina constitucional: la colaboración y el interés prevalente. – 3. Las competencias autonómicas sobre la ordenación del litoral. – 3.1. Alcance y objeto de la ordenación del territorio: distribución de usos y articulación de los intereses concurrentes. – 3.2. Las normas autonómicas de ordenación del territorio y del litoral. – 4. La ordenación territorial y la prevalencia de competencias estatales. – 4.1. La intervención estatal sobre los bienes de dominio público marítimo terrestre y los terrenos colindantes. – 4.1.1. El alcance de la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre. – 4.1.2. La protección del medio ambiente como uno de los ejes de la intervención estatal sobre el litoral. – 4.1.3. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales. – 4.1.4. Otros títulos con incidencia sobre el litoral: los puertos y las obras públicas de interés general. – 4.2. Competencias autonómicas y locales con proyección sobre las costas. – 4.2.1. Las competencias autonómicas y la protección del dominio público marítimo-terrestre. – 4.2.2. Las competencias del municipio sobre su litoral. – 5. Las formas de colaboración en la ordenación y gestión del litoral. – 6. Bibliografía citada. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción

Recientemente, el Parlamento Europeo ha hecho público el conocido como Informe Auken,¹ en el que realiza diversas consideraciones sobre el estado de conservación de nuestras costas. Al margen de

Artículo recibido el 16/11/2009; aceptado el 08/01/2010.

1. Ese es el nombre de su ponente, la eurodiputada danesa Margrete Auken, y que fue aprobado como Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas.

las críticas que ha recibido desde distintas instancias, el negro panorama que se pinta en el mismo –denunciando la urbanización masiva que ha destruido el medio ambiente costero mediterráneo en muchas zonas, con irreversibles daños paisajísticos–, no es sino una muestra más sobre el proceso degradante de nuestro litoral, que ya comenzó a ser generalmente percibido bajo la vigencia de la Ley 28/1969, de Costas. Esta realidad ha provocado la reacción periódica de las instancias públicas, que han actuado con una diversa efectividad, como resulta, por ejemplo, del limitado resultado de la norma que, según su título, tendría que haber supuesto algún remedio, la Ley 7/1980, de 10 de marzo, sobre Protección de las Costas. Evidentemente, las transformaciones producidas han sido paulatinas, provocadas principalmente por los cambios sociales y económicos, junto con la estrategia pública sobre el territorio o su ausencia. De hecho, puede considerarse que tanto la Ley del Suelo de 1956 como la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico de 1963, propiciaron la adopción de una concepción de litoral cuyo reflejo todavía hoy se percibe, como espacio destinado esencialmente a ser soporte de actividades turísticas (y en menor medida, también industriales), y que ha supuesto que de ocupaciones limitadas del mismo se haya pasado con el tiempo a su extensión generalizada. Estas actuaciones han llegado a provocar situaciones de saturación, ante las que en ocasiones se han buscado soluciones novedosas,² y que no manifiestan otra cosa que la problemática que se viene produciendo tradicionalmente respecto a su conservación.

Bien es cierto que este estado de cosas no sólo es constatable en nuestro litoral, sino que, en mayor o menor medida, se da en toda Europa, especialmente en el mar Mediterráneo, como indica una preocupación concretada ya desde la temprana Resolución 73/29, de 26 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de las zonas costeras, y la significativa Carta Europea del Litoral, de 8 de octubre de 1981, acordada por la Conferencia Plena-

2. Como ha ocurrido en las Islas Baleares y en Canarias, con el fin de limitar el efecto que el turismo produce sobre el litoral, a través de los Planes de Ordenación de la Oferta Turística, en el primer caso, y con el Plan Insular de Ordenación, en el segundo. Véase al respecto Joana M. Socías Camacho, *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Madrid, Universidad Carlos III - Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 77 y siguientes, y Javier Sola Teysi, *Ordenación territorial y urbanística de las zonas turísticas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pp. 139 y ss., quien también trata de la actuación normativa coordinada para el desarrollo de los establecimientos turísticos en la zona litoral asturiana.

ria de Regiones Periféricas Marítimas de la Comunidad Económica Europea. En ésta se parte de que el litoral es un bien escaso y frágil, que juega un papel esencial para la vida humana, y que tiene problemas crecientes, por lo que se hace necesario “conciliar los imperativos de protección y desarrollo de las zonas litorales, que no son contradictorias más que en apariencia”, ya que “sólo una política voluntarista de ordenación integrada de las zonas litorales puede permitir resolver el problema en el espacio”. Se identificaba así la pieza clave de toda la problemática de gestión de la zona litoral, que pasa por una ordenación que comporte la conciliación entre protección y desarrollo, ausente tradicionalmente con carácter general. No otra cosa puede deducirse de los diversos documentos que tratan esta situación dados a conocer por la Unión Europea en los últimos años, junto a las diversas políticas para su conservación que asimismo ha venido desarrollando. Valgan como muestra los informes elaborados periódicamente por la Agencia Europea de Medio Ambiente, en los que se incide en los dos aspectos señalados, tanto proporcionando información sobre el estado del medio ambiente en las zonas costeras de Europa,³ como evidenciando la necesidad de un enfoque integrado para la ordenación y gestión del litoral.⁴

Es evidente que lo descrito y propuesto en estos documentos es totalmente aplicable a la situación de nuestras costas.⁵ No en balde, por constituir una de sus finalidades principales, a esa situación se

3. Por ejemplo, en su Informe 6/2006, titulado *The changing faces of Europe's coastal areas* (http://reports.eea.europa.eu/eea_report_2006_6/en/), sobre la evolución de las zonas costeras, o en “La degradación continuada de los litorales europeos amenaza el nivel de vida de los ciudadanos”, *EEA Briefing 3/2006* (http://www.eea.europa.eu/es/publications/briefing_2006_3), donde se da cuenta de que las tendencias actuales revelan que los cambios en el uso del suelo en las zonas costeras superan a los observados en cualquier otro lugar, por una serie de factores que han ocasionado transformaciones rápidas.

4. Así lo señala en *Situación y presiones del medio ambiente marino y del litoral mediterráneo*, AEMA, Copenhague, 2000, entendiéndose que debe desarrollarse a escala regional, nacional y local, teniendo en cuenta las fuerzas motrices que influyen en su situación y las presiones ejercidas por las actividades humanas, como el turismo, con el fin de integrar la protección medioambiental en el desarrollo económico.

5. Véase el análisis sobre la urbanización del litoral que se realiza en el informe del Observatorio de la Sostenibilidad en España, *Cambios de ocupación del suelo en España: implicaciones para la sostenibilidad*, Madrid, 2006, p. 92, donde se señala que los esfuerzos legislativos para frenar el crecimiento urbanístico en la zona costera desborda en muchos casos a los poderes públicos, por lo que se hace patente la necesidad de una gestión integral de la planificación urbanística de estos espacios, con el fin de lograr una ocupación del territorio coherente y sostenible.

refirió la vigente LC (Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas), achacándola a la simultaneidad de una gran presión de usos y a la falta de una legislación adecuada. Las razones y su resultado se dejan claras en su motivación, al señalar que “las consecuencias del creciente proceso de privatización y depredación, posibilitado por una grave dejación administrativa, han hecho irreconocible, en numerosas zonas, el paisaje litoral de no hace más de treinta años, con un urbanismo nocivo de altas murallas de edificios al mismo borde de la playa o del mar, vías de transporte de gran intensidad de tráfico demasiado próximas a la orilla, y vertidos al mar sin depuración en la mayoría de los casos”.

Por consiguiente, se asume que al actual estado de cosas se ha llegado por la falta de una adecuada conciliación entre las diversas actividades que se han venido desarrollando sobre el litoral y su preservación, y sin que se aliviaran las tensiones entre los intereses concurrentes de las diversas instancias públicas territoriales. De ahí la necesidad de una tarea de individualización y ordenación de los distintos títulos competenciales susceptibles de proyectarse sobre el litoral, con el fin de llegar a su adecuada articulación.

2. Problemática de la concurrencia de competencias sobre la zona costera

2.1. La necesidad de integrar en su ordenación y gestión los diversos intereses existentes

Si bien la conservación de la integridad del dominio público y el asegurar su uso público y sus valores paisajísticos son títulos legitimadores de la intervención del Estado, en ello también se ven involucradas otras funciones públicas que se interrelacionan entre sí, como son la ordenación del territorio o el urbanismo, por ejemplo, atribuidas a las Comunidades Autónomas. A ello habrá que unir las competencias que pueden ostentar los municipios, puesto que de su término se trata, constituyendo tradicionalmente un espacio importante para desarrollar sus intereses,⁶ quedando ya lejos los tiempos en que se

6. Así resulta de la LRBR (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), que les atribuye competencias en ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, o en turismo (artículo 25.2.e y m), y también en la protección del medio ambiente (artículos 25.2.f, 26.d y 28).

consideraba que el dominio público marítimo terrestre no formaba parte del mismo. De forma clara, esta situación ha revelado siempre, y revela actualmente, la difícil articulación de una concurrencia de títulos que comporta contradicciones entre una visión que debería ser global o integral y actuaciones en muchas ocasiones localistas o sectoriales.

El problema se plantea cuando de esa concurrencia surgen conflictos o se hace patente que falta esa articulación, dada la desigual intensidad y distinta justificación de las actuaciones públicas en cada caso. No en balde, pueden adoptarse tanto amplias políticas de carácter proteccionista de determinados bienes, como una protección que puede ser más relativa, por estimar prevalente el impulso de otros aspectos, como el desarrollo económico, e incluso dentro de esta última opción, la determinación de los usos y su intensidad en cada parte del territorio puede ser también diferente, por ejemplo con desiguales densidades edificatorias y tipologías constructivas. Es necesario, por tanto, adoptar una visión de conjunto que permita asegurar una adecuada protección de las costas, pero que no obvie su importancia como soporte de actividades económicas y la necesidad de su uso público.

Por consiguiente, como primera tarea, deben determinarse los titulares de las funciones que pueden desarrollarse sobre el litoral, así como el modo de coordinarlas, atendido el punto a que se ha llegado por el defectuoso funcionamiento del sistema anterior. Ello lo quiso paliar la vigente Ley de Costas, tanto regulando las formas y supuestos de intervención sobre el litoral, como intentando esclarecer la compleja forma de ejercicio de las diversas competencias concurrentes, aspectos ambos fundamentales para llevar a buen término los objetivos marcados en la misma. En consecuencia, se ocupa de distribuir las competencias administrativas, al tiempo que se establecen una serie de previsiones para las relaciones interadministrativas (artículos 116 y 117).⁷ No obstante, como en ella se motiva, sólo se detallan aquellas competencias que corresponden a la Administración del Estado (artículos 110 a 112) y a los Municipios (artículo 115), mientras que las propias de las

7. Véase con carácter general, Belén Noguera de la Muela, "Competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988", *Revista Vasca de Administración Pública*, 30, 1991, pp. 105-182, y Lorenzo Pérez Conejo, *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Granada, Comares, 1999.

Comunidades Autónomas son objeto de una mención genérica, remitiendo su alcance y contenido a lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía, aunque, “en todo caso y habida cuenta de la concurrencia de competencias que se produce sobre el espacio litoral, se ha procurado favorecer la coordinación con los instrumentos de ordenación territorial y urbanística mediante un sistema de consultas e informes recíprocos, que, siguiendo esquemas ya diseñados en la normativa vigente, salva las competencias de las respectivas entidades y permite su articulación en un marco de colaboración”.⁸

Sin embargo, ese esfuerzo clarificador no hizo desaparecer la complejidad de la articulación competencial sobre el litoral, que ya se evidenció poco después de promulgada la CE (Constitución de 1978), pues diversos preceptos de la Ley de Costas de 1969 debieron ser derogados por su inadecuación al texto fundamental. De tal modo, tanto la Ley de Costas como el RC (Reglamento General para su Desarrollo y Ejecución, aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre), fueron recurridos en inconstitucionalidad por diversas Comunidades Autónomas costeras. A resultas de ello, el Tribunal Constitucional dictó sus Sentencias 149/1991, de 4 de julio, y 198/1991, de 17 de octubre, donde analiza los diversos títulos competenciales que pudieran corresponder al Estado y a las Comunidades Autónomas sobre el litoral. Como consecuencia, algunos preceptos de la Ley de Costas fueron derogados, mientras que el referido Reglamento fue modificado⁹ para adecuar el régimen de competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas en ese espacio de conformidad con dichas Sentencias. En este sentido, una de las modificaciones posteriores de la Ley de Costas ha tenido por objeto en parte coordinar las actuaciones de las Administraciones con competencias concurrentes sobre el litoral,¹⁰ de acuerdo con la doctrina constitucional.

8. Parte de la doctrina se ha mostrado crítica con la distribución de competencias sobre este ámbito, considerándolo excesivamente centralista, como María del Pino Rodríguez González, *El dominio público marítimo terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 98.

9. Por el Real Decreto 1112/1992, de 18 de septiembre.

10. Mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En otros aspectos, también ha sido modificada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

De tal modo, la aplicación de la Ley de Costas se traduce en un mosaico competencial, y a esa complejidad se une que, junto a las previsiones que aporta esa norma, sobre la franja costera también pueden proyectarse diversas políticas y decisiones públicas, como son las que permiten las competencias estatales de planificación y construcción de infraestructuras de interés general, las competencias en materia de protección del medio ambiente, de aguas,¹¹ etc. No en balde, con posterioridad a aquellos pronunciamientos, se han dictado otros también incidentes en la materia, pero referidos principalmente a normas autonómicas, teniendo especial relevancia la Sentencia 46/2007, de 1 de marzo, sobre la Ley 6/1999, de 3 abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias, y estando pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 7/2009, de modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en su litoral. En cualquier caso, la problemática que suscita la concurrencia en un mismo espacio físico de competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma derivadas de títulos jurídicos distintos, ha sido a menudo objeto de atención por el Tribunal Constitucional.¹²

2.2. La doctrina constitucional: la colaboración y el interés prevalente

La concurrencia competencial descrita no puede llevar en ningún caso a la exclusión de alguna de ellas, impidiendo la intervención de quien la ostenta, sea el Estado o la Comunidad Autónoma. Bien al

11. Hay que tener en cuenta igualmente que la Directiva Marco del Agua promueve una gestión global e integradora de todas las aguas, tanto de las subterráneas y superficiales continentales, como las aguas de transición y las aguas costeras, que del dominio público marítimo-terrestre. Se trata de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, transpuesta mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modifica el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

12. Por ejemplo, en sus Sentencias 227/1988, de 29 de noviembre, 40/1998, de 19 de febrero, 149/1998, de 2 de julio, 204/2002, de 31 de octubre, o 14/2004, de 12 de febrero, además de las mencionadas. Ha analizado esta jurisprudencia, con referencia a los problemas que genera la yuxtaposición de competencias con incidencia territorial y sus posibles soluciones, Germán Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Lustel, 2005, pp. 198 y siguientes.

contrario, ha de posibilitarse el ejercicio de ambas, es decir, ha de procurarse acomodar e integrar los títulos competenciales estatales y autonómicos que pueden converger sobre un mismo espacio físico y que, por eso mismo, están llamados a cohonestarse, según ha determinado el Tribunal Constitucional. Así, en sus pronunciamientos se contiene una consolidada doctrina (Sentencias 149/1998, FJ [fundamento jurídico] 5, y 46/2007, FJ 5, entre otras), en virtud de la cual dichas situaciones de concurrencia han de resolverse en función de dos parámetros,¹³ la colaboración y la competencia prevalente, cuya proyección sobre el litoral luego veremos.

Como antes se ha señalado, la coordinación y la colaboración interadministrativas han sido consideradas normalmente ineludibles en supuestos como el que tratamos,¹⁴ y de hecho, así ha venido siendo apreciado por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en su Sentencia 80/1985, de 4 de julio (FJ 2), indicó que si bien la coincidencia de competencias sobre el mismo espacio físico puede plantear dificultades en casos concretos, tales dificultades no obstan al principio de que la concurrencia sea posible, siendo necesario “que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente”. Concretamente, respecto al litoral, lo puso posteriormente de manifiesto en su Sentencia 149/1991 (FJ 4), donde entiende que el camino de la colaboración, e incluso concertación, es el modo idóneo de resolver esas tensiones, garantizando a cada Administración que ejerza sus competencias armónicamente.

Por consiguiente, resulta que estas situaciones han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a técnicas de este tipo, lo que se constituye en una obligación para los titulares de las competencias. Para ello, pueden elegirse en cada caso los instrumentos basados en la voluntariedad y el mutuo acuerdo se estimen más adecuados, pero deben permitir llegar a una solución satisfactoria para los intereses de las partes en conflicto. No en balde, esos instrumentos conllevarán la ne-

13. Véase respecto a los mismos Carmen Agoués Mendizábal, “La ordenación del territorio: su articulación con las políticas sectoriales y con la autonomía local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 79, 2007, pp. 383-386, y Lorenzo Pérez Conejo, *Las costas marítimas...*, *cit.*, pp. 298 y siguientes.

14. Sobre tales técnicas, Julio C. Tejedor Bielsa, *Gobierno del Territorio y Estado Autonomico*, Valencia, Gobierno de Aragón – Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 187 y siguientes.

cesaria ponderación de los intereses en presencia, sin que deba haber preferencia absoluta de una competencia sin contar con los titulares de otras competencias. En consecuencia, la falta de esa ponderación será inválida, por cuanto supondría prescindir de cualquier mecanismo o cauce de colaboración con las otras competencias afectadas.¹⁵

Sin embargo, para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, entiende el Tribunal (Sentencia 46/2007, FJ 7) que será preciso establecer cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra. En este sentido, ha declarado que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio (como la que ostenta sobre puertos de interés general), y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. De tal modo, debe tenerse en cuenta que cuando la Constitución realiza una atribución de ese tipo al Estado, lo hace porque bajo la misma subyace un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas. Ello se proyecta de una manera clara en el espacio litoral por las competencias que concurren, como luego veremos.

3. Las competencias autonómicas sobre la ordenación del litoral

3.1. Alcance y objeto de la ordenación del territorio: distribución de usos y articulación de los intereses concurrentes

En los recursos de inconstitucionalidad sobre la Ley de Costas y su Reglamento se mantenía como principal argumento que el Estado

15. En el supuesto de la Sentencia 46/2007, se trataba de la prohibición, impuesta unilateralmente por la Comunidad Autónoma, de instalación de nuevas infraestructuras aeronáuticas, entendiéndose el Tribunal que el Estado, titular de una competencia exclusiva al amparo del art. 149.1.20 CE, veía directamente impedido su ejercicio por una disposición autonómica que no preveía mecanismo alguno para intentar conciliar los diferentes intereses en presencia, con el consiguiente efecto de desplazamiento de las competencias estatales (FJ 6).

invadía la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3 CE). Se partía para esa aseveración de que en la totalidad de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades costeras se asumían dichas competencias con tal carácter, y además, en la mayoría de las Comunidades Autónomas recurrentes se mencionaba también la competencia para la ordenación del litoral, distinguiéndola de la más genérica ordenación del territorio.

Cabe señalar ya que esa distinción se consideró irrelevante por el Tribunal Constitucional, para quien “todas las Comunidades costeras competentes para la ordenación territorial lo son también para la del litoral”, espacio físico que “incluye al menos la ribera del mar y sus zonas de protección e influencia”, puesto que el artículo 148.1.3 CE no permite diferenciar entre territorio y litoral, ajustándose además con el concepto de territorio incluido en los Estatutos de Autonomía, que lo identifican con el de los municipios comprendidos en los límites administrativos de una o varias provincias, formando el litoral parte del territorio de los municipios costeros (STC 149/1991, FJ 1.A). Aun así, y tras los diversos procesos de reforma habidos, actualmente en la totalidad de los Estatutos de Autonomía de las diez Comunidades Autónomas costeras se declara la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y del litoral.¹⁶

Por lo demás, el artículo 114 LC establece que las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que, en las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar y demás relacionadas con el ámbito de la misma, tengan atribuidas en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, aunque –según añadió la Ley 53/2002, de 30 diciembre– alcanzarán exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores.

16. En los siguientes preceptos: artículo 56.5 y 6 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, artículo 10.1.3 del Estatuto de Autonomía de Asturias, artículo 30.15 del Estatuto de Autonomía de Canarias, artículo 24.3 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, artículo 149.1 y 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículo 31.9 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia, artículo 30.3 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, artículo 10.31 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

Aclarados esos extremos, es necesario fijar la extensión y los límites de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio¹⁷ y cómo afecta a las costas. En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de ello, tanto en la Sentencia 149/1991, como en otras posteriores. Según ha venido entendiendo, la ordenación territorial es “la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial” (STC 77/1984, FJ 2), para luego señalar que, concretamente, su núcleo fundamental está constituido “por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo” (STC 28/1997, FJ 5). Esta es la definición que, en esencia y con una u otra forma, más detallada en ocasiones, recogen las diversas leyes autonómicas dictadas sobre la materia, e incluso los Estatutos de Autonomía de Andalucía y de Cataluña cuando concretan su contenido,¹⁸ que se enmarca en aquella idea.

En este mismo sentido, el Consejo de Europa, en la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 23 de mayo de 1983, ha entendido que es la expresión geográfica de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad. Establece asimismo una serie de objetivos fundamentales de la política territorial, entre los que destacan tanto la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio natural que haga compatible la satisfacción de las necesidades crecientes de recursos y su conservación, como la utilización racional y equilibrada del territorio, definiendo los usos aceptables a potenciar para cada tipo de suelo. Por ello, señala que al mismo tiempo es una disciplina científica, una técnica administrativa

17. Sobre este particular, véase igualmente María Pardo Álvarez, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid, Junta de Castilla y León, Marcial Pons, 2005, pp. 47 y siguientes.

18. Al establecer el primero que incluye en todo caso el establecimiento y regulación de las directrices y figuras de planeamiento territorial, las previsiones sobre emplazamientos de infraestructuras y equipamientos, la promoción del equilibrio territorial y la adecuada protección ambiental (artículo 56.5), mientras que para el segundo incluye el establecimiento de las directrices de ordenación y gestión del territorio, del paisaje y de las actuaciones que inciden en los mismo, el establecimiento y la regulación de las figuras de planeamiento territorial y del procedimiento para su tramitación y aprobación, el establecimiento y la regulación de las figuras de protección de espacios naturales y de corredores biológicos, las previsiones sobre emplazamientos de las infraestructuras y los equipamientos de competencia de la Generalitat y la determinación de medidas específicas de promoción del equilibrio territorial, demográfico, socioeconómico y ambiental (artículo 149.1).

y una política de responsabilidad pública a desarrollar con un enfoque interdisciplinar e integrado, y dirigida tanto al desarrollo regional equilibrado como a la organización física del territorio de acuerdo a una estrategia de conjunto. Precisamente, apreciada la amplitud del objeto y la finalidad de la ordenación territorial, el Tribunal Constitucional ha entendido que se trata de una política, más que de una concreta técnica, de modo que para actuarla es necesaria “la incidencia territorial de todas la actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua” (STC 149/1991, FJ 1.B), es decir, es la expresión de la política territorial autonómica, pues la armonización de todos los intereses públicos y privados es una tarea más política que técnica.¹⁹

Por consiguiente, resulta evidente que la ordenación territorial, proyectada sobre la franja litoral, será la forma de hacer compatibles los diversos intereses públicos presentes en cada caso, afectantes a los usos de que es susceptible. Abarcando un ámbito supramunicipal, los instrumentos que la deben concretar serán los encargados de adoptar la necesaria visión integrada, impidiendo actuaciones descoordinadas y contradictorias, de las que los planes urbanísticos municipales han sido siempre una muestra palpable, tanto por la ausencia de un enfoque coordinado como por su demostrada incapacidad para procurar una utilización racional del suelo. Se trata de una necesidad apreciada de forma generalizada, y así, la mencionada Carta Europea del Litoral de 1981 incide en esta ordenación, reivindicando para cada zona costera la elaboración de “planes y esquemas de ordenación, teniendo en cuenta las peculiaridades regionales y locales”, instrumentos que deberán ser los encargados de controlar la urbanización continua de la banda litoral mediante una ordenación en profundidad de dicha zona, haciendo frente a la uniformización del paisaje y velando por la garantía del acceso público al mar. Con posterioridad, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 30 de enero de 2002, sobre los principios rectores para el desarrollo territorial sostenible del continente europeo, que han de asumir las políticas nacionales y europeas para mejorar la ordenación territorial, parte de que la amplia gama de actividades susceptibles de desarrollarse en el litoral puede

19. En este sentido Ricardo García Macho, “Ordenación del territorio y urbanismo en el Estatuto de Autonomía Valenciano”, en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 683. Véase igualmente Víctor Escartín Escudé, *El periurbanismo estatal*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 127 y siguientes.

generar numerosos conflictos, por lo que es necesario un enfoque integrado y sostenible de la política de desarrollo territorial. Específicamente, el concepto de la gestión integrada de zonas costeras se destina a tener en cuenta la interacción entre las actividades económicas y las necesidades sociales y ambientales al hacer uso de los recursos naturales en dichas zonas, por lo que debe ser un componente sistemático de la planificación regional.²⁰

Precisamente, el Tribunal Constitucional resaltó en su Sentencia 149/1991 (FJ 1.B) el componente coordinador de la ordenación del territorio, al decir que "nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de las distintas administraciones", incidiendo nuevamente en ello en su Sentencia 36/1994 (FJ 3), al establecer que el ente competente para ejercer la actividad ordenadora, "deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial".²¹ Por consiguiente, la política que respecto a sus costas se desarrolle por cada una de las Comunidades Autónomas debería integrarse en aquella más amplia de ordenación del territorio, y, por ello, será el modo de evitar una desarticulación en las intervenciones públicas que pueden darse en la zona litoral, pues supone lo contrario a su mera yuxtaposición descoordinada sin referencia terri-

20. La planificación integral del litoral es una idea que nació en la Unión Europea con el fin de dar respuesta a los problemas medioambientales y los conflictos de intereses que convergen en la franja litoral, buscando un enfoque territorial integrado. Ello se ha concretado en la denominada Gestión Integral de las Zonas Costeras (GIZC), como herramienta para lograr un desarrollo sostenible en el litoral y una coordinación en el trato que se le dispensa por las diferentes instancias territoriales. Por ello recomienda a los Estados miembros un enfoque estratégico e integrado de la gestión de sus zonas costeras a través de la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la Gestión Integrada de las Zonas Costeras en Europa, donde se describen los pasos que los Estados Miembros deberían seguir para desarrollar estrategias nacionales de GIZC, enfoque que debe basarse, entre otros elementos, en la protección del entorno costero, la aplicación de medidas de protección del litoral (por ejemplo, frente a las aglomeraciones) y de su patrimonio cultural, y la mejora de la coordinación de tales medidas. Véase al respecto Francisco Javier Sanz Larruga, "La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral", *Noticias de la Unión Europea*, 217, 2003, pp. 117-132.

21. Aunque el conflicto con las políticas sectoriales es inherente a la dinámica de la ordenación del territorio, como en su momento apuntó Miguel Sánchez Morón, "Planificación hidrológica y ordenación del territorio", *Revista de Administración Pública*, 123, 1990, pp. 85 y siguientes.

torial alguna, al pretender armonizar, desde la óptica autonómica, los problemas territoriales de ese espacio.²²

De tal modo, si necesariamente deberá integrar tanto la regulación de los usos del dominio público marítimo-terrestre como el repertorio de limitaciones que se imponen a los terrenos colindantes al mismo por la Ley de Costas, también formarán parte de la estrategia autonómica para el litoral, a incluir en esa ordenación, la propia política medioambiental, en este caso de las costas (que puede ir dirigida, por ejemplo, en la creación de espacios naturales litorales, o a la preservación complementaria de los valores naturales del litoral), el modelo urbanístico, la política turística, la de puertos autonómicos y deportivos (por los importantes efectos de regresión costera que producen), etc. En parte, así se recoge, por ejemplo, en los mencionados Estatutos de Autonomía de Andalucía y Cataluña.²³ aunque con una concepción bastante más limitada y centrada principalmente en aspectos ejecutivos que derivarían de la misma.

3.2. Las normas autonómicas de ordenación del territorio y del litoral

En ejercicio de sus competencias, todas las Comunidades Autónomas han dictado normas de ordenación territorial, dedicando las costeras parte de sus preceptos a la ordenación del litoral. Su utilidad para este cometido es manifiesta, por cuanto, de un lado, dados sus caracteres, las determinaciones que introducen tanto directamente como a través de sus instrumentos de aplicación deberán ser recogidas en el planeamiento urbanístico municipal, limitando su discrecionalidad.

22. A esta necesidad con referencia a las actividades turísticas se ha referido Omar Bouazza Ariño, *Ordenación del territorio y turismo*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 159 y siguientes

23. Pues en ambos la ordenación del litoral, respetando el régimen del dominio público, incluye en todo caso el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes; la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición; la regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general; la ejecución de obras y actuaciones en el litoral autonómico cuando no sean de interés general (artículos 56.6 y 149.3, respectivamente).

dad, pues es incuestionable que aquel resulta insuficiente para racionalizar un proceso tan complejo como el equilibrio entre la protección de las costas y el desarrollo urbanizador. De otro, en la línea que venimos exponiendo, asumen plenamente su función coordinadora de otras políticas sectoriales y decisiones públicas, al perseguir una percepción global e integrada del territorio y de todos sus elementos, frente a la visión parcial y específica con que las políticas sectoriales lo contemplan. En este cometido, además de posibilitar el ejercicio de las competencias estatales, debe también garantizar y articular la intervención del municipio en representación de los intereses que le son propios, una vez declarado inconstitucional el artículo 118 LC, que preveía la coordinación de la actividad municipal sobre la costa por el Estado.

Sin embargo, las Comunidades Autónomas no han seguido por lo general un único camino, sino que encontramos diversos modelos para hacer frente a esa necesidad ordenadora y coordinadora.²⁴ Así, en ocasiones se ha dictado leyes con el cometido específico de ordenación del litoral,²⁵ mientras que en otros casos se ha optado por aplicar a la costa los instrumentos que prevén sus leyes de ordenación del territorio, como los planes de ordenación y las directrices litoral, y en otras ocasiones no se ha ido más allá de las meras previsiones de sus normas generales. Se trata, en definitiva, de llevar a lo concreto los criterios de ordenación del litoral, aunque las Comunidades Autónomas avanzan a distintas velocidades y con diferentes prioridades, teniendo también diversas funciones y alcance los instrumentos de ordenación que prevén.

A mero título de ejemplo, y para no extendernos sobre el particular, los criterios o directrices para el tratamiento del litoral, según se recoge en algunas leyes autonómicas, pretenden establecer las bases de referencia que por las otras Administraciones deberán con-

24. Véase sobre los diversos instrumentos de ordenación territorial, Manuel Jiménez Dorantes, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 73 y siguientes

25. Por ejemplo, la Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia, tiene por objeto, entre otros extremos, garantizar la preservación del litoral en tanto no sea aprobado el Plan de ordenación del litoral o el planeamiento urbanístico adaptado a la legislación vigente y a los criterios de sostenibilidad económica, social y ambiental.

templarse en cuanto a su uso y protección.²⁶ Por tanto, plasman el concreto nivel de protección complementario que la Comunidad Autónoma respectiva otorga a esa franja de terreno, así como los usos posibles en la misma y su intensidad. A este respecto, cabe mencionar, entre otras, las directrices establecidas para el litoral en Asturias,²⁷ Andalucía,²⁸ Murcia,²⁹ Canarias³⁰ o la Comunidad Valenciana,³¹ que en algunos casos se recogen pormenorizadamente en la respectiva ley de ordenación territorial y en otras han sido el objeto de una norma de desarrollo. Junto a dichos criterios, se utiliza asimismo la

26. Como señala Fernando López Ramón, *Estudios jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 107 y siguientes, estos criterios, en cuanto provienen del Parlamento autonómico y poseen un verdadero carácter sustantivo o normativo, no consisten en meras declaraciones de deseo sin consecuencias jurídicas, sino que tiene un contenido preceptivo y vinculante como norma jurídica a la consecución de unos determinados objetivos.

27. El Decreto 107/1993, de 16 de diciembre, aprobó las Directrices Subregionales para la Franja Costera, con la vocación de constituir un instrumento de planificación y coordinación territorial conformado por un conjunto de referencias y de normas que tienen como objetivo el desarrollo de las medidas de protección y la ordenación a gran escala de los usos del suelo en la franja litoral.

28. En Andalucía, las Directrices Regionales del Litoral, aprobadas por Decreto 118/1990, de 17 de abril, persiguen establecer la máxima compatibilidad entre los distintos usos y aprovechamientos de las potencialidades del litoral y la preservación y renovación de sus recursos, aunque esa norma ha venido siendo luego derogada para concretos tramos de costa.

29. En el Texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 junio, el cometido de las Directrices de Ordenación Territorial es la regulación de actividades y la coordinación de políticas urbanísticas y sectoriales con incidencia territorial regional.

30. El Texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, prevé los Planes Insulares de Ordenación, que deberán incluir criterios para la defensa, mejora y ordenación del espacio litoral y espacios naturales marinos, incluyendo un listado de actividades susceptibles de desarrollarse en los mismos y en su entorno y, en su caso, las medidas específicas que deban ser tomadas por la Administración competente.

31. En la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, se establecen como criterios de ordenación del territorio los de la sostenibilidad en la ordenación del litoral, con el fin de asegurar la racional utilización del litoral armonizando su conservación con los restantes usos, especialmente con los de ocio, residencia, turismo, equipamientos y servicios públicos, la gestión racional de los recursos como el agua, el suelo, las playas, el paisaje, los espacios naturales de interés, las infraestructuras, los equipamientos y el patrimonio cultural, etc. Sin embargo para Omar Bouazza Ariño, "Ordenación del litoral y abusos urbanísticos (el caso valenciano)", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 34, 2009, p. 281, esta norma, por el carácter de los instrumentos de planificación que prevé, no plantea un enfoque integrado de ordenación del litoral.

figura de los planes de ordenación del litoral³² –que encontramos también con otras denominaciones–, y que, con carácter general, tienen por objeto ordenar los usos de que es susceptible la franja litoral, plasmando las directrices, criterios y principios que de un modo más genérico o abstracto la informan. Por ello, son el instrumento de planeamiento sectorial de ordenación del territorio litoral de la Comunidad Autónoma respectiva, con un ámbito supramunicipal, por lo que los planes urbanísticos y cualquier otra decisión pública con incidencia sobre el litoral quedan vinculados por su contenido. En consecuencia, están destinados a configurar finalmente el aspecto que tendrá el litoral autonómico en un futuro, recogiendo la política autonómica sobre el mismo. Se prevén, por ejemplo, en las Islas Baleares,³³ en Murcia,³⁴ en el País Vasco,³⁵ en la Comunidad Valenciana y Galicia,³⁶ en Cataluña³⁷ y en Andalucía.³⁸ Un caso singular lo constituye la Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación

32. Hay que mencionar que en los decretos de traspasos de funciones y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, se incluía normalmente la de formular, tramitar y aprobar los Planes de Ordenación del Litoral, que incluyen las playas y la zona marítimo terrestre.

33. Regulados en el Decreto 72/1994, de 26 de mayo, se dirigen a garantizar el mejor uso de los recursos y la integridad del dominio público marítimo-terrestre.

34. El Decreto 57/2004, de 18 junio, aprueba las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia (modificado por Decreto 1/2007, de 26 enero).

35. Decreto 43/2007, de 13 marzo, que aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de Protección y Ordenación del Litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

36. En la mencionada Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, se prevé un Plan de Acción Territorial del Litoral de la Comunidad Valenciana de carácter sectorial que establecerá las directrices de ocupación, uso y protección de la franja costera. También prevé un Plan de ordenación del litoral la Ley 6/2007, de 11 mayo, de Medidas urgentes de ordenación del territorio y del litoral de Galicia, al objeto de establecer los criterios, principios y normas generales para la ordenación urbanística de la zona litoral basada en criterios de perdurabilidad y sostenibilidad, así como la normativa necesaria para garantizar la conservación, protección y puesta en valor de las zonas costeras. Véase el análisis sobre esta norma que realiza Sonia Rodríguez-Campos González, "Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes", *Revista de urbanismo y edificación*, 17, 2008, pp. 71-84.

37. A través de los Planes Directores de Protección del Litoral, aprobados en el año 2005 con el fin de frenar su degradación y protegerlo, entre otros objetivos. Véase sobre los mismos, Pilar Riera y Carlos Haas, "Los planes directores urbanísticos de protección del litoral en Cataluña", en *Gobernanza territorial en España*, Valencia, Universitat de València, 2006, pp. 47 y ss.

38. Por ejemplo, con el Decreto 130/2006, de 27 junio, que aprueba el Plan de Ordenación del Litoral Occidental de Huelva.

del Litoral, que tiene por objeto dotar de una protección integral y efectiva a la franja costera correspondiente, así como el establecimiento de criterios para la ordenación del territorio de los municipios costeros de Cantabria.

4. La ordenación territorial y la prevalencia de competencias estatales

Dada su amplitud, el Tribunal Constitucional ha entendido que la anterior competencia exclusiva autonómica “no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio” (STC 149/1991, FJ 1.B). Es decir, ha advertido que dentro del ámbito material de dicho título no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial. No en balde, “el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio [...] con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo” (SSTC 61/1997, FJ 22, y 40/1998, FJ 30). Por tanto, como seguidamente veremos, en este supuesto prevalecerán las competencias estatales relacionadas en el artículo 149.1 CE sobre la competencia autonómica sobre ordenación del territorio.³⁹

39. Véase al respecto, Juan María Pemán Gavín, “Límites contenidos en el artículo 149.1 de la Constitución Española a las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo”, *Revista de Derecho Urbanístico*, 107, 1988, p. 65, Pedro Escribano Collado, “La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Prof. García de Enterría*, vol. IV, Civitas Madrid, 1991, pp. 3712-3713, y Lorenzo Pérez Conejo, *Las costas marítimas...*, cit., p. 303.

En cualquier caso, se impone un límite claro, por el que desde los ámbitos competenciales estatales no podrá llevarse a cabo una ordenación de los usos del suelo. Es decir, que para que ese condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima es indispensable “que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de los límites propios sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse”, debiendo atenderse en cada caso para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de aquel condicionamiento a cuál es la competencia ejercida por el Estado y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera (STC 149/1991, FJ 1.B).

4.1. La intervención estatal sobre los bienes de dominio público marítimo terrestre y los terrenos colindantes

Según motiva, la Ley de Costas se ocupa de proponer “una solución clara e inequívoca, acorde con la naturaleza de estos bienes, y que, con una perspectiva de futuro, tenga como objetivos la defensa de su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y virtualidades naturales y culturales, el aprovechamiento racional de sus recursos, la garantía de su uso y disfrute abierto a todos, con excepciones plenamente justificadas por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y el espacio, y con la adopción de las adecuadas medidas de restauración”. Consecuentemente, en su artículo 1º establece que el concreto objeto de su atención es “la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente la ribera del mar”. Por consiguiente, prevé la realización de tal cometido a través de diversas medidas, principalmente por medio de la extensión del concepto de dominio público marítimo-terrestre, pero también, entre otras, con el establecimiento de un régimen de protección complementario, que encuentran su concreción en las competencias administrativas que se relacionan en el artículo 110 LC.

4.1.1. El alcance de la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre

En diversas ocasiones se ha utilizado la calificación demanial de una determinada categoría de bienes para preservar su integridad

o alguna de sus características. Lo entendió de este modo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 14), al decir que la incorporación de un bien de dominio público supone “una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esa exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato”, con el fin de “asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privados, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial u otros similares”. Con ese propósito, actualmente la Constitución otorga una protección definitiva en su artículo 132 a “la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”, que serán bienes de dominio público estatal en todo caso, sujetos al régimen esencial que allí se establece para los mismos.

Así, según señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 149/1991 (FJ 8.A), la rotundidad del enunciado constitucional “hace imposible otra determinación que no sea la de entender que desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional, todos los espacios numerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines”. Por consiguiente, uno de los cometidos de la Ley de Costas ha sido desarrollar esa previsión constitucional, procediendo tanto a su concreción como a su ampliación (artículos 3 y siguientes). Asimismo, reitera el carácter estatal de dichos bienes, pues, en virtud de su artículo 9 “no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera”. Impedida, primero por la Constitución y luego legalmente, la titularidad autonómica y local de los bienes que conforman el dominio público marítimo-terrestre, la cuestión que se plantea es la de determinar si esa titularidad conlleva una reserva competencial sobre los mismos.

El Tribunal Constitucional se expresó claramente sobre esta cuestión ya con anterioridad a la regulación de la Ley de Costas,

estimando en su Sentencia 77/1984 (FJ 3), que “el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno, o considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan”, que deberán ejercerse conjuntamente con las estatales. Esta doctrina se ha venido manteniendo en otros pronunciamientos posteriores,⁴⁰ concretando que la titularidad estatal del dominio público y la competencia para determinar las categorías de bienes que lo integran no son, en sí mismos, criterios de delimitación competencial, sino un título de intervención que justifica el ejercicio de un conjunto de potestades por parte del Estado, detentador titular del dominio público. Por consiguiente, corresponde al Estado definir legislativamente el dominio público estatal⁴¹ y establecer el régimen jurídico de los bienes que lo integran,⁴² lo que hace la Ley de Costas.

De ello derivan tres importantes limitaciones para las Comunidades Autónomas, como se indica en la STC 46/2007 (FJ 12). En primer lugar, no puede determinar a través de sus instrumentos de ordenación del territorio los elementos, las características y las circunstancias físicas que deban concurrir para que un bien pueda ser incluido como uno de los que integran la ribera del mar. En segundo lugar, tampoco

40. Por ejemplo, en las Sentencias 227/1988, de 24 de noviembre (FJ 15), 103/1989, de 8 de junio (FJ 6.a), 149/1991, de 4 de julio (FJ 1.c), 36/1994, de 10 de febrero (FJ 3), y 149/1998, de 2 de julio (FJ 12).

41. Es competencia propia del Estado “la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo” (STC 227/1988, FJ 14), pues “tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal” (SSTC 149/1991, FJ 1.C, y 149/1998, FJ 12). En consecuencia, en la definición de los bienes que forman parte del dominio público marítimo-terrestre el legislador estatal era libre para escoger los criterios definitorios que considerase más convenientes (STC 149/1991, FJ 2 A).

42. Motivos por los que se ha recurrido en inconstitucionalidad la ya mencionada Ley 7/2009, de 6 mayo, de modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario. Según el recurso, pretende sustituir en territorio canario el régimen transitorio de la Ley de Costas, además de atribuir a la Administración autonómica el establecimiento unilateral y de forma autónoma del límite interior de la zona de servidumbre de protección, y afectar a la competencia estatal para otorgar autorizaciones y concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

pueden establecer *ope legis* un criterio directamente aplicable a otros con la específica finalidad de evitar que puedan ser calificados como bienes de dominio público, excluyéndolos *a priori* de dicha calificación. Finalmente, el ejercicio de la competencia autonómica sobre ordenación del litoral no puede a su vez reducir el contenido de las facultades que corresponden al Estado en cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre, entre las que se encuentra la definición de los criterios para determinar los bienes integrantes de dicho dominio público y la delimitación concreta de tales bienes.

La principal consecuencia de lo anterior es que tanto las previsiones legislativas como las competencias administrativas encaminadas a la protección del dominio público marítimo-terrestre y a asegurar su uso público, se encuentran amparadas por dicho título. Realizando esa concreción, el artículo 20 LC establece que la protección del dominio público marítimo-terrestre comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado, la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones.

Asimismo, como ha sido tradicional en el régimen de protección del dominio público, se proyecta también sobre la propiedad privada particular colindante al mismo. En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios (STC 149/1991, FJ 1.d.), como se establece en el artículo 21.1 LC. De aquí derivan, además, otros títulos de los que dispone el Estado para intervenir sobre esos terrenos, al estimar el Tribunal (FJ 3.D) que la consecución de aquellos fines implica la necesidad de una legislación básica para la protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE), garantizando al tiempo la igualdad básica de todos los españoles que posean fundos en esos terrenos (artículo 149.1.1 CE). Así, la previsión de la llamada servidumbre de tránsito (artículo 27 LC) se justifica por la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre que a la titular de ese dominio corresponde hacer efectiva, mientras que la servidumbre de acceso al mar (artículo 28 LC) es medida indispensable para la efectividad de la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre, y comporta la imposición a los planes y normas de ordenación territorial y urbanística de unos mínimos des-

tinados a garantizar suficientes accesos al mar y aparcamientos (STC 149/1991, FJ 3.E y F).

De igual modo, la determinación de la anchura y de los usos posibles en la zona de servidumbre de protección (artículo 25) constituyen, de una parte, criterios de ordenación que las Comunidades Autónomas deberán acoger en los correspondientes instrumentos, y de la otra e inmediatamente, norma básica de protección del medio ambiente, cuya naturaleza de tal legitima el condicionamiento que impone a la competencia de las Comunidades Autónomas para la ordenación del territorio (STC 149/1991, FJ 3.D.c). Por su parte, en la denominada zona de influencia (artículo 30 LC) se imponen a los planes de ordenación territorial unos determinados criterios, que en unos casos tienen se justifican por la voluntad de conjugar el libre acceso público a la zona marítimo-terrestre con la necesidad de mantener permanentemente expedita la zona reservada a la servidumbre de tránsito, mientras que otros encuentran su razón de ser en la protección del demanio, no en su integridad física, pero sí en la preservación de sus características naturales y en particular en la de sus valores paisajísticos (STC 149/1991, FJ 3.H).

Como consecuencia de lo anterior, la Ley de Costas, en el momento de distribuir las competencias administrativas, determina que corresponderá a la Administración estatal el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, así como su afectación y desafectación, y la adquisición y expropiación de terrenos para su incorporación a dicho dominio (artículo 110.a LC). Asimismo, y por recaer sobre el dominio público marítimo-terrestre, también será competencia estatal su gestión, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento, la declaración de zonas de reserva, las concesiones de obras fijas en el mar, así como las de instalaciones marítimas menores, tales como embarcaderos, pantalanes, varaderos y otras análogas que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo, y, por lo antes indicado, las autorizaciones en las zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar (artículo 110.b LC). Derivado de lo anterior, también lo será la tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres de tránsito y acceso al mar, así como la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con arreglo a las cuales hayan sido otorgadas las concesiones y autorizaciones correspondientes (artículo 110.c LC).

4.1.2. La protección del medio ambiente como uno de los ejes de la intervención estatal sobre el litoral

Como acabamos de señalar, la intervención del Estado sobre la zona costera se justifica también en razones medioambientales, de modo que algunas de las previsiones de la Ley de Costas constituyen legislación básica en esa materia. No en balde, como resulta de su exposición de motivos y de sus primeros preceptos, la protección litoral en su aspecto medioambiental, o la conservación de sus características naturales, ocupa una parte fundamental de su finalidad,⁴³ objetivo que suma un elemento más a la compleja concurrencia de títulos que se da sobre este espacio. Del tal modo, el artículo 149.1.23 CE reserva al Estado en exclusiva la competencia sobre legislación básica para la protección del medio ambiente, mientras que el artículo 148.1.9 CE permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre la gestión en materia de protección medioambiental, como han hecho, con diversas fórmulas, la totalidad de sus Estatutos de Autonomía, que recogen en algunos casos expresamente que la legislación estatal podrá ser complementada y desarrollada con normas de protección autonómicas.⁴⁴

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Costas, se argumentó que, con el fin de proteger y conservar el litoral, la regulación que hacía la alejaba de constituir una legislación básica, dejando escaso margen a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias legislativas. Si doctrinalmente no ha habido unanimidad sobre el alcance que debe tener la legislación básica en la materia, en la jurisprudencia constitucional tampoco se ha seguido siempre un mismo criterio. Así, en un primer momento se entendió que la legislación básica no cumple en este caso "una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mí-

43. Se ha entendido que con ello se da cumplimiento al mandato del artículo 45 de la Constitución, que se conecta así a su artículo 132.2, de modo que, para Alfonso Pérez Moreno, "La ley de Costas y el planeamiento urbanístico", *Revista de Derecho Urbanístico*, 117, 1990, p. 13, la Ley no es tanto desarrollo de la previsión contenida en este último precepto como del primero.

44. Normalmente se refieren a que sus competencias sobre protección del medio ambiente y, en algunos casos, normas adicionales de protección, se desarrollarán en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, o sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución.

nimos que ha de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado”, es decir, que pueden “completar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado”, en el ejercicio de su competencias de establecer normas adicionales de protección (STC 170/1989, FJ 2).⁴⁵

Posteriormente, precisamente en la Sentencia en la que se ocupa de la Ley de Costas, matizó este pronunciamiento, al entender que la legislación básica otorga al Estado el establecimiento de toda la normativa que considerase indispensable para la protección del medio ambiente, y no sólo los preceptos básicos necesitados de ulterior desarrollo, de modo que aquella será posteriormente susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas mediante sus medidas adicionales de protección, aunque ello no implica que deba dejarles un margen amplio para el desarrollo autonómico de su legislación, ni que pueda afirmarse la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que por el detalle por el que han sido concebidas no permiten desarrollo normativo alguno (STC 149/1991, FJ 1.D). Sin embargo, poco después volvió expresamente a su posición inicial, al declarar que “en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 (fundamento jurídico 1.D, in fine), de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido” (Sentencias

45. Asimismo, sobre si deben incluirse también las normas reglamentarias de ejecución, entiende que la legislación básica ofrece un “perímetro amplio por su formulación genérica con un contenido esencialmente amplio”, de modo que habrá de ser “un conjunto de normas legales, aun cuando también resulten admisibles –con carácter excepcional, sin embargo– las procedentes de la potestad reglamentaria... siempre que resulten imprescindibles y se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacional, circunstancial y, en suma, sometido a cambios o variaciones frecuentes e inesperadas” (STC 102/1995, FJ 8).

102/1995, FJ 8, 156/1995, de 26 de octubre, y 196/1996, de 28 de noviembre). De lo anterior resulta, como advierte el propio Tribunal, la inviabilidad de establecer con carácter previo criterios claros para calificar como básicas las normas ambientales estatales, sino que es función suya hacerlo, caso por caso. A resultas de ello, en algunos supuestos pueden tener una mayor alcance que en otros, aunque sin llegar a anular las competencias autonómicas mencionadas.⁴⁶

En el caso de la Ley de Costas, se han recogido sus previsiones en la generalidad de las normas autonómicas que regulan la materia, específicamente cuando se ocupan de la ordenación del litoral, por lo que cabe apreciar que, al menos en el plano legislativo, se ha alcanzado la finalidad de su protección, en cuanto constituyen límites ambientales a la ocupación urbanística del suelo costero. Además, y dado que todas las Comunidades Autónomas, con independencia de cuál sea la fórmula empleada en su Estatuto de Autonomía, son competentes para ejecutar la legislación del Estado sobre protección del medio ambiente, así como para establecer normas adicionales de protección, las limitaciones así establecidas por el Estado sobre la propiedad privada podrán ser complementadas por aquellas (artículo 21.3 LC), lo que se ha hecho en algunos casos.

En el plano administrativo, diversas de sus determinaciones, como las que comportan actuaciones en la zona de protección o limitaciones en la de influencia, por pertenecer al ámbito de la protección medioambiental del espacio costero –según fijó Tribunal Constitucional–, deben ser ejecutadas por las Comunidades Autónomas. Asimismo, son competentes para llevar a cabo los actos de ejecución que impliquen la aplicación de las normas sobre vertidos, sea cual fuere el género de éstos y su destino, por lo que la Sentencia 149/1991 (FJ 7.A.h) también cambió lo concerniente a la autorización de vertidos, que será de competencia autonómica, al haber declarado inconstitucional el artículo 110.h LC, que atribuía la autorización a la Administración estatal.⁴⁷

46. En este sentido, Inmaculada Revuelta Pérez, "Medio ambiente", en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 935.

47. Las disposiciones de la LC sobre las autorizaciones de vertidos desde tierra al mar fueron derogados por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

4.1.3. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales

Como antes hemos señalado, también es un condicionamiento de las competencias autonómicas el que viene impuesto por el título exclusivo estatal del artículo 149.1.1 CE, que le atribuye la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.⁴⁸ En el presente supuesto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la competencia estatal se revela en dos aspectos. Uno será su cometido de asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45 CE), en relación con el dominio público marítimo-terrestre, por lo que se fundamentan así todas aquellas normas destinadas a garantizar, en condiciones básicamente iguales, la utilización pública, libre y gratuita del demanio para los usos comunes, y a establecer, correlativamente, el régimen jurídico de aquellos usos o ocupaciones que no lo son.

Otro se conecta con la garantía de integridad de la zona marítimo-terrestre y de su accesibilidad mediante la imposición de servidumbres y limitaciones a la propiedad privada colindante, limitando facultades dominicales, correspondiendo al Estado regular las condiciones básicas de la propiedad es esos supuestos, asegurando así su igualdad. En cualquier caso, la regulación estatal no excluye la que pueda realizar la respectiva Comunidad Autónoma a través de los correspondientes instrumentos de ordenación del territorio, condicionando su uso. En este sentido, el artículo 149.1.1 CE no supone la incompetencia de la Comunidades Autónomas para legislar sobre las materias a la que alude, sino la obligación de que lo hagan de conformidad con las condiciones básicas reguladas por el Estado (Sentencia 61/1997, FJ 9.a, entre otras).

48. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 61/1997 (FJ 8), entendió que las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales, de modo que "han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta", y que en ellas hay que entender incluidos también aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con las mismas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho, etc.

4.1.4. Otros títulos con incidencia sobre el litoral: los puertos y las obras públicas de interés general

También son competencias exclusivas estatales, que condicionan las autonómicas y locales sobre ordenación del territorio y el urbanismo, las contempladas en el artículo 149.1.20 CE sobre la iluminación de las costas y los puertos de interés general, y en el artículo 149.1.24 CE sobre las obras públicas de interés general. Al primer título se ha referido recientemente la Sentencia 46/2007, al examinar un problema de colisión entre la competencia exclusiva del Estado en materia de aeropuertos de interés general, contrapuesta a la asimismo exclusiva competencia autonómica sobre ordenación del territorio, incluido el litoral. En ella se apela a sus numerosos pronunciamientos precedentes sobre la problemática de la concurrencia en un mismo espacio físico de competencias estatales y autonómicas derivadas de títulos jurídicos distintos, a lo que venimos haciendo referencia, por lo que se utilizan los criterios ya tratados anteriormente.

En cuanto a las obras públicas de interés general, el artículo 111 LC establece las que tendrán esa calificación y serán competencia de la Administración del Estado,⁴⁹ referidas a las necesarias para la protección, defensa, conservación y uso del dominio público marítimo-terrestre, la creación, regeneración y recuperación de playas, las de acceso público al mar no previstos en el planeamiento urbanístico, y las de iluminación de costas y señales marítimas. Si este último supuesto descansa en el título competencial antes mencionado, en el caso los tres primeros para el Tribunal Constitucional es evidente la conexión entre la definición de las obras calificadas de interés general y el ámbito propio de la facultades inherentes a la titularidad demanial (STC 149/1991, FJ 7.A.b).

En uso de tales competencias, el Ministerio de Medio Ambiente ha elaborado unas "Directrices para el tratamiento del borde costero"

49. Para el Tribunal Constitucional, ante la falta de su precisión por el constituyente, los órganos estatales, y singularmente el legislador, disponen de un margen de libertad para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten esa calificación interés general, como señaló en su Sentencia 40/1998 (FJ 17) en relación con los puertos. Véase al respecto Patricia Valcárcel Fernández, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Cizur Menor, Fundación Caixa Galicia - Thomson Civitas, 2006, pp. 159 y siguientes.

y unas “Directrices sobre actuaciones en playas”.⁵⁰ Su finalidad principal es ofrecer una guía acerca de cuál debe ser el contenido, el enfoque y los objetivos de los proyectos correspondientes a las obras litorales de interés general, entre las que destacan aquéllas que persiguen la protección de la integridad de la costa, su libre acceso y uso público, la garantía del tránsito litoral, etc., de modo que sirva de barrera a la expansión urbanística, protegiendo los espacios públicos litorales y rehabilitando aquellos bordes especialmente degradados. Por su carácter, son obligatorias para sus destinatarios, de forma que en la elaboración de los proyectos de actuaciones sobre esos bienes se deben seguir estrictamente sus determinaciones.

4.2. Competencias autonómicas y locales con proyección sobre las costas

4.2.1. Las competencias autonómicas y la protección del dominio público marítimo-terrestre

Siendo la titularidad del dominio público la que determina el ejercicio de competencias sobre el mismo por la Administración estatal (artículo 110 LC), la Ley de Costas se remite respecto a las que pudieran ostentar Comunidades Autónomas a lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía (artículo 114), aparte de los supuestos de adscripción de bienes integrantes de aquél demanio.⁵¹

De tal modo, en algunos Estatutos de Autonomía reformados se contiene una ampliación de las anteriores previsiones, con compe-

50. http://www.mma.es/secciones/acm/aguas_marinas_litoral/directrices/pdf/directrices_sobre_playas.pdf y http://www.mma.es/secciones/acm/aguas_marinas_litoral/directrices/pdf/directrices_sobre_borde_costero.pdf.

51. La adscripción procederá cuando la Comunidad Autónoma pretenda llevar a cabo la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de su titularidad, o de ampliación o modificación de los existentes. Como determina el artículo 49 LC, la porción de dominio público adscrita conservará su consideración jurídica, correspondiendo a la Comunidad Autónoma su utilización y gestión de una forma adecuada a su finalidad y con sujeción a las disposiciones pertinentes. Por ello mismo, la Administración estatal deberá informar favorablemente los proyectos autonómicos en cuanto a la delimitación del dominio público susceptible de adscripción, usos previstos y medidas necesarias para su protección. Sobre esta materia véase María Zambonino Pulito, “La adscripción del dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 271-272, 1996, pp. 609-637.

tencias hasta entonces estatales. Así, por ejemplo, en los Estatutos catalán (artículo 149.3) y andaluz (artículo 56.6) se incluye en su competencia de ordenación del litoral, respetando el régimen del dominio público, la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones. En consecuencia, se han realizado los primeros trasposos a Cataluña de funciones y servicios en materia de ordenación y gestión del litoral que venía desempeñando la Administración del Estado (artículo 110 LC) –lo que ha solicitado igualmente el Gobierno andaluz–, por medio del Real Decreto 1404/2007, de 29 de octubre, sobre autorizaciones e instalaciones marítimas, y del Real Decreto 1387/2008, de 1 de agosto, ampliándolas. De tal modo, se ha traspasado tanto la gestión y otorgamiento de diversas autorizaciones y concesiones sobre el dominio público marítimo terrestre, así como la vigilancia y el régimen sancionador en relación con las mismas, como la gestión y otorgamiento de autorizaciones en zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar.

También en este camino, el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (artículo 32.17), dispone que le corresponde, en los términos que se establezcan en las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado, la función ejecutiva en la gestión del dominio público marítimo-terrestre, respetando el régimen general del dominio público. Se refiere especialmente a la concesión de autorizaciones, a la ejecución de obras y actuaciones en el litoral que no sean de interés general, a la policía administrativa en la zona de dominio público marítimo-terrestre y a las concesiones y los amarres.

Fuera de estos supuestos, como hemos señalado, será respecto a los terrenos colindantes donde las Comunidades Autónomas podrán intervenir estableciendo medidas adicionales de protección, ya que las contenidas en la Ley de Costas se han establecido con carácter de regulación mínima y complementaria de la que dicten aquellas (artículo 21.3 LC). De tal modo, si bien en el artículo 110 LC se establecen competencias administrativas estatales que recaen sobre las servidumbres que se ubican en dichos terrenos, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la inclusión que se hacía en el mismo de las autorizaciones en la zona de protección (STC 149/199, FJ 7.A.b y c), de modo que corresponderán a las Comunidades Autónomas tanto las autorizaciones en esa zona, como la tutela y policía de la misma, al tratarse de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las consti-

tucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (STC 149/1991, FJ 3.D.a). En cambio, en el caso de las servidumbres de tránsito y de acceso al mar, no se niega la competencia estatal para su tutela y policía, aunque “esta competencia ni autoriza a esta Administración para llevar a cabo actuaciones que no estén orientadas por la necesidad de asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización, ni excluye en modo alguno la competencia propia de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la tutela y la policía de las actividades que se lleven a cabo en la zona de protección”, debiendo resolverse la eventual duplicidad de actuaciones de acuerdo con los criterios que para las relaciones interadministrativas establece en el artículo 116 LC.

4.2.2. Las competencias del municipio sobre su litoral

Tanto la determinación del dominio público marítimo-terrestre como las medias de protección sobre los terrenos colindantes condicionan diversas competencias municipales, singularmente las que osententan sobre planificación y gestión urbanística y protección del medio ambiente, entre otras. Por su parte, la Ley de Costas prevé que ejerzan las relacionadas con su objeto, que se relacionan en el artículo 115, que podrán asumir en los términos previstos por la legislación que dicten sus Comunidades Autónomas.⁵² Algunas de ellas se concretan en la participación, mediante informe, en procedimientos com-

52. Por lo demás, como antes se ha señalado, el anterior artículo 118 LC fue declarado inconstitucional. En él, con el fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas en la zona litoral, se atribuía a la Administración del Estado la facultad de coordinar la actividad de la Administración local implicada, en los términos del artículo 59 LBRL. Dado que, como se requiere en este precepto, no se establecían las condiciones y los límites de dicha coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o la correspondiente Asamblea Legislativa”, y al ser esas condiciones y esos límites legalmente previstos en cada caso naturalmente indispensables para preservar la autonomía local, ésta resulta ignorada mediante una habilitación general como la que el artículo 118 LC contenía. Además, dicho precepto abría el camino para que la Administración estatal asumiera la tarea de coordinar la actuación de las Corporaciones Locales en materias que, como la de ordenación territorial, son de competencia de las Comunidades Autónomas, ya que no establecía distinción material alguna. (STC 149/1991, FJ 7.D.b).

petencia de la Administración estatal,⁵³ mientras que otras son las que podrán ostentar sobre las playas.

En este último supuesto, consisten en mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad, así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas –competencia ya presente en la Ley de Costas de 1969–.⁵⁴ Con ese fundamento, en ocasiones se han dictado ordenanzas municipales reguladoras del uso y aprovechamiento de las playas, con el fin de mantener las playas del término municipal en las mejores condiciones higiénico sanitarias y regular lo relativo a aquella vigilancia. De tal modo, regulan el correcto uso de las mismas –partiendo de que es libre, público y gratuito–, normalmente en lo relativo a la presencia de animales, circulación de vehículos, pesca, prácticas deportivas, etc., con la previsión igualmente de un régimen sancionador.

Asimismo, se permite a los municipios explotar los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas por cualquiera de las formas de gestión directa o indirecta previstas en la legislación de régimen local (artículo 115.c y d LC). En este sentido, el artículo 53.1 LC prevé el otorgamiento preferente de las autorizaciones a los Ayuntamientos que lo soliciten, lo que constituye, a juicio del Tribunal Constitucional (STC 149/1991, FJ 4.E.b), un instrumento eficaz para cumplir las obligaciones que el mencionado artículo 115 LC les impone, lo que no les dispensa en modo alguno de la observancia de las normas dictadas por la Comunidad Autónoma de la que formen parte en las materias de su competencia.

Por otro lado, en cuanto al condicionamiento de las competencias municipales sobre el suelo, como antes hemos señalado, las pre-

53. Según ha interpretado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 149/1991 (FJ 7.C), se prevé así la posibilidad de que la legislación autonómica permita a los correspondientes municipios informar en los expedientes de deslinde o en los que se inicien para atender solicitudes de reserva, adscripción, concesión o autorización, cuya resolución corresponde en todo caso a la Administración estatal.

54. Lo que ha sido desarrollado por algunas Comunidades Autónomas, como es el caso del Decreto 2/2005, de 14 de enero, regulador de las medidas mínimas de seguridad y protección que han de cumplir las playas y zonas de baño de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

visiones de la Ley de Costas –y las que pueda haber aportado la ordenación autonómica del litoral–, limitan su discrecionalidad, al predeterminar su clasificación y posible uso o aprovechamiento, según se ubique a un lado u otro de la línea de deslinde y su distancia de ella.⁵⁵ De otra parte, el sistema de autorizaciones que se prevé en esa legislación no comporta la desaparición de la competencia municipal para intervenir en todos los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo a través del otorgamiento de licencias. No obstante, esta regla general se excepciona por la innecesariedad de obtener licencia urbanística municipal para las obras públicas de interés general competencia de la Administración del Estado citadas en el artículo 111.1 LC,⁵⁶ de modo que se sustituye por un informe.

5. Las formas de colaboración en la ordenación y gestión del litoral

Por lo hasta ahora visto, en casos de concurrencia entre títulos estatales y autonómicos, se deben de utilizar aquellas técnicas que pongan en común sus intereses y que resulten más adecuadas para alcanzar el fin pretendido. Al respecto, tanto la legislación sectorial como la de ordenación territorial y urbanística prevén diversos instrumentos de coordinación y colaboración. En el caso de la Ley de Costas y su Reglamento, se establecen también previsiones sobre las relaciones interadministrativas, disponiendo en primer lugar el artículo 116 LC que las Administraciones públicas cuyas competencias incidan sobre el ámbito espacial contemplado en la misma ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a aquéllas. Estas pautas, en algunos casos se concretan en otros preceptos o actuaciones, como ocurre con el deber de información mutua en el artículo 209 RC, por el que las distintas Administraciones competentes están obligadas a notificar a las otras el otorgamiento de toda clase de títulos administrativos sobre el dominio público y sus zonas de servidumbre, el asesoramiento técnico que

55. Véase al respecto, Ángel Manuel Moreno Molina, *Urbanismo y Medio Ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 184 y ss., y Juan Barreda Barberá, *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 59 y ss.

56. En la redacción dada al apartado 3 de este artículo por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, donde también se dispone que su ejecución no podrá ser suspendida por otras Administraciones Públicas, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan.

debe prestarse por la Administración estatal a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales (artículos 110.k LC y 203.1.k RC), o los convenios de colaboración celebrados entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas para la gestión del litoral con los objetivos de su protección y defensa.⁵⁷ Entre ellas, la que responde a un modo de operar generalizado en la búsqueda de entendimiento, es la que se realiza mediante la emisión de informes en los procedimientos competencia de otra Administración,⁵⁸ prevista en diversos de sus preceptos y en la legislación general.⁵⁹

En efecto, dada la vinculación existente entre la legislación de costas y el planeamiento urbanístico, que debe incorporar sus previsiones relativas a las zonas de servidumbre y de influencia, se establece la necesidad de que la Administración estatal participe en su elaboración con carácter preceptivo.⁶⁰ A la necesidad de esa participación se refiere la Ley de Costas en su motivación, al constatar la ausencia de una coordinación eficaz “entre la legislación del dominio público marítimo y la del suelo”, elaboradas “sin tener en cuenta la interacción tierra-mar, ni la necesidad de establecer medidas que garanticen la conservación de estos espacios singularmente sensibles al deterioro”. En consecuencia, el artículo 112 LC relaciona los supuestos en que la Administración estatal debe emitir un informe de ese carácter en cuan-

57. Como por ejemplo, los convenios entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Generalitat Valenciana (Resolución de 21 de julio de 2005), o el Principado de Asturias (Resolución de 24 de junio de 2004).

58. Para Manuel Jiménez Dorantes, *Coordinación interadministrativa...*, cit., p. 96, esta técnica carece de los requisitos que exige la coordinación, como es la facultad decisoria, por lo que deben considerarse técnicas de cooperación, pues se desarrollan en pie de igualdad entre las dos Administraciones.

59. En este sentido, según el artículo 58.2 LRBRL, en la determinación de usos y en la adopción de resoluciones por parte de otras Administraciones públicas en materia de concesiones o autorizaciones relativa al dominio público de su competencia, será requisito indispensable para su aprobación el informe previo de los municipios en cuyo territorio se encuentre dicho dominio público, de acuerdo con lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por lo demás, dispone que la participación de los municipios en la formación de los planes generales de obras públicas que les afecten se realizará de conformidad con lo que disponga la correspondiente legislación sectorial.

60. Véase sobre la intervención estatal con ese fin, Víctor Escartín Escudé, *El periurbanismo estatal*, cit., pp. 133 y siguientes, y María del Carmen Núñez Lozano, *Legislación de costas y planificación urbanística*, Sevilla, Derecho Global, 2009, pp. 235 y siguientes.

to al cumplimiento de las previsiones de la Ley de Costas y de las normas que se dicten para su desarrollo y ejecución, entre los que se encuentran los planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión,⁶¹ aclarando el artículo 205.2 RC que la preceptividad del informe alcanza a la totalidad de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística que afectan al dominio público marítimo-terrestre y a las zonas de servidumbre.⁶²

Por su parte el artículo 117 LC concreta el procedimiento para su emisión, disponiendo que el órgano competente para su aprobación inicial deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes. Concluida la tramitación del plan o normas de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva, la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquél para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo. En caso de que el informe no sea favorable en aspectos de su competencia, se abrirá un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo. Si, como resultado de este acuerdo, se modificara sustancialmente el contenido del plan o normas, deberá someterse nuevamente a información pública y audiencia de los Organismos que hubieran intervenido preceptivamente en la elaboración.

La técnica del informe vinculante ha sido examinada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y para este supuesto en su Sentencia 149/1991 (FJ 7.A.c), entendiéndose que esta técnica "simplifica la tramitación, en términos análogos a la importante regla de racionalización que dispone el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley de 1958), evitando tener que seguir dos procedi-

61. Además, procederá en los siguientes casos: planes y autorizaciones de vertidos industriales y contaminantes al mar desde tierra, a efectos del cumplimiento de la legislación estatal y de la ocupación del dominio público marítimo-terrestre; proyectos de construcción de nuevos puertos y vías de transporta de competencia de las Comunidades Autónomas, ampliación de los existentes o de su zona de servicio y modificación de su configuración exterior; y, declaraciones de zonas de interés para cultivos marinos, concesiones y autorizaciones, de acuerdo con la legislación específica.

62. Se han añadido algunas especialidades en la emisión de informes en el caso particular de Cataluña, por la ampliación competencial operada con los traspasos antes mencionados, en la norma que los realiza.

mientos separados y facilitando la colaboración entre las Administraciones estatal y autonómica para el cumplimiento de sus distintos fines" (FJ 4.D). Por ello, la aprobación final del plan o proyecto se convierte en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades, aunque la aprobación de los referidos instrumentos de ordenación no se subordina en cualquier caso esa la concurrencia, sino únicamente en aquellos supuestos en los que el informe desfavorable de la Administración estatal verse sobre materias de su competencia, entendiéndose sólo entonces vinculantes sus objeciones. Si las objeciones así planteadas no fueren atendidas, a la Administración estatal no le quedará otra opción que acudir a los tribunales para asegurar el respeto a la Ley de Costas (artículo 119 LC). Otra cosa es que no se hubiera solicitado el mismo, ya que su carácter preceptivo determinará la nulidad del instrumento aprobado.

Del otro lado, la Sentencia 46/2007 (FJ 10) trata el supuesto en que sea el informe autonómico el que se configure como preceptivo y vinculante para la competencia estatal, examinando si ello resulta excluyente de los supuestos de prevalencia o condicionamiento de las competencias sectoriales del Estado sobre la competencia autonómica de ordenación territorial. Si nada impide que la Comunidad Autónoma pueda sujetar las actuaciones sectoriales del Estado a informe preceptivo, excedería del marco competencial, así como del ámbito de colaboración y cooperación interadministrativa, en el caso de que el informe autonómico se configura no sólo como preceptivo sino, además, como vinculante para el Estado. Para el Tribunal, ello supone, en última instancia, la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido por proyectarse sobre un mismo espacio físico, pues "ello sería tanto como supeditar el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado a la competencia de ordenación del territorio y urbanismo de las entidades territoriales afectadas" (STC 204/2002, de 31 de octubre, FJ 8), ya que determinaría con carácter general el sentido de la resolución final que adopte el Estado en el ejercicio de sus competencias, "lo que supone una limitación de las competencias estatales que va más allá del derecho que asiste a la Comunidad Autónoma a intervenir o participar en la elaboración de los proyectos o planes estatales y no encuentra amparo en la competencia exclusiva autonómica sobre ordenación del territorio y del litoral", sin que asegure la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial (STC 149/1998, FJ 10).

Asimismo, se establece también la participación autonómica y local en los casos de las normas estatales para la especial protección de las costas previstas en el artículo 22 LC.⁶³ Por desarrollar la Ley de Costas en materia de competencia estatal, estas normas se imponen una vez aprobadas al ordenamiento territorial y urbanístico que afecten.⁶⁴ Por esta razón en el trámite conducente a su aprobación es necesario que emitan informe las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en cuyo territorio incidan. De tal modo, en dicho informe, a evacuar en el plazo de un mes, pueden formular las objeciones que deriven de sus instrumentos de ordenación, aprobados o en tramitación. Si se observasen discrepancias sustanciales entre el contenido de las normas proyectadas y las objeciones formuladas, se debe abrir un periodo de consulta entre las tres Administraciones para resolver de común acuerdo las diferencias manifestadas (artículos 22.2 LC). De dichas consultas debe resultar un acuerdo expreso, sin el cual estas normas no podrán ser aprobadas (artículo 42.3 RC).

6. Bibliografía citada

AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, "La degradación continuada de los litorales europeos amenaza el nivel de vida de los ciudadanos", *EEA Briefing 3/2006*. URL: http://www.eea.europa.eu/es/publications/briefing_2006_3 [Consulta: 08-01-2010].

— *Situación y presiones del medio ambiente marino y del litoral mediterráneo*, Copenhague: AEMA, 2000.

— Informe 6/2006, *The changing faces of Europe's coastal areas*, URL: http://reports.eea.europa.eu/eea_report_2006_6/en/ [Consulta: 08-01-2010].

AGOÚÉS MENDIZÁBAL, Carmen, "La ordenación del territorio: su articulación con las políticas sectoriales y con la autonomía local", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, 2007.

BARREDA BARBERÁ, Juan, *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

63. Véase sobre su régimen, María del Carmen Núñez Lozano, *Legislación de costas...*, cit., pp. 49 y siguientes.

64. En este sentido se expresa, además, la disposición transitoria tercera, 3 y 4, de la Ley de Costas.

BOUAZZA ARIÑO, Omar, *Ordenación del territorio y turismo*, Barcelona: Atelier, 2006.

—, "Ordenación del litoral y abusos urbanísticos (el caso valenciano)", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, *El periurbanismo estatal*, Madrid: Adestor - Marcial Pons, 2009.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro, "La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución", *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Prof. García de Enterría*, vol. IV. Madrid: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid: Iustel, 2005.

GARCÍA MACHO, Ricardo, "Ordenación del territorio y urbanismo en el Estatuto de Autonomía Valenciano", *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Estudios jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Pamplona: Aranzadi, 1995.

JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid: Marcial Pons, 2003.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Urbanismo y Medio Ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

NOGUERA de la MUELA, Belén, "Competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 30, 1991.

NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, *Legislación de costas y planificación urbanística*, Sevilla: Editorial Derecho Global, 2009.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Cambios de ocupación del suelo en España: implicaciones para la sostenibilidad*, Madrid, 2006.

PARDO ÁLVAREZ, María, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid: Junta de Castilla y León, Marcial Pons, 2005.

PEMÁN GAVÍN, Juan María, "Límites contenidos en el artículo 149.1 de la Constitución Española a las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 107, 1988.

PÉREZ CONEJO, Lorenzo, *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Granada: Comares, 1999.

PÉREZ MORENO, Alfonso, "La Ley de Costas y el planeamiento urbanístico", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 117, 1990.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, "Medio ambiente", en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007.

RIERA, Pilar y HAAS, Carlos, "Los planes directores urbanísticos de protección del litoral en Cataluña", *Gobernanza territorial en España*, Valencia: Universitat de València, 2006.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, María del Pino, *El dominio público marítimo terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, "Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes", *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 17, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Planificación hidrológica y ordenación del territorio", *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier, "La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 217, 2003.

SOCÍAS CAMACHO, Joana M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Madrid: Universidad Carlos III - Boletín Oficial del Estado, 2001.

SOLA TEYSSIERE, Javier, *Ordenación territorial y urbanística de las zonas turísticas*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.

TEJEDOR BIELSA, Julio C., *Gobierno del Territorio y Estado Autonómico*, Valencia: Gobierno de Aragón – Tirant Lo Blanch, 2001.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Cizur Menor: Fundación Caixa Galicia - Thomson Civitas, 2006.

ZAMBONINO PULITO, María, "La adscripción del dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 271-272, 1996.

RESUMEN

Sobre la zona litoral se da una concurrencia de competencias que determina la necesidad de integrar en su ordenación y gestión los intereses presentes. Para ello, la doctrina constitucional ha utilizado los parámetros de la cooperación y, en su defecto, la determinación de la competencia prevalente. En este contexto, la ordenación del territorio y del litoral por las Comunidades Autónomas, por sus funciones de distribución de usos y de articulación de las visiones sectoriales y locales concurrentes, se configura como el instrumento idóneo para lograr su gestión integral, que atienda tanto a la finalidades de la Ley de Costas como a los intereses autonómicos y municipales sobre la misma. En este sentido, son diversos los títulos estatales que condicionan esa competencia autonómica y que justifican el reparto de funciones y las formas de colaboración que prevé la Ley, entre los que cabe considerar las facultades que derivan de su titularidad del dominio, de la protección del medio ambiente litoral, la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes constitucionales, y otros títulos con incidencia sobre este espacio.

Palabras clave: costas; litoral; zona marítimo-terrestre; ordenación del territorio; dominio público.

RESUM

Sobre la zona litoral hi ha una concurrència de competències que determina la necessitat d'integrar a la seva ordenació i gestió els interessos presents. Amb aquesta finalitat, la doctrina constitucional ha utilitzat els paràmetres de la cooperació i, si no n'hi havia, la determinació de la competència prevalent. En aquest context, l'ordenació del territori i del litoral per les comunitats autònomes, per les seves funcions de distribució d'usos i d'articulació de les visions sectorials i locals concurrents, es configura com l'instrument idoni per aconseguir-ne la gestió integral, que atengui tant la finalitats de la Llei de costes com els interessos autonòmics i municipals sobre aquesta. En aquest sentit, són diversos els títols estatals que condicionen aquesta competència autonòmica i que justifiquen el repartiment de funcions i les formes de col·laboració que preveu la Llei, entre els quals es poden considerar les facultats que deriven de la seva titularitat del domini, de la protecció del medi ambient litoral, la regulació de les condicions bàsiques per a l'exercici de drets i el compliment de deures constitucionals, i altres títols amb incidència sobre aquest espai.

Paraules clau: costes; litoral; zona maritimoterrestre; ordenació del territori; domini públic.

ABSTRACT

On the coastline, there is a conflict of powers which determines the need to coordinate existing interests in the planning and management of the coastal zone. For this reason, constitutional principles have employed cooperation parameters, and failing these, the prevailing competence has been determined. In this context, territorial and coastline planning by Spanish Autonomous Communities (AC) has been adopted as the ideal instrument to accomplish the coastline's all-round management since AC decide on land use and coordinate sectorial and local competences. This instrument considers not only the objectives of the Coastal Law, but also the local and regional interests in it. In this sense, there are several state regulations that condition this regional competence and justify the assignment of tasks and the forms of collaboration as set out in the Law. Among them, it is necessary to consider the powers which are a result of the ownership of the domain, the protection of the coastal environment, the regulation of the basic conditions for the exercise of rights, the fulfilment of constitutional duties, and any other regulations which may affect this area.

Key words: coasts; coastline; maritime-terrestrial zone; zoning of the territory; public domain.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES

Mariano Bacigalupo Saggese

Profesor titular de Derecho Administrativo de la UNED y director de la Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de Energía

SUMARIO: I. Introducción. – II. La distribución de competencias en materia de energías renovables conforme a la legislación sectorial energética: marco general. – A. Articulación de competencias y referencias normativas. – 1. Articulación de competencias. – 2. Referencias normativas básicas. – B. Competencias de la Administración General del Estado. – C. Competencias de las Comunidades Autónomas. – D. Competencias de la Comisión Nacional de Energía. – III. Examen de supuestos problemáticos. – A. El acceso del régimen especial a las redes de distribución. – 1. Aproximación al derecho de acceso. – 2. Acceso, conexión y problemas competenciales. – 3. El acceso a las redes de distribución. – 4. Procedimientos autonómicos sobre acceso y conexión. – B. Concursos autonómicos en materia eólica. – 1. Contestación de la CNE a una consulta planteada por el Gobierno de Cantabria. – 2. El concurso eólico celebrado en Galicia. – C. Problemas competenciales en materia de subvenciones. – D. Problemas competenciales asociados al crecimiento del sector. – 1. Posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas e inspecciones de la CNE. – 2. Proliferación de plantas fotovoltaicas y registro de pre-asignación. – IV. Conclusiones. – *Resumen-Resum-Abstract.*

I. Introducción

El presente trabajo analiza la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables.

La normativa española regula la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables dentro del llamado régimen

especial de producción eléctrica –o, sin más, “régimen especial”– por contraposición al régimen ordinario. La propia terminología remarca que la producción de electricidad a partir de fuentes renovables sigue siendo, hoy en día, la excepción, por mucho que esté en aumento.¹ Así pues, aunque no sean conceptos exactamente coincidentes, los términos *energía renovable* y *energía en régimen especial* tienden, en la práctica, a asimilarse.

El régimen especial se define en el artículo 27 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE).² En síntesis, la actividad de producción de energía eléctrica tendrá –con arreglo a dicho artículo– la consideración de producción en régimen especial en los siguientes casos, siempre y cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 megavatios (MW), a saber: a) instalaciones que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas con alto rendimiento energético; b) cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre que su titular no produzca en régimen ordinario; c) cuando se utilicen como energía primaria residuos no renovables.³

1. La energía procedente del régimen especial cubrió más del 23% de la demanda eléctrica en España durante el año 2008, último con datos disponibles (véase el informe de Red Eléctrica de España *El sistema eléctrico español en 2008*, disponible en la página Web institucional del operador del sistema: www.ree.es, apartado ‘El sistema eléctrico español’).

2. Cuya vigente redacción procede de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Siendo relativamente reciente esa adaptación, se ha aprobado una Directiva que sustituye a la anterior, y que está pendiente de trasposición al Derecho español. Se trata de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

3. Artículo 27. Régimen especial de producción eléctrica. 1. La actividad de producción de energía eléctrica tendrá la consideración de producción en régimen especial en los siguientes casos, cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 MW: a) Instalaciones que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético. b) Cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario. c) Cuando se utilicen como

La estructura elegida para este trabajo pretende ser sencilla, y se desarrolla de forma sistemática. La primera parte describe, a grandes rasgos y partiendo en lo esencial de la expresa delimitación competencial prevista en la legislación energética estatal (revisada en 2007 con ocasión de la transposición de las directivas comunitarias de electricidad y gas de 2003), la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el sector energético, con especial atención a la producción de energía eléctrica en régimen especial. Tales explicaciones se completan con un elenco básico de referencias a la normativa comunitaria, estatal y autonómica en la materia, a modo de guía para el lector.

Para la segunda parte dejamos el examen de algunos supuestos de orden más práctico que nos permitirán detenernos en problemas de actualidad. El primero al que aludiremos es el del derecho de acceso de los productores en régimen especial a las redes de distribución, y de cómo ciertos procedimientos autonómicos pueden afectar al ejercicio de tal derecho, de competencia estatal. También se menciona el caso de ciertos concursos autonómicos de adjudicación de potencia eólica que utilizan mecanismos de dudosa compatibilidad con el orden de distribución de competencias y algunos de los principios que informan la regulación vigente del sector energético. Nos ocuparemos también de la distribución competencial en materia de subvenciones a las energías renovables, a propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (núm. 136/2009). Y en el último supuesto examinado analizaremos dos problemas estrechamente conectados entre sí: la inspección de plantas fotovoltaicas a través de la Comisión Nacional de Energía (CNE), y la creación del llamado Registro de pre-asignación de retribución. Todos estos ejemplos, como es obvio, no agotan la casuística de posibles problemas competenciales.

Por otro lado, el enfoque del trabajo será estrictamente jurídico, en un doble sentido: asuntos como el referido a los llamados "concursos eólicos" admiten sin duda otras lecturas distintas de la jurídica

energía primaria residuos no renovables. También tendrá la consideración de producción en régimen especial la producción de energía eléctrica desde instalaciones de tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios, con una potencia instalada igual o inferior a 25 MW, cuando supongan un alto rendimiento energético.

(en particular, política), pero no son objeto de nuestra atención. De forma similar, aspectos técnicos propios de un sector tan especializado como el energético serán meramente enunciados, sin que podamos adentrarnos en profundidades de orden técnico.

El presente trabajo pretende ser manejable incluso para legos en Derecho y no especialistas en el sector, y por ello nos detendremos en la definición de conceptos básicos o de términos poco habituales en otras ramas del Derecho, o exclusivos de este sector. En general, la transcripción literal de preceptos legales figura en notas a pie de página, para no entorpecer la lectura.

Será habitual la cita de resoluciones de la CNE en todos aquellos casos en los que el ente regulador del sector haya formado criterio sobre los problemas tratados. En cambio, el recurso a opiniones doctrinales (por ahora, y en términos generales, no muy abundantes) será menos frecuente, pues no se pretende acometer en la presente ocasión una valoración crítica en toda regla de la materia, siendo el alcance de la presente colaboración esencialmente descriptivo, y en ese sentido más modesto. En todo caso, la mención de fuentes doctrinales permite ampliar aspectos concretos de la materia que se aborda.

II. La distribución de competencias en materia de energías renovables conforme a la legislación sectorial energética: marco general

Como es sabido, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas surge, en lo fundamental, de la Constitución Española (CE) y de los Estatutos de Autonomía de estas últimas, que integran conjuntamente el llamado "bloque de la constitucionalidad". Con base en las previsiones contenidas en el mismo, el concreto reparto competencial en el sector eléctrico español ha sido precisado por la LSE.

La LSE distribuye las competencias entre tres "autoridades reguladoras" distintas, a saber: la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y el ente regulador en sentido estricto, la CNE. La posible existencia de varios reguladores, que permitía la anterior Directiva comunitaria, es uno de los aspectos modificados por

la más reciente, que exige un regulador único.⁴ A continuación se expone el marco general de la distribución de competencias en materia eléctrica, con especial atención a la producción en régimen especial. Incluimos una referencia a las competencias específicas de la CNE, dada su trascendencia.⁵ Con carácter previo a ese análisis incluimos ciertas referencias obligadas a la normativa comunitaria, estatal y autonómica, y un esquema básico de articulación de las distintas competencias.

A. Articulación de competencias y referencias normativas

A tal efecto, recapitularemos brevemente (i) algunas nociones elementales básicas sobre la articulación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y (ii) ciertas referencias normativas de inevitable cita, generales del sector eléctrico y particulares del régimen especial, en los planos comunitario, estatal y autonómico.

1. Articulación de competencias

Como es sabido, el reparto de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas parte de la Constitución Española, y en concreto de los artículos 148 y 149. A continuación mencionamos el contenido de dichos artículos relevante en lo que aquí interesa, a fin de describir con carácter general la distribución de competencias en la materia.

La normativa estatal reguladora del sector eléctrico –incluido el régimen especial de producción eléctrica– se ha dictado al amparo de

4. El artículo 23.1 de la Directiva 2003/54/CE señalaba: “Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras...” El artículo 35.1 de la nueva Directiva 2009/72/CE establece: “Cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora nacional a escala nacional”. En nuestro caso deberá serlo la CNE.

5. Para más detalles puede consultarse el trabajo de E. Malaret, “Comunidades Autónomas y regulación sectorial: la distribución de competencias en la energía”, en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado*, Civitas, 2006, pp. 405 y ss. También se puede acudir a J. Tornos Mas, “La distribución de competencias en el sector energético”, en la obra colectiva *Derecho de la regulación económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 53 y ss.

los siguientes títulos competenciales, que conceden al Estado competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

– Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª).

– Legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (artículo 149.1.18ª).

– Legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y para la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (artículo 149.1.22ª).

– Bases del régimen minero y energético (149.1.25ª).

Por su parte, el artículo 148.1 de la Constitución reconoce competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir, siendo relevantes a nuestros efectos las siguientes:

– Ordenación del territorio y urbanismo (148.1.3ª).

– El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (148.1.13ª).⁶

El término 'competencias exclusivas', como es sabido, es engañoso. El Estado no tiene sobre las materias mencionadas en el artículo 149.1 una competencia que excluya completamente la intervención de las Comunidades Autónomas. El propio artículo 149 admite en muchos casos la participación competencial de éstas. Así, junto a competencias plenas del Estado, el artículo 149.1 prevé la intervención de las Comunidades Autónomas en ciertas materias, fundamentalmente con arreglo a dos fórmulas: a) supuestos en que el Estado dicta "normas básicas" o "bases" y las Comunidades Autónomas las desarrollan

6. Al amparo de este título competencial se han dictado diversas normas autonómicas que contienen una planificación indicativa del sector eléctrico, y del régimen especial.

mediante su propia legislación; y b) supuestos en que el Estado legisla y las Comunidades Autónomas únicamente ejecutan y aplican esa legislación estatal.

La relación –ciertamente compleja– entre las bases estatales y el desarrollo autonómico ha sido precisada por el Tribunal Constitucional (TC) conforme a una serie de criterios, entre los que destacaremos los siguientes:

En primer lugar, y dejando aquí expresamente de lado la polémica (sobre la que el TC no se ha pronunciado aún a la fecha en que se redactan estas líneas) relativa a si los estatutos de autonomía pueden o no interpretar o precisar el alcance de las competencias que el artículo 149.1 CE reserva como exclusivas al Estado, corresponde al legislador estatal definir lo básico como marco normativo común –o denominador común– que deben respetar las Comunidades Autónomas a la hora de legislar sobre una materia concreta. Eso sí, el legislador estatal no puede agotar la materia sin dejar margen para el desarrollo por las Comunidades Autónomas. En todo caso, la definición de lo básico por el legislador estatal es cuestionable ante el Tribunal Constitucional. En principio, las bases han de venir formuladas, como tales, en leyes, sin perjuicio de que la regulación pueda completarse con normas de rango reglamentario.

La LSE, como norma de carácter básico, halla su amparo constitucional, fundamentalmente, en los títulos competenciales del artículo 149.1.13^a y 25^a.⁷ Los preceptos de la misma Ley relativos a expropiación forzosa y servidumbres son de aplicación general, según lo previsto en el artículo 149.1.8^a (legislación civil) y 18^a, citada. Y la autorización de las instalaciones a que se refiere el mencionado artículo 149.1.22^a se regirá por lo dispuesto en la LSE y sus disposiciones de desarrollo (disposición final primera). En materia de procedimientos, la LSE no tiene carácter básico, aunque los procedimientos autonómicos deben respetar el contenido básico de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

7. Aunque se excluyen de este carácter básico las referencias a los procedimientos administrativos, que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Finalmente, la competencia de desarrollo normativo y ejecución del régimen especial de producción eléctrica ha sido asumida por todas las Comunidades Autónomas.

A lo largo del trabajo iremos detallando el marco teórico de carácter general que se acaba de exponer.

2. Referencias normativas básicas

En el presente apartado se hace referencia a algunas normas esenciales sobre el sector eléctrico –y, en particular, sobre las energías renovables–, sin contener, como es obvio, una enumeración completa de tales fuentes normativas.

La más reciente regulación del sector energético en el plano comunitario viene constituida por la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.⁸ Junto a ella, debe mencionarse la Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura.⁹

Para la transposición de la Directiva 2003/54/CE, el legislador estatal adoptó, como ya ha sido apuntado, la Ley 17/2007, de 4 de julio.¹⁰ Otras normas con rango de Ley relevantes para el sector eléc-

8. Esta última Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, quedará derogada a partir del 3 de marzo de 2011, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros respecto de los plazos de incorporación de la misma a su Derecho interno y de su aplicación. Las referencias a la Directiva derogada se interpretarán como referencias a la nueva Directiva 2009/72/CE y deberán ser leídas de acuerdo con la tabla de correspondencias del anexo II. La Directiva 2003/54/CE derogó, a su vez, desde 1 de julio de 2004, a la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

9. La primera Directiva citada se desarrolla por el Reglamento (CE) n° 714/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003.

10. Junto a dicha norma, otras leyes estatales contienen referencias al sector eléctrico: Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; o los artícu-

trico son el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; o el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.¹¹ También son relevantes el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (Títulos I y II), y el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de Abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia (Capítulo IV y capítulo VIII, Artículo 10.1).

Con rango reglamentario, junto al Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que desarrolla la LSE, cabe mencionar, por su trascendencia para el consumidor en baja tensión, el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

En materia de energías renovables debe mencionarse, en el ámbito comunitario, la reciente Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.¹² Junto a ella es de interés la Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE.

Determinados preceptos del antes citado Real Decreto-Ley 6/2009 afectan al régimen especial. En particular, el artículo 4 y las Disposiciones Transitorias 4ª y 5ª, en la medida en que regularon el llamado Registro de pre-asignación, al que más adelante nos referiremos en esta colaboración.

los 92 y 94 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la Ley de Presupuestos para 2003, cuyo artículo 92 modificó el artículo 34.1 y la disposición transitoria novena de la LSE, y el artículo 94 estableció la metodología para la aprobación de la tarifa eléctrica media o de referencia en el periodo 2003-2010.

11. Este último modificó determinados preceptos de la LSE añadió las disposiciones adicionales 20 y 21 y suprimió las transitorias 6 y 8 de dicha Ley.

12. Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, sobre la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de electricidad.

A nivel reglamentario la norma estatal de referencia en materia de régimen especial es actualmente el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que contiene la regulación básica de ese régimen, así como un régimen económico transitorio para ciertas instalaciones incluidas en el anterior Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo.¹³

También cabe citar el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, citado.

Junto a los anteriores merece atención el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial; o el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración (corrección de errores en el BOE de 15 de mayo de 2007).¹⁴ También cabe mencionar el Real Decreto 1663/2000, de 29 de septiembre, sobre conexión de instalaciones fotovoltaicas a la red de baja tensión.

Todas las Comunidades Autónomas han dictado normas en materia de régimen especial, al haber asumido, como se ha dicho, las competencias de ejecución y desarrollo. Aspectos regulados por todas ellas en materia de régimen especial son la planificación indicativa, la regulación de procedimientos de autorización de instalaciones, la publicación de normas sobre protección ambiental, y el régimen de ayudas públicas a las inversiones en instalaciones de régimen especial.¹⁵

Sentado todo lo anterior, nos hallamos ya en condiciones de examinar pormenorizadamente la distribución de competencias entre

13. Dicho Real Decreto 661/2007 tiene carácter básico al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.22ª y 25ª (disposición final tercera).

14. El mismo sirvió para transponer la Directiva 2004/8/CE.

15. La enumeración de las normas autonómicas que se refieren a las energías renovables excedería el objeto de este trabajo. En su lugar nos remitimos a J. Nebreda Pérez, *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, 2009, obra que contiene una minuciosa enumeración de dicha normativa autonómica.

el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables, tal y como ésta ha quedado precisada por la legislación sectorial energética.

B. Competencias de la Administración General del Estado

Recordemos nuevamente que, según la Constitución, el Estado tiene competencia para la regulación de las bases del régimen energético (artículo 149.1.25ª), así como para la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y para la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (artículo 149.1.22ª). El Estado tiene también una competencia general para la regulación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª), y para la legislación básica sobre concesiones administrativas (artículo 149.1.18ª). Con base en lo anterior se articula el reparto de competencias en el sector eléctrico, en los términos que se exponen a continuación.

Una primera competencia de la Administración General del Estado relevante a nuestros efectos consiste en fijar el régimen económico de la retribución de la producción procedente de energías renovables. Dicho régimen económico se contiene en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. También es relevante el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre.¹⁶ El régimen económico previsto en esta última norma se aplica a las instalaciones fotovoltaicas inscritas definitivamente a partir del 29 de septiembre de 2008, como señala su artículo 2.¹⁷

16. Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología.

17. "El presente real decreto será de aplicación a las instalaciones del grupo b.1.1 del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, instalaciones de tecnología fotovoltaica, que obtengan su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas con posterioridad al 29 de septiembre de 2008". Esta última fecha resulta de la aplicación conjunta del artículo 22 del Real Decreto 661/2007 y de la Resolución de

Conforme al Real Decreto 661/2007, las instalaciones en régimen especial tienen dos opciones para vender su energía: o bien la ceden al sistema percibiendo una tarifa regulada, o bien la venden en el mercado de producción, a un precio complementado por una prima. Ese sobrecoste debido al régimen especial se incluye en los peajes de acceso a las redes, como un coste de diversificación y seguridad del abastecimiento (artículos 16.6 y 17.1 LSE, así como 2.4.e del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre).¹⁸ Los peajes se determinan por Orden ministerial.¹⁹

Las tarifas y primas al régimen especial se liquidan por la CNE (artículo 30 del Real Decreto 661/2007), como toda liquidación del sector eléctrico (disposición adicional undécima, tercero, 2, primera, de la Ley del Sector de Hidrocarburos; y artículo 3 del Real Decreto 2017/1997).²⁰ La Circular 4/2009 de la CNE regula el procedimiento de liquidación.²¹

27 de septiembre de 2007, de la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

18. Artículo 17.1 LSE: "El Ministro de Industria, Turismo y Comercio (...) dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes, que se establecerán en base a los costes de las actividades reguladas del sistema que correspondan, incluyendo entre ellos (...) los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento". Artículo 16.6: "Tendrán la consideración de costes de diversificación y seguridad de abastecimiento las primas a que se refiere el artículo 30.4 de la presente Ley". Artículo 30.4: "El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en los siguientes casos". El Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.

19. La última es la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial.

20. La disposición adicional citada autoriza la atribución a la CNE de la liquidación de los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico ("En relación con el sector eléctrico corresponderá a la Comisión (...) realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada"). La concreta encomienda se efectuó a través del citado artículo 3 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

21. Circular 4/2009, de 9 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solitud de información y los procedimientos para implantar el sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Corresponde también al Estado regular la organización y el funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica, así como la regulación básica de la generación, el transporte, la distribución y la comercialización.

Además, el Estado tiene competencia para la autorización de las instalaciones eléctricas de generación de potencia instalada superior a 50 MW, lo cual excluye al régimen especial, limitado a esa potencia según el artículo 27 de la Ley, como ya sabemos.

También es competente el Estado para la autorización de instalaciones de transporte primario, que son aquéllas con una tensión nominal igual o superior a 380 kilovoltios (kV), así como las de transporte secundario (de tensión nominal igual o superior a 220 kV) "que excedan del ámbito territorial" de una Comunidad Autónoma, en línea con el expresado criterio constitucional.

En cuanto a las acometidas eléctricas, si bien la materia es en esencia competencia de las Comunidades Autónomas, el Estado se reserva la regulación del régimen económico, mediante reglamento (art. 3.2.a LSE).

C. Competencias de las Comunidades Autónomas

Las Comunidades Autónomas asumen, en sus Estatutos de Autonomía, competencias no reservadas exclusivamente al Estado. Dejando de lado la cuestión más novedosa relativa al método de la asunción estatutaria de competencias (me refiero en concreto a la introducción de la técnica del llamado "blindaje" estatutario de las competencias autonómicas, incorporada en algunos de los nuevos estatutos de tercera generación –en particular, el catalán y el andaluz–, y a resultas de la cual el alcance preciso de las competencias que el artículo 149.1 CE reserva como exclusivas al Estado podría acabar dependiendo de las definiciones y demás previsiones competenciales contenidas en dichos estatutos), lo cierto es que los Estatutos de Autonomía han venido adquiriendo con el tiempo un contenido competencial relativamente homogéneo. Así, las Comunidades Autónomas son competentes para el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen energético, así como en materia de ordenación del territorio y urbanismo. También tienen

competencias en materia de protección y defensa de los consumidores.²²

De acuerdo con el reparto competencial precisado en la Ley sectorial eléctrica (LSE), corresponde a las Comunidades Autónomas autorizar las instalaciones eléctricas no contempladas en el art. 3.2.a) LSE, citado, lo cual incluye las redes de transporte secundario y las instalaciones de distribución que no excedan del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Además, la LSE atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para autorizar instalaciones en régimen especial. Con arreglo al artículo 4 del Real Decreto 661/2007, la autorización administrativa de una instalación de producción en régimen especial y el reconocimiento de la condición de instalación de producción acogida a dicho régimen corresponde a los órganos de las Comunidades Autónomas. Sólo por excepción podrá corresponder tal competencia al Estado (si la Comunidad Autónoma no cuenta con competencias en la materia, si la instalación está ubicada en más de una Comunidad, o si supera los 50 MW).

Corresponde, eso sí, a la Administración General del Estado la inscripción de las instalaciones (o toma de razón de su previa inscripción en el registro autonómico) en el Registro administrativo estatal de instalaciones de producción de energía eléctrica de las instalaciones en régimen especial (artículos 21.4 LSE y 4.2.c del Real Decreto 661/2007). La inscripción en dicho Registro se realiza para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y control de las mencionadas primas al régimen especial. El procedimiento consta de una fase de inscripción previa y otra de inscripción definitiva (artículos 9 y ss. del Real Decreto 661/2007).

En cuanto a las acometidas, tienen las Comunidades Autónomas competencia para la regulación de la materia. Y un margen de +/- 5% respecto a lo que determine el Gobierno para fijar el importe de los derechos (art. 16.8 LSE).

22. E. Maleret, "Comunidades Autónomas...", *cit.*, p. 418.

También son competentes estos entes territoriales para determinar la naturaleza de la extensión de las redes, con base en los criterios que determine el Gobierno.

Con independencia de las competencias de la Administración General del Estado, corresponde a las Comunidades Autónomas el fomento de las energías renovables de régimen especial y de la eficiencia energética en el territorio de su Comunidad.

Junto a lo anterior, hemos de mencionar la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección de los consumidores y usuarios, a la que antes aludíamos brevemente. A tenor de la Ley estatal, la competencia para sancionar eventuales infracciones por vulneración de la normativa en materia de defensa del consumidor corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma donde dicha infracción haya tenido lugar.²³

D. Competencias de la Comisión Nacional de Energía

La CNE es el ente regulador de los sistemas energéticos. Se trata de un ente público estatal (vinculado a la Administración General del Estado), por lo que las competencias atribuidas a la CNE forman parte de las competencias reservadas al Estado. Las competencias atribuidas al regulador se enuncian tanto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH, concretamente en su disposición adicional undécima, apartado tercero, y en el artículo 3.4), como en la LSE (artículo 3.5). También es relevante el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio (Reglamento de la CNE).²⁴

23. El artículo 47 de la Ley General de Consumidores y Usuarios señala que "1. Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios cometidas en territorio español... 2. Las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas..."

24. Una información más ampliada sobre las competencias de la CNE puede consultarse en M. Serrano González, "Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación", en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado*, Civitas, 2006, pp. 379 y ss.; o, de la misma autora: "La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración General", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 79 y ss.

Entre las funciones previstas por la LSE están las de supervisión contenidas en la Directiva 2003/54/CE (gestión y asignación de la capacidad de interconexión, etc.). Además, corresponde a la CNE la supervisión de: la separación funcional entre actividades reguladas y no reguladas; el funcionamiento de la Oficina de cambio de suministrador; y la información que deben contener las facturas.

La competencia para resolver los conflictos de acceso a las redes también está atribuida a la CNE (función decimotercera de la disposición adicional undécima, tercero.1, de la LSH). A esta función nos referiremos enseguida con más detalle, en el apartado sobre el acceso del régimen especial a las redes de distribución.

Y, como hemos dicho, una competencia esencial de la CNE en materia de régimen especial consiste en la liquidación de las primas equivalentes, primas y complementos destinados a retribuir tal régimen de producción. A tal efecto ya ha sido objeto de mención la Circular 4/2009, que regula precisamente el procedimiento de liquidación de la retribución al régimen especial.

III. Examen de supuestos problemáticos

Una vez expuesto el marco general de la distribución de competencias en materia de energías renovables, y como ya adelantamos en la introducción, en este apartado del trabajo haremos referencia a ciertos asuntos que ejemplifican cabalmente algunos problemas de distribución competencial en la materia. El primero guarda relación con el derecho de acceso a las redes, elemento clave de la liberalización del mercado eléctrico. El siguiente resume lo acontecido hasta la fecha con ciertos concursos para la adjudicación de capacidad eólica. Señalaremos, asimismo, algunos problemas competenciales en materia de subvenciones de las Administraciones Públicas. Nos ocuparemos también de la controvertida inspección de la CNE a plantas de generación de régimen especial y, para terminar, analizaremos la creación del registro de pre-asignación de retribución del régimen especial, situaciones ambas vinculadas al propósito de lograr un crecimiento ordenado del sector. Por este orden procedemos a desarrollar tales asuntos a continuación.

A. El acceso del régimen especial a las redes de distribución

Una referencia a los problemas de reparto competencial que plantea el acceso de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a las redes de distribución exige una previa explicación, desde una perspectiva teórica, de algunos conceptos básicos relativos al derecho de acceso a las redes.²⁵ Ello se justifica por el expresado deseo de hacer el texto comprensible para los no iniciados en el sector energético. Más tarde referiremos el contenido de algunos informes que expresan el criterio de la CNE en relación con la cuestión analizada.

1. Aproximación al derecho de acceso

El derecho de acceso procede del Derecho comunitario, cuya transposición ha configurado jurídicamente nuestro sector.²⁶ Con arreglo a tal configuración, procede distinguir entre las actividades reguladas (transporte y la distribución), que se desarrollan conforme al principio de monopolio natural de las actividades en red, y las actividades liberalizadas (producción y comercialización de energía eléctrica).²⁷

El derecho de acceso tiene un fin liberalizador, pues permite a quienes realizan actividades de producción y comercialización acceder a las redes que son propiedad de un tercero (el transportista o el distribuidor).²⁸ Tal efecto resulta de la aplicación de la doctrina de las

25. Más detalles se pueden consultar en A. Estoa Pérez, "El acceso a las redes de transporte y distribución", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. Tomo III. Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 631 y ss.

26. A su vez, el Derecho comunitario de la competencia está inspirado en esa misma disciplina desarrollada en el Derecho norteamericano, como nos recuerda la doctrina (por todos, M. Ballbé, "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Septiembre-Diciembre 2007, p. 215).

27. Entre las actividades reguladas figura también la operación del sistema, que consiste en coordinar la actividad de los sujetos del sistema, en particular, la de los productores y la del transportista. El operador de nuestro sistema es *Red Eléctrica de España, SAU*.

28. La CNE considera este derecho la "verdadera piedra angular de la liberalización del sector eléctrico" (entre otras muchas, Resolución del conflicto de acceso a la red de distribución instado por *Tadesa, SA*, frente a *Unión Fenosa Distribución, SA*. CATR 56/2007).

essential facilities (o recursos esenciales).²⁹ Según esa doctrina, puede considerarse ilícito que una empresa deniegue a otra el acceso a un determinado recurso empresarial que controla, sin el cual es prácticamente imposible la oferta de bienes o de servicios en un determinado mercado.³⁰

La configuración del derecho de acceso en la LSE resulta de los artículos 11.2, 38 y 42. Según el primero, la propia Ley sectorial garantiza el derecho de acceso.³¹ Los últimos se refieren al acceso a las redes de transporte y de distribución, respectivamente. Las causas de denegación del acceso solicitado están tasadas, pues sólo puede basarse en criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.³²

2. Acceso, conexión y problemas competenciales

Debe distinguirse el acceso a la red de la conexión a la misma. Por otro lado, la negativa del propietario de la red a permitir el acceso a la misma puede dar lugar a un conflicto de acceso, y la denegación del enganche físico a la red puede ocasionar un conflicto de conexión.

29. J. de la Cruz Ferrer, y N. Ónega Carrión, "Artículo 38", en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Energéticas*, Tomo I, Ley del Sector Eléctrico, Pamplona, Pamplona, 2006, p. 609. También puede consultarse, aunque con relación al acceso a redes de telecomunicaciones, a P. Callol García, "La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 149, Mayo-Agosto de 1999, en particular, pp. 403 y ss.

30. E. Gippini Fournier, "*Essencial facilities* y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, Enero-Febrero 2000, p. 77.

31. Artículo 11.2: "Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta Ley".

32. En el apartado 2 del artículo 38 se establece: "*El operador del sistema como gestor de la red de transporte sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente*". Y el artículo 42.3 dispone: "El gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente". Según los artículos 52.2 (sobre transporte) y 60.2 (sobre distribución) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, la justificación de la falta de capacidad necesaria en la red "se deberá exclusivamente a criterios de seguridad, regularidad o calidad de suministro".

La jurisprudencia ha dicho que el acceso tiene que ver con la formación de un mercado eléctrico, mientras la conexión está relacionada con la seguridad de las instalaciones.³³ De ahí la atribución de la competencia sobre el acceso al Estado, pues la formación de un mercado excede del ámbito autonómico, y la asignación de la conexión a las Comunidades Autónomas, al tratarse de una mera conexión física de las instalaciones. En consecuencia, la resolución de conflictos de acceso corresponde al Estado a través de la CNE, y la resolución de conflictos de conexión, generalmente, a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, artículo 42.2 LSE, respecto de las redes de distribución).³⁴

Por excepción, corresponde a la CNE resolver conflictos de conexión cuando se suscitan: a) en la red de transporte primario o en la red de transporte secundario, en este último caso sólo si la red excede el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (como resulta del artículo 3.3.c en relación con el 3.2.a LSE);³⁵ o b) en la red de distribución, caso de que se exceda el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (artículo 3.2.a LSE). La CNE interpreta que tal atribución competencial se debe a que en estos casos es la Administración General del Estado la autorizante.³⁶ El acceso a las redes de distribución nos interesa especialmente, pues es el que suelen pretender los generadores en régimen especial (salvo, en ocasiones, los productores eólicos).

Conviene ahora aclarar cierta cuestión que afecta a la resolución de conflictos de acceso, pues tiene incidencia en el reparto competencial. El artículo 14 del Reglamento de la CNE dispone la competencia de dicho organismo para la resolución de conflictos de acceso

33. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 (Rec. 538/2006).

34. Artículo 42.2: "En aquellos casos en que se susciten discrepancias en relación con las condiciones de conexión a las redes de distribución resolverá el Órgano competente de la Comunidad Autónoma".

35. Este criterio ha sido aplicado por la CNE, por ejemplo, en el Acuerdo de 27 de marzo de 2008 de la CNE por el que no se admite el conflicto de conexión a la red de transporte interpuesto por *Esbrug y Tarraco Eólica* frente a *Red Eléctrica de España*.

36. Así lo confirma, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007 (Recurso 6453/2004), que dispone la competencia de la Comunidad Valenciana "para autorizar y aprobar los proyectos de instalaciones de distribución de energía eléctrica a dos sectores de la urbanización de Canet d'En Berenguer, por su carácter intracomunitario".

“cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma”.

En realidad, la competencia de la CNE no se limita a los conflictos de acceso en que estén implicadas instalaciones que sean de la competencia de la Administración General del Estado o de más de una Comunidad Autónoma, como señala el citado artículo. La CNE es competente en todo caso. Por razón del rango normativo, prevalecen sobre el Reglamento las previsiones de los artículos 38 y 42 de la LSE, que disponen tal atribución de competencia, sobre todo conflicto de acceso, a la CNE.³⁷

Dentro de la CNE, corresponde a su Consejo de Administración aprobar la resolución de los conflictos de acceso (artículo 19 de su Reglamento). Por acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, la instrucción de los conflictos de acceso corresponde a su Asesoría Jurídica, sin perjuicio de su resolución por el Consejo.³⁸ Contra la resolución que ponga fin al conflicto cabe recurso de alzada.

3. El acceso a las redes de distribución

La regulación del derecho de acceso a las redes de distribución se contiene en el artículo 42 de la LSE. La actual redacción de dicho artículo procede de la reforma operada por la Ley 17/2007, ya citada.

El actual artículo 42 de la LSE señala: “Para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente”. Tal previsión altera el orden anterior a la reforma, a tenor del cual el acceso se solicitaba antes que la conexión. Esa al-

37. En este sentido, el artículo 42.4 LSE establece lo siguiente: “En aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con el procedimiento de acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la Comisión Nacional de Energía, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (...)”.

38. El Reglamento de la CNE (art. 16) contiene la previsión de que “la iniciación y tramitación del procedimiento corresponderá a los órganos que resulten competentes de acuerdo con el reglamento de régimen Interior”. Al no haberse aprobado aún tal reglamento de régimen interior, la atribución de la instrucción a la Dirección de Asesoría Jurídica se hizo por acuerdo del Consejo, adoptado en sesión de 6 de marzo de 2007.

teración del orden de solicitud obliga a interpretar de nuevo los términos acceso y conexión. El acceso se impedirá, y dará lugar por tanto a un eventual conflicto, cuando exista una limitación *circunstancial* para instalaciones ya conectadas. La CNE aplica este nuevo requisito a los conflictos que traen causa de solicitudes de acceso presentadas ante el distribuidor tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 17/2007 (el 6 de julio de 2007). Tales conflictos sólo se admitirán si las instalaciones cuentan con previa conexión.

En su reunión de 27 de marzo de 2008, el Consejo de Administración de la CNE se pronunció sobre el derecho de acceso tras la reforma normativa operada por la Ley 17/2007, en los siguientes términos:³⁹

1. La CNE es la competente para resolver los conflictos que se planteen en relación con el acceso a las redes de distribución.

2. El artículo 42.2 de la LSE establece la necesidad de disponer previamente de punto de conexión para solicitar el acceso a las redes de distribución. Las Comunidades Autónomas son las competentes para determinar las condiciones técnicas de la conexión a las redes y resolver las discrepancias y conflictos que sobre esta cuestión se planteen.

3. En ningún caso podrá denegarse la conexión invocando los criterios propios de acceso a las redes y, en concreto, la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

Los dos primeros aspectos del informe aprobado por la CNE no hacen más que reconocer previsiones legales, como hemos visto. El último obedece al temor de la CNE de que las Administraciones Autonómicas invadan su ámbito de competencia, excediendo la suya propia en materia de conexión, o afectando al derecho de acceso. Así ha sucedido en el caso del acceso y la conexión a las redes de distribución por parte de instalaciones fotovoltaicas, como podemos apreciar a continuación.

4. Procedimientos autonómicos sobre acceso y conexión

El régimen retributivo del régimen especial, especialmente favorable para la producción fotovoltaica, ha fomentado en los últimos años la construcción de pequeñas instalaciones de este tipo, lo que dio lugar a numerosas solicitudes de acceso de dichos productores a la red de distribución de la zona, con las consiguientes disputas sobre el acceso, en muchos casos.⁴⁰

La acumulación de solicitudes motivó que algunas Comunidades Autónomas limitasen la instalación de tal tipo de generación mediante procedimientos: a) surgidos de la coordinación entre la Administración autonómica y las empresas distribuidoras (Castilla-La Mancha y Castilla y León);⁴¹ b) que priorizan el acceso y la conexión (Andalucía y Murcia);⁴² y c) que establecen normas complementarias sobre conexión (Navarra y Extremadura).⁴³

a. Los primeros consisten, en esencia, en la delimitación de zonas eléctricas y la determinación de la potencia máxima a instalar en cada

40. Acerca de la retribución de esta clase de generación dice Nebreda Pérez, con cita del "II Foro de Energía" (Madrid, febrero de 2009), que el 50% de las primas en régimen especial se destinan a la tecnología fotovoltaica, que sólo aporta el 3,4% de ese tipo de producción ("Régimen especial de producción eléctrica", en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. III Sector Energético*, Madrid, Iustel, 2009, p. 420, nota 77).

41. Tales procedimientos carecen de regulación legal, pero se conocen a través de las resoluciones de la CNE recaídas en los conflictos de acceso 59/2007 (29 de noviembre de 2007) o 60/2007 (21 de febrero de 2008). También puede consultarse el documento "Acceso a redes. La experiencia en Castilla – La Mancha", que constituye el soporte de la conferencia "El marco regulatorio de las energías renovables", pronunciada en la "Jornada sobre perspectiva actual y evolución de las energías renovables en España" (CNE, 11 de diciembre de 2007, disponible en www.cne.es, apartado 'Jornadas y seminarios').

42. Orden de 30 septiembre de 2002 por la que se regula el procedimiento para priorizar el acceso y conexión a la red eléctrica para evacuación de energía de instalaciones de generación contempladas en el Real Decreto 2818/1998, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. Orden de 30 de marzo de 2004, por la que se regula el procedimiento de priorización de acceso y conexión a la red eléctrica para la evacuación de energía de las instalaciones de producción en régimen especial.

43. Orden Foral 258/2006, de 10 de agosto, por la que se dictan normas complementarias para la tramitación administrativa de puesta en servicio y conexión a la red de distribución eléctrica de las instalaciones de producción en régimen especial y sus agrupaciones, y Orden de 6 de febrero de 2007 por la que se establecen normas complementarias para la conexión en las redes de distribución y para la tramitación de determinadas instalaciones generadoras de energía eléctrica en régimen especial y agrupaciones de las mismas.

zona. Después se reparte dicha capacidad máxima entre los productores de esa zona, reunidos en una "Mesa de evacuación". En la Mesa tiene lugar una "priorización de los proyectos fotovoltaicos, otorgando un orden de entrada (acceso) a las redes, en función del grado de avance administrativo".

b. Procedimientos como los de Andalucía o Extremadura pretenden "priorizar el acceso y conexión" a las redes cuando la energía producida "supere la capacidad de evacuación de la red" (artículo 1 de las órdenes citadas). En este procedimiento también se delimitan zonas eléctricas de evacuación (ZEDE). A continuación se reúnen "Mesas de trabajo", convocadas por autoridades públicas, en las que se determinan los proyectos que podrán ejecutarse en cada ZEDE, como en el caso anterior.

c. En Navarra, la Dirección General competente puede declarar una zona eléctrica de Navarra "zona saturada", "al no ser posible en ella evacuar más energía por haberse alcanzado con las instalaciones de producción conectadas a su red de distribución el 50% de su capacidad máxima".⁴⁴ Tal declaración se publica oficialmente y supone la suspensión de la tramitación de solicitudes de acogimiento al régimen especial y puesta en servicio de instalaciones de producción.⁴⁵ En Extremadura se permite la constitución de mesas de evacuación, al estilo de las descritas.

Los procedimientos anteriores no siempre se atienen al expresado reparto de competencias en materia de acceso y conexión. A través de los mismos se está afectando a la competencia estatal sobre el derecho de acceso. Además, se podría estar vulnerando el principio de libre competencia en la generación (artículo 11.1 LSE) y el de planificación indicativa de tal actividad (artículo 4.1).⁴⁶ También se podría

44. Zona eléctrica es aquella suministrada por una subestación transformadora 220/66kV (artículo 8 de la Orden).

45. Por ejemplo, Resolución 520/2007, de 28 de febrero, del Director General de Industria y Comercio, por la que se declaran zonas eléctricamente saturadas para la evacuación de nuevas instalaciones de generación en 66 KV a las subestaciones denominadas ST Sangüesa y ST Tafalla 220/66 KV y a la STR Carcastillo 66/13,2 KV.

46. Artículo 11.1: "La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica". Artículo 4.1: "La planificación eléctrica, que tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiere a instalaciones

vulnerar la prohibición de reserva de capacidad por razón de la precedencia temporal (artículo 60.3 del Real Decreto 1955/2000);⁴⁷ así como, en fin, la prioridad para la evacuación de energía producida en régimen especial (artículo 30.2.b LSE).⁴⁸

En vista de ello, en la citada reunión de 27 de marzo de 2008, la CNE adoptó las conclusiones que resumimos a continuación:

1. Determinadas Comunidades Autónomas han establecido procedimientos que regulan no sólo la conexión sino también el acceso a las redes. El procedimiento más habitual consiste en delimitar zonas, asignar una capacidad global de evacuación de la red en cada zona, y repartir entre los productores de esas zonas tanto la capacidad para evacuar como los gastos en infraestructuras, mediante un convenio o una resolución administrativa.

2. En ningún caso podrá denegarse la conexión invocando los criterios propios de acceso a las redes y, en concreto, la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros.

3. A tenor de la reforma operada por la Ley 17/2007, la condición necesaria para que una producción vierta su electricidad a la red depende de la disponibilidad de punto de conexión, lo cual es competencia de las Comunidades Autónomas. Éstas podrán regular procedimientos sobre conexión en sus requerimientos técnicos. Pero esos procedimientos deben respetar la normativa básica estatal (la denegación sólo es posible por la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros). El eventual incumplimiento de tal normativa será controlado por los Tribunales. La CNE puede plantearse impugnar ante los tribunales las disposiciones autonómicas que puedan vulnerar la normativa básica estatal.

de transporte, será realizada por el Estado, con la participación de las Comunidades Autónomas”.

47. Artículo 60.3: “Las limitaciones de acceso para los productores se resolverán sobre la base de la inexistencia de reserva de capacidad de red, sin que la precedencia temporal en la conexión implique una consecuente preferencia de acceso”.

48. Según el artículo 30.2.b, los productores en régimen especial gozan de “prioridad en el acceso a las redes de transporte y de distribución de la energía generada, respetando el mantenimiento de la fiabilidad y seguridad de las redes”.

La CNE considera que cuando sea aplicable el artículo 42 de la LSE en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 17/2007 (aquellos casos que tengan su origen en una solicitud de acceso anterior a la entrada en vigor de esta última Ley) no puede aceptarse la denegación de acceso con base en procedimientos autonómicos.

B. Concursos autonómicos en materia eólica

A continuación se analizan los concursos autonómicos de reparto de potencia eólica. El estudio se divide en dos apartados. En el primero recapitulamos la postura expresada en relación con dichos concursos por la CNE en contestación a una consulta del Gobierno de Cantabria. Las conclusiones de dicho asunto son trasladables en buena parte al concurso celebrado recientemente en Galicia, sobre el que la CNE no se ha pronunciado, y al que dedicamos el segundo apartado.

El problema guarda relación con el anterior de las mesas de evacuación. En ambos casos las Comunidades Autónomas tratan de limitar la instalación de potencia en régimen especial por encima de determinados umbrales. Acuden para ello a instrumentos de dudosa compatibilidad, tanto con el reparto competencial en la materia, como con normas y principios del sector eléctrico (libertad de instalación, ausencia de planificación obligatoria de la producción, etc.).

1. Contestación de la CNE a una consulta planteada por el Gobierno de Cantabria

La CNE ha expresado su criterio sobre los procedimientos de concurso para la instalación de potencia eólica con ocasión de la contestación a una consulta de la Comunidad Autónoma de Cantabria.⁴⁹ Dicha Comunidad sometió al criterio de la CNE una propuesta normativa que finalmente plasmó en un Decreto.⁵⁰ Conviene aclarar que el

49. Informe de la CNE, de 6 de noviembre de 2008, sobre el proyecto de decreto del Gobierno de Cantabria por el que se regula la instalación de parques eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

50. Decreto 19/2009, de 12 de marzo, por el que se regula la instalación de Parques Eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

informe de la CNE no tenía carácter preceptivo ni vinculante, siendo así que la consultante no recogió en la norma finalmente aprobada, y después de recabar posteriormente el dictamen del Consejo de Estado, las sugerencias formuladas por la CNE.⁵¹

Dicha Comunidad Autónoma eligió un sistema para la instalación de parques eólicos según el cual la Administración autonómica determina una potencia eólica máxima a instalar en su territorio. Esa potencia máxima se asigna a los distintos candidatos mediante concurso.

El informe de la CNE a la propuesta de decreto del Gobierno de Cantabria expresa el criterio general del regulador sobre los procedimientos autonómicos de reparto de capacidad eólica. El informe realiza, en esencia, dos consideraciones: una sobre la competencia para autorizar instalaciones en régimen especial, y otra sobre el mecanismo establecido para adjudicar las autorizaciones.

Sobre la cuestión de la competencia administrativa, el informe señala que, en virtud del artículo 4.1 del Real Decreto 661/2007, de 26 de mayo, una Comunidad Autónoma tiene competencia para autorizar, en su ámbito territorial, instalaciones en régimen especial. Pero dicha previsión no puede desconocer el artículo 4.2.b) del mismo Real Decreto, a tenor del cual corresponde a la Administración General del Estado la autorización de instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, como vimos en el apartado correspondiente a las competencias administrativas.⁵²

En lo relativo al mecanismo de adjudicación de las autorizaciones, la CNE pone en cuestión la competencia de una Comunidad Autónoma para emplear un procedimiento concurrencial, por ser éste un

51. Se emitió el informe de la CNE en virtud de la disposición adicional undécima, tercero, 1, función sexta, que confiere a dicho organismo la posibilidad de "emitir los informes que le sean solicitados por las Comunidades Autónomas cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias en materia energética".

52. Artículo 4.2.: "Corresponde a la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas otros departamentos ministeriales: (...) b) La autorización administrativa para la construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, o se encuentren ubicadas en el mar, previa consulta en cada caso con las comunidades autónomas afectadas por la instalación".

mecanismo “cuasi-concesional” (esto es, propio del reparto de títulos habilitantes contingentados).

El artículo 2 de la propuesta de decreto cántabro señalaba que únicamente podría concederse autorización administrativa a los proyectos asignatarios de potencia eólica en concursos previamente convocados al efecto. Dicha convocatoria debería recoger la potencia eólica a instalar y las zonas de implantación territorial de dicha potencia.

Al respecto, la CNE advirtió de que ciertas previsiones de la LSE ponen en cuestión una regulación como la descrita. En primer lugar recordó la CNE los principios de libre competencia y de libertad de instalación que rigen en la producción de energía eléctrica.⁵³ A continuación el regulador cita el artículo 2 de la Ley, según el cual se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la Ley. Y también menciona el artículo 4, según el cual la planificación eléctrica tiene carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a las instalaciones de transporte. La CNE añade que, según el artículo 21 LSE, la construcción de instalaciones de producción eléctrica está sometida al régimen de autorización administrativa previa, de carácter reglado, que se rige por el principio de no discriminación. Aunque los intereses autonómicos en materia de ordenación del territorio y de medio ambiente puedan justificar actuaciones de ordenación sobre instalaciones eléctricas, esa intervención debe respetar el principio de proporcionalidad, a fin de evitar una infracción de las previsiones citadas.

En consecuencia, la CNE señala que la previsión que contenía la propuesta de decreto de Cantabria (de que sólo se concederá autorización a las entidades que previamente resulten adjudicatarias de potencia) resulta cuestionable. Y también informó desfavorablemente la previsión de que la asignación de cuotas de potencia de los parques tendría lugar en el marco de procedimientos concurrenciales (concursos), por ser éste un sistema propio de la concesión administrativa, pero no del otorgamiento de autorizaciones regladas. Dicha previsión, añade la CNE, implica la transformación del régimen legal de autorización administrativa reglada en otro de naturaleza cuasi-

53. “En la generación de energía eléctrica, se reconoce el derecho a la libre instalación y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia”.

concesional, para lo cual la Comunidad Autónoma carece de competencia. La Comisión concluyó recomendando la modificación de esas previsiones, lo cual no fue atendido, como ya ha sido señalado.

2. El concurso eólico celebrado en Galicia

El sistema cántabro guarda semejanzas con el del Decreto 242/2007, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, al que resultan extrapolables, en lo esencial, muchas conclusiones del recién citado informe de la CNE.⁵⁴

El Decreto 242/2007 establece las condiciones técnicas, ambientales socioeconómicas y de eficiencia energética que deben respetar los parques eólicos, y los criterios de interés social para la selección de los anteproyectos. Asimismo, regula el procedimiento para la selección de estos anteproyectos y para el otorgamiento de autorizaciones de construcción de las instalaciones.

El artículo 8 del Decreto señala que mediante orden de la Consejería competente en materia de energía se determinará el objetivo de potencia en megavatios que se tramitará durante el período de referencia que en ella se establezca. Cuando la suma de potencias de las solicitudes presentadas supere la potencia máxima prevista en la orden de convocatoria, o cuando dos o más proyectos concurren en un mismo espacio territorial, la Administración iniciará un procedimiento de selección de entre los admitidos a trámite, al que aplicará los criterios de valoración que establece la norma (artículos 9 a 12). En definitiva, en tales hipótesis (de más que probable aparición) la selección se hará por concurso. Las instalaciones seleccionadas continúan la tramitación hasta su autorización y puesta en marcha.

Uno de los criterios a valorar en la selección de anteproyectos de parques eólicos consiste en la propuesta de participación pública en el capital social del proyecto.⁵⁵ Tal requisito fue objeto de fuerte

54. Decreto 242/2007, de 23 de diciembre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en Galicia.

55. "Artículo 9. Presentación de solicitudes: (...) 2. Con carácter voluntario, y a los efectos de valoración del anteproyecto, el solicitante también podrá presentar la propuesta de compromisos adicionales, que incorporará alguno de los siguientes documentos: 2.1. Pro-

controversia. Según informó la prensa, la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia lo consideró lesivo del derecho constitucional a la libertad de empresa, garantizado en el artículo 38 de la Constitución Española, pese a lo cual el Decreto fue aprobado.⁵⁶

A esta objeción debe unirse la formulada por la CNE en el informe al proyecto de decreto sobre parques eólicos de Cantabria, en el sentido de que resulta contrario a la LSE que las Comunidades Autónomas acudan a mecanismos que, al condicionar el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de las instalaciones a la previa adjudicación de potencia en el marco de procedimientos concursionales, sustituyan el régimen legal de autorización reglada por otro de naturaleza cuasi-concesional.⁵⁷

Lo cierto es que, en aplicación del citado artículo 8 del Decreto 242/2007, la Orden de 6 de marzo de 2008 determinó el objetivo de potencia máxima (2.325 MW) para el período 2008-2012, y abrió el plazo de presentación de solicitudes. La Resolución de 26 de diciembre de 2008 de la Consejería de Innovación e Industria aprobó la

puesta de participación pública en el capital social del proyecto a través de entes de derecho público que tengan como objeto social o función la implantación de sistemas de producción de energía y que puedan constituir o participar en sociedades, cualquiera que fuere su forma, con un objeto que se relacione con sus fines”.

56. Al respecto puede consultarse, por ejemplo, la edición de 6 de agosto de 2009 de CINCO DÍAS, “La Xunta tumba el concurso eólico que aprobó el Gobierno de Touriño” (“El informe de la Asesoría Jurídica de la Xunta afirma, según explicó ayer el responsable de Industria, que el decreto que convocó el concurso vulnera el artículo 38 de la Constitución Española, que consagra la libertad de empresa, porque imponía como requisito para conceder el parque que se... diera una participación a la Xunta en la sociedad”). *La Voz de Galicia* en edición de 22 de julio de 2009, bajo el titular “El PP prepara la fórmula para deshacerse del concurso eólico”, señalaba: “Los Servicios Jurídicos de la Xunta y el Consejo Consultivo apreciaron tachas de legalidad en estos dos textos [el Decreto eólico y la Orden de convocatoria del concurso]. Básicamente, todos estos informes críticos coinciden en cuestionar la exigencia de que los operadores cedan gratuitamente participación pública a la Administración. Este requisito fue suavizado durante el proceso, y se quedó como algo voluntario, pero en la práctica, teniendo en cuenta el aluvión de peticiones, fue un requisito excluyente”.

57. Cuestión que ya había advertido la prensa. *La Voz de Galicia*, en su edición de 21 de agosto de 2009, señalaba: “También hay muchas dudas sobre si se puede utilizar un mecanismo de concurrencia competitiva para repartir molinos. La Comisión Nacional de Energía ha informado de que esto no es legal, por cuanto el viento no es un bien de utilidad pública, y por tanto su explotación no puede hacerse en régimen de concesión (como una central hidroeléctrica), sino que debe ser tratado como una autorización administrativa”.

relación de anteproyectos seleccionados, lo que supuso la admisión a trámite de 2.290,7 MW del total ofertado.

Las mencionadas disposiciones fueron objeto de numerosas impugnaciones en sede administrativa y judicial, según informaron los medios de comunicación.⁵⁸ Y la tramitación del procedimiento se vio afectada por vicisitudes de distinto tipo, más bien de orden político, como la falta de consenso en el seno de la propia Administración autonómica sobre la composición de la comisión de selección de los proyectos.⁵⁹

En el momento en que se ultima la presente colaboración (septiembre de 2009), el procedimiento de adjudicación de potencia eólica está suspendido al amparo de la previsión legal relativa a la adopción de medidas provisionales en el procedimiento administrativo (artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJ-PAC).⁶⁰ Tal suspensión de oficio en vía administrativa –cuya admisibilidad resulta jurídicamente dudosa–⁶¹ se acordó mediante resolución de 7 de agosto de 2009, dictada por el nuevo Gobierno surgido de las últimas elecciones autonómicas, de signo político distinto al anterior.⁶² Entre las razones de la suspensión se

58. Por ejemplo, edición de 6 de agosto de 2009 de *El Correo Gallego*: “Los nuevos parques eólicos de Galicia no se autorizarán hasta mediado 2010”.

59. Lo expresa, por ejemplo, el diario Público en su edición de 6 de agosto de 2009, con el titular “Galicia anula el mayor concurso eólico de España”, y sigue: “La Xunta, ahora controlada por el PP, cuestionó la legalidad de esa adjudicación por parte de la Consejería de Industria, entonces gestionada por el BNG y a la que se opusieron dos consejerías socialistas, Medio Ambiente y Política Territorial, por no haber sido informadas”.

60. Con ocasión de la última revisión del original del presente trabajo, se ha tenido conocimiento de que la eficacia de la Orden por la que se convocó el procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de instalaciones eólicas ha sido suspendida cautelarmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el marco de un proceso iniciado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra dicha Orden.

61. En síntesis, las dudas, cuyo análisis detallado no corresponde aquí, consisten en que la causa de suspensión del procedimiento (la supuesta incompatibilidad de la normativa actual con la que eventualmente se dicte) no figura entre las posibles causas de suspensión del procedimiento previstas en el artículo 72 LRJ-PAC.

62. Resolución de 7 de agosto de 2009 de suspensión del procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de instalaciones de parques eólicos tramitados al amparo del Decreto 242/2007, de 13 de diciembre.

menciona la incompatibilidad del requisito de participación pública del Decreto 242/2007 con el nuevo modelo que en materia de energía eólica se pretende establecer. Este nuevo modelo estaría basado en el pago de un canon.⁶³ Según parece, esta solución tampoco será pacífica entre los agentes del sector.⁶⁴ Además, la mención a un "canon", figura propia de la concesión desde el punto de vista jurídico, podría suscitar nuevamente dudas sobre el recurso a mecanismos de naturaleza cuasi-concesional, en línea con las ya expuestas por la CNE en su contestación a la consulta planteada por el Gobierno de Cantabria.

C. Problemas competenciales en materia de subvenciones

En este apartado damos cuenta de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 136/2009, de 15 de junio, recientemente recaída en un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de Aragón contra una Resolución del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se reguló la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica.⁶⁵

El Gobierno de Aragón alegó que la citada Resolución vulneró su autonomía financiera así como sus competencias en materia energética, entre otras. Y ello porque dicha Resolución centralizaba en los órganos estatales la tramitación y adopción de las ayudas que contemplaba, con vulneración de la doctrina constitucional sobre subvenciones (singularmente de la establecida en la STC 13/1992).⁶⁶

63. A partir de la información publicada en prensa se conoce algún detalle del futuro canon. Según parece, se tratará de un pago por instalación, que repercutirá en los ayuntamientos afectados por la presencia de parques a través de un fondo de compensación (por ejemplo, *El País* de 15 de julio de 2009: "Economía dice que el canon eólico no es recaudatorio"; o *La Voz de Galicia*, de 14 de agosto de 2009: "La Xunta defiende el canon e insiste en que el sector eólico no está paralizado"; o de 18 de agosto siguiente: "Industria anunció la revisión eólica sin tener cerrado su proyecto de ley").

64. *La Voz de Galicia* de 6 de agosto de 2009: "Las eólicas bendicen la anulación del concurso pero pronostican una guerra legal contra el canon".

65. Sentencia publicada en el BOE de 17 de julio de 2009.

66. Acerca de la citada STC 13/1992 puede consultarse el trabajo de M. Medina Guerrero, "Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la Sentencia 13/1992", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

El Tribunal Constitucional (TC) recuerda la doctrina, expresada en la citada sentencia, según la cual "el Estado (...) no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial". Y recuerda igualmente que, según esa misma sentencia, "la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público (...) que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficiente para cubrir las necesidades financieras de la hacienda autonómica".

El TC también acude a su doctrina según la cual la resolución de controversias que se susciten respecto de la regulación y aplicación de las subvenciones que puedan establecerse en el ámbito de las distintas áreas de la acción pública debe tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en la que proceda encuadrar las subvenciones.

El concreto encuadre de las subvenciones cuestionadas era el Plan de fomento de las energías renovables en España 2000-2010. Las medidas subvencionaron parte del precio de instalaciones para el aprovechamiento de la energía solar térmica a baja temperatura (con aplicaciones tales como agua caliente sanitaria, calefacción, climatización, etc.). La resolución encomendó la totalidad de la gestión de las subvenciones al IDAE (recepción de solicitudes, evaluación, instrucción, resolución y pago).

El TC descarta que la medida pueda encuadrarse en el título competencial sobre investigación científica y técnica. Más bien presentaban las medidas una estrecha conexión con el sector energético, pues su finalidad principal era el fomento del uso de la energía solar. En definitiva, el TC declara que *"las subvenciones de la resolución impugnada deben incardinarse en la materia régimen energético por ser ésta la más directamente afectada"*.

Al versar las subvenciones sobre el sector energético, el Estado dispone de un título competencial básico y de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, como hemos visto en el apartado inicial relativo al marco general de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En vista de ello, el Estado pue-

de consignar subvenciones como éstas en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones generales de otorgamiento, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de modo que se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible o, en su caso, en un momento inmediatamente posterior.

Sólo una circunstancia excepcional puede justificar la regulación completa de las subvenciones por parte del IDAE. Pero el TC considera que en el caso analizado no concurría tal circunstancia que exigiese la gestión centralizada de las subvenciones por dicha entidad. En particular, señala que el destino de las subvenciones (uso de energía solar en un entorno más bien doméstico) se integra en el ámbito ordinario de la competencia autonómica, dado que los proyectos subvencionables no contienen elemento alguno que exija la gestión centralizada.

D. Problemas competenciales asociados al crecimiento del sector

La regulación del régimen especial pretende fomentar ese modo de generación con retribuciones superiores a las del régimen ordinario. Pero dicho régimen económico ventajoso supone un sobrecoste para el sistema, lo que determina que el incentivo económico se modere a medida que se van cumpliendo determinados objetivos de instalación de potencia en régimen especial que se consideran satisfactorios. Por ese motivo, además de por razones de seguridad jurídica y de rentabilización de la inversión, los productores en régimen especial suelen preferir la regulación económica vigente en cada momento a una futura regulación, necesariamente incierta y con alta probabilidad de resultar menos ventajosa que la anterior. Esta idea es clave en las consideraciones que se exponen a continuación.

Según el sistema diseñado por el Real Decreto 661/2007, alcanzado el 85% del objetivo de potencia para cada tecnología, una resolución del Secretario General (hoy Secretario de Estado) de Energía fijará el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones inscritas

en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho al régimen económico establecido en ese Real Decreto (artículo 22).⁶⁷ La tecnología fotovoltaica fue la primera en alcanzar el 85% del objetivo de potencia (fijado en 371 MW). En consecuencia, la Resolución de la Secretaría General de Energía de 27 de septiembre de 2007 (BOE de 29 de septiembre siguiente), estableció un plazo de doce meses (hasta el 29 de septiembre de 2008) para la inscripción definitiva de las plantas que se acogerían al régimen económico del Real Decreto 661/2007. Las plantas inscritas después de esa fecha quedaron sujetas al Real Decreto 1578/2008, ya mencionado.

El sistema tuvo efectos no esperados (ni deseados), con consecuencias desde el punto de vista del reparto de las competencias administrativas, a saber: (1) la posible inscripción irregular de plantas fotovoltaicas y la inspección a través de la CNE; y (2) la proliferación desmesurada de plantas fotovoltaicas que se trató de moderar con el establecimiento de un registro de pre-asignación de retribución, recientemente generalizado para el resto de tecnologías.

1. Posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas e inspecciones de la CNE

Un primer efecto del sistema del Real Decreto 661/2007 fue la posible inscripción fraudulenta de plantas fotovoltaicas antes de la fecha límite que resultó de la citada Resolución de la Secretaría General de Energía, a fin de que las mismas quedasen acogidas al régimen económico del mismo.⁶⁸

La Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, de tarifas a partir de 1 de julio de 2008, salió al paso de dicho supuesto fraude. La disposición

67. Ese plazo, que no debía ser inferior a doce meses, se establecía, a propuesta de la CNE, con base a la velocidad de implantación de las instalaciones y a la duración media de la ejecución de la obra para un proyecto tipo de una tecnología. La inscripción en el mencionado Registro, cuya llevanza corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se exige por los artículos 21.4 y 31 LSE, además de por los artículos 9 y ss. del Real Decreto 661/2007.

68. Sobre las sospechas de fraude puede citarse, por todos, el siguiente titular contenido en la edición de *El Mundo* de 27 de julio de 2009: "Aumenta el fraude en el sector de las plantas solares".

adicional novena de la Orden estableció que la Dirección General de Política Energética y Minas inspeccionaría, a través de la CNE, la veracidad y suficiencia de la documentación relativa a las instalaciones fotovoltaicas inscritas en el Registro correspondiente antes del 30 de septiembre de 2008. Además, la CNE realizaría concretas inspecciones a plantas de producción en ejecución de un plan de inspecciones. Las instalaciones incorrectamente inscritas serían objeto de una corrección en el régimen económico aplicable, y su titular sometido a un expediente sancionador. Previsiones similares sobre inspección de plantas fotovoltaicas a fin de detectar posibles irregularidades que diesen lugar al irregular pago de tarifas se incluyeron en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre (artículos 13 y 14), para instalaciones inscritas con posterioridad a la fecha límite para el mantenimiento del régimen económico del Real Decreto 661/2007.

A juicio de la CNE, las inspecciones pueden plantear problemas competenciales. Así lo expresó en el informe sobre la propuesta normativa que finalmente se materializó en el citado Real Decreto 1578/2008.⁶⁹ La CNE lo razonó del siguiente modo:

En la medida en que la inspección estatal de las instalaciones fotovoltaicas a que se refiere el artículo 13 del texto sometido a informe se extiende "a la comprobación de la veracidad de los datos aportados durante el procedimiento de tramitación administrativo", procede recordar que el Estado no puede someter el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias a mecanismos de supervisión o tutela de legalidad distintos de los previstos en el artículo 153 de la Constitución.

2. Proliferación de plantas fotovoltaicas y registro de pre- asignación

Otro efecto no deseado del mecanismo previsto en el citado artículo 22 del Real Decreto 661/2007 consistió en la proliferación

69. Informe 30/2008 de la CNE en relación con la propuesta de Real Decreto de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología (www.cne.es, apartado 'Documentos CNE').

desmesurada de instalaciones fotovoltaicas en el período de doce meses establecido por la Resolución de 27 de septiembre de 2007. Los promotores, temerosos de una peor retribución en la siguiente regulación, dispararon la construcción de plantas de producción, en ocasiones de dudosa viabilidad, incrementando el sobrecoste para el sistema.⁷⁰

Con el propósito de combatir la proliferación desmesurada de proyectos poco serios, evitando el incremento del déficit de tarifa, se creó el llamado Registro de pre-asignación de retribución, primero para la tecnología fotovoltaica (a través del Real Decreto 1578/2008), y luego para el resto de tecnologías (mediante el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril).

El artículo 4 de este último Real Decreto-ley 6/2009 dispone que dicho registro se crea como sub-sección del Registro estatal de instalaciones de producción de energía eléctrica previsto en el artículo 21.4 de la Ley 54/1997. La inscripción en el mismo es una condición necesaria para el otorgamiento del régimen económico previsto en el Real Decreto 661/2007. Dicha inscripción exige el cumplimiento de ciertos requisitos de solvencia técnica y económica de la instalación.⁷¹

El registro de pre-asignación de retribución podría tener implicaciones en materia competencial. Como sabemos, corresponden a las

70. Así, lo señala la edición de *Cinco Días* de 13 de octubre de 2009 ("Apoyo poco claro a las energías renovables"). El citado informe 30/2008 de la CNE ya adelantaba las consecuencias de la proliferación de la tecnología fotovoltaica y las consecuencias para el consumidor. Señala el informe que la fuerte expansión del sector "ha hecho que se haya alcanzado con una antelación de más de tres años el objetivo de planificación previsto para esta tecnología en el 2010". Y el mismo informe añade: "El sobrecoste para el consumidor por su apoyo económico al régimen especial se incrementa, pudiendo pasar del 8,6% en 2007 al 8,9% en 2008. En este sobrecoste, el apoyo a la tecnología fotovoltaica representó 189 M€ en 2007, pudiendo representar 524M€ en 2008 para una potencia de 1.800 MW, lo que supone 335M€ de coste adicional que conlleva un necesario incremento de la tarifa eléctrica en 2008 del 1,3% para satisfacer el incremento del coste fotovoltaico".

71. Esos requisitos son: disponer de punto de acceso y conexión firme para toda la potencia de la instalación, disponer de autorización administrativa de la instalación y de licencia de obras, haber depositado el aval que, en su caso, fuese exigible, disponer de recursos económicos suficientes para acometer al menos el 50 por ciento de la inversión, haber alcanzado un acuerdo de compra con el fabricante de los equipos, disponer de punto de suministro de gas natural o de informe favorable de aprovechamiento de aguas cuando fuese necesario, y haber depositado un aval obligatorio ante la Caja General de Depósitos, a favor de la Dirección General de Política Energética y Minas.

Comunidades Autónomas las actuaciones administrativas que se han de seguir respecto de las instalaciones de régimen especial (autorización administrativa, aprobación del proyecto de ejecución y acta de puesta en marcha). Por excepción, la gestión del régimen de retribución es de competencia estatal, y a tales efectos el artículo 9 del Real Decreto 661/2007 exige la inscripción o toma de razón de las instalaciones autorizadas por las Comunidades Autónomas en el Registro dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.⁷²

El registro de pre-asignación de retribución supone un requisito adicional para tener acceso a un determinado régimen económico. El exigible a la tecnología fotovoltaica determina la potencia máxima de los proyectos inscribibles y establece el objetivo de potencia anual (cupos de potencia), que se ajusta cada año. Los objetivos anuales se dividen en cuatro convocatorias, pudiendo traspasarse potencia no cubierta en una convocatoria a la siguiente. La inscripción requiere la presentación de avales y de documentación que acredite la madurez del proyecto (acceso y conexión, autorizaciones y licencias). El registro previsto en el Real Decreto-ley 6/2009 sujeta la aplicación del régimen económico del Real Decreto 661/2007 al cumplimiento de requisitos sustantivos sobre la viabilidad técnica y económica del proyecto más exigentes que los previstos para la tecnología fotovoltaica (financiación para acometer el proyecto, etc.).⁷³ Las instalaciones inscritas cuentan con un plazo de treinta y seis meses para inscribirse de modo definitivo en el registro estatal. De lo contrario, los derechos de contenido económico asociados a la inscripción en el registro de pre-asignación son revocados.

Aunque la inscripción en el registro de pre-asignación no afecta a la libertad de instalación reconocida en la LSE, pues sólo tiene consecuencias económicas, no cabe duda de que afecta al crecimiento del

72. El Real Decreto 661/2007 (artículo 9) señala: "Para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y el control de la percepción de las tarifas reguladas, las primas y complementos (...) las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial deberán ser inscritas obligatoriamente en la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica a que se refiere el artículo 21.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio".

73. En este sentido, *El País*, en su edición de 10 de octubre de 2009, informaba que la creación de dicho registro "no gustó a algunos partidos. CiU, especialmente, advirtió cuando se tramitó el decreto que éste podía invadir competencias autonómicas".

parque de generación en régimen especial, cuya principal ventaja para el promotor es su retribución incentivada. Debido a la existencia de este registro, el reconocimiento de un determinado régimen económico a una instalación ya no depende sólo de la cuestión más bien formal de la toma de razón de una autorización autonómica en un registro estatal. El proyecto debe cumplir además requisitos estrictos para ser viable, que se añaden a los exigibles, en sede autonómica, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo de autorización de la instalación.

Para terminar, daremos cuenta, muy someramente, del fallido intento de suprimir el registro de pre-asignación creado por el Real Decreto-ley 6/2009. Dicha supresión pretendió llevarse a cabo a través de una disposición final de la nueva Ley de Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión al Mercado Inmobiliario, aunque la correspondiente enmienda de adición aprobada por el Senado resultó finalmente rechazada por el Congreso de los Diputados.⁷⁴ Según parece, entre las razones de la enmienda estaba el poner freno a un sistema estricto que podría fomentar movimientos especulativos.⁷⁵ Aunque también se adujo, en lo que aquí interesa, que tal supresión restablecería la plenitud de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de régimen especial.⁷⁶

La propuesta de reforma dio lugar a la crítica casi unánime de los productores en régimen especial, en particular de los termosolares, así como a la de algunos gobiernos autonómicos. Tales críticas parecen haber sido decisivas, a la vista de la reacción del Congreso. De la pro-

74. La enmienda a la Ley, a iniciativa de CiU, se votó favorablemente en el Senado, pero fue rechazada por el Congreso en sesión de 15 de octubre de 2009 (puede consultarse, para más detalle, el Diario de Sesiones del Congreso de ese día, núm. 113 de 2009, pp. 10 a 15 y 42).

75. Señala *Cinco Días* en el citado artículo "Apoyo poco claro a las energías renovables", al hablar del registro de pre-asignación fotovoltaico, que "el sistema no ha funcionado porque, al limitar tanto la potencia que se puede instalar, quien tiene una autorización de ese registro tiene un bien preciado. Un bien por el que se ha llegado a pagar precios cercanos al millón de euros por MW, atrayendo la especulación a la fotovoltaica".

76. Decía al respecto la edición de *Expansión* de 9 de octubre de 2009 ("PSOE y CIU pactan el rediseño del mapa de renovables en España"), tras la aprobación de la enmienda en el Senado, que con la eliminación del registro de pre-asignación "las Comunidades Autónomas vuelven a ser las encargadas de dar el visto bueno a los proyectos. Desde el punto de vista político, CiU ha conseguido colgarse la medalla de haber logrado que las autonomías recuperen competencias en renovables".

puesta de reforma, finalmente rechazada, se criticó la inseguridad que genera la constante reforma del marco regulatorio.⁷⁷ Además, el nuevo mecanismo suponía cierta dosis de inseguridad, al incluir una reforma del artículo 22 del Real Decreto 661/2007 que no permitía anticipar el momento en que pudiese cumplirse el objetivo de potencia de cada tecnología, con la consiguiente incertidumbre para la inversión.⁷⁸ También se dijo que la reforma ponía en peligro la construcción de 35 plantas termosolares en tramitación, lo que podría haber supuesto reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado.⁷⁹

IV. Conclusiones

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas emana, en lo fundamental, de la Constitución Española y de los Estatutos de Autonomía. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar que el Estado ha establecido las bases del sector energético –y, en particular, del sector eléctrico, al que pertenecen las energías renovables– en virtud de las competencias reconocidas en el artículo 149.1.13ª (actividad económica), 18ª (concesiones), 22ª (autorización de ciertas instalaciones) y 25ª (sector energético). Por su parte, el artículo 148.1.3ª (ordenación del territorio y urbanismo) y 13ª (fomento del desarrollo económico) reconoce competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas. Pero

77. Morales Plaza, en una columna publicada en la edición de *Expansión* de 13 de octubre de 2009, aventuraba que, de aprobarse la reforma (finalmente desestimada), “se producirán cancelaciones masivas de inversiones extranjeras en España (...) al dispararse el «riesgo país»”.

78. Así, la columna “Apoyo poco claro a las energías renovables”, ya citada, señaló la advertencia de los promotores de que las instalaciones inscritas con posterioridad al cumplimiento del objetivo de potencia podrían no rentabilizar su inversión, por ser el precio de mercado que recibirían inferior a la prima. En el mismo sentido, *ABC* señaló que la situación de incertidumbre que generaría la reforma podría suponer la cancelación de los préstamos y la devolución de los fondos prestados (“Otro cambio legislativo cuestiona el futuro de la industria termosolar”, 13 de octubre de 2009).

79. El diario *El País*, en el citado artículo “Los continuos cambios en la regulación de las renovables encrespan al sector”, señaló: “Las empresas promotores de centrales termosolares anunciaron ayer que estudian presentar demandas de responsabilidad patrimonial contra el Estado”. En el mismo sentido informan las ediciones de 10 de octubre de 2009 de *Expansión* (“Las termosolares amenazan con demandar al Estado”), o *Cinco Días* (“Empresas termosolares estudian demandar a Industria por daños”), entre otros.

el término 'competencias exclusivas' no excluye la intervención de las Comunidades Autónomas, que pueden colaborar con el Estado en el ámbito de materias atribuidas a su competencia, y ello con arreglo, básicamente, a las siguientes dos fórmulas conocidas: a) el Estado dicta "normas básicas" o "bases" y las Comunidades Autónomas las desarrollan mediante su propia legislación; y b) el Estado legisla y las Comunidades Autónomas ejecutan y aplican esa legislación. En este sentido, y por lo que aquí interesa, todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia de desarrollo normativo y ejecución del régimen especial de producción eléctrica.

Por otro lado, la LSE ha precisado la distribución de competencias en materia de régimen especial entre las tres "autoridades reguladoras" (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y CNE). Dicho reparto, previsto en el artículo 3 de la LSE, puede resumirse del siguiente modo:

a. A la Administración General del Estado le corresponde fijar el régimen económico de la retribución de tal tipo de producción eléctrica.

b. Las Comunidades Autónomas son competentes para la autorización administrativa de una instalación de producción en régimen especial y para el reconocimiento de la condición de instalación de producción acogida a dicho régimen. La inscripción de dichas instalaciones en el Registro estatal correspondiente se realiza para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y control de las primas al régimen especial.

c. La liquidación de las primas equivalentes, primas y complementos al régimen especial corresponde a la CNE.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de régimen especial no está exenta de problemas. Algunas Comunidades Autónomas tratan de limitar la instalación de potencia en régimen especial por encima de ciertos umbrales a través de instrumentos de dudosa compatibilidad con el reparto de competencias que rige en la materia y con principios de la regulación vigente del sector eléctrico (libertad de instalación, ausencia de planificación obligatoria de la producción, etc.). En particular:

a. Los mecanismos que limitan el acceso a la red mediante mesas de evacuación o procedimientos similares pueden afectar al derecho de acceso, de competencia estatal, a través de la regulación de la conexión física a la red, que es competencia de las Comunidades Autónomas.

b. Los concursos autonómicos de reparto de capacidad eólica emplean técnicas y sistemas propios del régimen de la concesión administrativa, lo que comporta la transformación del régimen legal de autorización administrativa reglada en otro de naturaleza cuasi-concesional, para lo cual las Comunidades Autónomas carecen de competencia.

La STC 136/2009 declara que la completa gestión y el otorgamiento de subvenciones de apoyo a la energía solar térmica a baja temperatura por parte del IDAE, entidad pública empresarial dependiente de la Administración General del Estado, vulnera las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de energía.

El intento de establecer un crecimiento ordenado de las instalaciones de generación en régimen especial, que no suponga un sobrecoste excesivo para el sistema, ha suscitado igualmente problemas competenciales. El establecimiento de una fecha límite de mantenimiento del régimen económico del Real Decreto 661/2007 ha provocado dos efectos indeseados con respecto a la tecnología fotovoltaica, la primera en alcanzar los objetivos previstos: a) la eventual inscripción irregular de instalaciones; y b) la proliferación desmesurada de proyectos, en ocasiones poco serios, por el temor de los promotores al empeoramiento de las condiciones económicas de la nueva regulación. Tales efectos dieron lugar a la adopción de soluciones con implicaciones de tipo competencial:

a. Se previó la inspección, a través de la CNE, del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a un determinado régimen económico. Pero el propio regulador advirtió sobre las dudas que presenta la supervisión estatal del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias.

b. Se creó un registro de pre-asignación de retribución para la tecnología fotovoltaica, más tarde generalizado para el resto de tecnologías por el Real Decreto-ley 6/2009. Dicho Registro altera el me-

canismo para el reconocimiento del régimen económico de los Reales Decretos 1578/2008 y 661/2007. El mismo somete tal reconocimiento de derechos económicos a la acreditación de ciertos requisitos de solvencia técnica y económica de los proyectos, lo cual va más allá de la mera toma de razón en un registro estatal de la autorización autonómica de una instalación.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de energías renovables. Partiendo de la delimitación competencial prevista en la legislación estatal, en la primera parte del trabajo se describe el reparto de las competencias referidas a la producción de energía eléctrica en régimen especial. En la segunda parte se examina una serie de supuestos prácticos que permiten conocer algunos problemas de actualidad. El primero se refiere al derecho de acceso de los productores en régimen especial a las redes de distribución y, en particular, a cómo algunos procedimientos autonómicos pueden afectar al ejercicio de tal derecho, de competencia estatal. También se analiza el caso de ciertos concursos autonómicos de adjudicación de potencia eólica que utilizan mecanismos de dudosa compatibilidad con el orden de distribución de competencias y algunos de los principios sustantivos que informan la regulación vigente del sector energético. A propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (STC 136/2009), se examina también la distribución competencial en materia de subvenciones a las energías renovables. Finalmente, se abordan otras dos cuestiones controvertidas: la inspección de plantas fotovoltaicas a través de la Comisión Nacional de Energía, y la creación del llamado Registro de preasignación de retribución.

Palabras clave: distribución de competencias; sector eléctrico; régimen especial; energías renovables.

RESUM

Aquest treball té per objecte analitzar la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria d'energies renovables. Partint de la delimitació competencial prevista en la legislació estatal, en la primera part del treball es descriu el repartiment de les competències referides a la producció d'energia elèctrica en règim especial. En la segona part s'examinen una sèrie de supòsits pràctics que permeten tenir coneixement d'alguns problemes d'actualitat. El primer es refereix al dret d'accés dels productors en règim especial a les xarxes de distribució i, en particular, a com alguns procediments autonòmics poden afectar l'exercici d'aquest dret, de competència estatal. També s'analitza el cas de determinats concursos autonòmics d'adjudicació de potència eòlica que utilitzen mecanismes de compatibilitat dubtosa amb l'ordre de distribució de competències i alguns dels principis substantius que informen la regulació vigent del sector energètic. A propòsit d'una sentència recent del Tribunal Constitucional (STC 136/2009), s'examina també la distribució competencial en matèria de subvencions a les energies renovables. Finalment, s'aborden dues qüestions controvertides més: la ins-

pecció de plantes fotovoltaiques a través de la Comissió Nacional d'Energia i la creació de l'anomenat registre de preassignació de retribució.

Paraules clau: distribució de competències; sector elèctric; règim especial; energies renovables.

ABSTRACT

This paper aims to examine the distribution of powers between the state and the autonomous communities in regard to renewable energy. Based on the delimitation of powers under state law, the first part of the paper describes the distribution of responsibilities in reference to special regime production of electrical energy. The second part examines a number of practical assumptions that provide insight into some current problems. The first refers to the right of access of special regime producers to distribution networks and, in particular, how some autonomic procedures can affect the exercise of said right from state competition. The paper also analyzes the case of certain autonomic awarding of wind power using mechanisms of dubious compatibility with the order of distribution of powers and some of the substantive principles that inform existing regulation of the energy sector. Following along with a recent ruling by the Constitutional Court (STC 136/2009), we also examine the distribution of jurisdictional distribution on matters of subsidies for renewable energy. Finally, we address two controversial issues: the inspection of photovoltaic plants by the National Energy Commission, and the creation of the Registry for the Pre-assignment of Remuneration.

Key words: distribution of powers; electrical power industry; special regime; renewable energies.

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LA DESCENTRALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS DE ÁMBITO ESTATAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS: ¿HAY DIFERENCIAS ENTRE EL PSOE Y EL PP?

Javier Astudillo Ruiz

Profesor lector en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Cómo medir los posibles efectos de la descentralización política en los partidos políticos de ámbito estatal? – 3. El desarrollo del Estado de las Autonomías y los estudios sobre la descentralización del PSOE y de AP/PP. – 4. Cambios estructurales: la constitución de un nivel organizativo de ámbito autonómico. – 5. El estudio de la distribución vertical del poder dentro del PSOE y del PP. – 5.1. Comparación global del PSOE y del PP entre 1983 y 2009. – 5.2. Comparación de su evolución en el tiempo. – 6. Primeras conclusiones y sugerencias de próximos estudios. – 7. Referencias. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción¹

En los últimos 30 años un buen número de países de Europa y de América Latina ha experimentado una transformación de su estructura de gobierno (Rodden 2004). Los gobiernos estatales han cedido poder hacia arriba, hacia instituciones supranacionales tales como la Unión Europea, y hacia abajo, hacia el ámbito regional y local.

Artículo recibido el 16/09/2009; aceptado el 01/02/2010.

1. Quiero agradecer los comentarios recibidos por Ana Sofía Cardenal y Andrew Richards a versiones preliminares de este artículo, así como los de los evaluadores anónimos de este artículo.

Centrándonos en exclusiva en la creación de gobiernos de ámbito regional, su desarrollo plantea importantes desafíos a un mediador clásico entre los gobernantes y los gobernados, los partidos políticos (Van Biezen y Hopkin 2006).

Entre esos desafíos se está defendiendo que la descentralización institucional conlleva a su vez la descentralización de los partidos políticos de ámbito estatal (Roller y Van Houten 2003, Deschouwer 2006, Laffin, Shaw y Taylor 2007, Fabre 2008). Como resultado, se nos dice, los partidos políticos tendrían que rediseñar la manera en que coordinan tanto sus estrategias electorales como, si llegan al poder, sus políticas entre los diferentes niveles de gobierno.

Este artículo no analiza, sin embargo, los posibles efectos de la descentralización de los partidos sobre sus estrategias y políticas. La razón de ello se debe a que el supuesto de partida de que la descentralización de los estados conlleva necesariamente la descentralización de los partidos de ámbito estatal es cuestionable. Es cierto que algunos estudios empíricos han mostrado que los estados federales se asocian con partidos descentralizados (Harmel 1981), pero otros como el más reciente de Lundell (2004:41) concluyen que "*federalism is said to coincide with a low degree of centralization. Again, the assumption is proven wrong. The degree of [party] centralization in federal states is practically the same as in unitary states*".² En consecuencia, ¿se han de descentralizar irremediamente los partidos políticos de ámbito estatal porque lo hagan los estados? ¿Y cómo podemos medirlo?

Para empezar a responder a estas preguntas se requiere, en primer lugar, de indicadores que nos permitan medir los cambios que puedan experimentar esta clase de partidos. Las conclusiones muchas veces contradictorias sobre los efectos de la descentralización política en los partidos se deben a la confusión de dos dimensiones distintas (Thorlakson 2009): una estructural y otra relativa a la distribución vertical del poder. Quizás la descentralización política afecte a la dimensión estructural de los partidos, pero no tanto a su distribución interna del poder. De ahí que el primer objetivo de este artículo sea distinguir claramente ambas dimensiones, y ofrecer al mismo tiempo

2. Tampoco se puede descartar que la dirección de la causalidad sea la opuesta, es decir que el grado de descentralización de los países varíe en función del grado de descentralización interna de los partidos (Garman, Haggard y Willis 2001).

unos indicadores que nos permitan medir objetivamente la distribución vertical del poder.

El segundo objetivo de este artículo, una vez presentadas las transformaciones estructurales en los dos principales partidos de ámbito estatal españoles, PSOE y PP, es utilizar dichos indicadores para comparar globalmente el grado de poder de sus dirigentes regionales en las 17 comunidades autónomas (CCAA), así como de su evolución desde 1983, o si el estudio así lo requería, desde que se celebraron las primeras elecciones autonómicas.

Al centrarnos en una comparación global de ambos partidos, no se muestran las diferencias en el grado de poder que puedan existir entre estos dirigentes dentro de cada una de sus organizaciones. Con ello no rechazamos que las especificidades nacionales de algunas CCAA (Fabre 2008), o la existencia de partidos de ámbito no estatal (PANES) en algunas de ellas (Roller y Van Houten 2003), no puedan haber incentivado que algunos dirigentes territoriales hayan cobrado más poder que otros. Es bien sabido que tanto el *Partit dels Socialistes de Catalunya* (PSC) con respecto al PSOE, como Unión del Pueblo Navarro (UPN) con respecto al PP entre 1991 y 2008, mantienen en el primer caso, o han mantenido en el segundo, unas relaciones con sus respectivas direcciones estatales claramente peculiares.³ Pero en este primer estudio nos centramos en analizar los posibles efectos de la descentralización política sobre la organización interna de los dos principales partidos españoles de ámbito estatal, y no los de la diversidad nacional del Estado sobre las asimetrías de poder de los máximos dirigentes autonómicos de ambos partidos. Esta cuestión requiere de un estudio específico.

El artículo se centra, por tanto, en el caso español, uno de los países donde mejor se puede comprobar la hipótesis de los efectos de la descentralización de los estados sobre los partidos. En primer lugar, a diferencia de países como Alemania, Suiza, los EEUU, o Canadá, no se trata de un estado que naciese ya federal. En este último caso los partidos se forman y desarrollan en un marco institucional ya descentralizado, mientras que en el primero la descentralización político-

3. En este estudio se considera que la relación entre el PSOE y el PSC en Cataluña y la del PP y la UPN en Navarra va más allá de un mero acuerdo 'preelectoral'. Para un estudio más detallado de las relaciones entre la UPN y el PP véase Astudillo (2010).

institucional se produce con los partidos desarrollados en estados previamente unitarios (Truman 1967, Lehmbbruch 1978).⁴ Este hecho les sitúa en mejor posición para controlar el proceso descentralizador y sus posibles efectos sobre ellos (Hopkin 2009). En segundo lugar, la descentralización político-institucional en España ha ido mucho más lejos que la francesa e incluso que la italiana (OCDE 2005), o lleva mucho más tiempo que la *devolution* británica.

Es cierto, sin embargo, que el estudio de un único país conlleva alguna limitación en el tercer objetivo de este trabajo: el análisis de las hipótesis que nos ofrece la literatura especializada para explicar la descentralización de los partidos. Nos centraremos así en aquellas en las que haya variación tales como la evolución del grado de descentralización del estado, el diferente grado de fortaleza electoral de los presidentes de gobiernos autonómicos en las elecciones autonómicas, el número de años que llevan éstos en el cargo, el solapamiento de cargos orgánicos e institucionales, y finalmente la presencia de la dirección estatal del partido en el gobierno del Estado o en la oposición (Deschouwer 2006, Fabre 2008, Méndez y Orte 2010).

En la siguiente sección se discuten las principales dimensiones relacionadas con la cuestión territorial de la política, cómo se ha estudiado hasta la fecha la descentralización interna de los partidos, sus problemas, y finalmente se ofrece una propuesta de medir la distribución vertical del poder. En la sección tercera se repasan brevemente los principales estudios realizados sobre esta cuestión en el PSOE y en el PP, identificando sus principales conclusiones y sus limitaciones. En la sección siguiente se analiza la dimensión estructural en ambos partidos y se plantea la pregunta de hasta qué punto podemos asegurar que la transformación estructural es producto de los cambios institucionales. En la sección quinta se compara el grado de poder de los dirigentes regionales de ambos partidos, y se revisan algunos factores explicativos. El artículo termina concluyendo hasta qué punto actualmente el PSOE se encuentra más descentralizado que el PP.

4. Si bien en España el desarrollo del Estado de las Autonomías se produce casi a la par que la consolidación de los partidos políticos, autores como Juliá (1997) han señalado que la centralización del PSOE es anterior a la consolidación de redes de intereses locales o regionales. Algo parecido se puede decir para el caso de AP/PP (López Nieto 1988, García-Guereta 2001).

2. ¿Cómo medir los posibles efectos de la descentralización política en los partidos políticos de ámbito estatal?

Como ya se ha sugerido, la confusión sobre cuáles han sido realmente los efectos de la descentralización de los estados en los partidos de ámbito estatal puede deberse a no distinguir una dimensión estructural de otra relacionada con la distribución vertical del poder (Janda 1980, Deschouwer 2006, Hopkin y Van Houte 2009).

La primera dimensión se refiere al número tanto de 'regiones' como de 'niveles de actividad política' (local, provincial, regional, estatal, o supra-estatal) donde los partidos políticos han creado estructuras para llevar a cabo sus diversas actividades (Deschouwer 2006). La segunda, la distribución vertical del poder, es realmente de lo que trata la (des)centralización interna de los partidos (Janda 1980).

Ambas dimensiones no tienen por qué ir asociadas (Thorlakson 2009). Puede ocurrir que un partido no tenga una estructura intermedia ('regional') entre sus órganos estatales y locales, pero las decisiones se tomen a nivel local, mientras que otro partido puede haber construido dicha estructura intermedia, y sin embargo sus dirigentes estatales retengan todo el poder. En consecuencia, la dimensión estructural no es un buen indicador de la distribución vertical del poder.

Centrándonos ahora en esta segunda dimensión, a grandes trazos la literatura especializada nos ofrece a su vez dos maneras de evaluarla. La primera consiste en dejar que sean los propios actores políticos quienes evalúen el grado de descentralización de sus partidos en entrevistas en profundidad. Esta estrategia presenta el problema de cómo comparar los resultados obtenidos. Dado que el término descentralización puede ser entendido de diversas maneras,⁵ ¿cómo sabemos que los políticos entrevistados la miden con los mismos indicadores? Es difícil evaluar, por tanto, si un partido se encuentra más o menos (des)centralizado que otro, a menos que les ofrezcamos a los entrevistados una escala donde puntuasen a sus partidos.

5. Cuando en sus estatutos el PP habla de su 'descentralización' y de su 'adaptación al Estado de las Autonomías' se refiere principalmente a la creación de órganos partidistas regionales.

La segunda estrategia ha sido crear una escala según el nivel donde se toman diferentes actividades partidistas tales como: la selección de los líderes internos, la elaboración de las listas, los programas y el diseño de las campañas electorales, la formulación de políticas del partido, o la disciplina interna (Janda 1980:108-117; Ware 2001:261, Lundell 2004:31). Estas escalas suelen ir desde un extremo de descentralización, en que la decisión en cuestión se toma en las unidades locales del partido sin interferencias por los órganos centrales del partido, hasta el otro extremo de centralización, donde las decisiones son tomadas exclusivamente por las unidades centrales del partido.

Averiguar, sin embargo, en qué nivel de un partido político se toman las decisiones para cada una de sus diferentes actividades es obviamente una tarea ingente. Por esta razón los investigadores que comparan diversos partidos suelen centrarse, o bien en analizar sus estatutos (Thorlakson 2009), o en una o unas pocas actividades partidistas (Scarrows, Webb y Farrell 2000, Lundell 2004). El problema de estudiar exclusivamente los estatutos de los partidos, además de su posible ambigüedad, es que éstos nos indican cómo deberían ser las relaciones entre sus diferentes órganos internos, no cómo son en la realidad.

En consecuencia nos hemos centrado en dos actividades que se suelen considerar de primera importancia para la vida de los partidos: la selección de sus candidatos a presidente de gobierno autonómico, y la consolidación de sus liderazgos tanto partidistas como gubernamentales. Los indicadores utilizados son los siguientes:

1. Número medio de máximos dirigentes regionales dentro de la estructura orgánica de ambos partidos.⁶ Aquí se estudiará igualmente su media de reemplazos, así como su duración media en el cargo, por autonomía.

6. Secretarios generales (o primer-secretario en el caso del PSC) para el PSOE y presidentes para el PP. En el PSOE de Castilla-La Mancha, durante la etapa de José Bono, se hace la salvedad de considerar a su máximo dirigente al presidente de la organización regional del partido, pues éste era el cargo que ocupaba Bono a partir de 1990. Cuando este dirigente deja la presidencia del gobierno castellano-manchego en 2004, se vuelve a considerar como máximo líder socialista a su secretario general, quien le sustituye al frente del gobierno autonómico.

La hipótesis subyacente es que a mayor número de máximos dirigentes por región, y por tanto menor duración en el cargo, menor posibilidad de que hayan creado unas redes regionales de poder dentro del partido, y a su vez menor capacidad de ofrecer resistencia a las preferencias de los dirigentes estatales. Es cierto, sin embargo, que mantenerse en el cargo no es prueba necesariamente de tener poder. Se necesitan más indicadores.

2. Número de comisiones/juntas gestoras regionales nombradas por la dirección estatal.

Según los estatutos de ambos partidos,⁷ la dirección estatal puede en última instancia destituir a la regional. Su uso, por tanto, es un indicador claro del poder que los dirigentes estatales del partido tienen sobre los regionales.

3. Porcentaje de candidatos a la presidencia del gobierno autonómico que pierden las elecciones y que tienen al menos una segunda oportunidad.

Asumiendo que bien porque la máxima aspiración de un político sean los cargos, bien porque los cargos son la condición para mejor influir en las políticas, podemos pensar que los aspirantes fracasados a presidente autonómico desearían volver a intentarlo. Así ha ocurrido con prácticamente todos los candidatos del PSOE y del PP a la Moncloa. El hecho de no hacerlo no necesariamente tiene que deberse a una intervención desde arriba, pero si sí lo consigue, eso indica que ha consolidado su posición a nivel regional.

4. Porcentaje de presidentes de gobiernos autonómicos que –forzados por la dirección estatal, o al menos con su visto bueno– no estuvieron en el siguiente gobierno, o si continuaron, cambiaron de partido.

Éste es sin duda uno de los indicadores más claros del poder que tienen los dirigentes estatales sobre los regionales, aun detentando éstos últimos el cargo de presidente de un gobierno autonómico.

7. Artículo 18 de los Estatutos del PSOE de 2008, art. 35 de los Estatutos del Partido Popular de 2008.

Este artículo pretende ser un primer paso en la construcción de esos indicadores del grado de descentralización de los partidos políticos. Se reconoce así que estos indicadores sólo ofrecen una visión general, y que otros indicadores deberían ser desarrollados si queremos precisar la capacidad de influencia de los líderes regionales en el nivel estatal.

3. El desarrollo del Estado de las Autonomías y los estudios sobre la descentralización del PSOE y de AP/PP

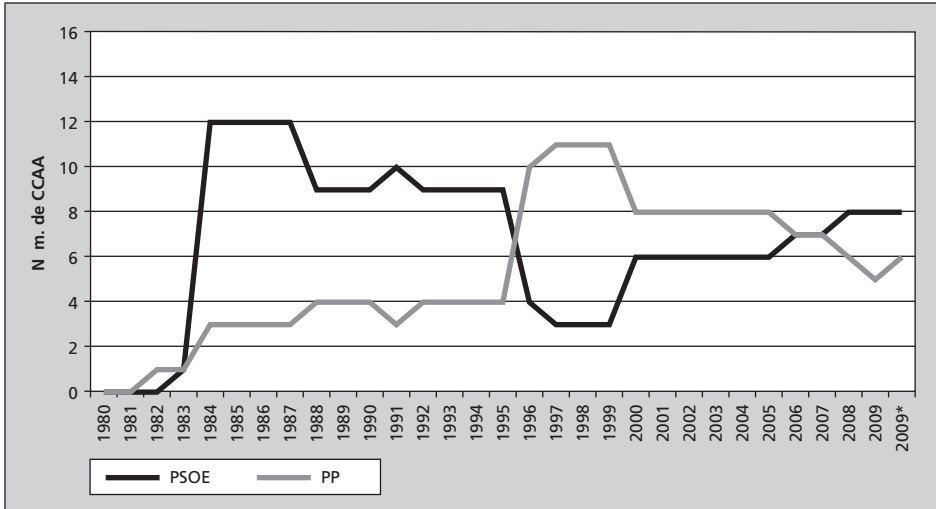
En el caso de España tenemos aún pocos estudios, y éstos o bien se centran en casos de partidos concretos (Méndez 2000, García-Gueta 2001, Maravall 2003, Méndez y Orte 2010, Astudillo 2010), o bien, si son comparativos (Grau 2000; Montero 2005, Betanzo 2006, Fabre 2008), se realizan a partir de fuentes secundarias o de entrevistas a dirigentes de ambos partidos.

En el caso del PSOE los estudios de Méndez (2000) y Méndez y Orte (2010) señalaban la existencia de varias etapas. En una primera, que vendría a coincidir con los años 80, se dio una fuerte centralización. Por el contrario, en los años 90 y principios de la primera década del siglo XXI, se nos dice, los barones autonómicos cobraron bastante poder.⁸ Finalmente, a partir de la vuelta al poder del PSOE, se produciría una cierta 'recentralización'. Su estudio no deja de presentar algunos problemas.

El más importante es que se pasa por alto que, si bien puede ser cierto que los presidentes autonómicos ganasen poder según se desarrolló el Estado de las Autonomías, a mediados de los años noventa el PSOE dejó de controlar un número considerable de gobiernos autonómicos. Puede que sus 'barones' fuesen más fuertes, pero a partir de 1995 había muchos menos (gráfico 1). Por último, la etapa de recentralización del PSOE coincide con una importante recuperación del número de gobiernos autonómicos presididos por socialistas. ¿Qué pesa más? ¿Un incremento de los 'barones' dentro del partido? ¿O que la dirección estatal haya llegado a la Moncloa?

8. Aunque no existe unanimidad respecto al uso del término 'barón', en este trabajo se reserva este término a aquel dirigente regional que compagine el cargo de máximo líder de su partido en una comunidad autónoma y el de presidente autonómico.

Gráfico 1. CCAA presididas por el PSOE o el PP (a principios de cada año)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Administración Pública.
* hasta 1 de junio de 2009.

Respecto al PP el trabajo más exhaustivo sobre este partido (García-Guereta 2001) sólo tangencialmente tocaba esta cuestión, y señalaba que “existe un indudable consenso entre las élites entrevistadas en que el partido se ha descentralizado”, a la vez que éstas afirmaban que “sigue siendo un partido en el que el poder de toma de decisión esencial reside en la cúpula nacional” (García Guereta 2001:401). Uno no puede sino preguntarse qué entienden por ‘descentralización’ los dirigentes del PP. Por su parte el estudio de este partido de Astudillo (2010) mostraba que ha adaptado su estructura organizativa al nuevo Estado de las Autonomías, lo que denominaba como ‘regionalización’ del partido, pero que realmente el nivel de descentralización interno era reducido. Pero una limitación de su estudio radica en que se basa principalmente en un análisis formal, es decir, de sus estatutos.

Los estudios de Montero (2005) y de Fabre (2008) tendrían la ventaja de que realizaban una comparación más directa de ambos partidos. En el caso de Montero su estudio es realmente contradictorio, pues si por un lado afirma que el PSOE y el PP han permanecido ‘highly disciplined and mostly centralized organizations’ (p. 66), por otro afirma que ‘the Spanish party system has elements of centralization and decentralization’ (p. 68). El autor, en cualquier caso, sugiere

que el PSOE está algo más descentralizado que el PP (p. 73). Fabre, por su parte, concluía que estando ambos partidos bastante centralizados, el PP lo estaba todavía más.

De ser ciertas estas conclusiones, tendríamos así una interesante evolución desigual en el nivel de descentralización de los partidos ante la descentralización política. Este hallazgo iría contra la idea de que la descentralización política descentraliza a *todos* los partidos de ámbito estatal, y habría que explicar esta variación en resultados. ¿Pero realmente es así? Uno de los problemas que presentan estos estudios es que es difícil asegurar si realmente el PP se encuentra más centralizado que el PSOE porque se realizan a partir sobre todo de entrevistas en profundidad. En consecuencia no hay hasta la fecha estudio alguno que nos ofrezca algo así como una comparación 'objetiva' del grado de descentralización interna del PP y del PSOE.

4. Cambios estructurales: la constitución de un nivel organizativo de ámbito autonómico

Pasamos ahora a estudiar ahora la dimensión estructural. Los casos del PSOE y del PP parecen señalar que la descentralización del Estado español ha dejado su impronta al generalizarse en ambos partidos un nivel organizativo de ámbito regional que coincide con el mapa de las CCAA españolas. Esto parece obvio, ¿pero lo es? Antes de pasar al estudio del caso español, se ha realizado una tabla de contingencia con 17 países occidentales⁹ entre, por un lado, la existencia de asambleas de nivel intermedio (entre el municipio y el estado) directamente elegidas por los ciudadanos y, por otro, la existencia en los principales partidos de la izquierda y de la derecha de una estructura organizativa que se corresponda con dicho nivel.¹⁰

Existe una asociación estadísticamente significativa (al nivel 0,01) entre que un partido tenga una estructura regional y su país tenga una asamblea regional directamente elegida por los ciudadanos, pero

9. Los países estudiados fueron Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, España, Suecia, Reino Unido, Islandia, Noruega y Suiza. Periodo analizado 2007-2009.

10. Se estudiaron 43 partidos que ofrecían la información requerida en sus páginas web.

no es tan fuerte como cabría esperar. En el cuadro 1 podemos observar que, cuando los países tienen tales asambleas, prácticamente la totalidad de los partidos estudiados poseen una estructura organizativa que opera en ese nivel. Pero cuando los países no las tienen, aun así el 55,6% de los partidos estudiados han desarrollado una organización 'regional'. No está tan claro, por tanto, que un partido cree estructuras regionales como consecuencia del surgimiento de un ámbito regional de competición política.

Cuadro 1. Relación entre estructura política y partidista

¿El partido ha construido una estructura organizativa que opera en el nivel regional?	¿El país tiene una asamblea regional elegida directamente por los ciudadanos?	
	SI	NO
SI	94,1%	55,6%
Nº de partidos	32	5
No	5,9%	44,4%
Nº de partidos	2	4
Total partidos	34	9

Fuente: elaboración del autor

En el caso español tanto el PSOE como el PP decidieron desde la vuelta de la democracia a España articular su organización territorial sub-estatal fundamentalmente en tres niveles: local, provincial, y regional (López Nieto 1988:41, García-Guereta 2001:376, Méndez y Orte 2010). Este proceso de vertebración organizativa vertical culminó hacia finales de los años 80 cuando las estructuras subestatales de ambos partidos se convirtieron por fin en una réplica de la estructura central. En el caso del PSOE, Méndez y Orte (2010) señalan que en la mayoría de las CCAA el proceso de la creación de una organización regional fue impulsada desde la dirección central del partido, que dicha organización fue creada tras haberse establecido previamente la organización provincial, que fue un proceso muy controlado por la dirección estatal, y que siempre se mantuvieron los objetivos de unidad del partido y de disciplina interna. Lo mismo se puede decir para el caso de Alianza Popular (García-Guereta 2001).

Ahora bien, ¿podemos estar seguros de que el PSOE y AP-PP moldearon su estructura organizativa regional siguiendo el diseño institucional autonómico? En otras palabras, ¿tenemos indicios de que

las instituciones políticas han ejercido algún tipo de efecto autónomo sobre el desarrollo de la estructura territorial de los partidos de ámbito estatal? El mero hecho de que ambos partidos hayan establecido organizaciones regionales que coinciden con los límites de las CCAA no prueba que las instituciones influyan sobre el comportamiento de los dirigentes partidistas si resulta que dichas instituciones son a su vez resultado de las preferencias e intereses de los dirigentes partidistas. Nos encontramos así con 'daunting problems of endogeneity' (Garman, Haggard y Willis 2001:235).

Pensemos en el caso de la federación navarra del PSOE, el Partido Socialista Navarro (PSN-PSOE). Esta federación no se creó hasta 1982 pues anteriormente los socialistas navarros formaban parte del PSOE de Euskadi. Su creación se podría interpretar como un típico ejemplo de cómo los partidos se tienen que adaptar al marco institucional en el que se desenvuelven. Sin embargo, el PSOE fue un actor clave para que finalmente no se iniciase el proceso de integración de esta Comunidad Foral en el País Vasco, como admite la Constitución española (Izu Belloso 2001). Así, ¿se creó dicha federación regional por 'adaptación a las instituciones'? ¿O porque a los socialistas navarros y españoles no les interesó la integración de Navarra en el País Vasco?

Ahora bien, si nos encontrásemos un partido político que no hubiera tenido mucha influencia en el diseño del mapa autonómico, pero constatásemos que posteriormente ese partido adaptó su estructura regional a dicho mapa, entonces sí que tendríamos tal prueba del efecto autónomo de las instituciones sobre la organización de los partidos. La adaptación de la estructura regional de AP al mapa autonómico español parece cumplir estas condiciones.

La organización regional interna que había previsto inicialmente Alianza Popular era distinta de la actual, y no se correspondía con las CCAA que finalmente se han constituido en España.¹¹ Pero no se trata de que la configuración final del mapa autonómico, y en consecuencia de las posteriores organizaciones regionales de AP-PP, se realizase siguiendo un posible cambio de preferencias de este partido con res-

11. Según un acta del partido depositada en el Ministerio del Interior con fecha de entrada de 8 de marzo de 1978.

pecto a cuáles deberían ser las regiones autónomas que finalmente deberían constituirse, como sí ocurrió en los casos de la UCD o del PSOE.

En los momentos iniciales del diseño del estado autonómico sólo 10, de las 17 Autonomías que finalmente surgieron, su creación o delimitación geográfica no era motivo de controversia. En las 7 restantes se discutía en cambio las provincias que las compondrían, o su estatus de comunidad uni-provincial. Pero en el resultado final Alianza Popular tuvo poca influencia. La configuración del mapa autonómico no sólo se cerró cuando AP tenía una reducida representación en el Congreso y en el Senado,¹² sino que además dicha configuración no se alcanzó mediante la constitución de una mayoría de este partido con la UCD, sino gracias al acuerdo de las direcciones de los dos partidos mayoritarios alcanzado en los pactos autonómicos de 1981 (Aja 1999:62).¹³

Es cierto que en el caso de tres CCAA (La Rioja, Navarra y El País Vasco) el resultado final coincidió con las preferencias expresadas desde un principio por Alianza Popular, pero su apoyo era irrelevante una vez alcanzado el acuerdo entre la UCD y el PSOE. En otras cuatro CCAA el resultado fue, de hecho, contrario a sus preferencias. Así, Cantabria se convirtió en Comunidad Autónoma uni-provincial con la oposición abierta de AP.¹⁴ Este partido reclamaba en cambio que la provincia de León se constituyese en comunidad autónoma uni-provincial,¹⁵ y que la provincia de Guadalajara no se integrase en Castilla-

12. Los decretos-leyes que crearon las pre-autonomías se promulgaron en la Legislatura Constituyente (1977-1979) cuando AP tenía sólo 16 diputados. Los Estatutos de Autonomía (salvo el de Baleares, Castilla y León, Extremadura y Madrid) se aprobaron en la Iª Legislatura (1979-1982) cuando AP había visto reducirse su grupo parlamentario a 9 diputados.

13. Por ejemplo, El País recoge que la dirección federal del PSOE presionó a su organización provincial de Guadalajara para que aceptase su integración en Castilla-La Mancha a cambio de que UCD hiciese lo mismo en Segovia para su integración en Castilla y León (El País 3-5-1981).

14. AP reclamó desde un principio su integración en Castilla (El País 1-11-1977) participando para ello en una asociación que defendía su integración en Castilla, la "Asociación de Cantabria en Castilla". Todavía en la reunión que se celebró entre los cuatro partidos de ámbito estatal en junio de 1981 sobre el cierre del proceso autonómico AP mantenía la misma postura (El País 25-6-1981).

15. Todavía en mayo de 1985 "El comité ejecutivo de Alianza Popular de León ha declarado que considera formalmente que el mapa autonómico no está cerrado en Castilla y León" (El País 8-5-1985).

Cuadro 2. Adaptación de la estructura regional de AP al mapa de las autonomías

Propuesta de AP	Comunidades Autónomas finalmente constituidas	Organizaciones regionales del PP
Andalucía	Andalucía	Andalucía
Aragón	Aragón	Aragón
Asturias	Asturias	Asturias
Canarias	Canarias	Canarias
...	Cantabria*	Cantabria
Castilla la Nueva (sin Guadalajara)	Castilla-La Mancha*	Castilla-La Mancha
Castilla La Vieja (integrando a la provincia de Santander)	Castilla y León*	Castilla y León
Reino de León (uniprovincial)
Cataluña	Cataluña	Cataluña
Extremadura	Extremadura	Extremadura
Galicia	Galicia	Galicia
Islas Baleares	Islas Baleares	Islas Baleares
La Rioja	La Rioja*	La Rioja
Madrid (con Guadalajara)	Madrid*	Madrid
Murcia	Región de Murcia	Región de Murcia
Navarra	Navarra*	Navarra
País Vasco	País Vasco*	País Vasco
Reino de Valencia	Comunidad Valenciana	Comunidad Valenciana

Fuente: El País y La Vanguardia (varios años). Los asteriscos identifican las CCAA que fueron sujeto de debate o sobre su existencia o sobre las provincias que las integraban. En negrita las CCAA constituidas en contra tal y como eran las preferencias de AP.

La Mancha sino con Madrid.¹⁶ El mapa autonómico español no es, por tanto, producto de las preferencias de Alianza Popular, pero ha sido posteriormente un determinante fundamental de la estructura organizativa regional de este partido.

5. El estudio de la distribución vertical del poder dentro del PSOE y del PP

Parece claro que tanto el PSOE como el PP han creado una estructura organizativa regional por efecto o, al menos previsión, del

16. Véase El País 22-11-1980, y 3-5-1981. Sin embargo, en Madrid tanto la UCD como el PSOE tardaron más que AP en proponer su no-integración en la futura autonomía de Castilla-La Mancha (Véase El País 8-2-1980, y 15-3-1981).

desarrollo del Estado de las Autonomías. Pero, como ya comentamos, la existencia de tal estructura no indica en sí mismo la relación de poder que exista dentro de los partidos.

Utilizando los indicadores presentados en la segunda sección, el siguiente estudio se basa en un análisis cuantitativo a partir de una base de datos construida por el autor sobre los máximos dirigentes de las ramas regionales del PSOE y del PP, de las candidaturas de ambos partidos a las presidencias de los gobiernos autonómicos, y de los motivos de terminación de los presidentes autonómicos. Las fuentes han consistido en información disponible en páginas webs de los partidos y de las administraciones públicas, revisión de la prensa, y en algunos casos fuentes secundarias sobre la historia de los partidos en diversas CCAA.¹⁷ En él se ofrece una información que, al menos según la revisión de la literatura especializada llevada a cabo por el autor, es en gran medida inédita.

El análisis comienza ofreciendo una comparación general del PSOE y del PP para todo el período de estudio. A continuación para cada partido se procede a estudiar dos períodos. La principal razón para hacerlo es que, como hemos visto, la literatura especializada sugiere que según se van consolidando y ganando poder las autonomías, los dirigentes regionales –en especial aquellos que sean a su vez presidentes autonómicos– aumentan su poder. El primer período va desde comienzos de 1983 hasta finales de 1993; el segundo desde comienzos de 1994 hasta mediados de 2009. Se ha escogido el año 1993 porque se considera clave. El Estado de las Autonomías llevaba 10 años de desarrollo, el año anterior se habían firmado los pactos autonómicos entre el PSOE y el PP, y González pierde claramente la mayoría absoluta. Dado el número reducido de casos no era conveniente introducir más períodos. Para acabar, se vuelve a comparar ambos partidos durante el segundo período.

5.1. Comparación global del PSOE y del PP entre 1983 y 2009

Al observar el cuadro 3 parece que la conclusión de los estudios cualitativos de que, globalmente, el PSOE ha estado más descentrali-

Cuadro 3. Comparación global PSOE-AP/PP (1983-2009)

	PSOE	PP
Núm. absoluto de máximos dirigentes regionales	71	95
Media de máximos dirigentes regionales por comunidad autónoma	4,2*	5,6*
Núm. medio anual de cambios de máximos líderes regionales en las 17 CCAA	2*	2,9*
Duración media del máximo dirigente regional (años)	6,4*	4,9*
Núm. de comisiones gestoras regionales nombradas por la dirección estatal	8	6
Porcentaje de candidatos a presidente autonómico perdedores a los que se les ofrece una segunda oportunidad	47,8%	40,8%
Porcentaje de bajas de presidentes autonómicos forzadas por su partido estatal, o bien vista desde arriba	33,3%	52,4%

Fuente: elaboración propia. Los asteriscos indican que dichos estadísticos difieren significativamente de los valores medios para el conjunto de la muestra para un nivel de confianza del 95%.

zado que el PP se ve confirmada por esta primera aproximación cuantitativa. Solamente un indicador, el núm. absoluto de comisiones gestoras regionales entre 1983 y 2009, no lo corrobora. Por el contrario, un máximo dirigente regional del PSOE ha venido a durar en su cargo dentro del partido un año y medio más que uno del PP, ha habido por tanto un menor número de dirigentes regionales socialistas y de recambios. Vemos igualmente que es algo más frecuente que los candidatos perdedores del PSOE tengan una segunda oportunidad, que el porcentaje de presidentes autonómicos socialistas que dejan de serlo 'forzados' por la dirección estatal, o bien vista desde arriba, es menor que en el PP.

Pero las diferencias entre el PSOE y el PP hay que relativizarlas. Las que son estadísticamente significativas se reducen a la media de máximos dirigentes regionales e indicadores asociados.

Con todo, hay un indicador que consideramos especialmente interesante, y que conviene analizarlo con más detalle, a pesar de que la diferencia no sea 'significativa' desde un punto de vista estadístico: las razones de dejar de ser presidente de un gobierno autonómico (cuadro 4).

Mientras que en el PSOE la principal causa del 'fin' de un presidente autonómico ha sido el haber perdido las elecciones siguientes (44,4%), en el PP más de la mitad de los casos (52,4%) se debe a una

Cuadro 4. Razones por las que se deja de ser presidente autonómico

	PSOE	PP	Otros partidos	Total
Dimisión o no postulación forzada por la dirección estatal, o bienvista desde arriba*	9	11	5	25
	33,3%	52,4%	33,3%	39,7%
Dimisión por 'ascenso'	2	3	-	5
	7,4%	14,3%	-	7,9%
Dimisión o no postulación a repetir voluntaria	3	-	3	6
	11,1%	-	20,0%	9,5%
Dimisión forzada por otros partidos de la coalición gubernamental	-	-	1	1
	-	-	6,7%	1,6%
Voto de censura de la oposición	1	2	1	4
	3,7%	9,5%	6,7%	6,3%
Pierde elecciones	12	5	5	22
	44,4%	23,8%	33,3%	34,9%
Total	27	21	15	63
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: elaboración propia.

* En el caso de PANEs, por sus compañeros de partido.

dimisión forzada por parte de la dirección estatal. Así, este partido parece que da menos oportunidades a los ciudadanos de exigirle un rendimiento de cuentas a sus líderes autonómicos que en el caso del PSOE.

Ahora bien, ¿de qué depende que un presidente autonómico no lo vuelva a ser por ese partido? ¿De que no compatibilice su cargo con el de máximo líder regional del partido? ¿Del número de años que lleve en el cargo? ¿O más bien de que la dirección estatal ocupe la Moncloa? Para ello hemos llevado a cabo una regresión logística cuya variable dependiente es si el presidente autonómico dejó de serlo, o al menos por ese partido, forzado por la dirección estatal o por las otras razones del cuadro 4. Como variables independientes, además de las comentadas, hemos incluido también la 'fortaleza electoral del presidente autonómico', medido por el diferencial con respecto a su principal competidor estatal que había sacado en las elecciones autonómicas que precedieron a su último mandato.

Cuadro 5. Factores explicativos del fin de un presidente autonómico (sólo presidentes del PSOE o del PP)

	Caída presidente autonómico (forzada vs. otras razones)
Constante	-1,189
	(1,219)
Nº de años en el cargo de presidente autonómico	,015
	(,010)
Fortaleza electoral del presidente autonómico	-,038
	(,061)
El presidente autonómico es máximo dirigente regional	2,410***
	(,921)
El partido estatal del presidente autonómico ocupa la Moncloa	,119
	(,865)
Chi2	14,427***
-2 log de la verosimilitud	35,590
% pronosticado	78,9
R2 de Nagelkerke	,432
N	38

Entre paréntesis, el error típico. *** significativo al 1% ** significativo al 5%.

Como se puede observar en el cuadro 5 parece que lo que realmente importa es si el presidente autonómico es a su vez el máximo dirigente del partido en su comunidad autónoma, más que si su partido gobierna en la Moncloa, la fortaleza electoral del mandatario, o el número de años que lleve gobernando.

Un segundo interrogante es el hecho de que, tanto en el caso del PSOE como en el del PP, la mayoría de los candidatos autonómicos que fracasan la primera vez que se presentan no vuelven a tener una segunda oportunidad. La diferencia con respecto a los candidatos a ocupar la Moncloa, González (pero no Almunia), Fraga, Aznar y Rajoy, es patente. ¿De qué depende que unos candidatos derrotados tengan al menos una segunda oportunidad?

En este caso la regresión logística emplea como variable dependiente si el candidato autonómico que perdió unas elecciones no tuvo una segunda oportunidad, o tuvo otra, o más, oportunidades. Como variables independientes se utilizan la evolución electoral del partido

Cuadro 6. Factores explicativos de las oportunidades ofrecidas a los candidatos que pierden en las elecciones autonómicas (sólo PSOE y PP)

	Una vez vs más veces
Constante	-,485
	(,413)
Evolución electoral positiva del partido con respecto a las anteriores elecciones autonómicas	,104**
	(,043)
El candidato a la presidencia del gob. autonómico era el máximo dirigente regional	1,271**
	(,514)
El partido estatal del presidente autonómico ocupaba la Moncloa	,066
	(,537)
Chi2	15,370***
-2 log de la verosimilitud	94,034
% pronosticado	69,6
R ² de Nagelkerke	,236
N	79

Entre paréntesis, el error típico. *** significativo al 1% ** significativo al 5%.

con el candidato derrotado en las elecciones autonómicas, si el candidato era ya el máximo dirigente regional del partido, y si éste ocupaba la Moncloa.

Del cuadro 6 se desprende que dos factores importan para tener más oportunidades de competir: o bien perder las elecciones, pero obtener mejores resultados que en las anteriores, o bien ser el máximo dirigente regional del partido. Dicho de otra manera, el hecho de ser máximo dirigente regional protege a un candidato a presidente autonómico frente a malos resultados electorales.

Parece, por tanto, que ocupar el puesto de máximo dirigente regional dentro del partido es una cierta garantía de poder repetir como candidato si se fracasa en el primer intento, así como, si se llega a ser presidente autonómico, de no ser desplazado por la dirección estatal del partido. La pretensión de Francisco Camps, Esperanza Aguirre, o Antonio Griñán, de hacerse con la dirección de las organizaciones regionales de sus respectivos partidos parece bien fundamentada. Esto podría sugerir que dichas organizaciones regionales han alcanzado algo de poder dentro de su propia esfera de actuación. Da protección a los candidatos así como a los presidentes autonómicos.

Cuadro 7. PSOE: comparación en el tiempo

	(1983-1993)	(1994-2009)
Núm. absoluto de máximos dirigentes regionales	37	51
Media de máximos dirigentes regionales por com. autónoma	2,2*	3*
Núm. medio anual de cambios de máximos líderes regionales en las 17 CCAA	1,8	2,2
Duración media del máximo cargo regional	5	5,3
Núm. de comisiones gestoras regionales nombradas por la dirección estatal	1	7
Porcentaje de candidatas a presidente autonómico perdedoras a los que se les ofrece una segunda oportunidad	46,2%	55,2%
Porcentaje de bajas de presidentes autonómicos forzadas por su partido estatal	31,6%	28,6%

Fuente: elaboración propia. Los asteriscos indican que dichos estadísticos difieren significativamente de los valores medios para el conjunto de la muestra para un nivel de confianza del 95%.

El hecho de estar en el gobierno del Estado no parece importar, sin embargo, a la hora de hacer saltar a un presidente autonómico, ni para deshacerse de los candidatos derrotados. Dado que se suele comentar que éste es un factor que refuerza a la dirección estatal, y por tanto debilita a los dirigentes regionales, merece la pena analizarlo con más detalle en próximos estudios. Una posible explicación podría ser que una fuerte 'expectativa' de llegar al gobierno del Estado, refuerza a la dirección estatal del partido tanto como haberlo hecho. Si fuese así, se entiende que estar en la oposición o en Moncloa no sea relevante. Sobre esto habría que seguir estudiando.

5.2. Comparación de su evolución en el tiempo

Una vez visto la comparación global, pasemos a analizar estos indicadores en dos periodos temporales: 1983-1993, y 1994-2009. ¿Cómo ha sido la evolución en el PSOE y en el PP? ¿Ha sido similar? ¿Y en el segundo período, podemos seguir afirmando que los dirigentes territoriales del PSOE tienen más fuerza de cara a la dirección estatal que los del PP?

Los datos ofrecidos en el cuadro 7 dan una imagen mucho más matizada del incremento del poder de los dirigentes regionales del PSOE de lo que se desprende de la literatura cualitativa. Esto puede ser así porque la división temporal no es lo suficientemente precisa

como para recoger dichos cambios, o porque los indicadores no sean lo bastante precisos como para hacerlo. Pero también porque los estudios cualitativos hayan tendido a sobreestimar el incremento del poder de los dirigentes regionales socialistas.

Si reflexionamos sobre una de las principales razones que se dan para dicho incremento, el incremento del poder de las autonomías (Méndez y Orte 2010), hay que introducir las siguientes matizaciones. En primer lugar, y como comentábamos al principio, a mediados de los años noventa el PSOE dejó de controlar un número considerable de gobiernos autonómicos (véase gráfico 1). Probablemente aquellos que lo conservaron ganarían poder, y, de hecho, uno de ellos, Chaves se encargaría de presidir la gestora estatal tras la debacle electoral socialista del año 2000. Pero si tenemos en cuenta las 17 federaciones regionales y de nacionalidad del PSOE, el incremento de poder de unos pocos se vería compensado por la pérdida del poder autonómico de otros muchos. No habría que hablar tanto del incremento del poder de los dirigentes regionales socialistas en los años 90, como del incremento del poder andaluz, extremeño y castellano-manchego en el socialismo español.

En segundo lugar, no se trata sólo de que los dirigentes regionales del PSOE pasen en su mayoría a perder la presidencia de sus gobiernos autonómicos, sino que incluso gran parte de ellos va a dejar de ser el máximo dirigente regional del partido. En el gráfico 2 se observa que ha sido tras llegar Zapatero a la secretaría general del PSOE que se produce el mayor número de reemplazos de líderes regionales de toda su historia reciente.

El gráfico 3 nos muestra igualmente que en sus dos primeros años al frente del partido Zapatero ha sido el dirigente estatal del PSOE o del PP que ha asistido a un mayor número de reemplazos de máximos líderes regionales. Maravall (2009:252) lo explica de la siguiente manera: "el recuerdo de la traumática década de 1990 a 2000 servía para disciplinar el partido (...). Aquí radicaba la principal fortaleza interna de Zapatero". Por el contrario, Rajoy, es de todos los dirigentes estatales quien ha tenido un comienzo, digamos, más comedido.

Otros datos parecen sugerir que tenemos que 'relativizar' que a partir de principios de los años 90 las direcciones regionales del PSOE cobrasen en general más poder. Así, del 1 de enero de 1983 al 1 de

Gráfico 2. Número de reemplazos de secretarios generales regionales del PSOE

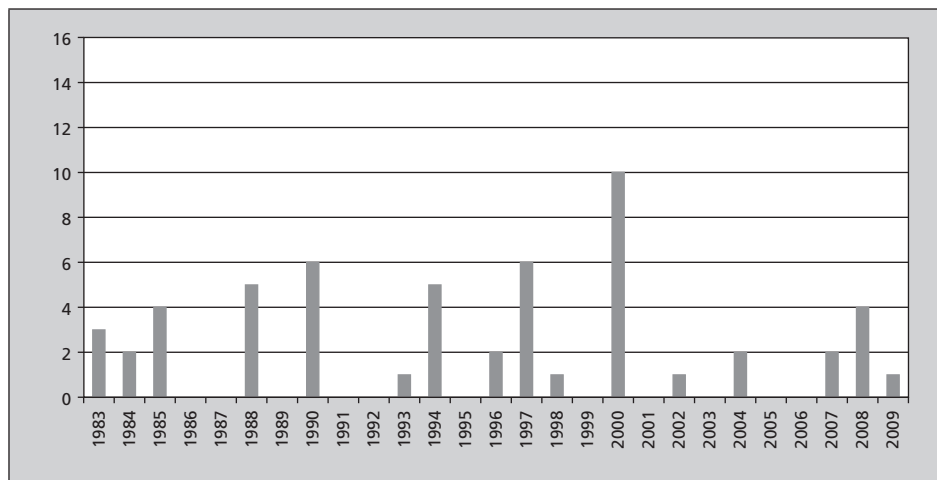
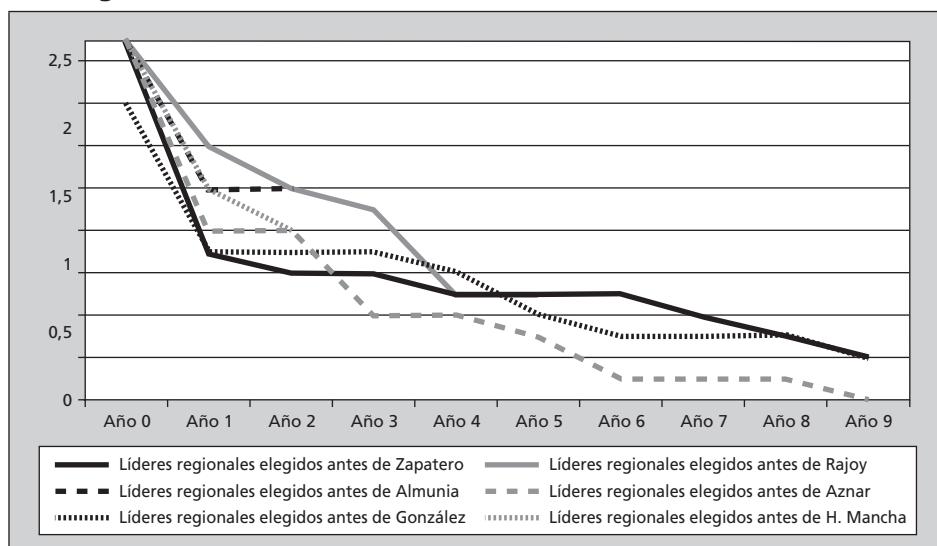


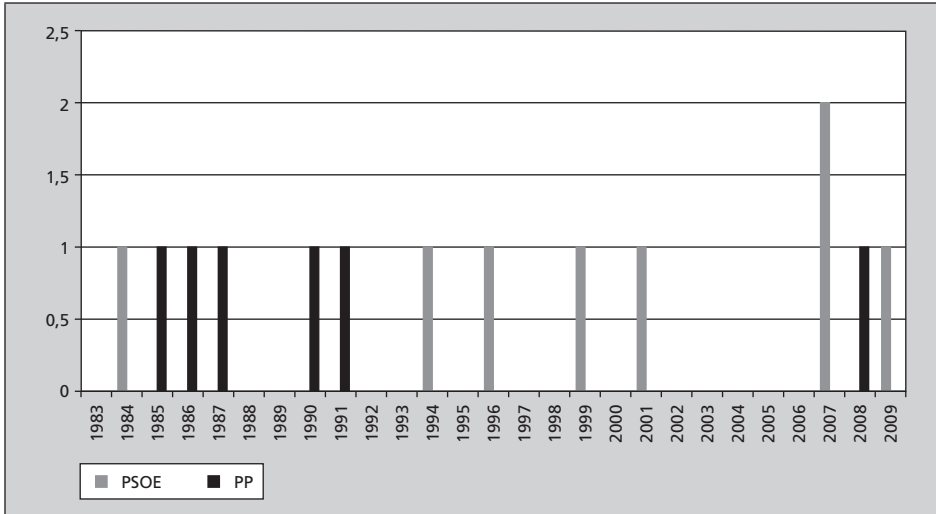
Gráfico 3. Número de dirigentes regionales del PSOE y del PP elegidos antes del dirigente nacional



* En el caso de González se estudia desde su reelección en 1979 y no todas las CCAA tenían un secretario general socialista por aquel entonces.

enero de 1994 sólo hubo 1 gestora regional. Pero del 1 de enero de 1994 hasta la actualidad se han formado 7 gestoras regionales, afectando a 5 CCAA. El contraste con respecto a la situación del PP es manifiesto (véase gráfico 4).

Gráfico 4. Número de Gestoras Regionales del PSOE y del PP

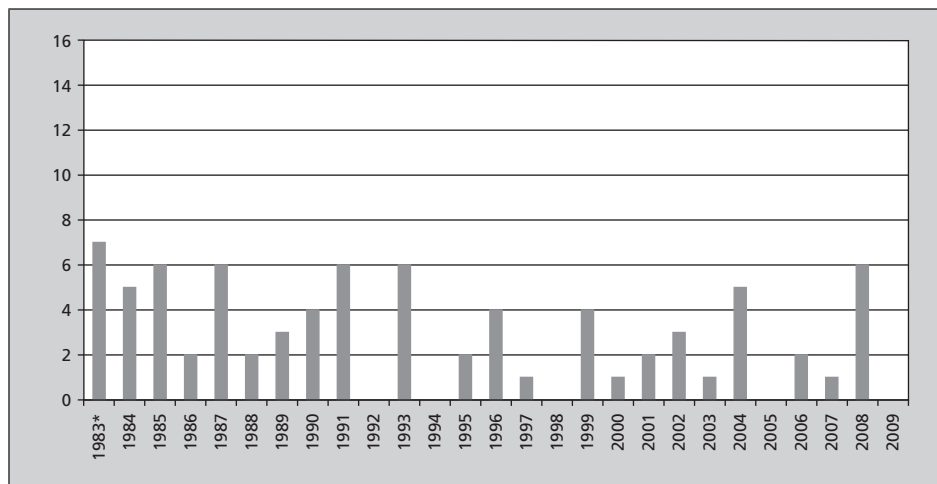


¿Cómo ha sido entonces la evolución en el Partido Popular? Los datos del cuadro 8 parecen sugerir que el incremento de poder de sus dirigentes territoriales ha sido mayor con los años que en el caso del PSOE. Se reduce el número absoluto de máximos dirigentes regionales, y por tanto la media por comunidad autónoma y de reemplazos, aumenta significativamente su duración en el cargo, se reduce drásticamente el número de gestoras regionales, la mayoría de los candidatos que pierden la primera vez que se presentan vuelven a tener una segunda oportunidad, y disminuye la proporción de presidentes autonómicos desplazados por la dirección estatal.

Pero esto se puede explicar porque en el caso del PP sus dirigentes regionales partían de unos niveles de poder muy reducidos, con frecuentes derrotas electorales en sus territorios, ausencia por tanto de 'poder autonómico', e inestabilidad en sus cargos. ¿Qué imagen obtenemos si comparamos el PSOE con el PP en los últimos 16 años?

Sólo un indicador del cuadro 9 parece mostrar que los dirigentes regionales del PSOE tienen más poder que sus homólogos del PP. Además las diferencias no son estadísticamente significativas. La conclusión parece clara, no hay grandes diferencias en el grado de poder de los dirigentes socialistas con respecto a los populares en estos últimos 16 años.

Grafico 5. Número de reemplazos de presidentes regionales de AP/PP



Cuadro 8. PP: comparación en el tiempo

	(1983-1993)	(1994-2009)
Núm. absoluto de máximos dirigentes regionales	63	49
Media de máximos dirigentes regionales por com. autónoma	3,7	2,9
Núm. medio anual de cambios de máximos líderes regionales en las 17 CCAA	4,5*	1,9*
Duración media del máximo cargo regional	3*	5,5*
Núm. de comisiones gestoras regionales nombradas por la dirección estatal	5	1
Porcentaje de candidatas a presidente autonómico perdedoras a los que se les ofrece una segunda oportunidad	21,4%*	70%*
Porcentaje de bajas de presidentes autonómicos forzadas por su partido estatal	66,7%	41,7%

Fuente: elaboración propia. Los asteriscos indican que dichos estadísticos difieren significativamente de los valores medios para el conjunto de la muestra para un nivel de confianza del 95%.

¿Tenemos algún otro dato que confirme que el desarrollo del Estado de las Autonomías dé fuerza a los dirigentes regionales de ambos partidos?

Viendo, en primer lugar, la caída de presidentes de gobiernos autonómicos, en principio, obtenemos unos resultados contrarios a lo esperado. El hecho de que el presidente autonómico fuese máximo dirigente regional importaba en el primer periodo para dejar de serlo

Cuadro 9. Comparación entre el PSOE y el PP, 1994-2009

	PSOE	PP
Núm. absoluto de máximos dirigentes regionales	51	49
Media de máximos dirigentes regionales por com. autónoma	3	2,9
Duración media del máximo cargo regional (años)	5,3	5,5
Núm. medio anual de cambios de máximos líderes regionales en las 17 CCAA	2,2	1,9
Núm. de comisiones gestoras regionales nombradas por la dirección estatal	7	1
Porcentaje de candidatos a presidente autonómico perdedores a los que se les ofrece una segunda oportunidad	55,2%	70%
Porcentaje de bajas de presidentes autonómicos forzadas por su partido estatal	28,6%	41,7%

Fuente: elaboración propia. Los asteriscos indican que dichos estadísticos difieren significativamente de los valores medios para el conjunto de la muestra para un nivel de confianza del 95%.

Cuadro 10. Factores explicativos de la caída de un presidente autonómico (sólo presidentes del PSOE o del PP)

	Periodo 1983-1993	Periodo 1994-2009
Constante	-1,646 (,915)	-1,624 (1,122)
Nº de años en el cargo de presidente autonómico	,016 (,014)	,012 (,009)
El presidente autonómico es máximo dirigente regional	1,888** (,897)	1,284 (,982)
El partido estatal del presidente autonómico ocupa la Moncloa	,711 (,869)	,674 (1,122)
Chi2	8,356**	6,593
-2 log de la verosimilitud	35,504	25,162
% pronosticado	71,9	75,0
R2 de Nagelkerke	,308	,327
N	32	24

Entre paréntesis, el error típico. *** significativo al 1% ** significativo al 5%.

después. Estar en el gobierno de España no es nunca significativo, como tampoco los años en el cargo de presidente autonómico. Pero aquí nos estamos moviendo con un número de casos extremadamente bajo.

¿Y para la cuestión de presentarse más de una vez como candidato a presidente autonómico si se ha fracasado en el primer intento?

Cuadro 11. Factores explicativos de las oportunidades ofrecidas a los candidatos que pierden en la primera ocasión (sólo PSOE y PP)

	Periodo 1983-1993	Periodo 1994-2009
Constante	-1,353	,237
	(,871)	(,560)
Evolución electoral positiva del partido con el candidato derrotado	,171**	,012
	(,077)	(,012)
El candidato a la presidencia del gob. autonómico era ya el máximo dirigente regional	,982	1,846**
	(,260)	(,764)
El partido estatal del presidente autonómico ocupaba la Moncloa	1,470	-1,403
	(,137)	(,098)
Chi2	10,227**	9,581**
-2 log de la verosimilitud	32,113	52,977
% pronosticado	81,3	66
R2 de Nagelkerke	,373	,251
N	32	47

Entre paréntesis, el error típico. *** significativo al 1% ** significativo al 5%.

El cuadro 11 muestra que en el primer periodo lo que importaba para tener al menos una segunda oportunidad no era si controlaba la organización del partido a nivel regional, sino los resultados electorales obtenidos. Si perdía, pero los mejoraba, era más probable que obtuviese una segunda oportunidad.

En el segundo período la cosa cambia. Ahora la evolución electoral deja de importar, pero sí lo hace si el candidato es el máximo líder del partido en la comunidad autónoma. Este dato confirmaría que con el tiempo los dirigentes territoriales, incluso los que están en la oposición, aumentan su poder.

6. Primeras conclusiones y sugerencias de próximos estudios

Nos planteábamos en la introducción que a la hora de estudiar los posibles efectos de la descentralización de los estados sobre los partidos políticos hay que distinguir dos dimensiones: una primera estructural y una segunda relativa a la distribución vertical del poder. Las dos no tienen por qué ir unidas.

Comenzando por la estructural, en el caso español se observa que el PSOE y el PP crearon tras el comienzo del Estado de las Autonomías una estructura regional que en muchas CCAA era totalmente inexistente. En el estudio de 17 democracias europeas vimos que esto tiende a ser lo más frecuente. Nos preguntábamos igualmente si esto implica que los marcos institucionales tienen tal efecto autónomo, o dado que dichas instituciones son creadas por los actores políticos, en el fondo los cambios organizativos no obedecen más que a sus preferencias. El ejemplo de AP/PP, partido que no tuvo un gran protagonismo en el diseño del mapa autonómico español, muestra que las instituciones sí que parecen tener un efecto autónomo. El mapa autonómico actual no era el que quería este partido, pero se terminó adaptándose a él. Se llega así a la primera conclusión: la descentralización política, con la creación de gobiernos autonómicos, afecta a la estructura de los partidos políticos de ámbito estatal.

Pero que los partidos de ámbito estatal regionalicen sus estructuras no implica necesariamente que los nuevos dirigentes regionales alcancen mucho poder. En principio podría pensarse que el caso español muestra que la literatura cualitativa está en lo cierto cuando sugiere que la descentralización política efectivamente da poder a los máximos dirigentes regionales, los secretarios generales en el Partido socialista y presidentes en el PP. Hemos visto además que el hecho de compaginar el cargo de máximo dirigente regional con el de presidente autonómico refuerza a éstos últimos. Las regresiones logísticas señalaban que un candidato perdedor que fuese máximo dirigente regional, o un presidente autonómico que también lo fuese, tenía más probabilidades de volver a presentarse en el primer caso, y de que el motivo de dejar el cargo no fuese por discrepancias con la dirección estatal de su partido en el segundo. El estudio en el tiempo señala además cómo ser el máximo dirigente de la organización regional del partido gana importancia para el caso de los candidatos perdedores que tienen una segunda oportunidad.

En cambio, otros factores que se podría pensar que reforzasen a los presidentes autonómicos, como es su fortaleza electoral de cara a su principal rival estatal, o los años que lleva en el cargo, no resultan explicativos. Tampoco lo es otro factor que se suele señalar que les debilita, la presencia de su partido en el gobierno del Estado. Esto puede ser porque el 'efecto Moncloa' se da en otras cuestiones pero no en la caída de un presidente autonómico, o en las veces que un

candidato derrotado se puede presentar, o porque el anticipo de su llegada al poder refuerza tanto a las direcciones estatales como haberlo hecho.

De todas formas hay que ser cautos con la afirmación de que en el PSOE y el PP se ha producido una gran descentralización. Una buena parte de los estudios sobre la relación entre descentralización interna de los partidos y la descentralización político-institucional la contempla en términos duales. En muchos países hay, sin embargo, más líderes territoriales en juego. En consecuencia, puede ocurrir que con la creación del Estado de las Autonomías haya aparecido una nueva clase de dirigentes, los regionales, que ahora tienen más poder, pero que dicho poder se lo hayan 'arrebatao' a los dirigentes provinciales y locales. Si este fuese el caso, ¿es apropiado hablar de 'descentralización interna' porque haya aparecido un nuevo nivel de dirigentes partidistas con 'algo de poder'? Con el análisis ahora realizado no podemos saberlo, y tenemos que esperar a posteriores estudios.

Otra cuestión que habría que aclarar es si el poder de los máximos dirigentes regionales es exclusivamente sobre las actuaciones de su ámbito de actuación, dando lugar a lo que Carty (2004) denominó 'estratarquía', o por el contrario, también lo ejercen sobre los ámbitos inferiores y superiores. De nuevo, próximos estudios deberían aclarar este interrogante.

Pero lo que sí podemos hacer es comparar el grado de poder de los dirigentes regionales del PP y del PSOE. La imagen que nos ofrecen los estudios cualitativos de que los dirigentes regionales socialistas tienen más poder que sus homólogos populares, y de que, por tanto, el PSOE se encuentra más descentralizado que el PP, parece que hay que relativizarla. Si hacemos una comparación global desde principios de 1983 hasta mediados de 2009 la respuesta es un sí prudente, teniendo en cuenta que hay diferencias que no son estadísticamente significativas.

Respecto a su evolución en el tiempo, sin embargo, parece que el incremento de poder de los dirigentes regionales del PP ha sido mayor que los del PSOE. Eso iría contra lo que es un lugar común en la literatura cualitativa. Puede que los indicadores manejados en este estudio no recojan con precisión ese incremento del poder de los di-

rigentes regionales socialistas. Pero me inclino más bien a pensar que la literatura cualitativa se olvida de la pérdida de poder autonómico de un buen número de dirigentes regionales del PSOE, y del correlativo aumento del poder de los del PP a partir de 1995.

Finalmente, la comparación entre ambos partidos en el segundo período señala que al contrario de lo esperado no hay diferencias significativas entre ambos partidos. La conclusión parece clara: actualmente el PSOE no se encuentra más descentralizado que su rival popular, o si preferimos, que sus dirigentes regionales tengan más poder que los populares.

7. Referencias

AJA, Eliseo, *El Estado Autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.

ASTUDILLO, Javier, "El Partido Popular: un partido regionalizado, no descentralizado", en Francesc Pallarés (ed.), *Competencia política multinivel: ciudadanos, partidos y elecciones en el Estado de las Autonomías*, Valencia: Tirant Lo Blanc (en prensa), 2010.

BETANZO, Alejandra, "Los efectos de la transformación territorial del Estado español sobre el PSOE y el PP", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 3, 2006, p. 223-258.

CARTY, Kenneth, "Parties as Franchise Systems: The stratarchical organizational imperative", *Party Politics*, núm. 10, 2004, p. 5-24.

CHANDLER, William, "Federalism and Political Parties", en H. Bakins y W.M. Chandler (eds.), *Federalism and the Role of the State*, Toronto: University of Toronto, 1987.

DESCHOUWER, Kris, "Political Parties as Multi-level Organizations", en Richard Katz y William Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, London: Sage Publications, 2006.

FABRE, Elodie, "Party Organization in a Multi-level System: Party organizational Change in Spain and the UK", *Regional & Federal Studies*, vol. 18, núm. 4, 2008, p. 309-329.

GARCÍA-GUERETA, Elena, *Factores Externos e Internos en la Transformación de los Partidos Políticos: El caso de AP-PP*, Madrid: Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, 2001.

GARMAN, Christopher; HAGGARD, Stephan y ELIZA Willis, "Fiscal Decentralization: A political theory with Latin American cases", *World Politics*, núm. 53, 2001, p. 205-236.

GRAU, Mireia, "Spain: incomplete federalism", en Ute Wachendorfer-Schmidt (ed.), *Federalism and Political Performance*, London: Routledge, 2000.

HARMEL, Robert, "Environment and Party Decentralization: A cross-national analysis", *Comparative Political Studies*, núm. 14, 1981, p. 75-97.

HOPKIN, Jonathan, "Party Matters: Devolution and Party Politics in Britain and Spain", *Party Politics*, núm. 15, 2009, p. 179-198

IZU BELLOSO, Miguel José, *Navarra como problema: Nación y nacionalismo en Navarra*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

JANDA, Kenneth, *Political Parties: A cross-national survey*, New York: The Free Press, 1980.

JULIÁ, Santos, *Los Socialistas en la Política Española, 1879-1982*, Madrid: Taurus, 1997.

LAFFIN, Martin; SHAW, Eric, y GERALD Taylor, "The New Sub-National Politics of the British Labour Party", *Party Politics*, vol. 13. núm. 1, 2007, p. 88-108.

LEHMBRUCH, Gerhard, "Party and Federation in Germany: A Developmental Dilemma", *Government and Opposition*, núm. 13, 1978, p. 151-177.

LÓPEZ NIETO, Lourdes, *Alianza Popular: Estructura y evolución electoral de un partido conservador (1976-1982)*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1988.

LUNDELL, Krister, "Determinants of Candidate Selection: The degree of Centralization in Comparative Perspective", *Party Politics*, núm. 10, 2004, p. 25-47.

MARAVALL, José María, *El Control de los Políticos*, Madrid: Taurus, 2003.

MARAVALL, Jose María, "La Socialdemocracia de Zapatero", en Ignacio Sánchez Cuenca (ed.), *La España de Zapatero*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 2009.

MENDEZ, Monica y ORTE, Andreu, "La Organización de Partidos en Sistemas Multinivel: el caso del PSOE", en Francesc Pallarés (ed.), *Competencia política multinivel: ciudadanos, partidos y elecciones en el Estado de las Autonomías*, Valencia: Tirant Lo Blanc (en prensa), 2010.

MENDEZ, Monica, *La Estrategia Organizativa del Partido Socialista Obrero Español (1975-1996)*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2000.

MONTERO, Alfred, "The Politics of Decentralization in a Centralized Party System: The case of Democratic Spain", *Comparative Politics*, núm. 38, 2005, p. 63-82.

OCDE, "Spain 2005", *OECD Economic Surveys*, vol. 2005/6, 2005.

PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de Partido*, Madrid: Alianza Universidad, 1982.

RODDEN, Jonathan, "Comparative Federalism and Decentralization: On meaning and measurement", *Comparative Politics*, núm. 36, 2004, p. 481-500.

ROLLER, Elisa, y VAN HOUTEN, Pieter, "A National Party in a Regional Party System: The PSC-PSOE in Catalonia", *Regional & Federal Studies*, vol. 13, núm. 3, 2003, p. 1-22.

THORLAKSON, Lori, "Patterns of Party Integration, Influence, and Autonomy in Seven Federations", *Party Politics*, vol. 15, 2009, p. 157-177.

TRUMAN, David, "Federalism and the Party System", en W.N. Chambers y W.D. Burnham (eds.), *The American Party Systems*, New York: Oxford University Press, 1967.

VAN BIEZEN, Ingrid y HOPKIN, Jonathan, "Party organization in multi-level contexts", en Dan Hough y Charlie Jeffery (eds.), *Devolution and Electoral Politics*, Manchester: Manchester University Press, 2006.

WARE, Alan, *Political Parties and Party Systems*, Oxford: Oxford University Press, 1996.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es doble. En primer lugar se argumenta que a la hora de estudiar los posibles efectos de la descentralización política sobre los partidos políticos de ámbito estatal hay que distinguir una dimensión estructural de otra relacionada con la distribución vertical del poder. Se ofrece además unos indicadores para medir esta segunda dimensión. Este es el primer paso que hay que dar para comprobar si es cierto que la descentralización de los estados conlleva su descentralización. En segundo lugar se estudia la dimensión estructural en los casos del PSOE y del PP, y se utilizan dichos indicadores para comparar el grado de poder de los máximos dirigentes regionales de ambos partidos desde 1983. El artículo concluye que la descentralización del Estado español parece haber afectado a la estructura de ambos partidos, pero que actualmente el PP no se encuentra más centralizado que el PSOE, como la literatura cualitativa sugiere, y de forma más preliminar, que el grado de descentralización interna en ambos partidos ha sido reducida, si bien para confirmar esto último es necesario comparar el caso español con el de otros países.

Palabras clave: descentralización; estados; partidos; poder.

RESUM

L'objectiu d'aquest article és doble. En primer lloc, s'argumenta que a l'hora d'estudiar els possibles efectes de la descentralització política sobre els partits polítics d'àmbit estatal cal distingir una dimensió estructural d'una altra de relacionada amb la distribució vertical del poder. S'ofereixen a més uns indicadors per mesurar aquesta segona dimensió. Aquest és el primer pas que cal fer per comprovar si és cert que la descentralització dels estats en comporta la descentralització. En segon lloc, s'estudia la dimensió estructural en els casos del PSOE i del PP, i s'utilitzen els indicadors esmentats per comparar el grau de poder dels màxims dirigents regionals de tots dos partits des de 1983. L'article conclou que la descentralització de l'Estat espanyol sembla que ha afectat l'estructura de tots dos partits, però que actualment el PP no es troba més centralitzat que el PSOE, com la literatura qualitativa suggereix, i de manera més preliminar, que el grau de descentralització interna en tots dos partits ha estat reduït. Per confirmar això últim cal comparar el cas espanyol amb el d'altres països.

Paraules clau: descentralització; estats; partits; poder.

ABSTRACT

The aim of this article is double. First of all, it is argued that when studying the possible effects of the political decentralization on state-wide political parties it is necessary to distinguish a structural dimension of other one related to the vertical distribution of power, as well as some indicators to measure this second dimension are offered. This is the first step that is necessary to give to test if it is true that state decentralization involves state-wide party decentralization. Secondly the structural dimension is studied in the cases of the PSOE and of the PP, and the above mentioned indicators are used to compare the degree of power of the top regional party leaders both parties of 17 'autonomous regions' from 1983. The article concludes that the decentralization of the Spanish State seems to have affected to the structure of both parties, that at present the PP does not seem to be more centralized than the Spanish socialist party, as the qualitative literature suggests, and tentatively that the grade of internal decentralization in both party has been reduced, although to confirm this it is necessary to compare the Spanish case with that of other countries.

Key words: decentralization; states; parties; power.

OBJECTIUS DE LA REAF, PROCEDIMENT DE SELECCIÓ D'ARTICLES I CRITERIS PER A LA PRESENTACIÓ D'ORIGINALS

1. Objectius i contingut de la REAF

La *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publica treballs sobre autonomies polítiques territorials, de caire pluridisciplinari, però amb predomini del vessant juridicopolític.

2. Tramesa d'originals

Els treballs que es publicaran a la REAF seran originals inèdits, llevat d'acord en un altre sentit entre l'IEA i l'autor d'un treball determinat.

Els originals s'acceptaran escrits en català, espanyol, anglès, francès i italià, i es publicaran en l'idioma de recepció. Una vegada acceptats per publicar, tindran el *copyright* de l'Institut d'Estudis Autonòmics i no es podran reproduir sense la seva autorització.

Els articles s'enviaran, preferiblement, per correu electrònic a reaf@gencat.cat. També es poden enviar per correu postal, en paper i en suport informàtic, a la seu de l'IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selecció dels articles i avaluació

Els textos rebuts se sotmetran a avaluació anònima (sistema de doble cec) per part de dos especialistes en el tema tractat (i, si escau, un tercer en cas de divergència entre els anteriors sobre la publicabilitat de l'article), els quals seran externs a la revista o pertanyents als seus consells de redacció i científic. La REAF farà arribar a l'autor les avaluacions.

Els informes d'avaluació tindran en compte, entre altres factors:

- la solidesa i coherència metodològica
- l'originalitat i les novetats que aporta l'article en el seu camp
- la coherència i estructuració de l'article
- l'argumentació de les tesis que es defensin
- la correcció i completud de les fonts i la bibliografia utilitzades

Si les avaluacions aconsellen la introducció de canvis en l'original, l'acceptació definitiva de l'article restarà condicionada a l'acceptació per part de l'autor dels canvis que calgui introduir.

El formulari d'avaluació es pot consultar al web de la REAF, dintre del web de l'IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criteris generals de presentació d'originals

Un cop avaluat i acceptat, l'IEA es reserva el dret de modificar qualsevol element formal del treball per tal de donar coherència global a la revista, atesa la seva condició de publicació periòdica, adequant el text a aquestes normes de redacció d'originals.

Es pot demanar a l'autor/a una correcció (limitada a errors respecte de l'original acceptat) de proves d'impremta, les quals haurà de retornar a l'IEA en el termini de 72 hores.

a) Extensió i format

El treball haurà d'estar escrit en Word i tindrà un mínim de 20 i un màxim de 35 pàgines de 30 línies de 70 espais (uns 45.000-75.000 caràcters amb espais, aprox.), amb tipografia Arial (o similar) de cos 12 per al text principal (amb interlineat 1,5) i de cos 10 per a les notes (amb interlineat 1).

Juntament amb el treball, caldrà enviar:

- Un currículum breu (350-400 caràcters amb espais) i les dades personals següents: adreça professional, telèfon i e-mail.
- Un resum (1.000-1.300 caràcters amb espais) de l'article, en l'idioma original i en anglès. El resum haurà de contenir, en tot cas, el tema general i l'objecte concret de l'article; l'estructura del desenvolupament d'aquest objecte a l'article i les conclusions principals.
- Una relació d'entre quatre i vuit paraules clau.

b) Títol, apartats i sumari

El títol ha d'indicar de manera concisa el contingut del treball, el qual es pot completar amb un subtítol d'informació complementària. Si el treball es divideix en apartats i subapartats, aquests s'assenyalaran amb números aràbics, fins a un màxim de dos nivells (p. ex., 1.2).

L'article anirà precedit d'un sumari dels diferents apartats en què s'estructura.

c) Acrònims, sigles i citacions

Quan s'escrigui per primera vegada un acrònim o una sigla caldrà posar entre parèntesis el seu significat complet.

Les citacions literals inserides dins el text aniran entre cometes, i mai en cursiva

(encara que siguin en una llengua diferent de la del treball). En general, una citació de més de cinc línies caldrà fer-la en paràgraf a part, sagnat i sense cometes. Qualsevol canvi que s'introdueixi en una citació original s'indicarà entre claudàtors.

Els recursos per ressaltar paraules o expressions són la cursiva o les cometes, per tant, s'evitarà l'ús de les majúscules o de la negreta.

d) Notes

És convenient fer un ús limitat de les notes, totes les quals seran a peu de pàgina, numerades amb caràcters aràbics i en superíndex.

Les referències en nota a peu de pàgina tindran el format següent:

- Quan se citi una obra per primera vegada:
Nom, cognom/s de l'autor, "títol del capítol" o "títol de l'article", *títol del llibre* o *títol de la revista*, volum, núm, lloc d'edició, editorial, any de publicació, paginació.

Exemples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament* de les comunitats autònomes, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Quan se citi una obra prèviament citada:

Cognom/s de l'autor, títol breu, any de publicació i paginació.

Exemples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Llistes de referències

Al final de cada article de la REAF es publicarà la llista de referències (és a dir, exclusivament les fonts i les obres citades en el treball), ordenades alfabèticament pel cognom de l'autor. No es publicaran bibliografies generals.

La llista de referències tindrà el format que assenyallem en els exemples següents.

– Llibres

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2004.

– Articles de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislació i jurisprudència

Segons la citació oficial en cada cas: Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Publicació electrònica

CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línia]. *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/rea2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

OBJETIVOS DE LA REAF, PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE ARTÍCULOS Y CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Objetivos y contenido de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* (REAF) publica trabajos sobre autonomías políticas territoriales, de carácter pluridisciplinar, pero con predominio del ámbito jurídico-político.

2. Entrega de originales

Los trabajos que se publicarán en la REAF serán originales inéditos, salvo acuerdo expreso en otro sentido del IEA con el autor de un trabajo determinado.

Se aceptarán originales escritos en catalán, español, inglés, francés e italiano, y se publicarán en el idioma de recepción. Una vez aceptados para su publicación, pasarán a tener el *copyright* del Instituto de Estudios Autonómicos y en ningún caso podrán ser reproducidos sin su autorización.

Los artículos se enviarán, preferiblemente, por correo electrónico a reaf@gencat.cat. También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selección y evaluación de los artículos

Los textos recibidos se someterán a evaluación anónima (sistema de doble ciego) por parte de dos especialistas en el tema tratado (y, si procede, un tercero en caso de divergencia entre los anteriores sobre la publicabilidad del artículo), los cuales serán externos a la revista o pertenecientes a sus consejos de redacción

y científico. La REAF remitirá las evaluaciones al autor.

Los informes de evaluación tendrán en cuenta, entre otros factores:

- la solidez y coherencia metodológica
- la originalidad y las novedades aportadas por el artículo en su campo
- la coherencia y estructuración del artículo
- la argumentación de las tesis defendidas
- la corrección y completud de las fuentes y la bibliografía utilizadas

Si las evaluaciones aconsejan la introducción de cambios en el original, la aceptación definitiva del artículo quedará condicionada a la aceptación por parte del autor de los cambios que se consideren oportunos.

El formulario de evaluación se puede consultar en el web de la REAF, dentro del web del IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criterios generales de presentación de originales

Una vez evaluado y aceptado, el IEA se reserva el derecho de modificar cualquier elemento formal del trabajo con el fin de dar coherencia global a la revista, dada su condición de publicación periódica, adecuando el texto a estas normas de redacción de originales.

Se puede pedir al/la autor/a una corrección (limitada a errores referentes al original aceptado) de pruebas de imprenta, las cuales deberán ser devueltas al IEA en el plazo de 72 horas.

a) Extensión y formato

El trabajo se realizará en Word y su extensión tendrá un mínimo de 20 y un máximo de 35 páginas de 30 líneas a 70 espacios (unos 45.000-75.000 caracteres con espacios, aprox.), con tipografía Arial (o similar) de tamaño 12 para el texto principal (con interlineado 1,5) y 10 para las notas (con interlineado 1).

Junto con el trabajo, deberá enviarse:

- Un currículum breve (350-400 caracteres con espacios) y los datos personales siguientes: dirección profesional, teléfono y e-mail.
- Un resumen (1.000-1.300 caracteres con espacios) del artículo, en el idioma original y en inglés. El resumen deberá incluir, en cualquier caso, el tema general y el objeto concreto del artículo; la estructura del desarrollo de este objeto en el artículo y las principales conclusiones.
- Una relación de entre cuatro y ocho palabras clave.

b) Título, apartados y sumario

El título debe indicar de modo conciso el contenido del trabajo, el cual puede completarse con un subtítulo de información complementaria. Si el trabajo se divide en apartados y subapartados, éstos deben indicarse mediante numeración arábiga, hasta un máximo de dos niveles (p. ej., 1.2).

Al artículo le precederá un sumario con los distintos apartados de su estructura.

c) Acrónimos, siglas y citas

Cuando se escriba por primera vez un acrónimo o una sigla debe consignarse entre paréntesis su significado completo.

Las citas literales introducidas en el texto deben entrecomillarse, y en ningún caso usar la cursiva (aunque se trate de una lengua diferente a la del trabajo). En general, una cita de más de cinco líneas deberá reproducirse en párrafo aparte, sangrado y sin comillas. Cualquier cambio que se introduzca en una cita original se indicará entre corchetes.

Los recursos para destacar palabras o expresiones son la cursiva o las comillas, por lo tanto, se evitará el uso de mayúsculas o negrita.

d) Notas

Es conveniente limitar el uso de las notas, todas ellas irán a pie de página, numeradas con caracteres arábigos y en superíndice.

Las referencias consignadas en notas a pie de página tendrán el formato siguiente:

- Cuando se cite una obra por primera vez:

Nombre, apellido/s del autor, "título del capítulo" o "título del artículo", título del libro o *título de la revista*, volumen, núm., lugar de edición, editorial, año de publicación, página/s.

Ejemplos:

Antoni Castells, *Les subvencions d' nivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Cuando se cite una obra anteriormente citada:

Apellido/s del autor, título breve, año de publicación y página/s.

Ejemplos:

Castells, Les subvencions..., 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Listas de referencias

Al final de cada artículo de la REAF se publicará la lista de referencias (es decir, exclusivamente las fuentes y las obras citadas en el trabajo), ordenadas alfabéticamente por el apellido del autor. No se publicarán bibliografías generales.

La lista de referencias tendrá el formato que se indica en los ejemplos siguientes.

– Libros

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmic, 2004.

– Artículos de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislación y jurisprudencia

Según la cita oficial en cada caso:

Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

STC 33/2005, de 17 de febrero.

– Publicación electrónica

CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea]. *Revista d'Estudis Autònòmic i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmic. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

REAF OBJECTIVES, PROCEDURE FOR THE SELECTION OF ARTICLES AND CRITERIA FOR THE PRESENTATION OF ORIGINALS

1. The objectives and content of the REAF

The *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publishes works on devolved regional political entities, from many disciplines but mainly from the legal and political fields.

2. Reception of originals

Works to be published in the REAF should be unpublished originals, other than as agreed between the IEA and the author of a particular work.

Originals are accepted in Catalan, Spanish, English, French and Italian and are published in the language they are received in. Once accepted for publication the Institut d'Estudis Autonòmics shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to reaf@gencat.cat. They can also be sent by post, in hard copy and soft copy, to the head office of the IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selection of articles and review

The texts received shall be submitted to anonymous review (double blind system) by two specialists in the issue (and, if necessary, a third in the event that there is divergence on the part of the first two on the suitability of the article for publication), who shall be external from the journal or may belong to its editorial and scientific boards. The REAF shall inform the author of the reviews.

The reviewer's comments shall take into account among other factors:

- Methodological solidity and coherence
- Originality and novel ideas provided by the article in its field
- The coherence and structure of the article
- The argumentation of the thesis defended
- Correction and completeness of sources and bibliography used

If the reviewers suggest the introduction of changes to the original, final acceptance of the article will be conditional upon the acceptance of the author of the changes to be made.

The review form may be consulted on the web page of the REAF, on the IEA web site (www.gencat.cat/iea).

4. General criteria for the presentation of originals

Once reviewed and accepted the IEA reserves the right to modify any formal element of the work in order to give global coherence to the journal, given that it is a periodical, and adapted the text to these editorial rules on originals.

The author may be requested to provide a correction (limited to errors with regard to the original accepted) of the proofs, which should be returned to the IEA within 72 hours.

a) Extension and format

The work should be written in Word and have a minimum of 20 and a maximum of

35 pages of 30 lines of 70 spaces (45,000-75,000 characters with spaces, approx.), in Arial (or similar) size 12 for the main text (with line spacing of 1.5) and size 10 for footnotes (with single line spacing).

Along with the work the author should send:

- A brief curriculum vitae (350-400 characters with spaces) and the following personal details: professional address, telephone and e-mail.
- A summary (1,000-1,300 characters with spaces) of the article, in the original language and in English. In any event the summary should specify explicitly the general topic and the specific objective of the article; the structure of the development of this objective in the article and the main conclusions.
- A list of between four and twenty key words.

b) Title, sections and summary

The title should concisely indicate the content of the work, and may be completed with a complementary informative subtitle. If the work is divided into sections and subsections, these should be numbered with Arabic numerals, to a maximum of two levels (e.g., 1.2).

The article shall be preceded by a summary of the various sections into which it is divided.

c) Acronyms, initials and quotations

When an acronym or initials are written for the first time the complete meaning should be included in brackets.

Literal quotations inserted in the text shall be in inverted commas, and never in italics (even if they are in a language different to that of the work itself). In

general, a quotation of more than five lines should be a separate paragraph, indented and without inverted commas. Any change made in an original quotation shall be indicated in square brackets.

The resources to highlight words or expressions are italics or inverted commas, and therefore capitals and bold type should be avoided.

d) Footnotes

Footnotes should be kept to a minimum, all of which should come at the foot of the page, and be numbered with Arabic characters and in superscript.

References in footnotes shall have the following form:

- When a work is cited for the first time: Name, surname/s of the author, "chapter title" or "title of the article", *title of the book or title of the journal*, volume, number, place of publication, publisher, year of publication, pages.

Examples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'animament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- When a previously cited work is cited:

Surname/s of the author, short title, year of publication and pages.

Examples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Lists of references

At the end of each article in the REAF a list of references (that is only the sources and the works referred to in the text), ordered alphabetically by the author's surname. General bibliographies will not be published.

The list of references shall take the form below.

- Books
 - CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.
- Articles from journals
 - CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.
- Legislation and case law
 - According to the official citation in each case:
 - Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.
- Electronic publications
 - CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [online]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulted: 10-03-2008].

NÚMEROS ANTERIORS DE LA REAF

Núm. 1 - Octubre 2005. Articles de: Tania Groppi – Xavier Arbós Marín – José Luis Cascajo Castro – Jacques Ziller – Carles Viver Pi-Sunyer – José Antonio Montilla Martos – Jaume Magre Ferran.

Núm. 2 - Abril 2006. Articles de: Anna Gamper – Cesáreo R. Aguilera de Prat – Pedro Cruz Villalón – Miguel Ángel Aparicio Pérez – Paloma Requejo Rodríguez – Ricard Zapata-Barrero – Marc Vilalta Reixach.

Núm. 3 - Octubre 2006. Articles de: Richard Simeon / Luc Turgeon – Ramón Maiz – Núria Bosch Roca – Ramon Galindo Caldés – Eduard Roig Molés – Marta Espasa Queralt – Alejandra Betanzo de la Rosa – Anna M. Pla Boix – Carolina Gala Durán.

Núm. 4 - Abril 2007. Articles de: Antonio D'Atena – Ferran Requejo – David Ordóñez Solís – Iñaki Lasagabaster Herrarte – Pablo Santolaya Machetti – Eva Nieto Garrido – Susana Beltrán García – Santiago Farré Tous.

Núm. 5 - Octubre 2007. Articles de: Miquel Caminal Badia – Manuel Cienfuegos Mateo – Miguel Ángel Presno Linera – Enriqueta Expósito – Ignacio Villaverde Menéndez – Marcos Gómez Puente – Mercè Corretja i Torrens – Jordi Capo Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.

Núm. 6 - Abril 2008. Articles de: John Kincaid – Josep M^a Castellà Andreu – Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuña – Marcos Almeida Cerredá – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.

Núm. 7 - Octubre 2008. Articles de: Alain Noël – Luis Pomed Sánchez – Joaquín Tornos Mas – Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – Juli Ponce Solé – Vicenç Aguado i Cudolà – Miquel Salvador – Carlos Ruiz Miguel.

Núm. 8 - Abril 2009. Articles de: Hans-Peter Schneider – José Martín y Pérez de Nanclares / Mariola Urrea Corres – Lorena Elvira Ayuso – Luis Moreno – Eva Pons / Jaume Vernet – Tomàs Font i Llovet / Marc Vilalta Reixach – Cristina Ares Castro-Conde – Francisco Alemán Páez – Ramon J. Moles Plaza / Anna Garcia Hom.

Núm. 9 - Octubre 2009. Articles de: Alain-G. Gagnon / Xavier Dionne – Thomas Fleiner – Antonio M. Hernández – Miguel Azpitarte Sánchez – Maribel González Pascual – Alberto López Basaguren – Amelia Pascual Medrano – Alfredo Galán Galán – Andrés García Martínez.

SUMARI

**BETWEEN EUROPEANIZATION, UNITARISM AND AUTONOMY.
REMARKS ON THE CURRENT SITUATION OF FEDERALISM
IN AUSTRIA**

Peter Bußjäger

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 DE LAS RELACIONES
FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÁNDER EN LA
REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA**

Antonio Arroyo Gil

**APROXIMACIÓ AL PROCÉS DE TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA
DE SERVEIS: INCIDÈNCIA EN EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ DE
COMPETÈNCIES DISSENYAT PER LA CE I L'EAC**

Neus París i Domènech, Mercè Corretja Torrens

**2004-2009: L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM LINGÜÍSTIC EN EL DRET DE LA
UNIÓ EUROPEA. DE L'AMPLIACIÓ DEL 2004 AL TRACTAT DE LISBOA**

Antoni Milian i Massana

**LA PROTECCIÓ DEL PLURILINGÜISME A NIVELL ESTATAL: ESPANYA
I EL MODEL HELVÈTIC EN L'ESCENARI DEL DRET COMPARAT**

Anna M. Pla Boix

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA PARTICIPACIÓN
AUTONÓMICA EN EL NOMBRAMIENTO DE SUS MIEMBROS**

Joaquín Urías

LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE COSTAS

José Luis Blasco Díaz

**LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO
Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ENERGÍAS
RENOVABLES**

Mariano Bacigalupo Saggese

**UNA PRIMERA APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LA
DESCENTRALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS DE ÁMBITO ESTATAL
EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS: ¿HAY DIFERENCIAS ENTRE
EL PSOE Y EL PP?**

Javier Astudillo Ruiz



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació

