

María Milagrosa Martínez Navarro
PRESIDENTA DE LES CORTS VALENCIANES

PRESENTACIÓ

Vull, en esta ocasió, com a presidenta de Les Corts i del Consell de Redacció de “Corts. Anuari de Dret Parlamentari”, dur a terme la presentació del número ordinari, el número 19, corresponent al 2007, d'esta col·lecció, preparat en l'anterior legislatura i que ara, abans de finalitzar l'any, veu la llum.

He de reconéixer que esta comesa genera en mi una doble satisfacció, i és a més un motiu d'alegria en la mesura que presidir este Consell de Redacció, compost per totes aquelles persones que han format part de l'Òrgan de Direcció de la Cambra, des de l'etapa transitòria fins a esta legislatura, i per prestigiosos especialistes en Dret, no pot sinó provocar este doble sentiment. Així mateix, la Presidència d'este Consell de Redacció es deu precisament a presidir la cambra autonòmica, la primera institució de la Generalitat Valenciana, Les Corts Valencianes, la qual cosa és, sens dubte, un motiu de la màxima alegria i satisfacció.

Esta publicació, “Corts. Anuari de Dret Parlamentari”, va nàixer sota la presidència de qui fóra el primer president de Les Corts Valencianes, Antonio García Miralles, en 1995, i des de llavors, d'una forma ininterrompuda, ha anat publicant-se, i ha servit perquè des d'un major estudi del que és i representa el parlament, Les Corts, s'haja pogut aconseguir un major acostament dels ciutadans i ciutadanes de la Comunitat a totes les seues institucions de govern.

D'acord amb l'anterior, em sembla obligat agrair a totes aquelles persones que han sigut els meus antecessors en la presidència del Consell de Redacció, persones del prestigi i de la vàlua d'Antonio García Miralles, Vicente González Lizondo, Héctor Villalba Chirivella, Marcela Miró Pérez i

Julio de España Moya, que han situat la institució, Les Corts, i esta publicació entre aquelles que gaudixen de major prestigi, tant fora com dins de la nostra comunitat autònoma.

He de fer extensiu este mateix reconeixement a totes aquelles persones que formen part del Consell Redacció, bé per haver sigut membres de l'Òrgan Rector de la cambra, o bé, per ser persones de reconegut prestigi en l'àmbit acadèmic o en l'àmbit institucional, i que junts han sabut mantindre viva esta publicació durant molts anys i rebre la mateixa el reconeixement unànime, tant acadèmic com institucional.

D'altra banda, vull donar les gràcies, expressament, a totes les persones que, atenant la nostra sol·licitud, ens han donat resposta, ens han brindat la seua participació, la qual cosa ens permet presentar este número ordinari de "Corts. Anuari de Dret Parlamentari" que compta amb deu excel·lents, magnífics treballs, als quals se suma la crònica parlamentària de Les Corts Valencianes, realitzada per un dels seus lletrats, i la recensió d'un llibre d'aparició recent.

En primer lloc, la lletrada de les Corts d'Aragó i professora de Dret Administratiu, Olga Herraiz Serrano, col·labora amb un treball titulat "Reflexiones en torno a algunos aspectos procedimentales de las últimas reformas estatutarias emprendidas en nuestro Estado autonómico". Hi aborda un tema de la màxima actualitat —que afecta directament Les Corts Valencianes, l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana—, i que incideix en els tràmits seguits en els diversos procediments de reforma, les similituds i les particularitats i conclou amb una valoració crítica dels processos des del punt de vista de la incidència que el procediment ha tingut en l'abast i el contingut d'estos estatuts.

El segon dels treballs amb què ens trobem en este anuari és el que du a terme el lletrat del Tribunal Constitucional i professor de Dret Constitucional de la Universitat de Valladolid, Francisco Javier Matía Portilla, titulat "De declaraciones de idoneidad eclesiástica, obispos, profesores de derecho y

derechos fundamentales”, treball que s'acosta des del coneixement que pot tindre un expert, a un tema polèmic, i que recentment ha ocupat l'atenció de molts mitjans de comunicació, com és el règim de contractació dels professors de religió, les sentències del Ple del Tribunal Constitucional sobre això, atrevint-se l'autor en un tema, sens dubte polèmic, a realitzar una prospecció de futur.

En tercer lloc ens trobem amb el treball del catedràtic de Dret Processal de la Universitat de València, Manuel Ortells Ramos, sobre “La Administración de Justicia en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”. Precisament, com assenyala anteriorment, la recent reforma de l'Estatut d'Autonomia valencià, que ha donat lloc sens dubte al naixement d'un nou estatut, comporta també la introducció de competències en la Generalitat en matèria de justícia, l'aparició d'un capítol V en el títol III de l'Estatut, dedicat a “L'Administració de Justícia”. El Dr. Ortells Ramos aborda esta realitat des del coneixement que, com a catedràtic de Dret Processal, hi té.

El quart dels estudis és el que realitza Cristina Pauner Chulvi, professora de Dret Constitucional de la Universitat Jaume I de Castelló, que incidix sobre el dret de sufragi actiu dels emigrants. En este interessant estudi, la professora de Dret Constitucional es referix a les raons polítiques i jurídiques d'una proposta polèmica, referida al dret de sufragi actiu dels emigrants, incidint també en la intervenció dels residents absents en el procés electoral i en l'exclusió del dret de vot dels emigrants en les eleccions municipals i autonòmiques.

L'últim dels estudis, del present número ordinari de “Corts. Anuari de Dret Parlamentari”, és el realitzat per la professora de Dret Civil de la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández, titulat “El Derecho civil valenciano ante la Constitución, el Estatuto de Autonomía i la costumbre”. Este és, sense cap dubte, un excel·lent estudi sobre el Dret Civil valencià, i fa accessible al lector el que representa la recuperació del Dret Civil valencià en la reforma de l'Estatut d'Autonomia, realitzant un estudi complementari sobre la influència que té el costum, precisament en este Dret Civil valencià.

A estos cinc estudis li seguixen els treballs realitzats per la lletrada de l'Assemblea de Madrid, Esther de Alba Bastarrechea, referit a "La disolució sancionatoria", i la singularitat representada per esta realitat en la VI legislatura de l'Assemblea de Madrid. Recordem que va ser, sens cap dubte, un tema polèmic quan, celebrats els comicis autonòmics el 25 de maig del 2003, es va celebrar la sessió constitutiva de la VI legislatura de l'Assemblea de Madrid, que es va veure afectada per dos casos de transfugisme, amb una ressonància important en els mitjans de comunicació que van provocar la dissolució de la cambra i la convocatòria d'unes noves eleccions. Precisament, l'autora, lletrada d'eixe parlament, tracta el que ella denomina la "dissolució sancionatòria" referida a este tema, sens dubte polèmic i d'actualitat.

El funcionari en la Direcció General de Política Regional de la Comissió Europea, Damià Lluna Taberner, es referix en el seu treball a les "Implicaciones del nuevo Tratado para las regiones de la Unión Europea", conclouent que "el procés d'elaboració d'una Constitució europea, que havia entrat en una via morta, pareix haver-se salvat, en part, gràcies a un enfocament més pragmàtic que permet salvaguardar moltes de les innovacions de l'anterior projecte, si bé rebaixant substancialment la seua càrrega simbòlica a fi de calmar les diferents opinions públiques nacionals, que per primera vegada es mostren hostils a la Unió Europea en la major part dels estats membres".

En tercer lloc ens trobem amb el treball del lletrat del Parlament de Catalunya, Xavier Muro i Bas, que incidix sobre la iniciativa legislativa popular, institució que, com ell mateix reconeix, ha merescut sobrada atenció de la doctrina espanyola, encara que n'hi ha hagut un escàs exercici. L'autor, en un excel·lent treball, es referix a la competència autonòmica per a la regulació de la iniciativa legislativa popular i els seus límits; la titularitat de la iniciativa; les causes d'inadmissibilitat d'esta iniciativa legislativa popular; la tramitació parlamentària d'ella, el desplegament reglamentari de les lleis reguladores d'esta, i altres millores introduïdes en les modificacions més recents d'estos textos.

D'altra banda, el lletrat de les Corts Generals, també professor de Dret Constitucional de la Universitat d'Alcalá d'Henares, Fernando Santaolalla López, escometa en el seu treball, l'estudi del fenomen del transfuguisme en alguns països europeus (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Itàlia, Països Baixos i Suècia), i conclou que “es dedueix la licitud del fenomen del canvi de grup parlamentari per un representant popular, fins i tot encara que es produïssa en la seua versió patològica que a Espanya hem batejat com a transfuguisme”. El lletrat de les Corts Generals fa un estudi detallat d'esta realitat en tots estos països als quals m'he referit.

L'últim dels treballs és el que es realitza per la lletrada del Parlament de La Rioja, Esther Serrano Ruiz, referit a un tema, també d'actualitat, com és “El Estatuto de Personal del Parlamento de La Rioja. Contenidos y singularidades”, treball que pot servir com a marc per a l'estudi del que són els estatuts de personal dels parlaments autonòmics, de les pròpies Corts Generals, des d'una visió molt jurídica, que engloba tot allò que s'ha referit a l'administració parlamentària.

Després d'estos deu estudis, l'anuari que, ara presentem, inclou la crònica parlamentària, referida a Les Corts Valencianes del final de l'anterior legislatura (setembre de 2006-maig de 2007), realitzada pel lletrat de Les Corts, Enrique Soriano Hernández, que donarà pas que en la pròxima crònica parlamentària haja d'atendre's al que ha representat l'inici d'esta VII legislatura.

Finalment ens trobem amb la recensió del llibre d'Enrique Belda Pérez-Pedrero, sobre “La Presidencia del Congreso de los Diputados”, que realitza una coneixedora i experta en estos temes, María Vicenta García Soriano, professora de Dret Constitucional i que ja publicara en la col·lecció “Temes de les Corts Valencianes” un treball titulat “La Presidencia de las asambleas legislativas”, que la convertix, sens dubte, en una especialista en la matèria.

Al llarg d'estes línies he procurat acostar-me al que és el contingut d'este anuari i a les diferents aportacions que s'hi realitzen. Ara només em queda per a concloure esta presentació, del primer número de “Corts. Anuari de

Dret Parlamentari”, que veu la llum en esta legislatura, reiterar el meu agraïment a totes les persones que han col·laborat en la publicació.

Vull deixar patent també la meua intenció, i la de l'Òrgan Rector que presideix, de continuar amb una publicació d'estes característiques i aprofundir en el coneixement del que és i representa el Dret Parlamentari, del que és i representa el parlament, del que és i representen Les Corts, primera institució de la Generalitat Valenciana.

Vull estendre també expressament el meu agraïment a totes les persones que fan possible el que tots els anys puguem comptar amb una publicació tan prestigiosa i que compatibilitzen, per a això, este treball i esta dedicació amb les seues altres activitats en la cambra o en el seu quefer professional.

Com ja he assenyalat al principi, representa per a mi un honor presidir este Consell de Redacció de “Corts. Anuari de Dret Parlamentari” i, en virtut d'això, realitzar la presentació del primer anuari de la VII legislatura i desitjar una llarga vida a esta publicació des del convenciment, com ja he reiterat en diverses ocasions, que la mateixa servix per a aprofundir en el coneixement i, amb això en l'acostament, de tots i de totes les valencianes a Les Corts Valencianes.

*Palau de les Corts Valencianes
Octubre de 2007*

María Milagrosa Martínez Navarro
PRESIDENTA DE LES CORTS VALENCIANES

PRESENTACIÓN

Quiero, en esta ocasión, como Presidenta de Les Corts y del Consejo de Redacción de “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario”, llevar a cabo la presentación del número ordinario, el número 19, correspondiente al 2007, de esta colección, preparado en la anterior legislatura y que ahora, antes de finalizar el año ve la luz.

Debo reconocer que este cometido, genera en mí una doble satisfacción, siendo además un motivo de alegría en la medida en que presidir este Consejo de Redacción, compuesto por todas aquellas personas que han formado parte del Órgano de Dirección de la Cámara, desde la etapa transitoria hasta la presente legislatura, y por prestigiosos especialistas en Derecho, no puede, sino provocar este doble sentimiento. Asimismo, la Presidencia de este Consejo de Redacción se debe precisamente a presidir la Cámara autonómica, la primera Institución de la Generalitat Valenciana, Les Corts Valencianes, lo que es, sin duda, un motivo de la máxima alegría y satisfacción.

Esta publicación, “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario”, nació bajo la Presidencia del que fuera el primer President de Les Corts Valencianes, Antonio García Miralles, en 1995, y desde entonces, de una forma ininterrumpida, ha venido publicándose, sirviendo para que desde un mayor estudio de lo que es y representa el Parlamento, Les Corts, se haya podido alcanzar un mayor acercamiento de los ciudadanos y ciudadanas de la Comunitat a todas sus instituciones de gobierno.

De acuerdo con lo anterior, me parece obligado hacer un agradecimiento a todas aquellas personas que han sido mis antecesores en la Presidencia del Consejo de Redacción, personas del prestigio y de la valía de Antonio García

Miralles, Vicente González Lizondo, Héctor Villalba Chirivella, Marcela Miró Pérez y Julio de España Moya, que han situado a la Institución, a Les Corts, y a esta publicación entre aquéllas que gozan de mayor prestigio, tanto fuera como dentro de nuestra Comunidad Autónoma.

Este mismo reconocimiento, debo hacerlo extensivo, a todas aquellas personas que forman parte del Consejo de Redacción, bien por haber sido miembros del Órgano Rector de la Cámara, o bien, por ser personas de reconocido prestigio en el ámbito académico o en el ámbito institucional, y que juntos han sabido mantener viva esta publicación durante muchos años, recibiendo la misma el reconocimiento unánime, tanto académico como institucional.

Por otra parte, quiero dar las gracias, expresamente, a todas las personas que, atendiendo nuestra solicitud, nos han dado respuesta, nos han brindado su participación, lo que nos permite presentar este número ordinario de “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario” que cuenta con diez excelentes, magníficos trabajos, a los que se suma la crónica parlamentaria de Les Corts Valencianes, realizada por uno de sus letrados, y la recensión de un libro de reciente aparición.

En primer lugar, la Letrada de las Cortes de Aragón y Profesora de Derecho Administrativo, Olga Herraiz Serrano, colabora con un trabajo titulado “Reflexiones en torno a algunos aspectos procedimentales de las últimas reformas estatutarias emprendidas en nuestro Estado autonómico”. En él aborda un tema de la máxima actualidad —que afecta directamente a Les Corts Valencianes, al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana—, y que incide en los trámites seguidos en los diversos procedimientos de reforma, las similitudes y las particularidades, concluyendo con una valoración crítica de los procesos desde el punto de vista de la incidencia que el procedimiento ha tenido en el alcance y contenido de estos Estatutos.

El segundo de los trabajos con el que nos encontramos en este Anuario es el que lleva a cabo el Letrado del Tribunal Constitucional y Profesor de

Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, Francisco Javier Matía Portilla, titulado “De declaraciones de idoneidad eclesiástica, obispos, profesores de derecho y derechos fundamentales”, trabajo que se acerca desde el conocimiento que puede tener un experto, a un tema polémico, y que recientemente ha ocupado la atención de muchos medios de comunicación, como es el régimen de contratación de los profesores de religión, las sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional al respecto, atreviéndose el autor en un tema, sin duda polémico, a realizar una prospección de futuro.

En tercer lugar nos encontramos con el trabajo del Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de València, Manuel Ortells Ramos, sobre “La Administración de Justicia en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana”. Precisamente, como señalaba anteriormente, la reciente reforma del Estatuto de Autonomía valenciano, que ha dado lugar sin duda al nacimiento de un nuevo Estatuto, conlleva también la introducción de competencias en la Generalitat en materia de justicia, la aparición de un Capítulo V en el Título III del Estatuto, dedicado a “La Administración de Justicia”. El Dr. Ortells Ramos aborda esta realidad desde el conocimiento que, como Catedrático de Derecho Procesal, tiene sobre la misma.

El cuarto de los Estudios es el que realiza Cristina Pauner Chulvi, Profesora de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I de Castellón, que incide sobre el derecho de sufragio activo de los emigrantes. En este interesante Estudio, la Profesora de Derecho Constitucional se refiere a las razones políticas y jurídicas de una propuesta polémica, referida al derecho de sufragio activo de los emigrantes, incidiendo también en la intervención de los residentes ausentes en el proceso electoral y en la exclusión del derecho de voto de los emigrantes en las elecciones municipales y autonómicas.

El último de los Estudios, del presente número ordinario de “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario”, es el realizado por la Profesora de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Valencia, Francisca Ramón Fernández, titulado “El Derecho civil valenciano ante la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la costumbre”. Este es, sin lugar a dudas, un excelente Estudio

sobre el Derecho civil valenciano, haciendo accesible al lector lo que representa la recuperación del Derecho civil valenciano en la reforma del Estatuto de Autonomía, realizando un estudio complementario sobre la influencia que tiene la costumbre, precisamente en este Derecho civil valenciano.

A estos cinco Estudios, le siguen los trabajos realizados por la Letrada de la Asamblea de Madrid, Esther de Alba Bastarrechea, referido a “La disolución sancionatoria”, y la singularidad representada por esta realidad en la VI Legislatura de la Asamblea de Madrid. Recordemos que fue, sin lugar a dudas, un tema polémico cuando, celebrados los comicios autonómicos el 25 de mayo de 2003, se celebró la sesión constitutiva de la VI Legislatura de la Asamblea de Madrid, que se vio afectada por dos casos de transfuguismo, con una resonancia importante en los medios de comunicación que provocaron la disolución de la Cámara y la convocatoria de unas nuevas elecciones. Precisamente, la autora, Letrada de ese Parlamento, trata lo que ella denomina la “disolución sancionatoria” referida a este tema, sin duda polémico y de actualidad.

El Funcionario en la Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea, Damià Lluna Taberner, se refiere en su trabajo a las “Implicaciones del nuevo Tratado para las regiones de la Unión Europea”, concluyendo que “el proceso de elaboración de una Constitución europea, que había entrado en una vía muerta, parece haberse salvado en parte, gracias a un enfoque más pragmático que permite salvaguardar muchas de las innovaciones del anterior proyecto, si bien rebajando sustancialmente su carga simbólica con el fin de calmar las diferentes opiniones públicas nacionales, que por primera vez se muestran hostiles a la Unión Europea en la mayor parte de los Estados miembros”.

En tercer lugar nos encontramos con el trabajo del Letrado del Parlament de Catalunya, Xavier Muro i Bas, que incide sobre la iniciativa legislativa popular, institución que, como él mismo reconoce, ha merecido sobrada atención de la doctrina española, aun cuando ha habido un escaso ejercicio de la misma. El autor en un excelente trabajo, se refiere a la competencia

autonómica para la regulación de la iniciativa legislativa popular y sus límites; la titularidad de la iniciativa; las causas de inadmisibilidad de esta iniciativa legislativa popular; la tramitación parlamentaria de ella, el desarrollo reglamentario de las leyes reguladoras de ésta, y otras mejoras introducidas en las modificaciones más recientes de estos textos.

Por otra parte, el Letrado de las Cortes Generales, también Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá de Henares, Fernando Santaolalla López, acomete en su trabajo, el estudio del fenómeno del transfugismo en algunos países europeos (Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Países Bajos y Suecia), concluyendo que “se deduce la licitud del fenómeno del cambio de grupo parlamentario por un representante popular, incluso aunque se produzca en su versión patológica que en España hemos bautizado como transfugismo”. El Letrado de las Cortes Generales hace un estudio pormenorizado de esta realidad en todos estos países a los que me he referido.

El último de los trabajos es el que se realiza por la Letrada del Parlamento de La Rioja, Esther Serrano Ruiz, referido a un tema, también de actualidad, como es “El Estatuto de Personal del Parlamento de La Rioja. Contenidos y singularidades”, trabajo que puede servir como marco para el estudio de lo que son los Estatutos de Personal de los Parlamentos Autonómicos, de las propias Cortes Generales, desde una visión muy jurídica, que engloba todo lo referido a la Administración parlamentaria.

Tras estos diez estudios, el Anuario que, ahora presentamos, incluye la Crónica parlamentaria, referida a Les Corts Valencianes del final de la anterior legislatura (septiembre de 2006-mayo de 2007), realizada por el Letrado de Les Corts, Enrique Soriano Hernández, que dará paso a que en la próxima Crónica parlamentaria deba atenderse a lo que ha representado el inicio de esta VII Legislatura.

Por último nos encontramos con la recensión del libro de Enrique Belda Pérez-Pedrero, sobre “La Presidencia del Congreso de los Diputados”, que realiza una conocedora y experta en estos temas, María Vicente García

Soriano, Profesora de Derecho Constitucional y que ya publicara en la Colección “Temas de las Cortes Valencianas” un trabajo titulado “La Presidencia de las Asambleas legislativas”, que la convierte, sin duda, en una especialista en la materia.

A lo largo de estas líneas he procurado acercarme a lo que es el contenido del presente Anuario y a los diferentes aportaciones que en él se realizan. Ahora sólo me resta, para concluir esta Presentación, del primer número de “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario”, que ve la luz en la presente Legislatura, reiterar mi agradecimiento a todas las personas que han colaborado en la publicación.

Quiero dejar patente también mi intención, y la del Órgano Rector que presido, de continuar con una publicación de estas características, profundizando en el conocimiento de lo que es y representa el Derecho parlamentario, de lo que es y representa el Parlamento, de lo que es y representan Les Corts, primera Institución de la Generalitat Valenciana.

Quiero extender también expresamente mi agradecimiento a todas las personas que hacen posible el que todos los años podamos contar con una publicación tan prestigiosa y que compatibilizan, para ello, este trabajo y dedicación con sus otras actividades en la Cámara o en su quehacer profesional

Como ya he señalado al principio, representa para mí un honor presidir este Consejo de Redacción de “Corts. Anuario de Derecho Parlamentario” y, en virtud de ello, realizar la presentación del primer Anuario de la VII Legislatura, deseando una larga vida a esta publicación desde el convencimiento, como ya he reiterado en varias ocasiones, que la misma sirve para profundizar en el conocimiento y, con ello en el acercamiento, de todos y de todas las valencianas a Les Corts Valencianes.

*Palau de les Corts Valencianes
Octubre de 2007*

Olga Herráiz Serrano

LETRADA DE LAS CORTES DE ARAGÓN. PROFESORA ASOCIADA DOCTORA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

REFLEXIONES EN TORNO A ALGUNOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS ESTATUTARIAS EMPRENDIDAS EN NUESTRO ESTADO AUTONÓMICO*

RESUMEN

El presente trabajo analiza los rasgos más característicos del procedimiento que han seguido las reformas estatutarias emprendidas en nuestro Estado autonómico en los últimos años poniendo de relieve la incidencia que dicho procedimiento ha tenido sobre las decisiones de fondo y los contenidos adoptados.

RESUM

Aquest treball analitza els trets més característics del procediment que han seguit les reformes estatutàries empreses en el nostre estat autonòmic en els últims anys i posa de relleu la incidència que aquest procediment ha tingut sobre les decisions de fons i els continguts adoptats.

ABSTRACT

This article analyzes the most characteristic features of the procedure that have followed the reforms of the Statutes of Autonomy in our autonomous country during

* Lista de las principales abreviaturas utilizadas: ATC: Auto del Tribunal Constitucional; BOCA: *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*; BOCCLM: *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla La Mancha*; BOCG: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*; BOCV: *Boletín Oficial de las Cortes Valencianas*; BOIC: *Boletín Oficial de las Islas Canarias*; BOPA: *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*; BOPC: *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña*; BOPCan: *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*; BOPG: *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia*; BOPIB: *Boletín Oficial del Parlamento de las Islas Baleares*; BOPV: *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*; CE: *Constitución española*; DOGC: *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*; DSCD: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*; DSJGPA: *Diario de Sesiones de la Junta General del Principado de Asturias*; DSPA: *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*; DSPCan: *Diario de Sesiones del Parlamento de Canarias*; DSPV: *Diario de Sesiones del Parlamento Vasco*; EAA: Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo; EAAR: Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la LO 5/2007, de 20 de abril; EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio; EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, reformado por la LO 1/2006, de 10 de abril; EAIB: Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado LO 1/2007, de 28 de febrero; LO: Ley Orgánica.

the last years emphasizing the influence which that procedure has had over the decisions and contents included.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS TRÁMITES SEGUIDOS EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA: SIMILITUDES Y PARTICULARIDADES
 1. LA FASE DE LAS COMISIONES ESPECIALES DE ESTUDIO: LA REFORMA ESTATUTARIA SE REVELA COMO UNA VÍA MÁS DE PROFUNDIZACIÓN EN EL AUTOGOBIERNO CUYA MATERIALIZACIÓN, SIN EMBARGO, HA ACABADO POR RECLAMARSE CON URGENCIA
 2. EL ORIGEN PARLAMENTARIO DEL TEXTO DE LAS DISTINTAS REFORMAS ESTATUTARIAS. MATICES A ESTA AFIRMACIÓN
 3. LA SOLICITUD DE DICTAMEN A ÓRGANOS CONSULTIVOS Y ENTIDADES LOCALES. EL MOMENTO DE DICHA CONSULTA
 4. LA TRAMITACIÓN EN LAS CORTES GENERALES: LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LAS PRESIDENCIAS DEL CONGRESO Y DEL SENADO DE 1993
 5. LA PARTICULARIDAD DEL SISTEMA DE DOBLE LECTURA EN LOS CASOS VALENCIANO Y CANARIO
 6. EL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN: SU POTENCIALIDAD FUTURA
 7. LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANAS
- III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS PROCESOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA INCIDENCIA QUE EL PROCEDIMIENTO HA TENIDO SOBRE LA INCLUSIÓN Y ALCANCE EN LOS ESTATUTOS DE DETERMINADOS CONTENIDOS
- IV. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS DEL FUTURO: LOS NUEVOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES
- V. BIBLIOGRAFIA

I INTRODUCCIÓN

En la tradicional antítesis entre los aspectos formales y materiales de cualquier asunto jurídico, con carácter general, estamos acostumbrados a graduar la relevancia de los primeros en función de la incidencia que tengan sobre las cuestiones de fondo. No son despreciables los casos en que el procedimiento seguido para la adopción de decisiones y disposiciones normativas nos proporciona claves sobre los contenidos de éstas y justifica entonces, sobradamente, un análisis especial de los elementos que condicionaron el *iter* procesal de su gestación. Uno de esos supuestos lo constituyen las últimas innovaciones producidas en la configuración del Estado autonómico español a través de la reforma de los textos estatutarios, unas reformas que, aunque bautizadas con el nombre de *tercer oleada* (en alusión a las Comunidades de vía lenta que han afrontado por tercera vez modificaciones en sus Estatutos), se han llevado a cabo también en Comunidades que, hasta la fecha, no habían introducido todavía ningún cambio en sus normas institucionales básicas.

En efecto, aspectos materiales o de contenido de los nuevos Estatutos de Autonomía tales como el respaldo a la bilateralidad en la relación de las Comunidades con el Estado, el reforzamiento de los símbolos identitarios o el establecimiento de cláusulas que tiendan al blindaje de las propias competencias, por citar sólo unos ejemplos, encuentran mejor explicación si se tienen en cuenta algunos factores que han caracterizado los procedimientos de reforma estatutaria. La ausencia de un pacto previo entre las grandes fuerzas políticas nacionales como el que, en 1981, armonizó el inicio del Estado autonómico o el que se reeditó, con ocasión de la primera gran oleada de reformas, en 1992¹, así como la imposibilidad práctica de acometer, también de manera preliminar, una reforma de la Constitución que hubiese enmarcado hoy todo el proceso de acomodación del Estado autonómico resultan decisivas para comprender los contenidos que han integrado los nuevos Estatutos. Sin duda alguna, cuestiones que no estaban llamadas a figurar en normas de esa naturaleza y posición en el ordenamiento han acabado residenciándose en ellas. Lo mismo que se ha tratado de potenciar su cualidad de integrantes del bloque de la constitucionalidad con la pretensión de hacer posibles, se dice, nuevas interpretaciones o doctrinas por parte del

1 Denomino primera gran oleada de reformas a las aprobadas a lo largo de 1994 como fruto de los Pactos autonómicos firmados por el PSOE y el PP el 28 de febrero de 1992 aunque, en 1991, se aprobaran siete Leyes Orgánicas de modificación de Estatutos con el solo objeto de hacer coincidir todos los procesos electorales de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del 143 CE y los municipales.

Tribunal Constitucional. Repárese en el dato de que todo ello ha sucedido a pesar de que, en el diagnóstico de situación que de su autogobierno hicieron varias Comunidades Autónomas, por la vía de la creación de Comisiones especiales de estudio en sus Parlamentos respectivos, la reforma estatutaria era tan sólo un elemento más, y ni siquiera a priori el más decisivo, para la profundización en la propia autonomía². La reforma de la Constitución, algo más lógica desde la perspectiva de la entidad de los cambios propuestos, era, sin embargo, inviable política y, por ende, atendido el régimen de mayorías necesario, también jurídicamente³. De ahí que la tendencia generalizada haya consistido en suplir o interpretar algunos silencios constitucionales por medio de los Estatutos, en incorporarles algunos avances alcanzados en el desarrollo autonómico de los últimos veinticinco años⁴, en mejorar los mecanismos de integración previstos en ellos⁵ y, en definitiva, en tratar de configurar las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas como auténticos Estatutos-Constitución, según la expresión que ha hecho fortuna, mientras la reforma de la Carta Magna era olvidada sin grandes lamentaciones⁶. A decir verdad, en la única formalización expresa de los aspectos sobre los que el Gobierno de España parecía estar dispuesto a impulsar la reforma constitucional, sólo dos de ellos tenían que ver con la construcción del Estado autonómico, pero en ningún caso tenían relación con las reformas estatutarias ni con muchos de los temas clave que han sido objeto de discusión en la tramitación de los nuevos Estatutos⁷.

En las páginas que siguen, intentaremos analizar en qué medida los procedimientos seguidos para llevar a cabo las reformas han podido condicionar algunos de los contenidos finales, ponderando los méritos y las insuficiencias del proceso. Para ello, comenzaremos sistematizando los trámites que se han seguido en las distintas Comunidades que han concluido (Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía y Aragón) o tienen avanzadas sus reformas hasta la fecha (Canarias,

2 Sobre el particular, véanse A. EMBID IRUJO (2004) y (2005), F. LÓPEZ RAMÓN (2005: p. 21), y J. TUDELA ARANDA (2007: p. 99).

3 Sobre la pertinencia de una reforma constitucional previa, abundaron L. MARTÍN-REBOLLO (2003: p. 53), A. EMBID IRUJO (2004: p. 14 y ss.) y A.L. SANZ PÉREZ (2006: pp. 44-46). E. ÁLVAREZ CONDE (2007: pp. 51 y 52), no duda en ir más allá postulando una constitucionalización del modelo de Estado, de las competencias de las Comunidades Autónomas y del sistema de relaciones con el Estado, entre Comunidades y de éstas con la Unión Europea.

4 Véase J. CANO BUESO (2007: p. 148).

5 Carencia fundamental del Estado autonómico al decir de J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2004: pp. 17 y 18).

6 Sobre el mito del Estatuto-Constitución, puede consultarse S. MUÑOZ-MACHADO (2004: p. 731 y ss.). Igualmente hablan de cuasiconstituciones por su contenido J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2004: p. 7), F. LÓPEZ RAMÓN (2005: p. 22), L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 49), entre otros autores. Por su parte, al temprano abandono de la idea de reformar la Constitución en el contexto marcado por la generalización de las reformas estatutarias, se refiere J. TUDELA ARANDA (2005: p. 22).

7 Vid. L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 49).

Castilla-La Mancha, Castilla y León y, en menor medida, otras Comunidades que citaremos), entre los que se observan abundantes similitudes que obedecen clarísimamente a un efecto de mimesis. A continuación, trataremos de realizar una valoración crítica de los procesos llevados a cabo, tanto desde un punto de vista formal como del análisis de determinados contenidos, para concluir con el relato de los nuevos requisitos de procedimiento que deberán observar las Comunidades Autónomas que han reformado ahora sus Estatutos cuando quieran acometer otras en el futuro.

II SISTEMATIZACIÓN DE LOS TRÁMITES SEGUIDOS EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA: SIMILITUDES Y PARTICULARIDADES

Es una nota común a gran parte de las Comunidades que han concluido o están a punto de hacerlo la reforma de sus Estatutos el haber iniciado un proceso de diagnóstico de su nivel de autogobierno, que, a la postre, ha derivado en el procedimiento de reforma, durante la legislatura anterior a aquella que concluyó, para la mayoría, en mayo de 2007. Incluso en Cataluña y en Andalucía, que no celebraron elecciones en esa fecha, los primeros pasos que han conducido finalmente a la reforma estatutaria se dieron en la legislatura que comprendió el cuatrienio 1999-2003. Las declaraciones sobre la necesidad de impulsar la modificación de los Estatutos se sucedieron en los debates generales sobre el estado de cada Comunidad desde comienzos del nuevo milenio. De los primeros discursos de los presidentes autonómicos durante esos años en los que meramente se enunciaba la voluntad de emprender procesos de reflexión que permitieran la modernización y la profundización en el autogobierno⁸, se pasó pronto, una vez creado el clima general adecuado, a la defensa a ultranza de la reforma estatutaria como medio para hacer frente a los nuevos retos de la

8 Véase el DSPA núm. 48, de 28 de junio de 2001, p. 2948, donde se transcriben las siguientes palabras pronunciadas por el Presidente, Sr. Chaves González, durante el debate sobre el estado de la Comunidad correspondiente a ese año: "Que el desarrollo autonómico ha permitido y propiciado la transformación de nuestra Comunidad y un período que se ha saldado de forma satisfactoria es algo que parece evidente e incontestable. Se han resuelto problemas que parecían endémicos —comunicaciones, salud, educación— y nos hemos integrado plenamente en el conjunto de España y también en el espacio común europeo.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, que tan útil ha sido para crear este favorable entorno, debe servirnos también para seguir avanzando a lo largo del siglo XXI.

Sin embargo, señorías, las circunstancias de hoy son muy distintas. Estamos en pleno debate sobre la construcción del Estado de las Autonomías, de la España plural, de la delimitación de las competencias; estamos en pleno debate sobre la arquitectura europea que se fraguará en el año 2004 en la cumbre alemana; estamos inmersos en la globalización del mercado y los avances tecnológicos de la sociedad de la información. Todo ello, señorías, ha creado un marco radicalmente nuevo, en el que nos tenemos que situar.

Y debemos tomar conciencia de esta realidad y, como ya tenemos consolidadas las instituciones andaluzas, debemos abrir un debate político y social sobre el texto estatutario, evitando la polémica partidista, y proceder, entre todos, con inteligencia, con pragmatismo e impulsar un nuevo horizonte de autogobierno que facilite lo que vengo en denominar «la segunda modernización

situación política y económica y para conseguir más capacidad de actuación en ámbitos diferenciados⁹. En algún caso, se celebraron debates monográficos especiales, a partir o no de comunicaciones gubernamentales, en los que se llegó a demandar que esa reforma estatutaria se realizara con la máxima celeridad¹⁰. Sin duda ninguna, el revulsivo que representaba que otras Comunidades vecinas estuvieran recorriendo y empezando a concluir con éxito el mismo camino acabó por generalizar la semilla de la reforma¹¹.

Como se ha puesto de relieve más arriba, en bastantes casos, un hito significativo de la evaluación previa del nivel y grado de satisfacción del autogobierno alcanzado lo

de Andalucía», y debemos hacerlo en base a sugerencias, propuestas e iniciativas, sin excluir ninguna alternativa, *incluida la posibilidad de reformar el Estatuto de Autonomía para Andalucía*, si ello fuera necesario [cursiva nuestra].

Por tomar el caso de otra Comunidad que, sin embargo, a día de hoy, no ha logrado sacar adelante todavía en su Parlamento la constitución siquiera de una ponencia para la elaboración de la propuesta de reforma estatutaria, en Asturias ya en el debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno ante la Junta, correspondiente al año legislativo 2004-2005, su Presidente, Sr. Álvarez Areces, se comprometía a realizar una evaluación rigurosa del desarrollo estatutario hasta esos momentos que permitiese abordar, posteriormente, con eficacia, la reforma del Estatuto asturiano. No obstante, se priorizaban, en su discurso, la reforma constitucional, siempre que se alcanzara un amplio consenso, y las modificaciones pactadas en los foros de relación multilateral como el que representaba la recién nacida Conferencia de Presidentes de cara a mejorar la articulación de la posición autonómica en el Estado (cfr. DSJGPA núm. 54, de 28 de septiembre de 2004).

9 En el debate general sobre el estado de la nacionalidad canaria del año 2005, su Presidente, Sr. Martín Menis, afirmaba: “¿Qué estamos tratando de conseguir? Canarias se encuentra ante la posibilidad de dotarse de una norma básica, absolutamente nuestra, absolutamente adaptada a las necesidades del presente y del futuro dentro del marco constitucional de España: nuestro estatuto archipiélagico. Un texto que articule los principios de ultraperiferia, de espacio único, de respeto a la diversidad de las islas y de centralidad atlántica, que son las cuatro bases sobre las que se asienta nuestro desarrollo y sobre las que les he hablado en este discurso. Un nuevo Estatuto que, más allá de las polémicas peninsulares sobre las denominaciones, nos defina como lo que somos: un archipiélago atlántico. Que es algo más que un territorio porque lo conforma también nuestro espacio interinsular, las aguas canarias sobre las que no mantenemos hasta ahora ni dominio ni control. Un Estatuto que nos otorgue más capacidad de actuación en los ámbitos que más afectan a nuestra condición insular y ultraperiférica: los puertos y aeropuertos, el transporte aéreo interinsular, el comercio exterior, extranjería y Régimen Económico y Fiscal. En definitiva, un marco que nos permita encarar los nuevos retos políticos, sociales y económicos de Canarias en este siglo XXI, porque no podemos responder a problemas muy diferentes a los continentales con marcos estatutarios parecidos a los peninsulares. (Véase DSPCAN núm. 56, de 29 de marzo de 2005, p. 14).

10 El 25 de octubre de 2001, con motivo del vigesimosegundo aniversario del Estatuto de Gernika, tenía lugar un pleno monográfico en el Parlamento vasco en el que el recién elegido Presidente del ejecutivo autonómico, Sr. Ibarretxe Markuartu, resumía así la situación en varios momentos de su discurso: “Que alguien plantee profundizar en nuestro actual grado de autogobierno y actualizar el Estatuto de Gernika no supone renegar de lo construido hasta ahora, ni debe ser tachado de ilegitimidad democrática (...). En los últimos tiempos estamos asistiendo a un verdadero proceso de regresión autonómica que, además de impedir el cumplimiento de las transferencias aún pendientes, es decir, el Estatuto nonato, ha desarrollado una política sistemática de ataque y recorte del autogobierno alcanzado, utilizando no solamente los instrumentos jurídicos y judiciales al servicio del Estado, sino incluso el propio proceso de construcción europea, como coartada para excluirmos de la toma de decisiones que afectan directamente a nuestra autonomía política (...). Reclamamos el cumplimiento íntegro del Estatuto no sólo porque legítimamente nos corresponde, sino porque el autogobierno es para este país sinónimo de bienestar (...). Mi planteamiento es el siguiente. Un compromiso: lograr un nuevo pacto político, un nuevo punto de encuentro para la convivencia que actualice y renueve el pacto estatutario para adecuarlo a las demandas de la sociedad vasca.” (Vid. DSPV núm. 10, de 25 de octubre de 2001, respectivamente, pp. 8, 15 y 24).

Por su parte, en el BOPCAN núm. 147, de 6 de octubre de 2004, se publicó una Comunicación del Gobierno insular sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que dio lugar al correspondiente debate parlamentario, en la que podía leerse: “Considerando del máximo interés político para Canarias la culminación del proceso de reforma estatutaria, como expresión de nuestra identidad singular en España y con el objetivo de alcanzar las máximas cotas de autogobierno, conviene imprimir la máxima celeridad al proceso sin perjuicio de que el Gobierno de Canarias desarrollará un conjunto de acciones destinadas al conocimiento por los ciudadanos y ciudadanas del Archipiélago de la importancia del Estatuto como norma institucional básica y de su reforma en la creación del autogobierno, así como al fomento de la participación social en el proceso” (p. 2).

11 Como afirma G. JÁUREGUI (2006: p. 1).

representó la creación de comisiones especiales de estudio, órganos parlamentarios que, por este mismo carácter así como por su flexibilidad, al permitir la incorporación, a efectos de asesoramiento, de especialistas en la materia objeto de estudio, podían dar al diagnóstico sobre el estado y la calidad del autogobierno en cada Comunidad Autónoma el realce y el aval técnico necesarios. La graduación del ritmo de trabajo de dichas comisiones permitió a la mayoría de los Parlamentos autonómicos vislumbrar cómo se iba oscureciendo el futuro de la reforma constitucional, ganando con ello fuerza, en paralelo, la tesis de que era posible reconducir a los Estatutos las premisas de un nuevo modelo de relación con el Estado para cuya consecución, en principio, no se había advertido como condición indispensable la reforma de esas normas institucionales básicas. Sin embargo, nada más hacerse evidente la virtualidad que podría darse a tales reformas, el proceso se generalizó rápidamente y, en línea de continuidad con las actuaciones previas de diagnóstico que se habían llevado a cabo en muchas Comunidades Autónomas, se ultimaron los pasos para la puesta en marcha del procedimiento de elaboración de los nuevos textos estatutarios.

Como es lógico, a la vista de los condicionantes que han pesado sobre las Comunidades reformadoras, el resultado ha sido el de unos Estatutos muy distintos a los que hasta ahora conocíamos, con una estructura y contenido que ambiciona parecerse al de cualquier Constitución.

1. LA FASE DE LAS COMISIONES ESPECIALES DE ESTUDIO: LA REFORMA ESTATUTARIA SE REVELA COMO UNA VÍA MÁS DE PROFUNDIZACIÓN EN EL AUTOGOBIERNO CUYA MATERIALIZACIÓN, SIN EMBARGO, HA ACABADO POR RECLAMARSE CON URGENCIA

Los primeros Parlamentos en los que se constituyeron comisiones de estudio como paso que se ha demostrado previo a la iniciativa de la reforma estatutaria fueron el catalán y el vasco, a los que pronto se sumaron las Cortes de Aragón. En el caso del Parlamento catalán, el acuerdo de creación de una Comisión especial para la Profundización del Autogobierno fue adoptado el 14 de noviembre de 2000, a iniciativa de todos los Grupos Parlamentarios con excepción del Popular, con la finalidad de realizar una valoración de los resultados de la aplicación tanto del Estatuto de Autonomía como de otras disposiciones reguladoras del autogobierno, que hiciera factible sugerir “líneas de reforma y actuación” futuras, no sólo de la legislación autonómica sino también de la estatal, para profundizar en la autono-

mía¹². De forma muy similar, la Comisión Especial sobre Autogobierno que se constituyó en el Parlamento vasco un año más tarde, con fecha 29 de noviembre de 2001, trajo causa del debate monográfico en Pleno, que había tenido lugar el 25 de octubre de ese mismo año, con motivo del vigesimosegundo aniversario del Estatuto de Gernika, y de la resolución que fue aprobada a su conclusión¹³. En ella se asumía el compromiso de constituir una comisión parlamentaria que, como en el caso catalán, se pretendía de profundización en el autogobierno y donde se querían abordar “el respeto y cumplimiento del pacto estatutario y las opciones de actualización del mismo” en función de sus potencialidades¹⁴. Ambas Comisiones aprobaron sus dictámenes a lo largo de 2002¹⁵, año en que sumó a esa tendencia de análisis la Comunidad aragonesa que, a diferencia de las dos anteriores, había accedido a su autogobierno por la vía del art. 143 CE, con lo cual, teóricamente, disfrutaba de un grado menor de autonomía. En efecto, el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 23 y 24 de mayo de 2002, había atendido la solicitud de los Grupos Parlamentarios Socialista, del Partido Aragonés y Chunta Aragonesista, acordando la constitución de una Comisión especial de estudio que, teniendo por objeto la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés, culminó sus trabajos con un Dictamen que fue unánimemente aprobado apenas diez meses después¹⁶.

Junto a las escasas diferencias temporales que se han apuntado, se observan otros paralelismos entre las tres comisiones especiales de estudio tanto en su metodología de trabajo como en las conclusiones alcanzadas a la finalización del mismo¹⁷. Efectivamente, sobre la base en los tres casos de documentación solicitada y con fundamento en las declaraciones de los expertos y entidades representativas que fueron llamados a com-

12 Resolución 343/VI del Parlamento de Cataluña, de creación de dicha Comisión de Estudio, que fue publicado en el BOPC núm. 117, de 27 de noviembre de 2000.

13 Véase Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 20 de noviembre de 2001 (BOPV núm. 22, de 23 noviembre) y Resolución de su Presidente dando cuenta de la constitución de dicha Comisión en el BOPV núm. 24, de 10 de diciembre de 2001.

14 La Resolución citada se publica en el BOPV núm. 18, de 9 de septiembre de 2001. Por su parte, el desarrollo del debate monográfico puede seguirse consultando de nuevo el DSPV núm. 10, de 25 de octubre de 2001.

15 El Dictamen elaborado por la Comisión Especial sobre Autogobierno del Parlamento Vasco fue aprobado en la sesión plenaria celebrada el 12 de julio de 2002 (BOPV núm. 55, de 19 de julio, pp. 5236 y ss). Cinco meses después, el 17 de diciembre de 2002, se aprobaba por el Pleno del Parlamento de Cataluña el documento elaborado por la Comisión de Estudio para la Profundización del Autogobierno (Resolución 1653-VI, publicada en el BOPC núm. 374, de 23 de diciembre de 2002).

16 Mediante Acuerdo del Pleno de las Cortes de Aragón de 20 de marzo de 2003, publicado en el BOCA núm. 312, de 1 de abril.

17 Por lo que respecta a su composición, como se da cuenta en los primeros apartados de los tres dictámenes elaborados por dichas Comisiones especiales, tanto la Comisión catalana como la vasca, constituida un año después, se formaron con una representación proporcional de los Grupos Parlamentarios presentes en las respectivas Asambleas. La aragonesa, en cambio, estaba compuesta por un representante de cada Grupo Parlamentario y adoptaba, en consecuencia, sus acuerdos mediante voto ponderado.

parecer ante tales órganos parlamentarios, los dictámenes finales que sometieron a la consideración de los Plenos de las Cámaras, aunque formalmente muy dispares¹⁸, hicieron un balance intercambiable sobre el desenvolvimiento del Estado de las autonomías, pusieron de relieve casi las mismas insuficiencias sobre el nivel de autogobierno en cada Comunidad y propusieron parecidas vías para profundizar en este. Partiendo del más que aceptable grado de satisfacción ciudadana sobre la implantación de las Comunidades Autónomas, que lleva en algunos casos a asimilar la descentralización territorial con el bienestar, las comisiones de estudio a las que nos referimos no dudaron en denunciar la existencia de déficits importantes en el desarrollo de la autonomía considerados de la envergadura suficiente como para justificar acciones de mejora que abriesen nuevas perspectivas. En los tres dictámenes de referencia, se critica el ejercicio expansivo que había venido haciendo el Estado de sus títulos competenciales, especialmente de los transversales y de sus bases, se reprueban la debilidad de los instrumentos de articulación entre las instancias de poder y las deficiencias en la participación autonómica en los asuntos de la Unión Europea, objetándose asimismo la falta de reformas en la Administración estatal acordes con el proceso de transferencias. En definitiva, manifestaciones todas ellas de lo que, doctrinalmente, se ha definido como autonomía política de baja calidad¹⁹.

Pues bien, aunque algunas de las conclusiones y propuestas realizadas por las comisiones de estudio de los Parlamentos vasco, catalán y aragonés escaparan tendencialmente del actual marco constitucional e hicieran precisa su reforma en puntos concretos para articularse, los dictámenes de las citadas comisiones no prejuzaban la vía que debía utilizarse en cada caso para la pretendida profundización en el autogobierno. Es un hecho que llama la atención que, como para el caso aragonés ha subrayado CONTRERAS CASADO, de todas las propuestas que realizaban las comisiones especiales, sólo algunas necesitaban verdaderamente ser encauzadas a través de la reforma del Estatuto mientras que la inmensa mayoría exigían, “bien la reforma constitucional, bien un cambio de comportamientos políticos y legislativos, bien un gran pacto a nivel estatal de las principales fuerzas políticas, o bien algo de todo

18 El más exhaustivo, sin duda, resulta el elaborado por la Comisión especial del Parlamento de Cataluña para la Profundización del Autogobierno. Sus elementos diferenciales son, básicamente, el grado de concreción dado a la vertiente competencial de la autonomía, con el análisis pormenorizado de hasta veinte materias, con sus correspondientes submaterias, para las que se formulan propuestas de asunción competencial por la Generalidad de Cataluña, así como que, a la síntesis de los trabajos de la Comisión, se adjunten las propuestas tanto iniciales como finales de cada uno de los Grupos Parlamentarios integrantes.

19 Véase E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER (2003: p. 80 y ss.).

ello a la vez”²⁰. Ilustrativa resulta, en efecto, la lectura sobre este particular de las casi veinte páginas de Boletín Oficial que ocupa el apartado 4.1 del documento de la Comisión catalana de estudio para la Profundización del Autogobierno, donde, bajo el título “Ampliació i activació de les competències de la Generalitat”, se individualizaban, materia por materia, los mecanismos que permitirían el ejercicio por la Comunidad Autónoma de Cataluña de las competencias que allí se citan. Si es verdad que, en algunos casos, la Comisión revela la necesidad de modificar el Estatuto, en la inmensa mayoría lo que realmente se propone es la realización de los correspondientes traspasos de medios económicos, materiales y personales, la modificación de la legislación estatal, el ejercicio de sus competencias normativas por la Generalidad e, inclusive, la aprobación de leyes marco y leyes orgánicas de transferencias del art. 150.1 y 2 CE, respectivamente. Sin embargo, aunque se apuntara que la solución a los déficits del autogobierno no tenía una única respuesta en el plano jurídico y que se podían utilizar diversas vías, la imposibilidad de acometer en la práctica alguna de ellas, como la reforma de la Constitución, inclinó la balanza y hasta aceleró la de los Estatutos²¹. En efecto, en las tres Comunidades a las que nos hemos referido, la experiencia de las comisiones parlamentarias de estudio sirvió de revulsivo para impulsar aquella de las medidas de profundización en el autogobierno que era más factible desde la escala autonómica, la puesta en marcha de iniciativas de reforma estatutaria, las cuales, como veremos, corrieron suerte dispar en las Cortes Generales.

Antes de entrar a analizar cómo se gestó en cada Comunidad la iniciativa legislativa para la reforma, completaremos el panorama comparado relativo a la creación de comisiones especiales sobre el autogobierno con la variante que, con respecto al modelo examinado hasta aquí, el de las comisiones que se constituyeron en las asambleas de las Comunidades de Cataluña, el País Vasco y Aragón, representan, sin duda, las creadas en las Cortes valencianas, las Cortes de Castilla y León, la Asamblea Regional de Murcia y el Parlamento de Galicia, al margen de otros intentos frustrados²². La diferencia reside en que, en estos tres últimos supuestos, se pretendía que

20 La cita se corresponde con M. CONTRERAS CASADO (2005: p. 120).

21 Así lo sostienen L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 38) y A.L. SANZ PÉREZ (2006: p. 46).

22 También en el Parlamento de Canarias, se propuso la creación de una Comisión Especial de Estudio para la reforma del Estatuto de Autonomía. No obstante, dicha solicitud, que había tenido entrada en el Registro de la Cámara y había sido calificada por la Mesa del Parlamento en mayo de 2004, fue finalmente retirada un mes después.

las comisiones elaborasen un informe que sirviese directamente de base para la redacción de la proposición de reforma de los respectivos Estatutos. El horizonte de la reforma estatutaria presidía, pues, desde el inicio el funcionamiento de esos órganos parlamentarios cuando, en el caso de las Comunidades catalana, vasca y aragonesa, el objetivo había sido indagar todas las alternativas que permitieran, en general, la mejora y la profundización del autogobierno sin condicionar el futuro de sus trabajos hacia la reforma estatutaria.

La diferenciación se percibía ya, claramente, en la denominación que se dio a dichas Comisiones ya que, en ellas, figuraba de forma explícita la referencia a ese objetivo, la modificación del Estatuto²³. A decir verdad, la creada en las Cortes valencianas, que lo fue a iniciativa de los portavoces de los tres Grupos que conformaban el arco parlamentario, por Resolución plenaria adoptada el 28 de abril de 2004²⁴, en un momento, por tanto, en que los Parlamentos vasco y catalán ya habían empezado los trabajos de elaboración de sus respectivas propuestas de reforma, contaba con sendos antecedentes inmediatos en las dos legislaturas precedentes aunque sólo esta tercera pudo alcanzar su objetivo²⁵. En un plazo sorprendentemente breve, hizo lo propio la que se creó en las Cortes de Castilla y León en abril de 2006²⁶, mientras la murciana vio interrumpir sus trabajos por la celebración de las elecciones autonómicas y municipales de mayo de 2007²⁷.

En cuanto a la Comisión constituida en el Parlamento de Galicia se refiere, es interesante relatar su génesis pues la misma formaba parte del compromiso por una

- 23 “Comisión no Permanente Especial de Estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno”, en el caso de la Comunidad Valenciana; “Comisión No Permanente para el Estudio de la Reforma del Estatuto de Autonomía”, en las Cortes de Castilla y León; “Comisión Especial de Estudio y Valoración para la eventual reforma del Estatuto de Autonomía”, como se la denominó en la Asamblea Regional de Murcia y “Comisión Especial de Estudio de la reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia”.
- 24 Publicada dicha Resolución 34/VI en el BOCV núm. 43, de 10 de mayo de 2004, la Comisión se constituiría el 31 de mayo de 2004, de lo que se da cuenta en el BOCV núm. 50, de 24 de junio.
- 25 En la IV (1995-1999) y V Legislaturas (1999-2003), se crearon en las Cortes valencianas sendas Comisiones que, bajo el mismo nombre que la postrera constituida en mayo de 2004, habían intentado llevar a cabo una posible reforma del Estatuto como relatan J. GUILLEM CARRAU y F.J. VISIEDO MAZÓN (2006: p. 168, así como (2007 a: pp. 9-12).
- 26 La Mesa de las Cortes de Castilla y León acordó, en su sesión de 7 de abril de 2006, crear dicha Comisión no permanente con el encargo de estudiar la oportunidad de la reforma del Estatuto y de elaborar un informe que recogiera sus posibles contenidos (BOCCYL núm. 251, de 17 de abril). Poco más de dos meses después, el 19 de junio, la citada Comisión aprobaba su informe (BOCCYL núm. 283, de 31 de julio), permitiendo así que Procuradores, pertenecientes a los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista de la Cámara, que representaban más de una tercera parte de los miembros de la misma formularan la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León el 20 de julio de 2006 (BOCCYL núm. 290, de 7 de septiembre).
- 27 Constituida el 17 de octubre de 2005, hasta el momento de cerrarse la VI Legislatura autonómica, ha sido el foro para la sustanciación de la comparecencia de representantes institucionales, de colectivos y expertos, cuya opinión podrá ser tenida en cuenta, en su momento, por la Ponencia que fue designada de entre los miembros de dicha Comisión el 27 de octubre de 2005.

metodología específica de trabajo al que habían llegado los dirigentes del Partido Popular, tras las reuniones mantenidas durante el mes de enero de 2005, con el Presidente de la Xunta y Secretario General del PSOE y con el Vicepresidente de dicha institución y Portavoz de los nacionalistas del BNG. Así, en el documento “Metodoloxía de traballo para a reforma do Estatuto de Autonomía de Galicia”, el Partido Popular de esa Comunidad resumía en una serie de requisitos procesales la garantía para una buena marcha de la reforma en sus vertientes política, jurídica y de implicación social. Más en concreto y con las miras puestas en que la totalidad de la reforma cumpliera el doble objetivo de realizarse desde la legalidad constitucional y con el imprescindible consenso político y social, los populares exigían, básicamente, cinco medidas. En primer lugar, demandaban que mediase un pacto previo entre las fuerzas políticas al inicio de los trabajos parlamentarios. En segundo término, querían que se constituyera una comisión especial de estudio que, también con carácter preliminar, fijase los objetivos de la reforma y las propuestas técnicas más adecuadas para llevarla a cabo, creándose después otra comisión específica, esta vez con competencias legislativas, de cuyo seno surgiera la Ponencia encargada de la formulación del texto. Las últimas formalidades solicitadas eran que el documento base sobre el que la Ponencia articulara y plantease sus propuestas de modificación fuera el Estatuto vigente y, finalmente, que se convirtiera en guía de las labores de redacción el dictamen emitido por el *Consello Consultivo* de Galicia, formalizándose, además, el compromiso de someter a la consideración de dicho órgano cualquier aspecto que plantease a los diputados autonómicos dudas de constitucionalidad. Como bien se ve, la creación de un foro parlamentario de análisis donde pudieran pergeñarse las líneas directrices de la reforma fue valorada como un requisito procedimental determinante para la consecución de un resultado óptimo y, con el aval de los tres Grupos presentes en el Parlamento gallego, se constituiría el 14 de marzo de 2006, con una representación proporcional de cada uno²⁸. Precisamente, el propio Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Galicia por el que se autorizaba la creación de la comisión especial de estudio decidió constituir, simultáneamente, en su seno, una Ponencia conjunta, paritaria, compuesta de tres diputados por cada Grupo Parlamentario, que habría de encargarse de elaborar la oportuna proposición de ley

28 El acuerdo sobre su creación, de competencia en este caso de la Mesa y no del Pleno según el Reglamento del Parlamento de Galicia, fue adoptado por aquélla el 1 de marzo de 2006 y publicado en el BOPG núm. 95, de 6 de marzo.

de modificación del Estatuto. Con independencia de que a día de hoy, no sólo dicha ponencia no ha concluido sus trabajos, sino que estos se hallan paralizados, la referencia a este órgano nos permite pasar al análisis del origen, predominantemente parlamentario, de los textos que, tras su tramitación en las Asambleas legislativas autonómicas, han acabado elevándose a las Cortes Generales para su aprobación como reformas de los Estatutos de Autonomía. Ello nos dará la oportunidad de incorporar la referencia a otras Comunidades que han prescindido de hecho de la creación de comisiones de estudio con ese objeto en sus Parlamentos.

2. EL ORIGEN PARLAMENTARIO DEL TEXTO DE LAS DISTINTAS REFORMAS ESTATUTARIAS. MATICES A ESTA AFIRMACIÓN

Abordamos, en primer lugar, la fase de iniciativa de las reformas estatutarias, constatando que en todo caso dicha iniciativa ha correspondido a cada Comunidad Autónoma y que, en general y con las matizaciones que a continuación se expondrán, ha sido ejercida por los respectivos Parlamentos. Lo anterior, por un lado, conlleva la afirmación de la exclusión de la iniciativa estatal, una posibilidad teórica que sí, ya en principio, puede resultar perturbadora y difícilmente practicable²⁹, quedaba rotundamente descartada en el contexto de falta de acuerdo político entre los grandes partidos nacionales que ha enmarcado todo el proceso. Por otra parte, el reconocimiento de que la iniciativa ha sido ejercida de hecho por las Asambleas autonómicas, en detrimento de los ejecutivos, nos permite subrayar la pluralidad de los documentos resultantes así como que se haya facilitado el consenso entre los distintos grupos políticos durante su preparación. Sin embargo, a nadie se le escapa tampoco que dicha opción por la creación de ponencias especiales encargadas de la elaboración de los textos estatutarios ha condicionado la coherencia interna de estos pues, si es verdad que ha propiciado el acuerdo entre las diversas fuerzas políticas, también lo es que esa misma pluralidad inexcusablemente ha hecho perder coherencia a algunos de los resultados finales³⁰.

Como muestra de la voluntad de que el protagonismo fuese para el conjunto de los partidos políticos representados en los respectivos Parlamentos autonómicos puede

29 Sobre el particular, véanse M. ARAGÓN REYES (1990: p. 206 y ss., así como (1993: p. 206). A. GUTIÉRREZ LLAMAS (1991: p. 73), y F. LÓPEZ RAMÓN (2005: pp. 26 y 27).

30 Vid. J. TUDELA ARANDA (2007: p. 101).

citarse la declaración conjunta realizada en su día por los miembros de la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario del Parlamento andaluz, con el objeto de elaborar un informe que incluyese las propuestas y líneas de modificación del Estatuto de Autonomía para Andalucía. En efecto, en su declaración de 24 de septiembre de 2004, fecha en que inició sus trabajos, la citada Ponencia afirmaba la *centralidad del Parlamento* en la importante tarea de reforma del Estatuto y efectuaba un llamamiento a la *participación ciudadana*³¹. En el caso andaluz, a diferencia de las Comunidades que optaron por vehiculizar, en una primera fase, dichos objetivos mediante la constitución de Comisiones especiales de estudio, desde el primer momento se decidió dotar de carácter legislativo a una Comisión permanente que se había creado con la exclusiva finalidad de valorar, seguir y controlar el proceso de transferencias y el sistema de financiación de la Comunidad Autónoma, así como de estudiar propuestas de índole no legislativa sobre su normativa electoral³². A consecuencia de dicho acuerdo sobre la modificación de las Comisiones permanentes del Parlamento de Andalucía, la de Desarrollo Estatutario quedaría encargada de estudiar y efectuar propuestas legislativas sobre la reforma del Estatuto y la normativa electoral andaluces³³, de forma similar a como lo fue la Comisión para la Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla La

31 Extracto, por su significación, los siguientes párrafos de la declaración emitida por la Ponencia, que puede consultarse a través de la página *web* del Parlamento andaluz: "Afirmamos la centralidad del Parlamento de Andalucía para la importante tarea que se nos ha encomendado. El propio Estatuto confiere a esta Cámara autonómica esta prerrogativa. Los poderes de la comunidad autónoma emanan de la Constitución y del Pueblo Andaluz. Y éste, soberana y democráticamente, elige a sus representantes para que defiendan los intereses generales de Andalucía.

El proceso de modernización y actualización de nuestra carta magna autonómica ha de estar orientado por la utilidad para la ciudadanía y para seguir profundizando en un horizonte de bienestar y nuevos derechos. Para ello consideramos como guía de los trabajos la participación de la sociedad civil. Organizaciones representativas de todos los campos y personalidades relevantes de nuestra historia reciente tienen mucho que aportar para conseguir un Estatuto que dé respuesta a las demandas del Pueblo andaluz y a los nuevos retos que nos impone la evolución de la sociedad andaluza. Por ello, hacemos un llamamiento a la participación ciudadana, a una movilización cívica, responsable y comprometida con el futuro de nuestra tierra.

Los trabajos de esta ponencia arrancan con voluntad de consenso. Tenemos que conseguir el máximo respaldo de todos para acometer con éxito esta tarea extraordinaria. El diálogo y la búsqueda del acuerdo deben posibilitar un nuevo Estatuto que dé satisfacción a las expectativas que la ciudadanía ha depositado en este Parlamento de Andalucía".

Declaraciones de este tipo jalonan los discursos políticos pronunciados durante los debates sobre el estado de la Comunidad que se han celebrado en los distintos Parlamentos en los últimos años, pero son más inusuales en el proceder de los órganos parlamentarios que han participado en las reformas estatutarias tramitadas hasta la fecha.

32 Véase el Acuerdo del Pleno del Parlamento andaluz, adoptado en sesión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2004, sobre las Comisiones Permanentes, y publicado en el BOPA de 1 de julio de ese año, que modificaba el anterior de 12 de mayo de 2004 (BOPA 13 mayo).

33 Los trabajos de la Ponencia de la Comisión de Desarrollo Estatutario tuvieron lugar a lo largo del segundo período de sesiones de 2005, concluyendo en un Informe que se publicó en el BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, y que fue elevado a Dictamen por dicha Comisión en su sesión de 2 de febrero de 2006 (BOPA núm. 373, de 8 de febrero). Con fecha 3 de febrero, los Grupos parlamentarios Socialista e Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía presentaron en el Registro de la Cámara una Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para dicha Comunidad cuyo contenido coincidía con el texto articulado del Dictamen de la Comisión antes mencionado.

Mancha³⁴, por lo que, en el seno de tales comisiones, iba a tener lugar la génesis del nuevo texto estatutario que otras Comunidades habían producido, sin embargo, a partir de ponencias derivadas de comisiones especiales de estudio.

Tal fue el caso, en efecto, de Valencia y Aragón, donde a la labor de dichas ponencias específicamente encargadas de alcanzar un texto articulado que sirviera como punto de partida³⁵, siguió el oportuno debate sobre aquel en los diversos órganos (ponencia incluida) encargados de impulsar el procedimiento legislativo³⁶. Pese a compartir con las Comunidades anteriores la experiencia de haber creado una comisión especial de estudio donde efectuaron un diagnóstico de las insuficiencias de su autogobierno, el País Vasco y Cataluña siguieron procesos algo diferentes. En el País Vasco, el protagonismo en la fase de iniciativa de la reforma estatutaria le correspondió a su Gobierno. Así, fue directamente el ejecutivo autónomo quien, al decir del Tribunal Constitucional, en uso de una facultad inherente a la función de dirección política de todo gobierno democrático, el 25 de octubre de 2003 presentó ante el Parlamento un proyecto denominado *Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi*³⁷, que, tras su paso por la Comisión parlamentaria correspondiente, sería

34 En Castilla-La Mancha, no se constituyó comisión de estudio alguna, sino que se optó por la creación de una Comisión Permanente Legislativa para la Reforma del Estatuto de Autonomía (BOCCLM núm. 193, de 10 de noviembre de 2006), donde tuvieron lugar las comparecencias de distintos organismos, colectivos y expertos, a cuya conclusión los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular presentaron un texto sobre el que dicha comisión legislativa se encargó de dictaminar.

35 En la Comunidad valenciana, el informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión Especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno fue el origen inmediato de la Proposición de ley orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía que presentaron los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista el 26 de mayo de 2005 (lfr. los BOCV núm. 101, de 29 de abril de 2005, y núm. 107, de 30 de mayo, que publicaron los textos respectivos, y véanse los trabajos de J. GUILLEM CARRAU y F.J. VISIEDO MAZÓN (2006: pp. 13-16 y 2007 a: pp. 172 y 173). Otro tanto es lo que sucedió en Aragón, donde, habida cuenta del cambio de legislatura, primero, en mayo de 2004, se creó una nueva Comisión de estudio que tenía por objeto la concreción de las conclusiones adoptadas por unanimidad en la Comisión especial sobre profundización y desarrollo del autogobierno aragonés de la anterior legislatura para, en su caso, proceder a la elaboración de un texto de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOCA 58, 12 de mayo). Pocos meses después, se constituyó la Ponencia especial que debía elaborar la propuesta de reforma (BOCA 100, de 20 de diciembre de 2004) cuyos trabajos se vieron plasmados, año y medio después, en el texto que, de forma conjunta por los cinco Grupos que integraban el arco parlamentario aragonés, sería presentado para su tramitación, ya en el seno de la Comisión Institucional de las Cortes de Aragón (dicho texto puede consultarse en el BOCA 219, de 12 de mayo de 2006).

36 En la Comunidad valenciana, la proposición de ley orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía se tramitó en la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalidad. Así, el Informe de la Ponencia que fue designada al efecto se aprobó el 22 de junio de 2005 (BOCV núm. 115, de 24 de junio). Tras el paso del texto por la Comisión el 27 de junio de 2005 (BOCV núm. 116, de 30 de junio), recibió el visto bueno del Pleno de la Cámara mediante la Resolución 150/VI, de 1 de julio (BOCV núm. 120, de 8 de julio de 2005). En lo tocante a Aragón, los respectivos Informe de la Ponencia, Dictamen de la Comisión Institucional y aprobación por el Pleno de las Cortes tuvieron lugar en la última semana del mes de junio de 2006 y pueden consultarse en los BOCA núm. 235 y 236, de 22 y 23 de junio, respectivamente.

37 En el ATC 135/2004, de 20 de abril, que inadmitió a trámite la impugnación promovida por el Gobierno de la Nación contra dicha *Propuesta*, puede leerse que el impulso por un Gobierno de una modificación estatutaria "es expresión de una atribución inherente a todo Gobierno en un sistema democrático parlamentario, cual es la de someter a la Cámara legislativa iniciativas normativas o de pura discusión política, que pueden dar lugar, o no, a la asunción de un texto normativo y, en todo caso, al debate público sobre cuestiones de interés general, de cuyo acierto en punto a la oportunidad y a las posiciones defendidas por los grupos parlamentarios sólo puede legítimamente pronunciarse el cuerpo electoral" [FJ 6 b)].

aprobado por el Pleno de la Cámara aunque no superara el trámite del debate de totalidad en el Congreso de los Diputados³⁸.

Semejante papel destacado de los correspondientes Gobiernos autonómicos apreciamos también en la tramitación de sus respectivas reformas estatutarias por los archipiélagos balear y canario. En ambos casos, fueron los ejecutivos los responsables de impulsar la creación de sendos comités asesores que, desde fuera del Parlamento y compuestos por personas de reconocido prestigio y trayectoria profesional en los ámbitos del derecho, la ciencia política y la economía, proporcionaron los miembros con los que, posteriormente, los órganos parlamentarios habrían de urdir la reforma estatutaria, cumpliendo aquellos el papel que, según hemos descrito *supra*, desarrollaron en otras Comunidades las comisiones especiales de estudio³⁹. La toma de las riendas del proceso por los ejecutivos autonómicos, como simboliza el hecho de que uno de sus miembros ostentara la presidencia de los referidos comités, no deslegitima sin más el producto final (las proposiciones de ley de reforma) en el que, indudablemente, estos órganos de asesoramiento incidieron de forma efectiva⁴⁰. Y ello porque, si, desde el punto de vista técnico, resulta irreprochable que se encargue a una comisión de expertos en las distintas materias la realización de los estudios previos a la reforma de los Estatutos, en ambos casos se cuidó, además, que la elección de sus miembros fuera aplaudida por todas las fuerzas con representación parlamentaria y que, lejos de trasladar la imagen de partidismo político a favor de los Gobiernos de turno, primase la idea de confianza y solvencia técnicas⁴¹. Lógicamente, de

38 Sobre el contenido de la mencionada *Propuesta*, véanse J.M. CASTELLS ARTECHE (2005: p. 180 y ss.) y A.L. SANZ PÉREZ (2006: p. 48 y ss.).

39 El *Comité asesor para la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias* fue creado por Decreto de su Presidente 103/2004, de 13 de mayo (BOIC nº 94, de 17 de mayo), siendo designados sus miembros por los Decretos presidenciales 120/2004, de 1 de junio, y 123/2004, de 4 de junio. El presidente del Gobierno delegó en el consejero de Educación, Cultura y Deportes la presidencia del Comité (Decreto 119/2004, de 1 de junio), y seis meses después, procedió a declarar la extinción de este órgano por cumplimiento de su función (Decreto 400/2004, de 27 de diciembre, publicado en el BOIC núm. 254, de 31 de diciembre), pues, tras veinticuatro reuniones de trabajo, se elaboraron tres propuestas sobre "política institucional", "régimen competencial" y "régimen económico y fiscal", que fueron entregadas a la Comisión de Gobernación, Justicia y Desarrollo Autonómico del Parlamento canario. En el caso de las Islas Baleares y aun cuando no quede constancia de dichas disposiciones en los Boletines Oficiales, pero a cuyo contenido puede accederse en la página *web* <http://nouestatut.caib.es>, por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 1 de octubre de 2004, se creó la *Comisión Asesora para la reforma del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears*, cuya presidencia recayó en la entonces Vicepresidenta del Govern. Sus trabajos se prolongaron a lo largo de treinta y siete reuniones hasta el 26 de enero de 2006 en que sus conclusiones se transmitieron al Parlamento balear.

40 La propia estructura de las conclusiones, en este caso, presentadas por la Comisión Asesora de las Islas Baleares da buena cuenta de esa influencia que habría de ejercer sobre el texto del Estatuto pues aquellas respondían a los siguientes bloques de materias: 1. Balance del Estatuto; 2. Disposiciones generales; 3. Competencias de la Comunidad Autónoma; 4. Instituciones; 5. Organización Judicial; 6. Financiación y Patrimonio; 7. Régimen especial balear e insularidad; 8. Acción exterior y relaciones con la Unión Europea; 9. Reforma del Estatuto.

41 Resalta el carácter institucional de la iniciativa J. SUAY RINCÓN (2007: p. 369). A título ejemplificativo, puede reseñarse que el Presidente del Gobierno canario no sólo efectuó una ronda de consultas con las distintas fuerzas políticas representadas en el Parlamento antes de aprobar el Decreto 103/2004, por el que se creó el Comité Asesor para la reforma del Estatuto, sino que, en virtud de lo preceptuado en el art. 4.2 de dicha disposición, tuvo que hacer lo propio antes de designar a sus miembros.

forma paralela a la creación de esta suerte de comités de sabios, se constituyeron las ponencias correspondientes en las dos Asambleas legislativas que, como se ha dicho, sobre la base de los documentos y materiales que les facilitaron aquellos, pudieron ultimar los textos articulados sobre los que empezar a debatir y alcanzar acuerdos⁴².

En la misma línea de matización de la afirmación del origen parlamentario del texto de las distintas reformas estatutarias, pero, por motivos diversos a los del protagonismo de los respectivos Consejos de Gobierno, se sitúa también la propuesta catalana a la que nos vamos a referir a continuación. Si, para empezar, la constitución de la ponencia parlamentaria encargada de articular las conclusiones alcanzadas por la comisión de estudio tuvo lugar en el seno de una Comisión legislativa, la de Organización y Administración de la Generalidad y Gobierno Local (de modo parecido a lo que se ha descrito sucedió, por ejemplo, en el Parlamento andaluz)⁴³, la nota que distingue radicalmente la tramitación de la reforma estatutaria en el Parlamento de Cataluña es, como ha destacado la mejor doctrina, el protagonismo adquirido por el Instituto de Estudios Autonómicos (IEA), con su director, el profesor VIVER PI-SUNYER a la cabeza⁴⁴.

Debemos hacernos eco de la metodología de trabajo que observó la Ponencia encargada de elaborar el texto de la proposición de ley orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña pues, además de autorizarse la presencia en sus reunio-

⁴² Después de dos años de trabajos, la Ponencia designada para la elaboración de la proposición de reforma del Estatuto de Canarias presentó un Informe que sirvió de base para el ejercicio de la iniciativa de reforma por todos los Grupos Parlamentarios, como refleja el BOPCan núm. 48, de 14 de febrero de 2006. De las distintas fases seguidas por el texto en el Parlamento dan cuenta después su Boletín Oficial en sus núms. 214, de 20 de julio de 2006 (Informe de la Ponencia de 17 de julio), 230, de 31 de julio de 2006 (Dictamen de la Comisión) y 257, de 19 de septiembre de ese mismo año (aprobación plenaria). Si tomamos el caso de Baleares, tres meses después de que la Comisión asesora hubiese concluido sus trabajos, se presentó la iniciativa articulada de reforma de su Estatuto en el Registro del Parlamento (BOPIB núm. 130, de 28 de abril de 2006), acordándose que fuera tramitada por el procedimiento de urgencia con la finalidad de ser presentada, al finalizar el período de sesiones, en las Cortes Generales para que estas tuvieran tiempo de aprobarla antes de la celebración de las elecciones autonómicas y municipales de 2007. Así fue. Se cumplieron los plazos porque el 30 de mayo de 2006 se constituyó y elaboró su Informe la Ponencia designada en la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales del Parlamento balear. El Dictamen de esta última se aprobó el 8 de junio (vid. el *Diari de sessions de la Comissió d'assumptes institucionals i generals*, núm. 53, de idéntica fecha) y el debate en Pleno tuvo lugar el 13 de ese mismo mes (BOPIB núm. 137, de 15 de junio de 2006).

⁴³ En Cataluña [véase E. AJA (2005: p. 193 y ss.)], la constitución de una ponencia parlamentaria conjunta, con representantes de todos los Grupos Parlamentarios (salvo del PP, que no quiso participar), se incluía en el conocido como Pacto del Tinell, que constituyó el documento programático del gobierno de coalición entre el PSC, ERC e ICV, surgido de las elecciones autonómicas celebradas en noviembre de 2003. La citada Ponencia aprobó el texto de la propuesta de reforma del Estatuto el 8 de julio de 2005 (publicado en el BOPC núm. 208, de 11 de julio), siendo ese documento y las enmiendas formuladas al mismo los que analizó la Ponencia reducida que, siempre en el seno de la Comisión de Organización y Administración de la Generalidad y Gobierno Local, fue designada para elevarle su Informe (puede consultarse en el BOPC núm. 211, de 28 de julio de 2005).

⁴⁴ Pondera *in extenso* esta circunstancia E. AJA (2005: p. 196 y ss.), y se refiere también a ello M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ (2006: p. 2).

nes de hasta dos asesores o expertos por grupo parlamentario, se invitó a comparecer también, en varias ocasiones, al director del IEA y este mismo organismo fue el que suministró a la Ponencia un texto articulado por cada título que estaba llamado a tener el Estatuto. Se pretendía que los documentos de trabajo procedieran de un ámbito no inmerso en la competencia política diaria y que ello allanase el camino de los acuerdos⁴⁵. Siguiendo al profesor AJA, esta forma de proceder caracterizó las primeras sesiones de la Ponencia, determinando inequívocamente el contenido de la propuesta de reforma en su “primera lectura” pues el IEA proporcionaba los materiales a discutir no sólo de forma articulada, sino, además, muy acotada en sus opciones⁴⁶. Incluso en los trabajos posteriores, los conducentes a la “segunda lectura” que desarrolló un grupo reducido designado en la propia Ponencia, perviviría la influencia técnica del IEA ya que, no en vano, su Director presentó un informe sobre la extralimitación constitucional en que incurrieran muchos de los preceptos redactados en primera instancia, que pudo ser tenido en cuenta en la segunda versión del texto aprobada el 8 de julio de 2005. Representa el caso catalán el supuesto más diáfano de la recepción e influencia de ciertos planteamientos doctrinales en esta oleada de reformas estatutarias⁴⁷, ya que dicha autoridad y ascendiente, detrás siempre, cómo no, de muchas de las opciones políticas, ha podido pasar más inadvertida en otras Comunidades. Si excluimos el supuesto de los ya citados comités de sabios en los archipiélagos balear y canario, en el resto de territorios donde se ha concluido o avanzando de forma significativa el proceso de reforma estatutaria, la permeabilidad al influjo doctrinal ha sido, sin lugar a dudas, mucho más sutil, actuando a través del asesoramiento propio del que se sirven los distintos Grupos Parlamentarios y, en buena lógica, del que prestan a los diputados los servicios jurídicos de las Cámaras⁴⁸.

45 Véase E. ABERTÍ ROVIRA (2007: p. 266).

46 Según puntualiza E. AJA (2005: p. 197), se exceptuarían de ese protagonismo del IEA el título preliminar y los títulos relativos a la financiación y a las instituciones donde hubo que alcanzar pactos políticos a los que, en buena medida, se encargó que les diesen forma los propios servicios jurídicos de la Cámara. El documento resultante, la “primera lectura” de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña concluida por la Ponencia el 17 de mayo de 2005, fue colgado en la *web* del Parlamento, pero nunca se publicó oficialmente.

47 Como los recogidos en los trabajos de E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER (2003); C. VIVER PI-SUNYER (2004) y (2005); M. CORRETTJA TORRENS y C. VIVER PI-SUNYER (2005), *in totum*.

48 Aunque común a todos los Parlamentos que sus letrados hayan preparado los textos de algunos preceptos de las reformas estatutarias por encargo de las respectivas Ponencias, destaca especialmente el papel encomendado a aquellos en el Parlamento de Andalucía durante la fase de redacción de la proposición de ley orgánica de reforma de su Estatuto. Y es que la Ponencia de la Comisión de Desarrollo Estatutario responsable de esa labor, en su primer Informe presentado el día 21 de junio de 2005, sólo efectuó una síntesis de los aspectos en los que existía coincidencia entre los grupos parlamentarios y de aquellos otros en los que se advertían divergencias, pero no la acompañó de un texto articulado. De ahí que se optara por mandar a la Ponencia para continuar sus trabajos hasta alcanzarlo y por que fuesen los propios servicios jurídicos del Parlamento andaluz quienes sugirieran el modo de ir articulando la propuesta de reforma estatutaria a partir de lo señalado en aquel Informe. Así, como explica F.J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2006: pp. 4 y 5), los servicios jurídicos de la Cámara decidieron delimitar tres tipos de contenidos posi-

No hubiese sido prudente, ni sus normas de creación les habilitan para ello, que los respectivos consejos consultivos autonómicos, de modo semejante a lo que pretendió el Gobierno de la Nación en relación con la, después abandonada, reforma de la Constitución⁴⁹, hubiesen tenido un papel relevante en la preparación de los textos articulados de las proposiciones de reforma estatutaria. Debido al amplio componente político que impregna dichas normas institucionales básicas, un órgano técnico de la cualificación que se supone a los homólogos autonómicos del Consejo de Estado no debe entrar en un encargo de esas características, pero lo anterior no impide que, en algunos casos, haya podido reservárseles un cierto protagonismo por medio de la elevación de consultas, insertas en los procedimientos de reforma de los Estatutos, acerca de cuestiones jurídicas de la mayor relevancia. Vamos a verlo en el siguiente epígrafe.

3. LA SOLICITUD DE DICTAMEN A ÓRGANOS CONSULTIVOS Y ENTIDADES LOCALES. EL MOMENTO DE DICHA CONSULTA

Sólo en dos Comunidades Autónomas, ninguna de las cuales, por cierto, en el momento de redactar este trabajo, ha concluido, ni tan siquiera en su propia Asamblea, la reforma de su Estatuto, los ejecutivos decidieron solicitar dictamen a sus máximos órganos consultivos sobre la reforma estatutaria antes de contar con texto articulado alguno y, por tanto, con la finalidad de obtener criterio acerca del alcance de la misma. Es el caso de Galicia y Asturias⁵⁰, cuya situación contrasta con la de aquellas otras Comunidades en que, como Canarias o Castilla y León, la consulta fue elevada una vez que se había iniciado materialmente el procedimiento de reforma y se contaba ya con una primera articulación de la proposición de ley orgánica, sobre la que se requería opinión y, en su caso, aval jurídicos de un órgano prestigiado por su alta cualificación técnica⁵¹.

bles del Estatuto en función del grado de acuerdo político existente inicialmente (zona de certeza, zona de penumbra y zona de desacuerdo o discrepancia), abordando la redacción y facilitando textos a la Ponencia sobre las distintas materias en orden decreciente al consenso. "De esta forma, comenzaron a articular primero aquellos títulos de menor complejidad en su conjunto: por existir un mayor acuerdo general, por ser más claras las propuestas o por ser mayor el número de artículos que podían mantenerse con la redacción vigente. Y dejaron para el final aquellas otras cuestiones en las que los partidos se habían pronunciado de una manera bastante ambigua, inconcreta" (*ibidem*), lo que determinó que los letrados tuvieran que esperar a que los ponentes, acudiendo o no al asesoramiento externo, materializaran algo más sus sugerencias para poder articularlas jurídicamente.

49 Como bien se sabe, después de que, mediante LO 3/2004, de 28 de diciembre, se modificaran las funciones que asigna al Consejo de Estado su Ley Orgánica reguladora, 3/1980, de 22 de abril.

50 Se trata del Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia (en el expediente núm. 782/2005), de 27 de enero de 2006, y del Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 93/2006, de 15 de junio.

51 Véanse, en este caso, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León núm. 713/2006, de 14 de septiembre y el de su homónimo canario núm. 68/2006, de 30 de marzo.

Ninguna de las restantes Comunidades Autónomas hicieron partícipes a sus consejos consultivos en el procedimiento de reforma si descontamos el trámite de audiencia a su presidente que alguna les brindó (materializado en la práctica por medio de su comparecencia ante la comisión parlamentaria encargada del estudio o de la aprobación de la proposición de reforma⁵²) y si no incluimos tampoco entre los consejos consultivos al existente con ese mismo nombre en Cataluña, que, de todos es sabido, no tiene idéntico carácter al de sus homónimos en otras Comunidades y que sí emitió dictamen sobre la constitucionalidad de la propuesta de reforma del Estatuto catalán justo antes de que fuera sometida a su aprobación plenaria en el Parlamento de Cataluña⁵³.

Comenzando por el primer grupo de Comunidades, aquellas que pretendían poder delimitar el ámbito que había de tener la reforma estatutaria conforme al parecer jurídico que expresaran sus correspondientes consejos consultivos, el Presidente de la Junta de Galicia y el del Principado de Asturias, apelando a su competencia para formularles consulta sobre otros asuntos no expresamente incluidos por las leyes reguladoras de tales órganos, les dirigieron un cuestionario concreto, llamado a fijar con exactitud los términos jurídicos del debate. En primer lugar, debe resaltarse que el dictamen solicitado al Consejo Consultivo de Galicia y la voluntad de convertirlo en guía de los trabajos que debían desarrollarse, después, en el Parlamento para preparar el texto de la reforma estatutaria formaba parte, como analizamos *supra*, de los cinco puntos del documento “Metodología de trabajo para la reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia”, que elaboró el Grupo Parlamentario Popular del Parlamento de esta Comunidad y que, en gran medida, asumieron el resto de Grupos. Todos ellos eran conocedores de que, según la legislación aplicable, podía llegar a ser requerido, en un momento posterior, el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Galicia sobre la reforma del Estatuto, pero, antes incluso de producirse esa situación, hubo consenso en torno a la necesidad de oír, voluntariamente, la opinión de aquel órgano sobre una serie de cuestiones de índole general respecto de las que, cuando se formuló la consulta, se desconocía cuál sería su resultado final en sede parlamentaria⁵⁴. Pues bien, se condensaron en seis los inte-

52 La página *web* de las Cortes de Castilla-La Mancha facilita el enlace a la transcripción de la sesión (pendiente de publicación en el correspondiente Diario) celebrada el día 19 de diciembre de 2006 por la Comisión Permanente Legislativa para la Reforma del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad en la que se conocieron las opiniones y sugerencias sobre la propuesta de reforma que realizó el Presidente del Consejo Consultivo.

53 Es el Dictamen 269/2005, de 13 de septiembre.

54 En efecto, la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia, en su art. 11 a), establece su consulta preceptiva para los Proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía. Esa es la razón de que, en su Dictamen de 27 de enero de 2006, el

rrogantes planteados a través del Presidente de la Junta al Consejo Consultivo de Galicia, que versaban sobre las principales grandes cuestiones en las que estaba centrado el debate jurídico en todos los procesos de reforma estatutaria abiertos en España. Como en el resto, el objetivo era la búsqueda de fórmulas jurídicas que aseguraran la ampliación y efectividad de las competencias autonómicas, que permitieran articular una carta de derechos y deberes ciudadanos, así como que sirvieran para reforzar las señas de identidad propias (desde las instituciones hasta la lengua) y los mecanismos de participación y proyección exterior de la Comunidad Autónoma⁵⁵. Aunque mucho más ambiciosa y detallada en su formulación fue la consulta dirigida al Consejo del Principado de Asturias, al estar compuesta de un gran número de interrogantes concretos tanto sobre el procedimiento como sobre las cuestiones de fondo que debía regular el futuro Estatuto de la Comunidad, subyacían en ella idénticas preocupaciones sobre la constitucionalidad y sus límites de la posible inclusión de determinados contenidos, en gran medida inspirados por las reformas estatutarias ya concluidas o en tramitación en otras Comunidades Autónomas⁵⁶ y, de otra parte, surgidos de una relectura del Estatuto en vigor efectuada veinticinco años después de su aprobación⁵⁷. Por cierto, que también en este caso, como

meritado órgano consultivo dedicase la Consideración primera a justificar su competencia, razonando sobre la improcedencia de emitir dictamen facultativo cuando sobre la cuestión objeto de consulta fuese preciso un dictamen preceptivo, pero también sobre la inaplicabilidad en ese momento del art. 11 a) a la proyectada reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia por no contarse todavía con texto articulado alguno.

- 55 En concreto, las cuestiones planteadas eran las siguientes: a) la identificación de aquellas materias no catalogadas como exclusivas del Estado por el artículo 149.1 CE, y no contempladas por el Estatuto gallego de 1981, que podrían incorporarse en su reforma. b) El señalamiento de los mecanismos jurídicos que podrían establecerse en el texto estatutario con el fin de garantizar el pleno ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, especialmente de aquellas que, siendo formalmente competencias estatutarias propias, hubieran podido verse vaciadas de contenido por la interferencia de la legislación básica del Estado, intergándose, además, si sería adecuado incorporar, en la reforma del Estatuto, la jurisprudencia constitucional en materia de delimitación competencial. c) Teniendo en cuenta el desenvolvimiento legislativo llevado a cabo sobre las instituciones gallegas, aunque en muchos casos sin apoyo explícito o sin determinación específica de su *nomen iuris* en el texto estatutario, se pedía al Consejo Consultivo que identificase cuáles de esas instituciones autonómicas deberían ser incorporadas al articulado del Estatuto y, en su caso, qué modificaciones legislativas podría llevar aparejadas su incorporación. d) En cuarto lugar, se cuestionaba el valor y acomodo jurídico que, en el marco constitucional, tendría una carta de derechos y deberes incluida en el articulado del Estatuto reformado y cuáles podrían ser los mecanismos de garantía de esos derechos (ya de índole jurisdiccional o de otra naturaleza, por ejemplo arbitrales). e) Se interrogaba si se ajustaría a derecho que el Estatuto reformado estableciese la obligación de conocimiento de la lengua gallega, garantizando al mismo tiempo la no discriminación en Galicia por razón del idioma. f) Y, finalmente, de qué forma podía el Estatuto de Autonomía incluir en su texto mecanismos de participación de la Comunidad Autónoma en organismos supraestatales, bien directamente, bien a través de la representación del Estado, especialmente en lo que se refiere a las instituciones europeas, y, asimismo, establecer la posibilidad de suscribir acuerdos de cooperación o colaboración con otras Comunidades Autónomas españolas y con otros países en los que existen importantes comunidades gallegas.
- 56 Entre otros asuntos, se sondeaba el criterio del Consejo Consultivo acerca de la posibilidad de incorporar, estatutariamente, nuevos títulos competenciales, procedimientos que limitaran la expansividad de la normativa básica estatal, mecanismos que reforzaran la exigencia de solidaridad en la concepción y concreción normativa del sistema de financiación autonómica, instrumentos que implicasen la asunción automática de competencias incluidas en los Estatutos de Autonomía de otras Comunidades o bien condicionamientos de la voluntad estatal en relación con la delegación o transferencia de materias de su competencia o con la participación del Principado de Asturias en órganos estatales o en la formulación de planes o programas del Estado que incidan singularmente en el ámbito competencial autonómico.
- 57 Sin ir más lejos, como tales pueden interpretarse las consultas sobre una reordenación más coherente de contenidos que diese lugar a una estructura del Estatuto con mayor sistemática; acerca de la eliminación de los límites a la facultad presidencial de diso-

en el del Consejo Consultivo de Galicia, mereció alguna página la obligación de deslindar entre dictámenes preceptivos y facultativos sobre la reforma estatutaria a partir de la literalidad de la Ley reguladora del órgano consultivo superior del Principado de Asturias aunque ello no impidió la aceptación de la consulta recibida⁵⁸.

Precisamente, encontramos esa disparidad de caracteres en las dos consultas elevadas por las Comunidades Autónomas de Canarias y Castilla y León, que, como se dijo, a diferencia de las de Galicia y Asturias, solicitaron el parecer de sus respectivos consejos consultivos sobre proposiciones de ley orgánica de reforma de sus Estatutos ya articuladas y cuando iban a empezar a tramitarse en sus Asambleas, justo antes de la apertura del plazo para la presentación de enmiendas. Facultativo según la Ley del Consejo Consultivo de Castilla y León⁵⁹, ese mismo dictamen adquiriría carácter preceptivo en Canarias en cuyo Parlamento la propuesta de reforma se tramitó, además, conforme al procedimiento específico previsto en su Reglamento para las proposiciones de ley de desarrollo institucional⁶⁰. Lo anterior equivale a decir que pudo obviarse el trámite de toma en consideración, pero, en lo que constituye una nota singular de la tramitación canaria, por exigencia del Estatuto cuya reforma se pretendía, la propuesta tuvo que ser remitida también a los Cabildos Insulares y a la Comisión General de Cabildos para la emisión de informes, que se añadieron al propio del Consejo Consultivo⁶¹.

Tanto en Canarias como en Castilla y León, pero asimismo en Cataluña, donde la consulta no se formuló a la Comisión Jurídica Asesora (homóloga también al Consejo

lución de la Junta del Principado; sobre la mejora de la protección jurídica dispensada a las distintas modalidades lingüísticas de Asturias; a propósito del alcance de la reserva legal para la fijación de la sede de las instituciones autonómicas o, también, acerca de la viabilidad de suprimir la exigencia estatutaria de que el Presidente del Principado deba reunir la condición de diputado de la Junta General.

- 58 Sí motivó, en cambio, el voto particular de uno de los consejeros al referido Dictamen 93/2006, para quien no procedía admitir la consulta facultativa cuando el art. 13.1 a) de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, reguladora del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, "expresamente determina que en materia de [Anteproyectos de] reforma de Estatuto de Autonomía la condición, forma y categoría de dictamen solicitado debe ser de carácter preceptivo" y los de carácter facultativo, a tenor de su art. 14, se establecen sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo anterior. Repárese, sin embargo, que la Ley dice Anteproyectos de reforma con lo cual parece indicar que el dictamen se hace preceptivo desde el mismo momento en que el Gobierno dispone de un texto articulado.
- 59 No en vano la consulta se amparaba en el art. 5.1 de dicha Ley 1/2002, de 9 de abril, que la refiere a asuntos que por su especial trascendencia o repercusión la requieran.
- 60 Según el art. 11.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, este órgano "dictaminará preceptivamente sobre los siguientes asuntos: A) De competencia del Parlamento: a) Propuestas de reforma del Estatuto de Autonomía".
- 61 Vid. el art. 65 del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982, en la redacción dada por la LO 4/1996, de 30 de diciembre, así como los arts. 55 y 148.4 del Reglamento del Parlamento de Canarias, de 17 de abril de 1991. De hecho, los escritos de contestación de los distintos Cabildos tuvieron entrada en el Parlamento a lo largo del mes de marzo de 2006 y, el 18 de abril, tuvo entrada el Informe de la Comisión General de Cabildos Insulares.

de Estado), sino al Consejo Consultivo de la Generalidad⁶², los dictámenes de los correspondientes órganos consultivos realizaron análisis generales de las proposiciones de ley de reforma estatutaria. Señalaron los preceptos que eran susceptibles de reparo de inconstitucionalidad, cuáles resultaban conformes con la Carta Magna y los que, no obstante serlo, merecían que se atendieran ciertas consideraciones técnicas u observaciones a fin de incrementar su eficacia normativa⁶³. Pues bien, el resultado es que, en esos tres Parlamentos de referencia, los mencionados informes pudieron desplegar el efecto útil que se pretendía y sus diputados, tener en cuenta los reparos y argumentos que en ellos se vertían para enmendar, en muchos casos, el texto sometido a consulta. Una vez depurado en la propia Asamblea en la medida que la voluntad política admitió, se sabía que las Cortes Generales estaban llamadas a introducir, como había sucedido en las anteriores oleadas de reformas que ha conocido el Estado autonómico, ciertas dosis de homogeneidad entre los textos remitidos por los distintos Parlamentos⁶⁴. Operaría de ese modo el deseo, compartido en el fondo por muchas Comunidades y que las fuerzas políticas nacionales habrían intentado, no siempre con éxito llevar a la práctica, de que no se consagraran diferencias discriminatorias o irrazonables entre territorios. Para tratar de conseguirlo, era capital la negociación en las Cortes Generales con los delegados de las Asambleas autonómicas y, por este motivo, se propició una aplicación flexible, en algunos aspectos, de las resoluciones presidenciales que regulan el procedimiento para la reforma de los Estatutos en el Congreso y en el Senado. No obstante lo anterior, veremos que sí se han consentido diferencias que, cuando menos potencialmente, amenazan la igualdad sustancial entre Comunidades dibujando un panorama ciertamente preocupante.

62 Su Ley reguladora, 1/1981, de 25 de febrero, limita las consultas que, sobre disposiciones normativas, han de hacerse al referido Consejo Consultivo a las que versan "sobre la adecuación al Estatuto de Cataluña de todos los proyectos y proposiciones de Ley" sometidos a debate y aprobación en el Parlamento de esta Comunidad (art. 8.1º) y no contempla expresamente los proyectos y proposiciones de ley de reforma del Estatuto de Autonomía. Sin embargo, no sin cierta polémica porque algunos Grupos Parlamentarios (CIU y ERC) auguraban una politización en las decisiones del Consejo Consultivo, la Mesa del Parlamento de Cataluña acordó por unanimidad respaldar la solicitud de dictamen que había formulado el Grupo Popular, admitiendo el Consejo dicha consulta por un estrecho margen de cinco votos a dos. La controversia sobre su admisibilidad tiene su reflejo al comienzo del Dictamen 269/2005, en que, para resolver la cuestión de competencias que habían planteado aquellos dos miembros del Consejo, se esgrimirá como argumento decisivo la obligación legal de este órgano (art. 1.3 Ley 1/1981) de velar por que los proyectos y proposiciones de ley aprobados por el Parlamento catalán no infrinjan la Constitución ni el Estatuto de Autonomía, restando importancia al hecho de que, en el caso en cuestión, no se tratara de una disposición cuya aprobación última correspondiera a la Asamblea autonómica.

63 A título ejemplificativo, realiza una síntesis de los reparos y opiniones vertidas por el Consejo Consultivo de Cataluña, en su Dictamen 269/2005, F. GARCÍA MENGUAL (2005).

64 Afirma esa tendencia a la prevalencia del principio homogeneizador sobre el dispositivo y se refiere a los instrumentos por los que puede ir operando A. EMBID IRUJO (2005: pp. 164-166).

4. LA TRAMITACIÓN EN LAS CORTES GENERALES: LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LAS PRESIDENCIAS DEL CONGRESO Y DEL SENADO DE 1993

Dentro de la segunda fase de la gestación de las reformas estatutarias, la de la aprobación, ha adquirido una importancia capital la que tiene lugar en las Cortes Generales una vez aprobado el texto por el Parlamento autonómico correspondiente. En efecto, la ausencia de un pacto previo de Estado que hubiese armonizado esta tercera oleada de reformas estatutarias ha sido sustituida en la práctica por las negociaciones llevadas a cabo en las Cortes Generales entre las delegaciones (formales o no) de las Asambleas autonómicas y los representantes de la Comisión Constitucional del Congreso. En tal sentido, la fase de materialización de la segunda voluntad, la estatal, en este procedimiento constitucional complejo ha pasado a desempeñar un papel primordial para la definición del modelo resultante siendo ocasión propicia para que los partidos políticos nacionales contrarrestaran algunas de las propuestas que habían formulado sus propias estructuras territoriales⁶⁵. Como ha resaltado la doctrina, no se trataba de operar meras reformas internas de funcionamiento en las Comunidades Autónomas, supuesto este en que el papel de las Cortes Generales debería haber sido de mera ratificación de lo actuado en los parlamentos autonómicos, sino de impulsar cambios más drásticos del Estado en su conjunto con lo que el proceso requería de la voluntad concurrente del legislativo estatal⁶⁶.

Al respecto, son de aplicación los arts. 143.3 y 152.2 CE, el art. 145 del Reglamento del Congreso de los Diputados, así como sendas Resoluciones de las Presidencias del Congreso y del Senado de 1993, con las que se pretendió integrar la laguna existente en los Reglamentos de estas Cámaras sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía. En dichas Resoluciones, junto al que se denomina ordinario, aplicable a las Comunidades que accedieron a la autonomía por las vías del art. 143 y 144 CE, se detallan los dos procedimientos alternativos que pueden seguir en las Cortes Generales las reformas de los Estatutos que se elaboraron con-

65 Señala a este respecto J. A. PORTERO MOLINA (2007: p. 40), que, a fin de propiciar el necesario consenso en estas reformas de los dos grandes partidos políticos nacionales, previamente cada uno ha de lograr un acercamiento entre su dirección nacional y sus dirigentes autonómicos, que, si en el PSOE debe ser de las posiciones de estos a la primera, en el PP, sigue diciendo el autor, ha de discurrir en dirección opuesta.

66 Vid. L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: pp. 46 y 47).

forme a lo previsto en el art. 151.2 de la Carta Magna, completándose el panorama con la regulación de una serie de procedimientos especiales, entre los que, por cuanto ahora interesa, sólo se ha puesto en práctica (en esta tercera oleada) el previsto para la Comunidad Valenciana⁶⁷. Pues bien, tuvieron entrada en el Congreso y han ido o se encuentran tramitándose una tras otra (recalco la expresión porque, en las Cortes Generales, ha prevalecido el acuerdo de no simultanear en la misma fase la tramitación de dos reformas estatutarias con lo cual ello ha ido imponiendo un orden y unos tempos de espera), las nueve proposiciones de ley orgánica para la reforma de los Estatutos que han sido remitidas hasta el momento de escribir estas líneas. Decaída la concerniente al País Vasco por no superar el debate de totalidad que debía preceder a la negociación del texto⁶⁸, se aprobaron con modificaciones las de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón⁶⁹, previéndose que las próximas serán, por este orden, las de Canarias, Castilla y León y Castilla-La Mancha, que se encuentran, en distintas fases, todavía en el Congreso⁷⁰. Polémicos por distintos motivos fueron los Acuerdos de la Mesa de la Cámara Baja de calificación y admisión a trámite de las propuestas remitidas tanto por el Parlamento Vasco, en primer lugar, como por el Parlamento de Cataluña meses más tarde dado que, en ambos casos, se cuestionó la aplicación de las mencionadas Resoluciones presidenciales de 1993⁷¹. Zanjada por

67 Véanse la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993 (BOCG-Congreso, Serie E, núm. 255, de 22 de marzo), y la Norma supletoria de la Presidencia del Senado, de 30 de septiembre de 1993 (BOCG-Senado, Serie I, núm. 23, de 5 de octubre), sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, dictadas por aquellos órganos de gobierno de las Cámaras en el ejercicio de su función de interpretar o suplir los Reglamentos en los casos de duda y de omisión y consideradas fuente adecuada para la concreta regulación del procedimiento parlamentario de tramitación de las reformas estatutarias por el ATC 45/2003, de 10 de febrero (FJ 5).

68 Como recoge el DSCD núm. 65, de 1 de febrero de 2005, y analiza J.M. CASTELLS ARTECHE (2005: p. 180), quien destaca que, con anterioridad a dicho debate en el Congreso, la Propuesta de Estatuto Político para Euskadi había superado dos escollos judiciales, siendo uno de ellos el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno de la Nación por la vía del art. 161.2 CE.

69 Con entrada en el Congreso, respectivamente, el 4 de julio y 5 de octubre de 2005, 5 de mayo, 19 y 26 de junio de 2006, la publicación definitiva de las propuestas de reforma de los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón se produjo en los BOCG-Congreso núms. A-248, de 3 de abril de 2006; B-210-16, de 18 de mayo de 2006; B-246-9, de 11 de enero de 2007; B-251-16, de 29 de diciembre de 2006, y en el BOCG-Senado núm. IIIB-20-e, de 20 de abril de 2007.

70 Donde tuvieron entrada el 14 de septiembre y 5 de diciembre de 2006 y el 1 de febrero de 2007, respectivamente.

71 En relación con la tramitación de la Propuesta de Estatuto Político para Euskadi conforme a la Resolución de la Presidencia del Congreso de 16 de marzo de 1993, se interpusieron dos recursos de amparo por sendos diputados del G.P. Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verds y del G.P. Vasco (EAJ-PNV) que argüían que la celebración de un debate de totalidad previamente a la negociación del texto entre una delegación del Parlamento Vasco y los miembros de la Comisión Constitucional del Congreso vulneraba el art. 151.2 CE. Pues bien, los AATC 44 y 45/2005, de 31 de enero, inadmitieron dichos recursos de amparo alegando que tal procedimiento estaba determinado por la CE sólo para la elaboración de los Estatutos y no para su reforma, interpretación que ha merecido las críticas de quienes, como MUÑOZ MACHADO (2005: pp. 751 y 752), la han tachado de "excesivamente literalista" y de dar peor trato a una Comunidad Autónoma existente respecto del que recibió antes de constituirse como tal. En otro orden de cosas, fue el G.P. Popular del Congreso quien interpuso recurso de amparo contra el Acuerdo de la Mesa de 18 de octubre de 2005, por el que se calificó la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña como tal propuesta de reforma estatutaria, al entender que, dada la inconstitucionalidad de la iniciativa, debería haber ordenado su tramitación como reforma constitucional. En este caso, la inadmisión del Tribunal Constitucional se fundó en su reiterada doctrina acerca de los límites de las facultades de calificación y admisión a trámite por las Mesas, a las que les está vedado tanto rea-

el Tribunal Constitucional la conformidad con la Carta Magna de que la reforma de los Estatutos de las Comunidades del art. 151, con carácter previo a toda negociación bilateral, se someta a un debate de totalidad en el Congreso de los Diputados del que pueda derivar el rechazo *a limine* de la propuesta, se insistió en que el procedimiento a seguir era estrictamente el consignado en las normas supletorias de los reglamentos parlamentarios de 1993. Sin embargo, respecto de su aplicación rigurosa al conjunto de iniciativas de reforma estatutaria, hay que decir que ha ido acompañada, de hecho, por la adopción voluntaria de ciertas prácticas en las que se ha querido ver un intento de introducir mayores dosis de homogeneidad entre Comunidades del 143 y del 151 CE.

No en vano, tanto en el caso balear como en el aragonés (únicos Estatutos de los aprobados hasta ahora que debían seguir el procedimiento ordinario), se articuló, de manera ciertamente extraoficial, una suerte de negociación del texto entre una representación de la Asamblea de origen y algunos de los miembros de la Comisión Constitucional del Congreso, que recordaba el trámite propio de la reforma de los Estatutos del 151 CE, a tenor de las Resoluciones de las Presidencias del Congreso y del Senado antes comentadas⁷². Aunque, insisto, ello haya tenido lugar sin formalización de ninguna clase y dejando a salvo por completo el procedimiento ordinario que fue estrictamente aplicado, se recurrió de manera reiterada a la solicitud de ampliación del plazo de enmiendas para permitir que, en el ínterin, tuvieran lugar unos contactos que facilitasen la formulación consensuada de éstas. La justificación de que los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados decidiesen voluntariamente abrir esa especie de negociación no formalizada es más que evidente si se tiene en cuenta que, una vez acordados los puntos más polémicos entre ambas representaciones, estatal y autonómica, y estipulados los textos en que tales compromisos habían de traducirse, el paso del proyecto estatutario por los distintos órganos de trabajo del Congreso y del Senado quedaba, en buena lógica, simplificado y agilizado.

lizar juicios de constitucionalidad de las iniciativas como acordar que sigan procedimientos previstos para las de naturaleza completamente distinta (ATC 85/2006, de 15 de marzo).

72 Según reza el apartado séptimo, puntos 4 y 5 de la Resolución de la Presidencia del Congreso de 16 de marzo de 1993, para la reforma de los Estatutos que fueron elaborados por el procedimiento previsto en el art. 151.2 CE, cuando se presenten enmiendas, el Presidente del Congreso debe invitar a la Asamblea proponente a designar, si no lo hubiese hecho ya, una delegación que no exceda del número de miembros de la Comisión Constitucional y que asegure la debida representación de las formaciones políticas de dicha Asamblea. En el plazo de dos meses desde la finalización del de presentación de enmiendas, la Comisión Constitucional debe examinar la propuesta de reforma con el concurso y asistencia de la delegación respectiva para determinar, de común acuerdo, su formulación definitiva.

Debe, en consecuencia, valorarse muy positivamente que la aplicación que se ha hecho de ambas Resoluciones se haya acompañado de esos otros usos ya que, con ellos, se ha posibilitado una generalización en ciernes de alguna especialidad que, en su versión formalizada, se halla reservada a las reformas de los Estatutos aprobados conforme a lo previsto en el art. 151.2 CE. Como es sabido, la doctrina se ha mostrado muy crítica con esa diferencia de trato pues, en la práctica, tiende “a discriminar el alcance de la potestad de enmienda de las Cortes Generales” en función de cuál sea la Comunidad Autónoma autora de la propuesta de reforma⁷³. Muy al contrario, parabienes ha recibido el sistema de doble lectura que, dentro de los procedimientos especiales, regulan las Resoluciones de 1993 de las Presidencias del Congreso y del Senado para la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana y que también prevé el todavía vigente Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982. Tanto es así que, como se verá, algunas Comunidades, en los nuevos Estatutos, han previsto incorporarse a ese sistema y contemplan expresamente, además, otros mecanismos que sirven igualmente para reforzar la voluntad autonómica frente a la estatal en el procedimiento de reforma.

5. LA PARTICULARIDAD DEL SISTEMA DE DOBLE LECTURA EN LOS CASOS VALENCIANO Y CANARIO

A pesar de que la Constitución distingue entre procedimiento de elaboración y de reforma de los Estatutos de Autonomía, sólo dedica a esta última cuestión dos escasos preceptos (los arts. 147.3 y 152.2) en los que, básicamente, se remite a lo que dispongan los propios Estatutos, que se ve complementado, a su vez, por lo establecido en los Reglamentos de las Cámaras. De este conjunto normativo, queremos llamar la atención ahora sobre el peculiar sistema de doble intervención por la Asamblea autonómica que, en esta tercera oleada de reformas estatutarias, ha caracterizado o caracterizará a las emprendidas por la Comunidad Valenciana y Canarias, respectivamente. En el primer caso, por prescripción del art. 61 del Estatuto de Autonomía de 1982, las Cortes Generales debían devolver a las Valencianas toda propuesta de reforma estatutaria enviada por estas que hubiese sido objeto de modificaciones a fin de que la Asamblea de origen pudiera prestar su conformidad a las mismas, pudiese rechazarlas, poniendo fin al procedimiento, o bien formular una

⁷³ Sobre el particular, se pronuncia F. LÓPEZ RAMÓN (2005: p. 25 y, especialmente, 28 y 29).

nueva propuesta de reforma que facilitara un acuerdo, por aproximación, entre el texto originario y los cambios introducidos por las Cortes Generales. Precisamente, entre los procedimientos especiales que regulan la Resolución de la Presidencia del Congreso y la Norma Supletoria de la Presidencia del Senado, de 1993, sobre tramitación en las Cortes Generales de las reformas estatutarias, se halla la singularidad del supuesto valenciano que, con motivo de la propuesta de reforma de su Estatuto de Autonomía que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 4 de julio de 2005, se llevó a la práctica de la siguiente manera.

Apenas concluida la tramitación de la proposición de reforma en el Senado, fue directamente enviada a las Cortes valencianas junto con un mensaje motivado, que incorporaba las modificaciones introducidas, únicamente, en este caso, por el Congreso. La Mesa de las Cortes Valencianas, el 10 marzo de 2006, acordó darle trámite y su Presidente, oído el parecer favorable de aquella y la Junta de Síndics, aprobó una Resolución interpretativa que determinaba el procedimiento a seguir para que las Cortes Valencianas, dando efectividad a lo establecido en el art. 61 del Estatuto que estaba siendo objeto de reforma, pudieran deliberar nuevamente y pronunciarse de conformidad o no con las modificaciones que habían sido introducidas en el texto por las Cortes Generales⁷⁴. El mismo volvió a ser analizado por la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalidad, cuyo Dictamen, sin aceptar ninguna de las enmiendas presentadas tanto por el Grupo Parlamentario *Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana* (Entesa) como por el diputado del Grupo Mixto, que proponían alternativas a las formuladas por el Congreso, se pronunció a favor de la incorporación de todos los cambios, como asimismo ratificaría, tras el correspondiente debate, el Pleno de las Cortes Valencianas en su sesión de 27 de marzo de 2006⁷⁵.

Como se ha indicado, se trata de un sistema de doble intervención o lectura del texto propuesto para la reforma del Estatuto de Autonomía que también prevé el de

74 Tanto el mensaje motivado como la Resolución del Presidente de las Cortes Valencianas pueden consultarse en el BOCV núm. 178, de 13 de marzo de 2006.

75 El referido Dictamen de la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalidad, aprobado el 24 de marzo de 2006, se encuentra en el BOCV núm. 182, de 26 de marzo. Véase la Resolución plenaria 215/VI, sobre la conformidad con todas modificaciones introducidas por las Cortes Generales al texto remitido por las Cortes Valencianas de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad, en el BOCV núm. 183, de 31 de marzo de 2006.

Canarias (art. 64.2), si bien en este caso todavía no ha habido ocasión de aplicarlo porque la proposición que se encuentra en tramitación, en el momento de redactar estas líneas, no ha superado la fase de su aprobación por las Cortes Generales. Sea como fuere, subrayamos la particularidad de un procedimiento de reforma, el aplicable a las dos Comunidades citadas, en el que se potencia al máximo la voluntad de la Asamblea autonómica proponente hasta el punto de permitirle opinar y presentar alternativas a las modificaciones que el Congreso o el Senado hubiesen incorporado al texto. Aunque en ningún caso se elimine formalmente su tramitación en las Cortes Generales, el sistema descrito tiende a minimizar el papel unificador que estas estuvieran tentadas a desplegar sobre los textos en favor de una mayor responsabilidad a cargo de los Parlamentos autonómicos. Es cierto, no obstante, que la afirmación anterior queda matizada por las dinámicas de partido que se suscitan entre las estructuras territoriales y las nacionales, en las que estas pueden acabar por imponer sus propios criterios uniformizadores hasta el punto de hacer inviable que las primeras postulen alternativas en la segunda lectura. Sin embargo, obvio será también reconocer que la mera existencia y reivindicación del trámite obliga a justificar especialmente los cambios que las Cortes Generales quieran introducir en el texto con el fin de que puedan ser comprendidos y consentidos por las Comunidades a las que van referidos y, en un futuro también, por los electores convocados a la ratificación del texto mediante referéndum. Y es que tanto Canarias, en la propuesta de reforma de su Estatuto, como la Comunidad Valenciana y otras, que ya cuentan con nuevos textos aprobados, han pasado a engrosar la lista de Comunidades Autónomas que prevén el referéndum como último trámite, antes de la publicación oficial, del procedimiento de reforma estatutaria.

6. EL REFERENDUM DE RATIFICACIÓN: SU POTENCIALIDAD FUTURA

Si, hasta el año 2006, ninguna de las Comunidades Autónomas del 143 CE había previsto el referéndum popular de ratificación en el procedimiento de reforma estatutaria, que constituía característica formal típica únicamente de las reformas de los Estatutos que se elaboraron conforme a lo establecido en el art. 151.2 de nuestra Carta Magna, en la actualidad son dos más las Comunidades que lo han incorporado y otras dos las que, contando con textos articulados de reforma aprobados por la propia Asamblea y remitidos para su tramitación al Congreso de los Diputados, pre-

tenden idéntico objetivo. Me refiero a la Comunidad Valenciana, Aragón y, en términos de propuesta, a Canarias y Castilla-La Mancha. Todas estas Comunidades, aunque en el caso de estas dos últimas a falta de que las Cortes Generales lo confirmen así, contemplan que una buena parte de las reformas de los nuevos textos estatutarios que se produzcan en un futuro se sujetarán a referéndum positivo de los electores de la Comunidad Autónoma, que habrá de convocarse en un determinado plazo desde la aprobación del texto por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica⁷⁶. A este propósito, se prevé que dicha aprobación incluya la autorización del Estado para que el Presidente de la Comunidad en cuestión convoque el citado referéndum excepto que se trate de un supuesto excluido del mismo como sin ir más lejos, para las reformas que sólo impliquen ampliación de competencias autonómicas, han dispuesto algunas Comunidades⁷⁷. En el caso de Aragón, su Estatuto de Autonomía de 2007 (art. 115.7), en lugar de prever la no celebración de referéndum genéricamente para ciertos tipos de reformas, tales como las competenciales, establece que la convocatoria de la consulta popular, autorizada en todo caso desde el momento en que las Cortes Generales aprueben una reforma, sólo se llevará materialmente a cabo si así lo acordasen las Cortes de Aragón con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Eso sí, los citados Estatutos previeron, en sus disposiciones transitorias, que las propias reformas que estaban dando lugar al nacimiento de la exigencia de referéndum confirmatorio por los electores quedasen exentas de este requisito formal, que se aplicaría entonces a las que pudieran acometerse en el futuro⁷⁸. De la nueva hornada de reformas estatutarias, hasta el momento presente sólo la del Estatuto de Cataluña, aprobada en 2006, y la del Estatuto para Andalucía, que fue promulgada en marzo de 2007, han estado sujetas a este requisito por prescripción del art. 152.2 CE. En el primer caso, dicha consulta tuvo lugar el 16 de junio de ese año⁷⁹, obteniendo un 73,9 por ciento de votos a favor frente al 20,76 por ciento de votos en contra y al 5,34 por ciento de votos en blanco. Los resultados anteriores, sin embar-

76 Según rezan los arts. 81.5 EACV, 115.7 EAAr, 163.1 b) y 163.4 de la propuesta de Estatuto de Canarias, así como 170.2 y 170.6 de la propuesta de Estatuto de Castilla-La Mancha.

77 El art. 81.5 EACV permite que pueda no convocarse referéndum en tales casos mientras los arts. 164 de la propuesta de Estatuto de Canarias y 170.6 de la propuesta de Estatuto de Castilla-La Mancha eximen en términos taxativos de dicho requisito a ese tipo de reformas.

78 Disposición transitoria quinta tanto del EACV como del EAAr. Sin embargo, ni la propuesta de Estatuto de Autonomía de Canarias ni la propuesta de Estatuto de Castilla-La Mancha prevén esa exclusión de la convocatoria de referéndum en sus transitorias.

79 Convocada por Decreto 170/2006, de 18 de mayo, del Presidente de la Generalidad de Cataluña (DOGC de 19 de mayo).

go, requieren una importante matización a efectos de calibrar correctamente el respaldo que obtuvo la reforma entre los ciudadanos pues apenas acudió a las urnas la mitad de los electores que estaban convocados, alcanzándose un porcentaje de abstención del 50,59 por ciento. Más de dos millones y medio de ciudadanos decidieron aquel día no pronunciarse en modo alguno sobre una reforma que había suscitado tantas polémicas e interés mediático. Además de que la consulta provocó una crisis en el Gobierno tripartito catalán con el cese de todos los consejeros de *Esquerra Republicana de Catalunya* tras la decisión de este partido de pedir el “no” en el referéndum por considerar que el texto del Estatuto había sido totalmente descafeinado respecto al aprobado en el Parlamento catalán⁸⁰, el alto porcentaje de abstención alcanzado hace obligada una reflexión sobre la falta de implicación de los ciudadanos y la responsabilidad en ello de la clase política. Porque, ¿cómo se explica que una reforma que obtuvo un 88,88 por ciento de apoyo de los diputados autonómicos y un 54 por ciento de apoyo de los diputados en el Congreso fuera expresamente respaldada tan sólo por el 36,53 por ciento de los catalanes con derecho a voto? Interrogantes similares suscita el caso andaluz, donde el 81,45% de los sufragios positivos que se emitieron en la consulta celebrada el 18 de febrero de 2007 (frente al 9,48% de votos en contra; 3,07% de votos en blanco y 0,96% de votos nulos) no puede ocultar los datos sobre la escasa participación, que osciló entre el 32,36% en la provincia de Málaga y el 44%, como índice más alto de los alcanzados en el conjunto de la Comunidad Autónoma, en la provincia de Jaén. La complejidad de la pregunta acerca de la aparente indiferencia ciudadana hace que no podamos examinarla con detalle en este trabajo, pero sí podemos plantearnos qué información y cauces de participación se han brindado a los ciudadanos durante la tramitación de las reformas estatutarias para poner de relieve que acaso no se haya hecho lo necesario para implicarles e interesarles en los procesos emprendidos.

7. LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANAS

La referencia que acabamos de hacer a la celebración o no de referéndum para la ratificación de las diversas reformas estatutarias no agota todas las posibilidades que existían para arbitrar la participación ciudadana en los procesos. Por el contrario, durante la tramitación de los respectivos textos en las distintas Comunidades eran

80 El Presidente de la Generalidad decidió el adelanto de las elecciones, que se celebraron el 1 de noviembre de 2006.

imaginables fórmulas concretas para captar las demandas y opiniones de los ciudadanos ante decisiones como las que acabaron plasmándose en los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, el balance general a ese respecto puede decirse desigual y demostrativo de que los cauces participativos dispuestos directamente al servicio de la ciudadanía por los Parlamentos y ejecutivos autonómicos han sido, sin duda, insuficientes. En muchos casos, su opinión ha sido contrastada a través tan sólo de la comparecencia de distintos agentes sociales (representantes de sindicatos, colegios profesionales, asociaciones de vecinos, de consumidores, etc.) ante las comisiones especiales de estudio o legislativas permanentes encargadas de tramitar la reforma del Estatuto⁸¹. Es verdad que la información relativa al desarrollo de las distintas fases del procedimiento seguido ha estado a disposición de los ciudadanos de cada Comunidad en las páginas *web* de los respectivos Parlamentos o, en algún caso, de los ejecutivos, pero, con contadas excepciones, no se han aprovechado las oportunidades que ofrecen esas mismas herramientas informáticas para hacer llegar directamente a los diputados las opiniones y demandas de la ciudadanía⁸². En realidad, esa falta de sintonía, pese a que abunde la comunicación institucional, no es un mal específico de las últimas reformas estatutarias sino que aqueja a la labor política en general y parlamentaria en particular de nuestro país como denunció la Comisión Especial de Estudio sobre redes informáticas del Senado en 1999⁸³. La mayor parte de los ciudadanos parecen sentirse poco motivados por los asuntos que se discuten en los Parlamentos y, por esa u otras circunstancias, se les ofrecen pocos cauces de participación activa en la adopción de decisiones. El acercamiento entre unos y otros se resiste y, lógicamente, resulta inevitable que, cuando después se demanda que esa ciudadanía olvidada se pronuncie en consultas populares, la respuesta sea, en buena medida, la indiferencia. Tal vez ninguna fuerza política ha explicado suficientemente a los ciudadanos de su Comunidad en qué podía contribuir a la mejora de su vida cotidiana la reforma del Estatuto o acaso, como también

81 Es el caso de las Comunidades del País Vasco, Andalucía y Castilla-La Mancha, como reflejan los trabajos de dichas comisiones que se publicitan en las *web* de sus Parlamentos.

82 Como notable excepción debe reputarse el enlace que proporciona la página *web* del Gobierno de Canarias al que se publicita ya como "nuevo estatuto" <<http://www.gobcan.es/nuevoestatuto/>>, donde el ciudadano puede participar en diversos foros sobre temas tales como las nuevas competencias, la reforma electoral, el hecho diferencial canario o la ultraperifericidad de la Comunidad, entre otros. Igualmente, la *web* del Parlamento vasco permite, con carácter general, que los ciudadanos planteen sus preguntas y propuestas directamente a los Grupos Parlamentarios y obtengan respuesta de estos a propósito de cualesquiera contenidos temáticos. Igualmente, debe reseñarse el empleo que se hizo de las nuevas tecnologías durante la tramitación en las Cortes Valencianas de la propuesta de reforma del Estatuto de esta Comunidad pues, como comentan J. GUILLEM CARRAU y F.J. VISIEDO MAZÓN (2007 b: p. 167 y ss.), se dispuso un espacio en su *web* donde los diputados podían ser contactados por los ciudadanos, propiciándose así el diálogo entre representantes y representados.

83 Puede consultarse su Informe en el BOCG-Senado núm. 812, de 27 de diciembre de 1999.

se ha afirmado, el ciudadano ha comprendido que ni la calidad de vida ni los niveles de prestación de servicios traen causa directa de la mayoría de cuestiones en que han estado centradas las reformas⁸⁴. La falta de estímulo a la participación popular es una de las críticas que, desde un punto de vista formal, pueden hacerse a los procesos de reformas emprendidos aunque, desde luego, no la única.

III VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS PROCESOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA INCIDENCIA QUE EL PROCEDIMIENTO HA TENIDO SOBRE LA INCLUSIÓN Y ALCANCE EN LOS ESTATUTOS DE DETERMINADOS CONTENIDOS

Tras haber examinado hasta aquí los rasgos más característicos del procedimiento seguido por las últimas reformas estatutarias, se impone que realicemos una valoración crítica de los resultados alcanzados tanto desde una perspectiva formal como material. En una primera aproximación, los textos finales de los Estatutos que han sido reformados resultan, a todas luces, excesivamente prolijos y ambiguos. Tanto es así respecto de la primera característica que el procedimiento seguido ha determinado que no se trate en puridad de meras reformas sino de Estatutos de nueva planta⁸⁵, y que estos se estructuren al modo de una Constitución⁸⁶. En cuanto a la imprecisión o vaguedad de los textos, como se anticipó, en muchos casos tal ha sido el peaje conscientemente satisfecho al tratar de consensuar al máximo la regulación de algunos aspectos en los Parlamentos de origen. En otras ocasiones, la falta de claridad obedece a una mala técnica legislativa o a una no menos deficiente sistemática

84 Significativamente, desde el ámbito político, J.C. RODRÍGUEZ IBARRA (2005: p. 14). Por su parte, desde el mundo del derecho y con datos sociológicos en la mano, abunda sobre la inexistencia de una demanda social de reformas en relación, por ejemplo, con el Estatuto de Galicia C. RUIZ MIGUEL (2007: pp. 356 y 357).

85 Así lo señala C. RUIZ MIGUEL, (2007: pp. 354 y 355). Sólo la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del EAIB, respeta las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE 29 julio) y ello por cuanto contiene una Exposición de Motivos de la Ley Orgánica a la que sigue un artículo único compuesto por el Preámbulo, el articulado y las correspondientes disposiciones del Estatuto. Por ello, la citada LO 1/2007 no incluye disposición derogatoria a diferencia de lo que han hecho las otras cuatro leyes orgánicas que han aprobado reformas estatutarias hasta la fecha. Llamativo es el caso del EACV porque utilizando, aunque indebidamente, la técnica legislativa propia de las leyes de modificación, caracterizada por la indicación sucesiva de cómo quedan los artículos que son objeto de cambios, también ha procedido a derogar la Ley Orgánica que dice reformar. Aunque, como ha afirmado V. GARRIDO MAYOL (2007: p. 147), el desliz técnico no pueda ocultar la voluntad verdadera del legislador que no es otra que la subsistencia de la Ley Orgánica anteriormente vigente con la redacción dada por la de reforma, lo cierto es que el caso nos permite abundar en las deficiencias de técnica legislativa a que nos referíamos en el texto.

86 Con la salvedad del EACV, que sólo ha incrementado en 20 su número de artículos hasta alcanzar los 81, los demás Estatutos reformados hasta la fecha han duplicado cuando no triplicado su extensión de forma que, al margen del aparato de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales, han quedado como sigue: EAAr: 115 artículos estructurados en 9 títulos; EAIB: 139 artículos en 9 títulos; EAC: 223 artículos en 7 títulos y, por último, el más extenso a día de hoy, el EAA: nada menos que 250 artículos en 10 títulos.

de contenidos. Junto a todo ello, llama poderosamente la atención la inclusión de determinadas materias⁸⁷, lo que, por el efecto mimético posterior, ha llegado a producir en algunos casos un verdadero diálogo entre Estatutos, una batalla dialéctica (recuérdese la del agua) cuya última palabra se ha residenciado en el Tribunal Constitucional. En efecto, a la conflictividad previa que generaron ciertas iniciativas de reforma⁸⁸, hay que sumar la gran cantidad de recursos interpuestos contra los Estatutos reformados⁸⁹, muchos de los cuales podrían haberse evitado con un gran pacto global previo que marcara los límites de las operaciones de reforma y que trascendiera los consensos que a menudo se han dado en los procesos parciales.

Y es que la innovación más importante que se aprecia desde el punto de vista procesal es la que el Consejo Consultivo del Principado de Asturias bautizó como *supresión de la condicionalidad del proceso de desarrollo estatutario*⁹⁰. Dicho de otro modo, a diferencia de ocasiones anteriores en las que, con carácter general, se había optado por subordinar el desenvolvimiento de las iniciativas de reforma estatutaria a un pacto previo de ámbito estatal para garantizar la homogeneidad y coherencia del diseño del Estado autonómico, esa condicionalidad no ha estado presente en las últimas reformas, lo que ha llevado a cada Comunidad a activar la suya de forma independiente, sin esperar o propiciar un marco consensuado que encauzara su desarrollo. Así, aunque entre los distintos procesos de reforma se hayan observado las ya apuntadas similitudes formales y por mucho que, en las Cortes Generales, se haya tratado de introducir ciertas dosis de homogeneización entre los textos remitidos por las distintas Asambleas legislativas, lo innegable es que se ha abierto un horizonte de fuertes disparidades potenciales desde un punto de vista material.

87 A título meramente simbólico, pero expresivo de lo que afirmamos, véase el art. 57 EACV relativo al Real Monasterio de Santa María de la Vallidigna como templo espiritual, histórico y cultural del antiguo Reino de Valencia. En otro orden de cosas, como ha abundado la doctrina, se han generalizado catálogos de derechos que a menudo carecen de garantías específicas y suscitan problemas de titularidad, se contemplan numerosas remisiones a leyes estatales cuyo futuro contenido se obliga a revisar o se intenta el blindaje de las propias competencias apelando a la cualidad del Estatuto como complemento constitucional [DE LA QUADRA-SALCEDO (2005: p. 181 y ss.), entre otros contenidos polémicos.

88 A los recursos contra las propuestas de reforma vasca y catalana que hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, debe añadirse el conflicto positivo de competencias que planteó el Gobierno de Navarra contra la primera aunque decayera por falta de objeto (ATC 221/2005, de 24 de mayo), al no superar dicha propuesta el debate de totalidad en el Congreso.

89 A la cabeza de todos ellos se encuentra el EAC que ha sido recurrido por los gobiernos de La Rioja, Murcia, Islas Baleares, Comunidad Valenciana y Aragón, así como por el Defensor del Pueblo y más de cincuenta diputados del G.P. Popular del Congreso. El EACV fue recurrido por los ejecutivos de las Comunidades de Aragón y de Castilla-La Mancha; el EAA, por el Consejo de gobierno de la Junta de Extremadura mientras, en las últimas semanas, el gobierno riojano ha recurrido el EAAr.

90 Así se pronunció, en su ya citado Dictamen núm. 93/2006, p. 38, al ser interrogado sobre si debería reservarse la determinación de ciertos aspectos de la configuración jurídica del Estado a procedimientos y órganos en los que todas las Comunidades Autónomas tuvieran participación. Lamenta, asimismo, la falta de un acuerdo de fondo sobre la organización territorial del Estado J.L. CASCAJO CASTRO (2005: p. 61).

Se han sentado las bases para que, a partir de ahora, se incremente la desigualdad entre Comunidades, aumenten los espacios de exclusión sobre las oportunidades de integración⁹¹ y se produzca un alejamiento del horizonte final de federalización de nuestro sistema que reclamaría una mayor equiparación sustancial del conjunto de Comunidades Autónomas⁹². Buena muestra de todo ello la suponen los distintos modelos de financiación que recogen los Estatutos reformados (pues parecen difícilmente conciliables entre sí⁹³) o el riesgo existente a que se generen diversas interpretaciones del alcance de las competencias estatales atribuidas por la Constitución dependiendo de las dicciones que encontramos en los distintos Estatutos⁹⁴. Aunque algunas Comunidades hayan ejercitado su autogobierno de un modo más atemperado en esta última oleada reformista, otras han llevado al extremo la idea del mito Constitución, produciéndose una “ruptura de la homogeneidad de contenidos de los Estatutos conformada alrededor de la dicción del art. 147 CE”⁹⁵.

Con todo, el problema principal es que nada nos garantiza que las reformas acometidas vayan a solucionar los problemas que tiene nuestro Estado autonómico y, en cambio, sí pueden poner en solfa principios básicos del sistema como el de solidaridad interterritorial⁹⁶. La pugna entre la igualación y la diferenciación entre Comunidades Autónomas parece puede seguir saldándose a favor de la segunda en aspectos clave, como la financiación, cuando la primera ha sido reputada garantía del buen funcionamiento del Estado autonómico, así como de su capacidad de integración⁹⁷. No en vano, más allá de la diversidad expresamente contemplada en la Constitución, se hace difícil encontrar justificación constitucional para las asimetrías⁹⁸, lo que puede llevar al Alto Intérprete de aquella a tener que declarar la no conformidad de algunas regulaciones introducidas o a sentenciar la interpretación ajustada de otras. Serán así los años venideros los que situarán en su justo alcance las reformas actuales, fruto de las cuales parece haber habido casi unanimidad en la denuncia de determinados usos y desusos de nuestro Estado autonómico con independencia de que se compartan o no las soluciones propuestas por los nuevos Estatutos.

91 En palabras de J.J. SOLOZÁBAL (2004: p. 7).

92 Véase L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 39).

93 Para una aproximación al tema, véase el análisis de J. LÓPEZ LABORDA (2007).

94 Vuélvase sobre DE LA QUADRA-SALCEDO (2005: p. 197), que afirma tratarse de la *nueva perplejidad del jurista persa*.

95 En expresión de J. TUDELA ARANDA (2007: p. 104).

96 Vid. A. BARRERO ORTEGA (2006: p. 293).

97 Son palabras de J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1998).

98 De nuevo, vid. A. BARRERO ORTEGA (2006: p. 295), y también J.A. PORTERO MOLINA (2007: p. 38).

IV LAS REFORMAS ESTATUTARIAS DEL FUTURO: LOS NUEVOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES

Analizadas las principales características que, procedimentalmente, han enmarcado la última oleada de reformas estatutarias, con las innegables consecuencias que ello ha tenido sobre la inclusión y alcance de determinados contenidos, podríamos concluir con una breve referencia a algunos de los requisitos formales que deberán observarse en el futuro ya que también han sido objeto de reconsideración en estos momentos de mudanzas. Como la Constitución remite a los propios Estatutos la regulación del procedimiento a seguir para la reforma de estos, con motivo de la revisión de sus contenidos globales que se está produciendo en los últimos años las Comunidades Autónomas han aprovechado para reforzar, desde sus normas institucionales básicas, el papel de las Asambleas de origen en la aprobación en sus estrictos términos de los textos que al efecto envían a las Cortes Generales. De las cinco Comunidades que han aprobado ya nuevo Estatuto, todas, excepto Baleares, han introducido algún cambio a fin de potenciar la prevalencia del criterio autonómico en el procedimiento complejo de la reforma, que requiere la plasmación de dos voluntades. Así, Cataluña y Andalucía, que, como Comunidades del art. 151 CE, ya distinguían dos procedimientos de reforma, uno de los cuales atenuaba el papel de las Cortes Generales a la mera ratificación por Ley Orgánica de la iniciativa mientras, en el otro, éstas debían acordar el texto con una delegación de la Asamblea proponente, han robustecido la posición de sus respectivos Parlamentos mediante la previsión expresa en el Estatuto de que, en cualquier momento, podrán retirar las propuestas de reforma que hayan enviado para su tramitación a las Cortes Generales antes de ser aprobadas definitivamente⁹⁹. Lo que hasta ahora sólo se encontraba expresamente reconocido en el apartado quinto de las Resoluciones de las Presidencias del Congreso y del Senado de 1993, tantas veces aludidas *supra*, eleva su rango y se incorpora al contenido de las normas institucionales básicas de esas y otras Comunidades Autónomas, haciéndose indisponible unilateralmente por el Estado. Lo recoge también el nuevo Estatuto de Autonomía aragonés, que, por lo demás, como establece el de la Comunidad Valenciana, ha tratado de aproximar el régimen jurídico de la reforma al que era propio de las Comunidades del 151 CE, no solamente al

⁹⁹ Se requiere mayoría absoluta para la adopción del acuerdo de retirada por el Parlamento de Cataluña y mayoría de tres quintos de los diputados en el Parlamento andaluz según los arts. 223.1 h) y 250 de sus respectivos Estatutos.

prever la convocatoria de referéndum de ratificación de dicha reforma por los electores, sino también a través de la formalización de las negociaciones entre los representantes autonómicos y los diputados y senadores, que, en el futuro, se llevarán a cabo por medio de la participación de una delegación de la Asamblea proponente en la tramitación de la propuesta de reforma en las Cortes Generales¹⁰⁰. Se supera así con creces la parca y poco activa presencia que hasta ahora tenían formalmente reservada los miembros de aquella, limitada como se encontraba a la presentación de la propuesta por una terna designada por el Parlamento autonómico durante el debate de totalidad con que se iniciaba la tramitación de la reforma por las Cortes Generales¹⁰¹.

Idéntica tendencia a tratar de minimizar el alcance del papel que estas desempeñan en la reforma estatutaria, aunque todavía muy lejos del procedimiento más especial de todos que es el que se aplica a Navarra¹⁰², se observa en los Estatutos que en estos momentos se encuentran en el Congreso, pendientes de culminar su tramitación. Si, en el caso canario, se ha propuesto el mantenimiento de la ya referida doble lectura y se pretende el reforzamiento aún más de la voluntad de la Asamblea autonómica con la exigencia de que se constituya una ponencia paritaria entre el Congreso de los Diputados o Senado y el Parlamento de Canarias para alcanzar un acuerdo sobre el texto, Castilla y León postula también esos dos requisitos mientras Castilla-La Mancha, aun no optando por el sistema de devolución al Parlamento de origen de las propuestas de reforma enmendadas por las Cortes Generales, proyecta, al menos, hacer mención expresa a la facultad de retirada de la iniciativa en cualquier momento anterior a su aprobación definitiva.

Contra lo que habían postulado algunos autores¹⁰³, en los nuevos textos de los Estatutos no se ha suprimido la iniciativa estatal para las reformas estatutarias ni se

100 Vid. arts. 115 EAAr y 81 EACV. La aplicación a todas las Comunidades del sistema de participación de una delegación parlamentaria autonómica en la correspondiente Comisión del Congreso o del Senado al objeto de elaborar el texto de común acuerdo fue tempranamente reclamada por M. ARAGÓN REYES (1993: p. 215).

101 Así lo recoge el apartado tercero de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, y el apartado tercero, punto 4 de su homóloga de la Presidencia de la Cámara Alta.

102 De acuerdo con los apartados decimotercero de la Resolución de la Presidencia del Congreso de 16 de marzo de 1993 y decimocuarto de la Norma supletoria de la Presidencia del Senado de 30 de septiembre de 1993, toda propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra se tramitará como proyecto de ley orgánica por el procedimiento de lectura única, sin que sea admisible la presentación de enmiendas (tan sólo propuestas de veto en el Senado).

103 Entre otros, F. LÓPEZ RAMÓN (2005: p. 27).

ha generalizado la iniciativa local¹⁰⁴. Y no es que no hayan faltado intentos de conseguir, al menos, lo primero, sino que, en tales casos, como se puede augurar que sucederá con las proposiciones de reforma de los Estatutos de Canarias, Castilla y León y Castilla-La Mancha, que persiguen esa misma eliminación, los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales enmendaron los textos que habían sido remitidos por los Parlamentos autonómicos para recuperar la iniciativa de la reforma a favor de estas¹⁰⁵. En resumen, debe valorarse muy positivamente el fortalecimiento que, de la negociación del texto entre ambas representaciones, estatal y autonómica, de la voluntad de la Asamblea de origen y de la participación ciudadana a través del referéndum, han introducido los nuevos Estatutos en un procedimiento de reforma que, con motivo de las aprobadas en los dos últimos años en nuestro país, hemos tratado de analizar con el presente trabajo.

Zaragoza, septiembre de 2007

V BIBLIOGRAFÍA

ABERTÍ ROVIRA, Enoch (2007), “El proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 263-272.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2007): “Reflexiones sobre la reforma constitucional y los actuales procesos de reformas estatutarias”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 41-63.

AJA, Eliseo (2005): “La proposición de reforma del Estatuto de Cataluña”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 191-220.

104 Por ahora, sólo el Estatuto de Cataluña reconoce facultad de iniciativa para la reforma a un 20 por ciento de los Ayuntamientos de Cataluña, que representen a un mínimo del 20 por ciento de la población, como asimismo establece que podrán ejercerla 300.000 firmas acreditadas de los ciudadanos de Cataluña con derecho a voto [art. 222.1 a)].

105 En las respectivas propuestas de reforma de los Estatutos de Canarias [art. 163.1 a)], Castilla y León (art. 91.1) y Castilla-La Mancha (art. 170.1) que tuvieron entrada en el Congreso, se ha eliminado tanto la iniciativa del Gobierno de la Nación que, a día de hoy, prevé alguno de ellos (Castilla-La Mancha) como la de las Cortes Generales.

AJA, Eliseo y VIVER PI-SUNYER, Carles (2003): “Valoración de 25 años de autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 69, pp. 69-113.

ARAGÓN REYES, Manuel (1990): “La iniciativa de las Cortes Generales en la reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* núm. 2, pp. 31-46.

ARAGÓN REYES, Manuel (1993): “La reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Documentación Administrativa* núm. 232-233, pp. 197-221.

BARRERO ORTEGA, Abraham (2006): “Sobre la necesidad y la oportunidad de la reforma estatutaria”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 61, pp. 283-297.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel (2006): “Cataluña”, *iustel.com, Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio.

CANO BUESO, Juan (2007): “Consideraciones sobre una adecuada estrategia para la reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, pp. 147-164.

CASCAJO CASTRO, José Luis (2005): “La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites”, en *Claves de razón práctica* núm. 151, pp. 60-63.

CASTELLS ARTECHE, José Manuel (2005): “País Vasco”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 173-190.

CONTRERAS CASADO, Manuel (2005): “Reforma estatutaria y Estado autonómico: en construcción (entre la necesidad y la oportunidad)”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 95-121.

CORRETJA TORRENS, Mercè y VIVER PI-SUNYER, Carles (2005): “La reforma de l'Estatut d'Autonomia i les competències de la Generalitat”, en *Activitat Parlamentària* núm. 7, (ejemplar especial Estatut d'Autonomia), pp. 17-33.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2005): “La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales. La imposibilidad de «blindar» las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria”, en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 24, pp. 175-199.

EMBID IRUJO, Antonio (2004): “¿Reforma de Constitución y de Estatutos de Autonomía? Aportaciones a un debate de actualidad”, en *Justicia Administrativa* núm. 22, pp. 5-17.

EMBID IRUJO, Antonio (2005): “Balance del Estatuto de Autonomía de Aragón y aspiraciones de reforma”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 147-170.

GARCÍA MENGUAL, Ferrán (2005): “La constitucionalidad de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: consideraciones del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya”, en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 4, pp. 275-308.

GARRIDO MAYOL, Vicente (2007), “La forma de la reforma”, en la obra colectiva dirigida por él mismo *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 133-148.

GUILLEM CARRAU, Javier y VISIEDO MAZÓN, Francisco J. (2006): “Comunidad Valenciana”, en *iustel.com, Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio.

GUILLEM CARRAU, Javier y VISIEDO MAZÓN, Francisco J. (2007 a): “Los trámites parlamentarios y sus consecuencias en el contenido material de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, pp. 165-193.

GUILLEM CARRAU, Javier y VISIEDO MAZÓN, Francisco J. (2007 b): “Novedades en los trabajos parlamentarios de la reforma del Estatuto”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 149-171.

GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio (1991): *Los procedimientos para la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J. (2006): “Andalucía”, en *iustel.com, Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio.

JÁUREGUI, Gurutz (2006): “Algunas reflexiones sobre los vigentes procesos de reforma estatutarios”, en *Jornada sobre “Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía”*, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad y colgada en su *web* <www.fundacionmgimenezabad.es>.

LÓPEZ LABORDA, Julio (2007): “Las reformas estatutarias y la modificación del grado de nivelación de las Comunidades Autónomas”, en *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 627-641.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2005): “Reflexiones sobre el procedimiento en la tercera oleada estatutaria”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 15-33.

MARTÍN-REBOLLO, Luis (2003): “Sobre los Estatutos de Autonomía y sus pretendidas reformas: algunos recordatorios y otras reflexiones”, en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 33-68.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004): “El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias”, en *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 731-753.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (2005): “Reforma constitucional y reforma estatutaria”, en *De la reforma estatutaria*, VIII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 37-94.

PORTERO MOLINA, José Antonio (2007): “Los retos del Estado de las Autonomías”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 21-40.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan Ramón: “Islas Canarias”, en *iustel.com*, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio.

RODRÍGUEZ IBARRA, Juan Carlos (2005): “El anverso y el reverso de las reformas estatutarias”, en *Temas para el debate* núm. 126, pp. 13-16.

RUIZ MIGUEL, Carlos (2007): “El Estatuto de Galicia: ¿Reforma? ¿Necesaria?”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 351-362.

SUAY RINCÓN, José (2007): “Estatuto de Autonomía de Canarias: perspectivas de reforma”, en Vicente GARRIDO MAYOL (Dir.), *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pp. 365-391.

VIVER PI-SUNYER, Carles (2004): “Tribunal Constitucional y Estado de las Autonomías”, en *Homenajes a la Constitución*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, pp.

VIVER PI-SUNYER, Carles (2005): “En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridico-constitucional”, en *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 1, pp. 97-130.

SANZ PÉREZ, Ángel L.: *La Reforma de los Estatutos de Autonomía (Con especial referencia a los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (1998): *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2004): “Consideraciones sobre las reformas estatutarias”, Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública (Goberna), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

TUDELA ARANDA, José (2007): “A modo de aproximación del Estatuto de Autonomía de Aragón de 20 de abril de 2007. El nuevo Estatuto en el Estado desconcertado”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 30, Diputación General de Aragón, Zaragoza, pp. 89-145.

Francisco Javier Matia Portilla
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL (UVA)
javier@der.uva.es

DE DECLARACIONES DE IDONEIDAD ECLESIASTICA, OBISPOS, PROFESORES DE RELIGIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO

- I. INTENCIONES
- II. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN
 - A) LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
 - B) EL ACUERDO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE SOBRE ENSEÑANZA Y ASUNTOS CULTURALES
 - C) LAS NORMAS Y CRITERIOS QUE REGULAN LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN
- III. LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 38/2007
 - A) DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CUESTIÓN
 - B) SOBRE LA NATURALEZA NORMATIVA DE LOS PRECEPTOS SOMETIDOS A EXAMEN
 - C) LA INTERVENCIÓN DE LOS DIOCESANOS ORDINARIOS EN LA SELECCIÓN DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN NO ES INCONSTITUCIONAL
- IV. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA SENTADA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (I): DELIMITACIÓN GENERAL Y PROPUESTA DEL OBISPO
 - A) ALGUNAS PRECISIONES INICIALES: LAICISMO, LAICIDAD E IGLESIA CATÓLICA
 - B) LA PROPUESTA DE IDONEIDAD DEL ORDINARIO DIOCESANO
- V. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA SENTADA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (II): LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIASTICA A PERSONAS QUE YA CONTABAN CON ELLA
 - A) LEGITIMIDAD Y REQUISITOS FORMALES DE LA DECISIÓN
 - B) LA IMPERTINENCIA DE LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIASTICA POR RAZONES NO RELIGIOSAS
 - C) LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIASTICA POR RAZONES RELIGIOSAS

VI. UN PASO ATRÁS: LA STC 128/2007, DE 4 DE JUNIO DE 2007 (CASO ANTONIO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ)

- A) EXÉGESIS DE LA SENTENCIA
- B) VALORACIÓN CRÍTICA

VII. RECAPITULACIÓN Y PROSPECCIÓN DE FUTURO

I INTENCIONES

Todos tenemos, a buen seguro, una opinión (una precomprensión, si se prefiere) sobre la articulación práctica del sistema de selección de los profesores de religión en la enseñanza pública en nuestro país, así como un juicio (un prejuicio) sobre el requisito añadido que pesa sobre los profesores de religión, referido a la idoneidad eclesial que a los ordinarios diocesanos del lugar les corresponde verificar, de forma discrecional. No es arriesgado afirmar que dicha precomprensión se ha visto afectada por las distintas noticias que se han ido publicando en nuestro país, referidas a determinadas decisiones adoptadas por parte de los ordinarios diocesanos de retirar la idoneidad eclesial de determinados profesores de religión para continuar prestando sus servicios¹. Especial trascendencia pública alcanzó el caso de María del Carmen Galayo Macías, a la que se le retiró, después de diez años, dicha idoneidad por “mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado”². En otras ocasiones, la defensa pública de los intereses gremiales de los profesores de religión ha hecho que los docentes afectados³ perdieran su idoneidad eclesial para impartir clases de religión. Especialmente sangrante es el comunicado con el que el Ordinario diocesano de Canarias respondió, el 27 de enero de 2000, a un encierro reivindicativo y a una huelga de profesores de religión, en el que recomendaba a aquéllos docentes que desearan una total estabilidad labo-

1 Además de los muchos titulares que pueden encontrarse en los medios diarios de prensa, es muy agudo el editorial de Vivat Academia 28 (que puede consultarse en <<http://www2.uah.es/vivatacademia/antiores/veintiocho/editorial.htm>,>) y que generó diversas reacciones en el apartado opinión del número siguiente.

2 Cfr. Antecedente 2.a) de la STC 38/2007, de 15 de febrero.

3 Son los casos de Margarita Pérez Equiagaray, tras veintiún años de docencia, STC 80/2007; Araceli del Carmen Gómez Jaén, tras siete años, SSTC 81/2007, 86/2007, 88/2007 y 90/2007; Nereida del Pino Díaz Mederos, tras tres años, SSTC 82/2007, 84/2007 y 87/2007; Rafael Ramírez Santana, tras diez años, STC 83/2007; David Lorenzo Pérez Rodríguez, tras tres años, STC 85/2007 y Martín Suárez Quesada, impulsor de la Federación de profesores de religión, tras once años, STC 89/2007. Todas las Sentencias aquí citadas fueron dictadas el 19 de abril y la información ofrecida en el texto se extrae del AH 2.a).

ral en el empleo que se preocupasen “desde ahora” en encontrar nuevos puestos de trabajo que se la asegurasen⁴.

Tales comportamientos, alguno de ellos reprobable desde los dogmas de la propia religión a la que, presuntamente, sirven, no permiten, sin embargo, profundizar en un análisis jurídico de la cuestión, que es el que pretende abordarse en las siguientes líneas. Aunque pudiera parecer una tarea fácil de abordar, es conveniente advertir ya al amable lector que el examen jurídico del régimen de los profesores de religión suscita cuestiones de muy diversa índole y cuyo examen supera, con creces, las pretensiones del presente estudio. Por tal motivo, en ocasiones, nos limitaremos a señalar algunas líneas de investigación que podrían seguirse, sin detenernos en ellas.

Aunque el título del presente estudio es (o pretende ser) indicativo de su objeto, es posible delimitarlo con mayor precisión, aclarando que en el mismo se pretende determinar si el comportamiento del ordinario diocesano, consistente en reconocer o en retirar la idoneidad eclesiástica a determinadas personas que no formen parte de los cuerpos de funcionarios docentes para impartir clases de religión en centros públicos de enseñanza, es controlable, estableciendo algunas pautas en tal dirección. Partiremos en dicho trabajo de la relevante STC 38/2007, de 15 de febrero, en la que el Pleno del Tribunal Constitucional concluye que el actual sistema de designación de los profesores de religión no es inconstitucional. Pero antes de evaluar la doctrina constitucional en ella contenida, y su primera aplicación práctica (a través de la STC 128/2007), debemos ocuparnos del régimen jurídico de los profesores de Religión.

II EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN

A) LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En el art. 16 CE “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”. Dicho dere-

⁴ Información extraída del AH 2.a) de la STC 85/2007, de 19 de abril.

cho fundamental consagra, junto a una dimensión individual, otra colectiva, cuyos titulares son las iglesias, confesiones y comunidades religiosas⁵.

La relación del Estado con dichas confesiones no es de estricta separación. Aunque la Constitución propugna la neutralidad del Estado en materia religiosa, declarando que ninguna religión tendrá carácter estatal, ello no conduce, como podría pensarse en un principio, a que el Estado sea considerado ajeno al fenómeno religioso. Bien al contrario, el art. 16.3 CE establece que “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, instaurando así el principio de cooperación.

En desarrollo de este precepto constitucional, el Estado ha celebrado acuerdos de cooperación con diversas confesiones: con la Santa Sede, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España⁶.

B) EL ACUERDO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE SOBRE ENSEÑANZA Y ASUNTOS CULTURALES

Pues bien, los plenipotenciarios del Reino de España en la ciudad del Vaticano y de la Santa Sede firmaron el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales. Como es sabido, dicho texto internacional, unido a otros Acuerdos⁷, trataban de revisar las obsoletas previsiones contenidas en el viejo Concordato de 1953. De las diversas materias allí tratadas nos interesa recordar una de ellas, referida a la forma en

5 Art. 2.2 LORL y SSTC 64/1988, 46/2001 y 128/2001. No parece necesario realizar profundas consideraciones jurídico-dogmáticas sobre tal dimensión colectiva del Derecho a la libertad religiosa, como las contenidas en el estudio de Ángel López-Sidro López [“Dimensión colectiva del Derecho de Libertad Religiosa en los centros docentes públicos: la designación de los profesores de religión”. *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE)*, en adelante] 14 (2007), pp. 1-12], puesto que el tenor literal empleado en la Constitución no deja margen alguno a la duda.

6 Acuerdos que han encontrado reflejo normativo en las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, respectivamente, todas ellas de 10 de noviembre.

7 Sobre asuntos económicos, sobre asuntos jurídicos y sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, respectivamente. Puede consultarse, con carácter general, Santos, José y Corral, Carlos: *Acuerdos entre la Santa Sede y los Estados. Biblioteca de Autores Cristianos*. Madrid, 2006, obra en la que se recopilan diversos textos jurídicos referidos a diversos Estados en lengua castellana (sobre España, Corral Salvador, Carlos: *Acuerdos España – Santa Sede (1976-1994). Texto y comentario*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1999) y, en el plano doctrinal Corral, C. y Listl, J. (eds.): *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 1987. Finalmente, sobre la gestación de los Acuerdos es muy recomendable la lectura de la obra de Francisco Jiménez García (*La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*. Dilex. Madrid, 2006).

que las autoridades eclesiásticas intervienen en la selección del profesorado de Religión. El grueso de esta cuestión viene tratada en el artículo III del Acuerdo, en el que puede leerse que “la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza”. A tal fin, “el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza” con la antelación suficiente.

Debe hacerse notar que durante la tramitación parlamentaria encaminada a autorizar la ratificación de este Acuerdo no se planteó ninguna seria objeción al hecho de que los profesores de religión tuvieran que recibir una previa idoneidad eclesiástica por parte de los obispos. En lo que atañe al Congreso de los Diputados, el texto del Acuerdo fue remitido a la Comisión de Asuntos Exteriores⁸, en que el Partido Comunista fue el más crítico con su contenido, proponiendo su “no ratificación”, al considerar que optar por la contraria podría “quebrar los principios de libertad de expresión, libertad de expresión docente y de aconfesionalidad, recogidos en el texto constitucional”⁹. La enmienda promovida por el Partido Comunista resultó derrotada en el Pleno del Congreso de los Diputados que se celebró el posterior 13 de septiembre de 1979¹⁰, ya que obtuvo un limitado respaldo de 128 votos, frente a los 170 que apoyaron su rechazo. En dicho debate se plantearon diversas objeciones políticas al Acuerdo, pero casi siempre referidas a cuestiones ajenas a las que serán analizadas en las siguientes páginas. Mientras que el representante del Grupo Parlamentario Comunista cuestionaba la conveniencia de realizar un Acuerdo como el sometido a su consideración antes de haberse aprobado una Ley de Libertad Religiosa y denunciaba que su negociación no había sido transparente y que en su contenido era discriminatorio (al conferir un carácter fundamental a una determinada educación religiosa), el del Grupo Parlamentario Socialista insistía en alguna de tales críticas y expresaba igualmente sus reservas respecto del texto acordado y de algunas órdenes ministeriales que se habían dictado de forma

8 BOCG/CD/I/C/9-I, de 28 de junio de 1979.

9 BOCG/CG/I/C/9-II, de 6 de septiembre de 1979, p. 30/5. Se ha cuestionado en numerosas ocasiones si en los centros educativos públicos debe incluirse la enseñanza de religión. Sobre estas materias, vid. Martínez Blanco, Antonio: *La enseñanza de la religión en los centros docentes*. 2ª ed. Universidad de Murcia. Murcia, 1994 y López Medel, Jesús: *Libertad y derecho a la enseñanza de la religión*. 2ª ed. Dykinson. Ávila, 1994, entre otros muchos estudios.

10 DSCD/I/P/29, de la fecha indicada.

interina. Finalmente, 178 parlamentarios apoyaron con su voto la autorización de ratificación del referido Acuerdo, frente a los 125 que la rechazaron, contándose, también, con una abstención. No depara ninguna gran novedad el debate habido en el Pleno del Senado¹¹, en el que se mantienen argumentos similares a algunos de los ya manejados en el Congreso y en el que se termina autorizando la ratificación del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales por apoyar esta decisión 126 Senadores, frente a los 61 que la rechazaron. El Acuerdo suscrito entre el Reino de España y la Santa Sede fue ratificado por su Majestad el 4 de diciembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el posterior día 15¹².

C) LAS NORMAS Y CRITERIOS QUE REGULAN LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN

El régimen jurídico de los profesores de religión ha sido polémico a lo largo de estos años¹³. En gráfica expresión vertida por Jorge Otaduy Guerin, “las incertidumbres, los tanteos, los errores y las rectificaciones han ido jalonando el camino” de la enseñanza religiosa escolar y de su profesorado, “dejando una huella en su particular historia”¹⁴. Se ha discutido hasta la saciedad si el régimen jurídico de los docentes que prestaban sus servicios en centros educativos públicos de distinto grado (preescolar, primaria y media) debía ser similar o no¹⁵. Se ha cuestionado igualmente que tipo de

11 En relación con el Acuerdo es oportuno tomar en consideración BOCG/S/I/IV/10, de 24 de septiembre de 1979, en el que se da traslado del mismo a la Comisión de Asuntos Exteriores. En el posterior BOCG/S/I/IV/10, de 6 de octubre, se hace notar que no existen propuestas en relación con el Acuerdo, por lo que se difiere su examen al Pleno de la Cámara. El debate habido puede consultarse en el DSS/I/P/25, de 30 de octubre de 1930, que cuenta con una brillante intervención parlamentaria del Senador Prat García, cuya lectura es altamente recomendable, y la decisión final se refleja, además de en el citado Diario de Sesiones, en el BOCG/S/I/IV/10, de 1 de noviembre de 1979.

12 Corrección de errores en el BOE 44, de 20 de febrero de 1980.

13 La bibliografía que esta materia ha generado es inabarcable. Además de los trabajos citados en otros lugares, pueden consultarse Ferreiro Galguera, Juan Ramón: “Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre cimientos normativos (STC 38/2007)”. *RGDCDEE* 14 (2007), Rodríguez Blanco, Miguel: “El régimen jurídico de los profesores de religión en centros docentes públicos”. *Il Diritto Ecclesiastico* 2001, pp. 482 ss. y Otaduy Guerin, Jorge: “Profesores de religión con denominación de origen. Una Sentencia del Tribunal Constitucional español hace una importante clarificación”. *Análisis del Instituto Martín Azpilcueta* (Universidad de Navarra). Con carácter general, es interesante consultar los documentos recogidos, sobre esta cuestión, en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/>>.

14 En “Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente”. En *RGDCDEE* 14 (2007), p. 2. También es expresivo el título del trabajo de José Ignacio Bidón y Vigil de Quiñones publicado en la *RGDTSS* 2 (2003): “El particular vía crucis de los profesores de religión”. Puede consultarse igualmente el documento “Historia del problema del profesorado de religión y moral católica”, disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/contexto15abr02.html>>.

15 Los problemas se han mostrado, con especial crudeza, en el régimen de los docentes en los centros de educación preescolar y primaria, “desdibujado” y que provocaba “una notable inseguridad jurídica” [Sande Pérez-Bedmar, María de: “De nuevo sobre los profesores de religión católica contratados por el Estado. Comentarios a los acuerdos y convenios suscritos entre el Estado español y la Santa Sede”, *RGDCDEE* 14 (2007), p. 3]. En efecto, dichas personas no tenían una relación de servicios con el Estado, ni sus contratos eran prorrogables ni recibían emolumentos por su labor sino a través de los fondos que la Iglesia recibiera como subvención. Aunque el Convenio firmado entre el Gobierno español y la Conferencia Episcopal Española de 1993 trató de paliar algunas de tales carencias, a través del reconocimiento de una relación laboral de duración determinada y de la pretensión de lograr

vinculación (laboral o funcionarial) mantienen dichos profesores con el centro educativo. También se ha generado un amplio debate sindical sobre los problemas derivados de la falta de estabilidad de dicha plantilla, sobre la que pesa el eventual veto que el ordinario diocesano pueda, en su caso, formular.

Aunque en el FJ 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007 se realiza un breve recorrido histórico del régimen legal del profesorado de religión en el Derecho español¹⁶, no precisamos, para el cumplimiento de las intenciones en su momento fijadas, recordar ni dicha evolución ni dar cumplida cuenta de las diferentes polémicas que se han ido generando a lo largo del tiempo¹⁷. Nos interesa, muy en particular, estudiar la intervención de la autoridad eclesiástica en el proceso de selección y remoción del profesorado de religión relacionado con los centros públicos de enseñanza. Especialmente desafortunado ha sido el tratamiento jurídico dado a los profesores de Religión de los niveles de enseñanza infantil y primaria, expuestos durante muchos años, según J. Otaduy Guerín, a la “intemperie jurídica”¹⁸.

una equiparación retributiva, dichos objetivos no fueron afrontados por la Administración. Este comportamiento ha sido duramente censurado por José Ignacio Bidón y Vigil de Quiñones (en “El particular...”, *cit.*, p. 4), en el que se afirma que la promesa de equiparación retributiva contenida en el mentado convenio ha sido “ignorada invariablemente por parte de las Administraciones Públicas” (pp. 4 y 8), lo que no excluye su plena y directa vigencia en cuanto supone la aplicación de un régimen consolidado, a pesar de lo previsto en el posterior Convenio de 1999.

- 16 En otra nota posterior, el amable lector puede encontrar una exhaustiva referencia al régimen de los profesores de religión que prestan sus servicios en centros de educación preescolar y general básica. En lo que respecta al bachillerato y a la formación profesional, es preciso partir de (a) la Ley de 26 de febrero de 1953, de Ordenación de la Enseñanza media, que prevé la existencia de profesores de religión, nombrados y retribuidos por el Ministerio de Educación y Ciencia a propuesta de la Iglesia; (b) El concordato de 1953 prevé que dichos profesores deben ser sacerdotes o religiosos, o seglares que hubieran superado determinadas pruebas, procediendo a su remoción cuando lo requiriera el ordinario diocesano. Su relación es la propia de los funcionarios interinos, y para los de enseñanza media se equiparó igualmente sus retribuciones a dicha categoría; (c) la Orden de 11 de octubre de 1982 (BOE 248, de 16 de octubre) determina que el nombramiento de los profesores tiene carácter anual y se renueva automáticamente, salvo propuesta en contra del ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso o salvo que la Administración, por graves razones académicas o de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica que hizo la propuesta.
- 17 María de Sande Pérez-Bedmar recuerda que las mismas se han generado en relación con diferentes aspectos: diferencias retributivas, transferencias educativas entre el Estado y las CCAA –cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 y de 29 de enero de 2003, entre otras–, equiparación con los funcionarios interinos y el cómputo de la antigüedad... (en “De nuevo...”, *cit.*, pp. 1-2). Un resumen de esta cuestión se encuentra también recogido en la nota 12 del estudio de Rafael Rodríguez Chacón, “Los profesores de religión católica en la jurisprudencia”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado XXI* (2005), p. 249.
- 18 Opinión vertida en “Estatuto de los profesores de religión. La jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En Pérez Ramos, A. (ed.): *Actualidad canónica a los veinte años del Código de Derecho Canónico y Veinticinco de la Constitución* (XXIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Madrid 23-25 de abril de 2003). Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 2005, p. 321. Sin ánimo exhaustivo, es posible recordar que la Orden de 28 de julio de 1979 (BOE 184, de 2 de agosto) encomendaba la enseñanza de religión preferentemente a los profesores que voluntariamente la asumieran y fueran considerados competentes por la jerarquía competente y, en su defecto, a otras personas que cumplieran esta última condición. La Orden de 16 de julio de 1980 sobre la enseñanza de la religión y moral católicas en los centros docentes de educación preescolar y Educación General Básica (BOE 173, de 19 de julio), establecía que la Administración no contraería ninguna relación de servicios con los profesores de religión de centros de educación preescolar y primaria. La situación no mejoró con el Convenio suscrito entre la Administración y la Conferencia Episcopal española en 1993, publicado como anexo a la Orden de 9 de septiembre de 1993 (BOE 219, de 13 de septiembre; RCL 1993\2596) y aplicable a la educación Primaria. En el mismo el Estado asumía la financiación de la enseñanza, transfiriendo a tal efecto los fondos necesarios a la Conferencia Episcopal (tomando como referencia la retribución horaria de un pro-

La situación se modificó en profundidad a raíz de la emisión de la Orden de 8 de abril de 1999¹⁹, en la que se afirma que dichos profesores “serán consideradas personas competentes para la enseñanza de la religión católica aquellas que posean, al menos, una titulación académica igual o equivalente a la exigida para el mismo nivel al correspondiente profesorado interino, y además, se encuentren en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad de la Conferencia Episcopal Española y reúnan los demás requisitos derivados del artículo III del mencionado Acuerdo”²⁰.

De esta forma, son dos los requisitos que el candidato a ocupar una plaza de profesor de religión debe cumplir. El primero es estar en posesión de la titulación “igual o equivalente a la exigida para el mismo nivel al correspondiente profesorado interino”. Esta exigencia objetiva es garantía impuesta por el Estado que pretende asegurar que el candidato posee capacidad suficiente para desarrollar una actividad docente seria²¹.

feesor interino) y preveía la eventual inclusión de los docentes en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos. Sin embargo, tales compromisos no fueron respetados, lo que, unido a otros hechos igualmente graves (algunos ordinarios diocesanos imponían a los docentes una contribución “voluntaria” para subvenir a las necesidades de la Iglesia -práctica de la que se deja constancia en el documento “Los docentes de religión no tienen derechos laborales, sus contratos son por un año y les pueden despedir sin indemnizarles y sin alegar las razones” (de 29 de julio de 2001), del Equipo Nizkor <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/press3.html>>- y de la que da expresa noticia una profesora afectada, en El País de 13 de septiembre de 2001 -documento que puede consultarse en <<http://www2.uah.es/vivatacademia/antiores/veintinueve/opinion.htm>>-), así como la Federación de Profesores de Enseñanza Religiosa –FEFER-, que lo considera un auténtico “impuesto revolucionario” y que trata de justificar la Conferencia Episcopal Española en el texto que puede consultarse en <<http://derechos.org/nizkor/espana/theo/cee11sep01.html>>, sosteniendo que se trató de una iniciativa voluntaria y solidaria de los docentes), lo que generó una altísima conflictividad social que se zanjó con más de veinte Sentencias que reconocían pagos pendientes a ochocientos ochenta y siete profesores. Es de justicia hacer notar que los avances obtenidos han tenido lugar sobre todo a raíz de relevantes pronunciamientos judiciales, a los que haremos referencia más adelante. Es abundante la bibliografía que permite examinar el recorrido histórico del estatuto de los profesores de religión, entre las que destacan, además de la aportación ya citada, las debidas a Juan Ferreiro Galguera (*Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución española*. Universidad da Coruña-Atelier. Barcelona, 2004, pp. 35 ss.), Alfonso Sepúlveda Sánchez (*Profesores de religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*. Atelier. Barcelona, 2005, esp. pp. 70-74.), entre otras muchas. En el plano jurisprudencial presenta especial interés el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en las Palmas, de 8 de julio de 2002, que se dicta en el recurso de suplicación 419/2002 (AS 2002\2789), por el que se eleva al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad que éste ventila a través de la STC 38/2007.

- 19 Publicada en el BOE 94, de 20 de abril (RCL 1999\984), y que hace público el Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los Centros Públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, en el que se dispone que (a) el Estado asume directamente la financiación de la enseñanza de la religión católica; (b) que los profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos y que (c) quedarán encuadrados en el sistema de la seguridad social. El Tribunal Supremo aclaró que el nuevo Convenio no tenía eficacia retroactiva, y que los afectados por el de 1993 ya tenían reconocido su derecho a la equiparación salarial en el previsto (Sentencia de 29 de enero de 2003, RJ 2003\2887). Sobre esta cuestión puede consultarse Otaudy, Jorge: “Estatuto...”, *cit.*, pp. 341-342 y, especialmente, Ferreiro Galguera, Juan: *Profesores...*, *cit.*, pp. 89 ss.
- 20 Cláusula Cuarta.1 del Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria.
- 21 Cfr. González-Varas Ibáñez, Alejandro: “El régimen jurídico de los profesores de religión en Italia”. *RGDCEDE* 14 (2007), pp. 7-8.

Nos interesa centrarnos con mayor detenimiento en la Declaración Eclesiástica de Idoneidad. Realmente, bajo esta denominación, se suele aludir al conjunto de requisitos que, a juicio del representante de la Iglesia (el ordinario diocesano), deben reunir las personas encargadas de transmitir la enseñanza religiosa. Tales exigencias se refieren a dos aspectos de distinta índole.

El primero de ellos es el referido a los conocimientos, que se acreditan a través de la posesión de determinadas titulaciones y, en ocasiones, a través de la realización de determinados cursos. Esta materia se encuentra regulada en el documento “Requisitos para obtener la Declaración Eclesiástica de Idoneidad”, aprobado por la LXIV Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal, el 13 de diciembre de 1995²². En dicho documento se establecen, *pro futuro*²³, los requisitos que deberán cumplir los candidatos a impartir enseñanza religiosa en educación infantil y primaria, de un lado, y en educación de grado medio, de otro. En determinados casos, la Conferencia Episcopal impone que dichos candidatos cursen determinados cursos añadidos, sobre pedagogía religiosa. De esta forma se establece un requisito objetivo, y cuya concurrencia puede ser fácilmente demostrable a través de la tenencia de los oportunos títulos.

La segunda exigencia que se impone a los encargados de transmitir la enseñanza religiosa es el que ha generado más polémica doctrinal y jurisprudencial. El documento que regulaba la cuestión hasta hace escasos meses era el referido a los “Criterios para la selección y permanencia de profesores de religión y moral católica”²⁴, que presenta un evidente interés en este trabajo.

A modo de introducción se afirma que con el establecimiento de dichos requisitos se pretende evitar la existencia de agravios comparativos, facilitando “la elección de

22 Cuyo texto se puede consultar en <www.conferenciaepiscopal.es>. El canon 804 § 1 del Código de Derecho Canónico dispone que “Depende de la autoridad de la Iglesia la enseñanza y educación religiosa católica que se imparte en cualesquiera escuelas o se lleva a cabo en los diversos medios de comunicación social; corresponde a la Conferencia Episcopal dar normas generales sobre esta actividad, y compete al Obispo diocesano organizarla y ejercer vigilancia sobre la misma.

23 La ratio del documento se justifica en la reciente equiparación habida entre los títulos eclesiásticos y los títulos civiles (operada por el Real Decreto 3/1995, de 13 de enero -BOE de 4 de febrero de 2005-).

24 Documento aprobado por la Conferencia Episcopal el 24 de noviembre de 1995, en el marco de la LXIV Asamblea Plenaria, y en el que se contiene una serie de requisitos imprescindibles (ser católico practicante y estar en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad), otros referidos a la formación permanente y actualización y al compromiso eclesial y otros, residuales, aplicables en caso de que existan varias personas en igualdad de condiciones, referidos a la antigüedad, cercanía al centro educativo, la precariedad económica y las necesidades familiares. El documento se puede consultar en <<http://www.conferenciaepiscopal.es/archivodoc/servlet/DocumentFileManager?document=641&file=00001000.pdf>>.

los profesores más idóneos, no sólo como profesionales de la enseñanza sino como evangelizadores enviados por el obispo en nombre de la Iglesia”. A renglón seguido se hace notar que, a raíz del desarrollo del Convenio económico que equipara a los profesores de primaria con los interinos, lo que “antes era una acción casi gratuita se ha convertido en un puesto de trabajo”, lo que ha generado problemas de índole laboral y social.

Partiendo de tales premisas, la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal establece, a propuesta de la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis una serie de requisitos, que clasifica como (a) previos indispensables, (b) referidos a la formación permanente y actualización, (c) y al compromiso eclesial. Se prevén, finalmente, “otros criterios circunstanciales”, para casos de igualdad de condiciones.

De todos estos requisitos, nos interesa detenernos, por motivos obvios, en los denominados “requisitos previos indispensables”, entre los que se sitúa, en primer lugar, la exigencia de “ser católico practicante”²⁵. Es tarea difícil, en un trabajo jurídico, tratar de desentrañar que debe entenderse por ser católico practicante. Lo cierto es que estamos en presencia de una noción dúctil y que puede recibir distintas significaciones. Si bien es cierto que en el lenguaje vulgar (seglar) suele entenderse por católico practicante a aquella persona que sigue los ritos propios de la religión católica (fundamentalmente, la asistencia a los oficios religiosos), en el ámbito teológico la cuestión es mucho más controvertida.

Pues bien, la capacitación cognoscitiva y pedagógica puede acreditarse mediante la tenencia de títulos y la realización de cursos. Pero, ¿cómo se demuestra que uno es católico practicante? Planteada la cuestión en sentido negativo, ¿a través de que mecanismos puede el ordinario diocesano determinar que tal requisito se incumple? Pues bien, el documento que se acaba de reseñar incluye un importante apartado intitulado “medios de verificación” (se supone que de los criterios de selec-

25 El otro requisito indispensable es estar en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad, en lo que atañe a los estudios exigidos en cada caso. La exigencia de formación permanente y actualización se acredita a través de (a) una relación activa con la Delegación Diocesana y colaboración en las orientaciones que dimanen del Episcopado; (b) la asistencia a las reuniones de profesores de Religión convocadas por la Delegación Diocesana; (c) los cursos de actualización teológica y pedagógica (por horas realizadas) y (d) la participación en grupos o seminarios del CEP. El compromiso eclesial se medirá a través de (a) la participación activa en la pastoral eclesial, parroquial o diocesana y de (b) la inserción en movimientos de profesores cristianos. Finalmente, los criterios circunstanciales, aptos para resolver casos en que varios candidatos se encuentren en igualdad de condiciones, atañen a (a) la antigüedad, (b) la cercanía al centro, (c) la precariedad económica y (d) las necesidades familiares.

ción ya referenciados). Merece la pena recordar el tenor de algunos de ellos: (a) *currículum vitae* del interesado y documentación, (b) entrevista personal para conocer las motivaciones y actitudes pedagógicas. Estos son los dos medios de verificación que pueden ser utilizados para determinar si el candidato es católico practicante, puesto que el propio documento establece que los Informes del párroco y otros superiores o entidades serán útiles en orden a los apartados referidos a la formación permanente y actualización y al compromiso eclesial, lo que permite colegir que dichos informes no servirían para acreditar los requisitos previos indisponibles.

Antes de examinar, en el siguiente epígrafe del presente estudio, las facultades del obispo en lo que atañe a la acreditación de ser católico practicante, interesa hacer notar que se han producido algunas novedades normativas que merece la pena reseñar²⁶, y que han provocado la emisión de determinados documentos de la Conferencia Episcopal española que también debemos tomar en consideración, porque es posible que pudieran alterar las intenciones que en su momento se fijaron, al inicio de estas páginas.

Pues bien, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ha introducido algunas variaciones en su Disposición Adicional Tercera, sobre el profesorado de religión. Si bien parte de una premisa ya conocida²⁷, se afirma ahora que “Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores perci-

26 Dejamos de lado la previsión normativa contenida en el apartado 4 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que dispone que “Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, impartan la enseñanza confesional de Religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que corresponda en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”. Es sabido que esta normativa, que fue valorada positivamente por la Conferencia Episcopal Española (cfr. <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/ceejul03.html>>) no llegó a verse desarrollada, y que ha sido derogada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

27 “Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas” (Apartado 1).

birán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos” (Apartado 2). Por otra parte, se afirma igualmente que “la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año” y que, “La remoción, en su caso, se ajustará a Derecho” (ídem).

Estamos ante una delimitación del régimen legal del profesorado de religión mucho más precisa y más conseguida que la contenida en anteriores textos jurídicos. La normativa reconoce, en primer lugar, como ya se hiciera mediante la reforma de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo²⁸, que la vinculación establecida entre el docente y la Administración presenta naturaleza laboral. Como es sabido, dicho avance se consagró primero en sede judicial, a través de la trascendental Sentencia dictada por la Sala de lo Social el 19 de junio de 1996, en el recurso de unificación de doctrina 2743/1995²⁹, a la que siguieron otras muchas en la misma dirección³⁰. La nueva regulación desarrolla esta idea de que la relación generada tiene naturaleza laboral ofreciendo dos consecuencias lógicas. La primera es que tal relación se presta de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, afirmación que no deja de ser mera consecuencia de la naturaleza laboral del vínculo contractual, y la segunda es que se afrontará la regulación de su régimen laboral con la participación de los representantes del profesorado³¹, lo que no deja de expresar algo habitual en el marco del

- 28 Operada a través del art. 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.
- 29 RJ 1996\5387. A juicio de la Sala concurren las notas previstas en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (voluntariedad, ajenidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente). Por otra parte, el carácter temporal del contrato es incompatible con su naturaleza administrativa (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública) y la posibilidad de contar con personal laboral está previsto con carácter general y más específicamente, dentro del ámbito de la función pública docente, en la citada Ley (art. 15.1.c) y Disposición Adicional Decimoquinta.3, respectivamente) (FD 4). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado en la misma dirección en diversas Sentencias, entre las que pueden citarse las dictadas los días 25 de enero de 2005, 2 de febrero de 2005 y 16 de febrero de 2006, recaídas en los recursos de casación 2636/2000, 7370/2000 y 6252/2000, respectivamente (RJ 2005\1572, 2005\1168 y 2006\825), que superan la visión de encontrarse ante una relación de naturaleza administrativa (*cfr.* Sentencias de 6 de marzo de 1978, 29 de marzo de 1984 y 1 de abril de 1987 -RJ 1978\752, 1984\1685 y 1987\2686-). En el plano doctrinal es especialmente brillante el recorrido histórico realizado en este punto por Jorge Odaury (En “El estatuto...”, *cit.*, pp. 321-331), que recuerda que las primeras propuestas del estatuto del profesor de religión se situaron en el ámbito administrativo, para recalcar, posteriormente, en la órbita del Derecho laboral, siendo fundamental en dicha transición la irrupción de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y el decisivo papel jugado por el Tribunal Supremo.
- 30 Destaca la batería de Sentencias dictadas en el año 2000 y que resolvían otros recursos de unificación de doctrina (Son las dictadas los días 27 de abril (en recurso 3295/99), 3 (en recurso 3073/99), 8 (en recurso 8075/99), 9 (en recursos 2712, 2735, 2693 y 3067/99), 10 (en recursos 3066 y 3770/99), 16 (en recurso 3294/99), 23 (en recurso 2695/99) y 31 de mayo (en recurso 3899/99), 2 (en recurso 2585/99) y 3 de julio (en recurso 2692/99) y 18 de septiembre (en recurso 2694/99) (RJ 2000\4255, 2000\4260, 2000\4267, 2000\4269, 2000\4270, 2000\4271, 2000\5507, 2000\5508, 2000\2884, 2000\4614, 2000\4617, 2000\5523, 2000\4647, 2000\5899, 2000\6285 y 2000\8205, respectivamente).
- 31 De hecho, Alfredo Sepúlveda Sánchez se dolía de que el Convenio de 1999, suscrito por los Ministros de Justicia y de Educación y por el Presidente de la Conferencia Episcopal, debidamente autorizado por la Santa Sede, se hubiera elaborado al margen de toda negociación con los afectados (en Profesores..., *cit.*, pp. 76-77).

Derecho laboral y que no resulta contrario a los Acuerdos que el Estado español suscribió con la Santa Sede.

Mayor interés presenta en el contexto del presente trabajo, en segundo lugar, la afirmación de que “se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad”. La redacción empleada remite, sin especiales esfuerzos interpretativos, a los artículos 23.2 y 103 CE, sin que parezca cuestionable que una norma legal se refiera, en una disposición referida a la selección de personal que presta sus servicios, a través de una vinculación laboral, con una Administración Pública, a las normas constitucionales que rigen esta materia.

La Disposición Adicional Tercera LOE recuerda, en tercer lugar, que “la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año”. La principal novedad, aunque tampoco lo sea tanto, es la alusión que se realiza a la renovación automática del contrato laboral. Lo cierto es que tal previsión pretende paliar, en cierta medida, el carácter de provisionalidad, la falta de estabilidad laboral, que durante muchos años ha caracterizado al colectivo de profesores de religión. Sin cuestionar que el contrato firmado no tiene carácter indefinido³², porque se trata de un contrato a término, sino que posee una duración deter-

32 La posición del Tribunal Supremo en este punto es pacífica, como acredita la lectura de las Sentencias dictadas por la Sala Tercera el 25 de enero de 2005, en el recurso de casación 2636/2000 y por la Sala Cuarta el 16 de junio de 2004, que resuelve el recurso de casación 38/2003 (RJ 2005\1572 y 2004\5583, respectivamente). La *ratio decidendi* de tales decisiones es que “El que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del Ordinario no afecta a la existencia del término, sino en todo caso a su renovación”. Sin embargo, otros pronunciamientos judiciales han defendido que estamos ante un vínculo indefinido. Puede recordarse, a título de ejemplo, la argumentación contenida en la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en la Sentencia de 28 de mayo de 1998, recaída en el recurso de suplicación 304/1998 (AS 1998\2348), cuando afirmaba que “nos encontramos ante una relación laboral atípica, no sólo en cuanto al nombramiento para el puesto de trabajo, como para el cese en el mismo, que está determinado por la voluntad del Ordinario de la Diócesis, en todo caso, o por la de la Autoridad administrativa cuando existan graves razones académicas o de disciplina; mas esta extinción del contrato de trabajo -prevista en el artículo 49, b) del Estatuto de los Trabajadores- no impide la consideración de un contrato laboral por tiempo indefinido. El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores indica que el contrato de trabajo por tiempo indefinido o por una duración determinada, señalando posteriormente, en sus apartados a), c) y d) del aludido punto 1, las circunstancias que motivan esa contratación por tiempo o, duración determinados, entre los que, evidentemente, no se incluyen los de los actores. Nacen pues los contratos de éstos, pese a esa designación anual que indican los artículos 3 del Acuerdo 3 enero 1979 y de la Orden Ministerial 11 octubre 1982, con vocación de permanencia; de ahí la renovación automática -salvo propuesta en contra del Ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso-. Esa voluntad contraria podrá significar, en todo caso, una condición resolutoria del contrato, válidamente estipulada (lo es por Ley) y que no constituye abuso de derecho -artículo 49, b) del Estatuto-, por lo que si acaece la misma no constituiría despido alguno, sino cumplimiento de la condición, lo que no empece para que el contrato deba ser considerado como por tiempo indefinido” (FD 2). En el plano doctrinal, puede consultarse, entre otros muchos, Sande Pérez-Bedmar, María de: “De nuevo...”, *cit.*, pp. 7 ss. Es de justicia recordar, trayendo a colación la noticia publicada en el diario El País el 8 de octubre de 2001, que el aparato eclesial ha defendido tradicionalmente que los profesores de religión se vieran excluidos de “toda posibilidad de negociaciones de convenios colectivos” (dato extraído de <<http://www2.uah.es/vivatacademia/anteriores/veintinueve/opinion.htm>>) y que ha procedido a retirar la idoneidad eclesial a aquellos docentes que habían conseguido que se reconociera la naturaleza indefinida de su vínculo laboral (*cfr.* El País de 8 de octubre de 2001, que se cita en idéntico lugar).

minada³³, se retoma el mecanismo de renovación automática ya previsto, para las enseñanzas medias, desde 1982³⁴ que, sin menoscabar el margen de actuación del ordinario diocesano, dota de mayor estabilidad (eso sí, siempre provisional) a la figura del profesor de religión.

Hay autores que han propuesto, de *lege ferenda*, que, siguiendo el modelo italiano, se logre la plena estabilidad del profesorado, con independencia de que éste pierda la idoneidad eclesiástica en su día conferida³⁵. El mecanismo propuesto para lograr esta finalidad no es otro, según Alejandro González-Varas Ibáñez, que los candidatos que cuenten con el beneplácito eclesiástico, puedan incorporarse, a través de convocatorias específicas (relacionadas con la metodología didáctica, régimen jurídico de las escuelas y cultura general) al cuerpo estable de profesores³⁶. El mecanismo actualmente previsto en la Ley italiana 186/2003, de 18 de julio, es la convocatoria de una prueba sobre las materias citadas. El listado de las personas que la superan se remite al ordinario diocesano, y previo acuerdo entre el obispo y el director del centro, éste firma un contrato laboral indefinido con los candidatos afectados. El hecho de que se revoque la idoneidad eclesiástica o que haya carencia de alumnos no afecta a la estabilidad del contrato del profesor, porque la Ley prevé su eventual movilidad, pasando a explicar otras asignaturas.

El modelo descrito no es convincente. No lo es, desde una perspectiva general, porque se genera, con su traslación y adaptación al modelo español, una forma distinta de acceso a la función pública docente no universitaria, lo que ya de por sí resulta, *prima facie*, perturbador³⁷. Tal conclusión se ve adverbada si se hace notar, en un

33 Afirmación que, como observa Rafael Rodríguez Chacón, tiene consecuencias a la hora de calificar el cese o finalización de la relación y a la eventual denegación del complemento derivado de la antigüedad (en "Los profesores...", cit., pp. 249-250).

34 La renovación ya fue prevista, respecto de los profesores de religión integrados en los centros de enseñanza media, en la Orden Ministerial de 11 de octubre de 1982, publicada en el BOE de 16 de octubre del mismo año.

35 Más complejo es el modelo alemán, que resumimos tomando en consideración el estudio de María J. Roca "Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas", en RGDCDEE 14 (2007). La escuela de religión católica tiene carácter de garantía institucional en dicho país, en línea con lo establecido en la Constitución de Weimar (pp. 4, 6). Deben tomarse en consideración las normas constitucionales, las federadas y las internacionales, que se ven afectadas por la cláusula Bremen (pp. 4 ss.). En dicho país, los profesores de religión son funcionarios públicos en igualdad de condiciones a sus colegas de otras disciplinas, pero que precisan para su nombramiento de la *missio canonica* o de la *vocatio* conferidas por la iglesia católica y evangélica, respectivamente (p. 19), y si pierden tal idoneidad siguen impartiendo en la Universidad disciplinas afines (sociología o filosofía) y en la enseñanza media otras asignaturas (p. 20).

36 En "El régimen jurídico...", cit., pp. 35-ss.

37 El propio autor recuerda (ibídem, pp. 32-33), que el Tribunal Constitucional mantiene que las particulares exigencias de contratación de los profesores de religión solamente les permite que se ocupen de esa asignatura.

plano más concreto, que las pruebas descritas no guardan relación directa con las concretas asignaturas docentes que el docente puede explicar a sus alumnos. Si tales carencias son significativas en la enseñanza preescolar, serían más llamativas en la primaria y abiertamente criticables en la educación secundaria, en la que la especialización del profesor debe ser un requisito a exigir y preservar. Un camino distinto hubiera pasado por cuestionarse si el Acuerdo sobre enseñanza impone, de forma ineludible, que el contrato de trabajo establecido entre la Administración y el docente tenga carácter temporal. Si la respuesta es afirmativa, lo más lógico sería abordar su revisión por parte de ambas partes, o la denuncia por parte de aquél. Si la respuesta es, por el contrario, negativa, siempre podría el legislador establecer un régimen específico para esta relación laboral indefinida especial, determinando como causa específica de despido la prevista en dicho Acuerdo.

La cuarta novedad contenida en la Disposición Adicional Tercera LOE es la afirmación de que la remoción del profesor de religión “se ajustará a Derecho”. No queda claro si el término empleado alude a la remoción de la idoneidad eclesiástica o de la propia condición de profesor, pareciendo más lógico optar por la última interpretación por ser más amplia. En todo caso, en puridad, la afirmación de que la remoción de un trabajador se ajustará a Derecho no parece que tampoco incorpore novedad alguna puesto que, en aún en ausencia de tal disposición, ya vendría su contenido asegurado por lo previsto en el Estatuto de los trabajadores y por la inserción de la norma en un Estado de Derecho.

Podemos afirmar, a modo de conclusión, que la Disposición Adicional que acabamos de resumir no contiene espectaculares avances en relación con la normativa anterior. No mantiene la misma opinión la Conferencia Episcopal, que ha afirmado que dicha norma no respeta ni los compromisos adquiridos por el Estado español con la Santa Sede ni la Sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional acaba de dictar porque, a su juicio, “asimila la situación legal de los profesores de religión en las escuelas estatales a las formas contractuales generales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, sin reconocer satisfactoriamente el carácter específico de su trabajo, derivado de la misión canónica que les encomienda la enseñanza de la religión y moral católica”. En dicho documento se afirma igualmente que solamente la autoridad de la Iglesia puede garantizar que el profesor de religión dis-

ponga de la capacitación académica especial e identificación con la doctrina y la moral católica³⁸.

Por otra parte, la LXXXIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española ha adoptado un acuerdo, el 27 de abril de 2007, “sobre la regulación de la declaración eclesiástica de idoneidad para la designación de los profesores de religión católica”³⁹. En la misma se prevé ahora la existencia de un triple requisito: la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA), la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) y la Propuesta del ordinario diocesano (*missio canonica*) a la Administración Educativa del profesor que considere competente e idóneo para un centro escolar concreto. La primera es expedida por la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, y para obtenerla será preciso contar con la partida de bautismo y trescientas horas lectivas de estudios⁴⁰. La segunda sigue siendo competencia del ordinario diocesano, y supone “recta doctrina y testimonio de vida cristiana”⁴¹. Está basada en consideraciones de índole moral y religiosa, criterios cuya definición corresponde al obispo diocesano”; puede ser revocada cuando deje de cumplirse alguna de “las consideraciones” por las que se concedió y no tendrá validez en otras diócesis. La tercera, que se encuentra suficientemente descrita con lo ya adelantado, equivale a la DEI y a la *missio* canónica, y será para cada año escolar.

En desarrollo de dicha normativa, se ha aprobado en fechas recientes el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión⁴². La norma, aplicable a los profesores de religión de centros públicos que

38 Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española: “La Ley Orgánica de Educación (LOE) y los Reales Decretos que la desarrollan y los derechos fundamentales de padres y escuelas” (28 de febrero de 2007), p. 3 (extraído de la página web de la Conferencia Episcopal Española).

39 Documento que puede consultarse también en el dominio informático de la Conferencia Episcopal Española <<http://www.conferenciaepiscopal.es>>.

40 El aumento de ciento veinte horas que se acuerda, respecto de la normativa anterior, serán cubiertos por los tres cursos actuales de “Formación complementaria”. Los documentos se pueden consultar en <<http://www.conferenciaepiscopal.es>>. Esta reforma se mueve en la línea de la propuesta doctrinal realizada por Jorge Otaduy Guerin (en “Idoneidad...”, *cit.*, pp. 21-22).

41 Sobre testimonio y pertenencia a la iglesia católica, vid. Otaduy Guerin, Jorge: “Idoneidad...”, *cit.*, p. 14, quien estima que es condición necesaria para el reconocimiento de la idoneidad el ser miembro de la confesión religiosa, por lo que se podría retirar en los supuestos de que la persona afectada abandonara la iglesia o acogiera determinadas creencias incompatibles con la fe católica (p. 15).

42 BOE 138, de 9 de junio. La relevancia de esta norma debe ser especialmente subrayada, porque pone fin a una larga polémica sobre si la relación laboral de los profesores de religión es ordinaria o de naturaleza especial. El Tribunal Supremo zanjó la cuestión afirmando que es una relación “objetivamente especial aunque no haya sido declarada expresamente como tal”, justificando tal afirmación en que tenía su origen en un Tratado internacional (Sentencia de 5 de junio de 2000 -RJ 2000\4650-, a la que siguieron otras posteriores en la misma dirección). El Real Decreto reseñado en el texto colma esa laguna legal, aunque sea discutible si confirma o desmiente la existencia de una relación laboral de carácter especial en sentido estricto. Algunos autores, como José Ignacio Bidón y Vigil de Quiñones, han defendido la conveniencia de que se articule una relación laboral que cumpla con las exi-

no formen parte de los cuerpos de funcionarios docentes, determina, en lo que interesa reseñar en el presente estudio, que su contratación será por tiempo indefinido⁴³ y a tiempo completo o parcial (art. 4). En relación con los destinos, se impone el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, estableciendo algunos requisitos concretos de valoración (experiencia docente, titulación académica, cursos de formación y perfeccionamiento) (art. 6). En cuanto a la extinción del contrato de trabajo, procederá (a) cuando la administración adopte tal decisión, previa incoación de expediente disciplinario, (b) por revocación ajustada a Derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la confesión religiosa que la otorgó y (c) por las demás causas de extinción previstas en el Estatuto de los Trabajadores (art. 7).

La solución ofrecida por el Derecho español, a través del Real Decreto cuyo principal contenido se acaba de glosar, es más acertada que la ofrecida por el Derecho italiano⁴⁴. Se limita a retomar el carácter especial del vínculo laboral que la Administración mantiene con los profesores de religión, y evita crear mecanismos alternativos que pudieran permitir su trasvase a otras áreas de conocimiento, decisión que podría comprometer el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a empleos públicos.

gencias derivadas del art. 2.1.i del Estatuto de los Trabajadores (en "El particular...", *cit.*, p. 14. Puede consultarse igualmente Toscani Jiménez, Daniel: "La problemática judicial y la nueva regulación legal de los profesores de religión". *Revista de Derecho Social* 5 (1999), esp. pp. 195 ss.). El Consejo de Estado considera, sin embargo, que las previsiones contenidas en el RD 696/2007 no crean una relación laboral de carácter especial (apoyándose para ello en los arts. 49.1.1 y 52.a) ET), concluyendo que "no cabe exceptuar en este Real Decreto lo dispuesto con carácter imperativo en el Estatuto de los Trabajadores" (En su Dictamen 548/007, emitido en relación con el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la Disposición adicional tercera de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

43 En la exposición de motivos se recuerda que tal decisión toma en consideración las Directivas 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (especialmente, su art. 4) (sobre esta última norma, puede consultarse Jiménez García, Francisco: *La internacionalidad...*, *cit.*, pp. 171 ss.). En el Dictamen del Consejo de Estado citado en la nota anterior se alude a un Informe de la Comisión Europea fechado en abril de 2006 en el que se rechazan las justificaciones dadas por el Gobierno español sobre el régimen jurídico de los profesores de religión y el cumplimiento de la primera directiva citada (el Dictamen se puede consultar en <<http://www.consejo-estado.es>>). En el plano doctrinal la cuestión ha sido polémica, como muestran las contribuciones de Ferreiro Galguera, Juan: *Profesores...*, *cit.*, p. 119 y, en sentido contrario, López-Sidro López, Angel: "Dimensión...", *cit.*, p. 21.

44 Es de justicia señalar que la citada normativa ha provocado una división de opiniones entre los profesores de religión. Mientras que la Asociación Profesional de Profesores de Religión en Centros Estatales (Aprece) estima que se han producido importantes avances (carácter indefinido de la relación laboral y su consideración como empleados públicos) la Federación Estatal de Profesores de Enseñanza Religiosa (Feper) sigue considerando que la normativa mantiene su situación de precariedad laboral, al dejar en manos de la autoridad eclesial la eventual retirada de la idoneidad eclesial. Estos datos se extraen de <http://www.discapnet.es/Discapnet/Castellano/Actualidad/Nueva_Hemeroteca/detalle?id=141575>. Por otra parte, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) cuestiona que uno de los requisitos para ser profesor de religión sea "no padecer enfermedad, no estar afectado por limitación física o psíquica incompatible con el desempeño de las correspondientes funciones", al considerar que contraviene el art. 34.2 de la Ley 62/2003, de de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ("Nota sobre aspectos contrarios a la discapacidad del Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión", aprobada el 14 de junio de 2007).

La respuesta de la Conferencia Episcopal española no se ha hecho esperar, expresada a través de la “Nueva declaración sobre la Ley Orgánica de Educación (LOE) y sus desarrollos: profesores de religión y Ciudadanía”⁴⁵. En lo que atañe al presente trabajo, dos críticas formuladas por la Conferencia merecen ser recordadas. La primera es sobre la normativa referida a los destinos profesionales de los profesores de religión. Como se ha indicado, tal materia ha quedado objetivada en la norma reglamentaria, y tal extremo es criticado por la Conferencia episcopal porque “el destino de los profesores a un puesto determinado forma parte de la misión de enseñar religión católica, misión que el Obispo no da en abstracto o de modo genérico, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas de lugar y personas”⁴⁶. Por otra parte, en lo que atañe al papel que la Iglesia desempeña para garantizar la idoneidad de los profesores de religión, no se asegura suficientemente tal autoridad. “La mera invocación de una “revocación ajustada a Derecho” (art. 7) –sin aclarar a qué Derecho se refiere– puede restringir indebidamente la competencia del Obispo para retirar la idoneidad cuando tenga que hacerlo en virtud de las previsiones del ordenamiento jurídico de la Iglesia (véase el canon 804)”. Dado que dicha facultad se encuentra recogida en un Tratado internacional, la Comisión concluye que éste no cede ni ante un Real Decreto ni ante una Ley ordinaria. Se refuerza esta argumentación recordando que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la apreciación del ordinario acerca de su un profesor imparte o no recta doctrina y si da o no testimonio de vida cristiana es inmune, en su núcleo, al control de los Tribunales”.

¿Tiene razón la Conferencia episcopal? ¿Puede afirmarse que la actuación del ordinario diocesano es discrecional y, por lo tanto, inmune a todo control judicial? Una lectura atenta de la Sentencia dictada por el Tribunal el 15 de febrero permite dar una respuesta a estos y a otros interrogantes.

45 Documento aprobado por la Comisión Permanente, en su reunión de 20 de junio de 2007, y que puede ser consultado en la propia página web de la Conferencia Episcopal Española <www.conferenciaepiscopal.es>.

46 Se cita en apoyo de esta tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2004. Recuérdese que en el documento de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, fechado el 27 de abril y al que ya se ha hecho referencia, la propuesta del ordinario diocesano (*missio canonica*) a la Administración educativa del profesor se concreta en la propuesta de aquel candidato “que considere competente e idóneo para un centro escolar concreto”.

III. LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 38/2007

A) DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CUESTIÓN

La Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y con los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, por posible infracción de diversos preceptos constitucionales.

Acogiendo la tesis expuesta por el Abogado del Estado, entiende el Alto Tribunal que la duda planteada solamente es viable (y por ello mismo, admisible) en lo que atañe a los apartados primero y segundo del art. III del Acuerdo con la Santa Sede, puesto que son los únicos preceptos relacionados con el sistema de provisión de los profesores de religión. No lo son las previsiones que establecen que nadie está obligado a impartir enseñanza religiosa o que los docentes forman parte del claustro del centro en el que imparten clases (párrafos tercero y cuarto del art. III del Acuerdo), o las referidas a la competencia eclesiástica para señalar los contenidos de la enseñanza o a sus eventuales facultades de control (párrafos primero y segundo del art. VI), o la disposición legal referida a la naturaleza laboral del contrato de profesor de religión (Disposición Adicional Segunda LOGSE).

Excluidas estas disposiciones (así como el art. VII del citado Acuerdo, por no haberse cumplido el trámite de audiencia respecto de él), la cuestión de inconstitucionalidad queda circunscrita al examen de validez de los dos primeros párrafos del Art. III del Acuerdo con la Santa Sede. Además de tales normas, en las alegaciones realizadas por el Abogado del Estado se alude también a determinados preceptos eclesiásticos (cánones 804.2 y 805 del Código de Derecho Canónico⁴⁷).

⁴⁷ El texto en vigor, dado en Roma el 25 de enero de 1983 y que fue promulgado por Juan Pablo II, Papa, se puede consultar en la página web del Vaticano <http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM>.

Más en particular, el planteamiento de la cuestión se recoge expuesto de forma impecable en la propia STC 38/2007; se suscita “la posible inconstitucionalidad de un régimen de contratación pública del profesorado de religión católica que confiere a un sujeto ajeno al Estado y sometido a otro ordenamiento la facultad de decidir sobre el acceso a empleos públicos y sobre la continuidad en los mismos con arreglo a criterios que pueden ser incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución” (FD 2). Más en particular, se consideran como presuntamente vulnerados los artículos 9, 14, 16, 18, 20, 23, 24, 27 y 103.3 de la Constitución.

B) SOBRE LA NATURALEZA NORMATIVA DE LOS PRECEPTOS SOMETIDOS A EXAMEN

Algunas consideraciones previas deben hacerse sobre estas las fuentes normativas que han sido citados por las partes procesales y por la doctrina que se ocupa de estos temas. Nos referimos al Acuerdo firmado entre el Estado español y la Santa Sede, de un lado, y a los cánones eclesiásticos, de otro.

En relación con el Acuerdo, el Abogado del Estado considera “que es dudoso que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado puede llevar consigo un pronunciamiento de nulidad, siendo de la competencia del Derecho internacional determinar la validez o nulidad de los tratados⁴⁸, tal y como presuponen los arts. 95.1 y 96 CE”, y que, en caso de que prosperara la cuestión, sería razonable defender que el Tribunal se limitara “a declarar meramente la inconstitucionalidad” (SSTC 45/1989 y 235/1999) o a posponer la fecha inicial de la nulidad para que en un plazo razonable se proceda a una revisión constitucional o, por vías propias del Derecho internacional, se haga desaparecer la parte inconstitucional del Tratado.

El Pleno del Tribunal Constitucional discrepa de esta interpretación, y lo hace con argumentos que son de sentido común, afirmando que “la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)”. Es oportuno recordar,

⁴⁸ El Tribunal Supremo ha ido más allá en el error, al afirmar, en su Sentencia de 11 de abril de 2003 (RJ 2003\5193), que el Acuerdo del que nos hemos ocupado en estas páginas tiene un “valor incluso superior a las disposiciones estatales y a la Constitución misma” (FD 4).

yendo más allá de la opinión mantenida por el propio Tribunal Constitucional, que el Tratado internacional presenta una doble naturaleza jurídica. De un lado es fruto de un pacto entre Estados (y desde este punto de vista, inatacable). De otro, forma parte del Derecho interno, encontrándose plenamente sometido a la Constitución. Por esta razón, no sería descartable (más bien, lo contrario, a la vista del art. 27.2.c) LOTC) que el Tribunal Constitucional concluyera que un precepto de un Tratado internacional que desconoce derechos fundamentales no puede ser aplicado por poderes públicos españoles⁴⁹, con independencia de que tal decisión pueda generar un incumplimiento del Reino de España respecto de las obligaciones en su día contraídas respecto de otros Estados.

Distinto papel juegan, en esta materia, los cánones contenidos en el Código de Derecho Canónico. Aunque el Abogado del Estado justifica la bondad de las previsiones contenidas en los cánones 804.2 y 805, porque se ven comprometidos por la Constitución pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II⁵⁰, el Pleno del Tribunal elude manifiestamente este enfoque. A juicio de este cronista, el Pleno del Tribunal acierta una vez más con este planteamiento omisivo puesto que es claro que, en contra de lo que piensan algunos autores⁵¹, las citadas normas son irrelevantes desde la perspectiva constitucional. Lo que quiere indicarse es que el Código eclesiástico vinculará, en su caso, a los miembros de la Iglesia en relación con sus superiores, pero ni constituye una norma del Estado español ni puede servir para establecer o romper relaciones jurídicas si no hay una norma estatal que lo prevea⁵².

Podría afirmarse algo más taxativo en la misma dirección. Si las normas contenidas en el Acuerdo con la Santa Sede precisan de pautas interpretativas para su correcta

49 Apoyándose para ello en argumentos ya manejados en el FJ 4 de la STC 64/1991, de 22 de marzo, en relación con el Derecho comunitario derivado.

50 Dicho texto puede consultarse en <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html>.

51 Ribes Suriol, Ana-Isabel: "Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de religión católica en los centros docentes públicos". *RGDCDEE* 14 (2007), p. 3 ss. y López-Sidro López, Ángel: "Dimensión...", *cit.*, pp. 12-14. Discrepamos abiertamente de la idea de que los derechos conferidos [sic, serían facultades] a las autoridades eclesiásticas por la normativa eclesiástica en relación con los profesores de religión sean protegibles por el Derecho del Estado en virtud del reconocimiento de la autonomía interna de las confesiones, porque es obvio que tal autonomía no podría incidir en la contratación de profesores en centros públicos si no fuera por la existencia de una norma interna que así lo prevea, como es el Acuerdo. El propio autor reconoce posteriormente (p. 14) que las confesiones no pueden actuar al margen del Derecho del Estado.

52 Como recuerda Jorge Otaduy Guerin "Ninguna de las expresiones de la disposición adicional segunda de la LOGSE ni del artículo III Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza permite deducir exclusión alguna del orden jurisdiccional estatal" (en "Idoneidad...", *cit.*, p. 17).

aplicación, no deberían articularse las mismas a partir de los cánones eclesiásticos, sino del viejo principio de interpretación favorable a la efectividad de los derechos fundamentales⁵³ y, en el caso que nos ocupa, al hilo de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁵⁴. A esta cuestión deberemos volver más adelante.

C) LA INTERVENCIÓN DE LOS DIOCESANOS ORDINARIOS EN LA SELECCIÓN DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN NO ES INCONSTITUCIONAL

El Pleno del Tribunal sitúa el nudo gordiano de la cuestión en el art. 16 CE. Partiendo del principio de cooperación con las confesiones (apartado tercero), se conecta el mismo con el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Dicha cooperación puede articularse también, a través de la inserción de la religión en el itinerario educativo, sin que sobre tal decisión del legislador se haya realizado reproche alguno en la cuestión de inconstitucionalidad, y en tal supuesto se garantiza tanto la libertad religiosa en su vertiente individual (permite a los padres elegir la educación religiosa de sus hijos, haciendo visible la dimensión externa que se anuda a dicha libertad) como en su faceta colectiva (haciendo efectivo el “derecho de las iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso”, FJ 5).

Por otra parte, el principio de neutralidad que adorna al Estado en materia religiosa impone también algunas consecuencias lógicas, a juicio del Tribunal. La primera es que a la iglesia, comunidad o confesión le corresponde definir el credo religioso objeto de enseñanza. La segunda es que “también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o

53 STC 37/1991, de 14 de febrero, FJ 3.

54 La bibliografía sobre libertad religiosa es ingente. Pueden citarse, entre otras muchas referencias, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: *Libertad religiosa y orden público*. Tecnos. Madrid, 1970; Suárez Pertierra, Gustavo: *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico*. Eset. Álava, 1978; López Castillo, Antonio: *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Aranzadi. Pamplona, 2002; Marzal Fuentes, Antonio: *Libertad religiosa y derechos humanos*. Bosch. Barcelona, 2004; Cañamares Arribas, Santiago: *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*. Aranzadi. Pamplona, 2005; Barrero Ortega, Abraham: *La libertad religiosa en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006 y Porras Ramírez, José María: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el estado democrático de derecho*. Civitas. Madrid, 2006.

de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”⁵⁵.

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Pleno recuerda el principio de plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, que alcanza a los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas⁵⁶, y señala que el contrato suscrito entre la Administración y los profesores de religión tiene naturaleza laboral⁵⁷, por lo que los conflictos que surjan en relación con él mismo están sometidos a la jurisdicción social⁵⁸. Más trascendental es la afirmación que se realiza a continuación, cuando el Pleno dispone que la libertad de criterio de las confesiones (tanto en lo que atañe a la determinación de sus contenidos como a las decisiones referidas a la idoneidad de los docentes) “no es en modo alguna absoluta”, “pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrados en la cláusula del orden público constitucional” (FJ 7). Como consecuencia de este principio, son “los órganos jurisdiccionales los que deben ponderar los diversos derechos fundamentales en juego”, siendo preciso “conciliar en el caso concreto las exigencias de la

55 FJ 5. Es comprensible que, en el FJ 11 in fine, se afirme que “la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad para poder impartir enseñanzas de religión en los centros educativos no puede estimarse irracional o arbitraria, respondiendo a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado”. Esta exigencia de la idoneidad tampoco lesiona ni el derecho individual a la libertad religiosa ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión, ya que estos derechos solamente se ven afectados “en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE)” (FJ 12).

56 En contra de lo sostenido, en Italia, por la Sección I del TAR de Puglia, con sede de Bari, en la Sentencia de 8 de julio de 1999 (como relata Alejandro González-Varas Ibáñez en “El régimen...”, *cit.*, p. 13. Puede consultarse dicha resolución en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* 3 (2000), p. 771).

57 En páginas anteriores hemos recordado que el Tribunal Supremo acordó que el contrato de los profesores de religión tenía relación laboral, y que tal entendimiento fue acogido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

58 Se recuerda que el Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y el Reino de España no excluye la potestad jurisdiccional de los órganos del Estado, y que el control judicial se produce en los actos discrecionales que tengan efectos sobre terceras personas (como son los supuestos de discrecionalidad técnica y de libre designación).

libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores”⁵⁹.

La aplicación de esta doctrina a la selección de profesores de religión supone que ésta debe haberse producido con plena sujeción a las previsiones legales que la regulan. La designación debe producirse entre las personas que el diocesano haya propuesto para ejercer esta enseñanza, y, dentro de éstas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad. También será enjuiciable la falta de propuesta por parte del ordinario, para comprobar que la misma se fundamenta en “criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente “religiosa” de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo” (FJ 7). Se impone así, una doble limitación a la decisión del obispo, ya que ésta debe versar, necesariamente, sobre una motivación estrictamente religiosa y con pleno respeto, además, de los derechos fundamentales que, en el caso concreto, puedan merecer mayor protección.

El Pleno considera que la intervención del obispo en el sistema de selección del profesorado de religión no vulnera el principio de igualdad, ya que “la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesiástica de idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y,

59 FJ 7. Discrepamos, en este punto, del Manifiesto suscrito por la Plataforma Ciudadana por una Sociedad Laica, cuando afirma que la declaración de idoneidad “vulnera claramente el derecho a la intimidad y a la vida privada”. Esta afirmación no puede realizarse con carácter general, aunque dicha lesión si se haya producido en abundantes supuestos de hecho concretos.

desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica” (FJ 9). La intervención de la confesión se justifica en la libertad religiosa que a su través se ejerce y en el principio de neutralidad del Estado, limitándose su papel a proponer a un docente (cuya designación corresponde a la autoridad académica, en cuyo proceso pervive el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad). “En definitiva, la función específica a la que se han de dedicar los trabajadores contratados para esta finalidad constituye un hecho distintivo que determina que la diferencia de trato que se denuncia, materializada en la exigencia de idoneidad, posea una justificación objetiva y razonable y resulte proporcionada y adecuada a los fines perseguidos por el legislador —que poseen igual relevancia constitucional— sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria” (FJ 9 *in fine*).

Con esta afirmación, el Tribunal subraya la especial naturaleza que caracteriza a la relación existente entre los profesores de religión y la Iglesia, afirmando que son más intensas que las existentes en una empresa de tendencia, ya que “la condición que deriva de la exigencia de la declaración eclesial de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe” (FJ 10). Entiende el Tribunal que no está tanto en juego la doctrina referida a las empresas de tendencia, como la libertad religiosa y la doble exigencia que dicho derecho comporta en su dimensión objetiva, la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. Las Administraciones no desarrollan tendencia o ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa.

Concluye su argumentación el Pleno del Tribunal Constitucional haciendo notar que no se ha suscitado la conformidad del Acuerdo sobre enseñanza con la Constitución. Por otra parte, las decisiones acerca de qué autoridad debe actuar como pagadora o de la naturaleza del vínculo contractual con los profesores de religión “resultan irrelevantes en términos de constitucionalidad del sistema”⁶⁰. Igualmente se cuida en señalar que “El control concreto de los actos de aplicación de estas disposiciones legales y de su conformidad con los derechos fundamentales corresponde, según ya se ha señalado, a los órganos judiciales y, en su caso, a este Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo” (FJ 14).

IV REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA SENTADA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (I): DELIMITACIÓN GENERAL Y PROPUESTA DEL OBISPO

El Pleno del Tribunal Constitucional se limita a señalar, en la Sentencia resumida en líneas anteriores, que la incidencia de los obispos en la selección del profesorado de religión no es contraria a la Constitución. Es una de las formas posibles de articular el principio de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica y las demás confesiones, recogido en el art. 16.3 CE. Tal decisión, añade el Pleno, no prejuzga que la actuación del ordinario diocesano sea inmune al control judicial, y que deba respetar los derechos fundamentales de los docentes, cuestión que, en su caso, debe ventilarse por los órganos judiciales y, en último extremo, por el propio Tribunal Constitucional, a través del amparo constitucional.

En el presente estudio se comparten, en lo sustancial, los argumentos manejados por el Pleno del Tribunal Constitucional, argumentos que permiten articular algunas reflexiones añadidas. Para conjurar eventuales críticas, y con la honestidad intelectual de separar el enfoque jurídico del que opera en el plano de la oportunidad, realizaremos algunas consideraciones de *lege ferenda* sobre la opción entre laicismo y laicidad contenida en la Constitución. Después de ese interludio, volveremos a retomar

⁶⁰ FJ 13. Aunque se afirme a renglón seguido que algunas de tales decisiones pueden resultar relevantes en lo que atañe al reconocimiento y la mejor protección de los derechos económicos y sociales de los profesores.

el método jurídico para conferir un mayor desarrollo a la argumentación realizada por el Pleno del Tribunal.

A) ALGUNAS PRECISIONES INICIALES: LAICISMO, LAICIDAD E IGLESIA CATÓLICA

El origen del problema habría que situarlo en la propia Constitución, que ha optado por la laicidad frente al laicismo⁶¹. Esto es una decisión constitucional cuya validez jurídica es imposible cuestionar, pero sobre cuya pertinencia podría abrirse un debate *pro futuro*, sobre todo cuando nos encontramos ante sociedades abiertas donde la nacionalidad y la existencia de una cultura homogénea (en sentido amplio) comienzan a ser mitos del pasado. Las sociedades actuales, y la española no es una excepción, son abiertas, viéndose conformadas por gentes de muy distinto origen y con intereses religiosos muy diversos. En un contexto como el actual la apuesta debería consistir en llevar la religión al ámbito privado de cada quién, estableciendo una nítida separación entre religión y Estado, siguiendo el modelo establecido en Francia o en México.

Sin embargo, debemos partir, en un estudio jurídico como el presente, de una determinada realidad constitucional, que debe ser respetada y asumida por todos los poderes del Estado mientras no se vea modificada. Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, la misma se articula en torno al reconocimiento, individual y colectivo, de la libertad religiosa y a través de los principios de neutralidad del Estado⁶² (aconfesionalidad) y cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.

Dichas premisas no imponen, es bueno recordarlo, que los centros públicos de enseñanza tengan que impartir clases confesionales, ya que del art. 27.3 CE no cabe deri-

61 La cuestión ya había sido tratada en el Voto Particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia del Pleno 46/2001, de 15 de febrero, recaída en el recurso de amparo 3083/96, y al que se adhirieron los Magistrados Rafael de Mendizábal Allende, Fernando Garrido Falla y Guillermo Jiménez Sánchez. En el mismo se explica que nuestro modelo de Estado es, en la materia que nos ocupa, laicista y no laico, y se deduce tal hecho de la interrelación existente entre los apartados primero y tercero del art. 16 CE. En el mismo lugar se contienen otras afirmaciones más polémicas como son entender que la libertad religiosa es un principio constitucional o que existe un privilegiado lugar de la iglesia católica respecto de otras confesiones), pero no es preciso profundizar en su valoración a los efectos de la presente investigación.

62 ¿Podría desterrarse la clase de religión de las aulas? El Tribunal Constitucional italiano entiende que no (Sentencia de 12 de abril de 1989, núm. 203, citada por Alejandro González-Varas Ibáñez en "El régimen...", *cit.*, p. 17), aunque la cuestión es más compleja. La Constitución impide, con toda seguridad, que se cercene el derecho de las iglesias a difundir su religión y captar adeptos, pero es posible que no imponga que tal actuación deba articularse a través de un concreto medio como es la educación pública.

var la existencia de un derecho subjetivo a que aquéllos incluyan dicha enseñanza en su oferta educativa, siempre que se garantice la existencia de centros privados o concertados que puedan satisfacer las demandas de los padres en la materia⁶³. Sin embargo, el legislador y los poderes públicos han decidido, y ello no es contrario a la Constitución, incorporar las clases de religión a los centros públicos de enseñanza. En el caso de la Iglesia Católica, en relación con las demás confesiones, se da la paradoja de que la cúspide eclesial es titular de un Estado, lo que hace que los Acuerdos suscritos entre el Reino de España y la Santa Sede se proyecten en diversos Tratados internacionales⁶⁴ (y no en una Ley, como ha ocurrido en relación con otras confesiones), lo que dota a los mismos de una especial rigidez normativa que, aunque no excluye su plena sumisión a la Constitución, dificulta su eventual modificación y sitúa a dicha norma en una privilegiada posición respecto de las restantes normas con fuerza de Ley⁶⁵.

Es oportuno reiterar que en el presente trabajo de investigación no se cuestiona la eventual inconstitucionalidad de los dos primeros párrafos del art. III del Acuerdo de enseñanza, no encontrando mejores argumentos que los contenidos en la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional para determinar que las previsiones contenidas en el citado artículo no son incompatibles con el texto constitucional.

El debate jurídico-constitucional no debe concluir, sin embargo, con esta afirmación. El hecho de que una norma sea constitucional no agota los posibles problemas que puede suscitar su interpretación y aplicación. En el caso que nos ocupa es tan oportuno defender que los contenidos del art. III del Acuerdo deben ser respetados por el Estado, como que corresponde a éste último, en exclusiva, regular las cuestiones que en aquélla norma no se han contemplado. Dicho con otras palabras, así como no cabe

63 Se ha realizado una generosa interpretación del art. 16.3 CE (*cf.* Sande Pérez-Bedmar, María: "De nuevo...", *cit.*, p. 9), que no es la única lectura constitucionalmente posible de dicho precepto constitucional. También confiere un destacado lugar al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones Carmelo de Diego-Lora, en "Régimen jurídico de los profesores de religión en los centros públicos de enseñanza (la garantía constitucional del art. 27.3 de la Constitución Española)". *Actualidad Laboral* 48 (1989), pp. 635 ss.

64 Sobre esta cuestión, *vid. supra*, el epígrafe 3.b).

65 Un botón de muestra. Ninguna disposición del Acuerdo de enseñanza obliga al Estado a asumir el coste de las clases de religión. El art. VII se limita a señalar que "La situación económica de los profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los cuerpos docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española, con objeto de que sea de aplicación a partir de la entrada en vigor del presente acuerdo". Sin embargo, la Administración asumió dicho coste (en un primer momento a través de la Conferencia Episcopal y después directamente –Convenios de 1993 y 1999–), por lo que cualquier replanteamiento precisa o del previo concierto con la autoridad eclesiástica o de la denuncia del Acuerdo.

cuestionarse la facultad del ordinario diocesano relacionada con la declaración de idoneidad eclesiástica, porque allí está reconocida, salvo a través del mecanismo de la denuncia del Acuerdo⁶⁶, tampoco puede negarse al Estado el derecho de regular, como estime pertinente, el estatuto jurídico del profesor de religión, aclarando el tipo de vinculación existente, las condiciones en las que aquéllos prestan sus servicios, o la previsión y regulación de una asignatura sustitutiva a la de la religión⁶⁷.

La pretensión perseguida en las siguientes líneas es más modesta y tiene naturaleza estrictamente jurídica: pretende realizar una lectura constitucionalmente adecuada de la facultad que a los ordinarios diocesanos confiere el art. III del Acuerdo sobre enseñanza, que permita comprender cuáles son los límites que la Constitución impone a su ejercicio. Tal delimitación debe realizarse al amparo de la propia Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional reseñada en líneas anteriores, pronunciándonos sobre algunos de los interrogantes que siguen abiertos en la materia.

B) LA PROPUESTA DE IDONEIDAD DEL ORDINARIO DIOCESANO

Es innegable que en la previsión del Convenio de 1999 que afirma que los docentes de religión serán designados por la autoridad educativa “entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza”, contenida en el art. III del Acuerdo, existe un amplio margen de interpretación. La Conferencia Episcopal Española acaba de realizar una particular lectura de tal precepto, entendiendo que “el destino de los profesores a un puesto determinado forma parte de la misión de enseñar religión católica, misión que el Obispo no da en abstracto o de modo genérico, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas de lugar

66 Mientras que la Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos (CEAPA) ha manifestado que el Acuerdo sobre enseñanza es inconstitucional, la Asociación Juan XXIII ha instado, en su 21 Congreso de Teología, a su urgente revisión (datos extraídos de Feijóo, Alejandro: “La situación laboral de los profesores de religión a debate”. Publicado en <http://www.religion.profes.net/archivo2.asp?id_contenido=23461>, También ha sugerido su revisión María Sande Pérez-Bedmar, en “De nuevo...”, *cit.* p. 12) mientras que el Movimiento Pro-Celibato Opcional (MOCEOP) ha exigido su derogación (“Nota de Prensa de MOCEOP sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación con la profesora de religión despedida”, disponible en <http://www.moceop.net/spip.php?article53&var_recherche=profesor>). Puede consultarte también el documento disponible en <http://europalaica.com/noticias/c070314_rivas.html>.

En la sesión del Pleno del Senado celebrada el 9 de octubre de 2001 todos los grupos parlamentarios, excepto el del Partido Popular, pidieron la revisión del Convenio suscrito por el Gobierno y la Conferencia Episcopal en 1999. De tal polémica dio cumplida información El País un día después, y se encuentra igualmente recogida en <<http://www2.uah.es/vivatacademia/antecedentes/veintinueve/opinion.htm>>.

67 Es oportuno recordar que la existencia de una asignatura sustitutoria no está prevista en el Acuerdo, y que su eventual supresión no generaría, en opinión del autor de estas líneas, discriminación alguna, ya que la hora adicional de clase de enseñanza religiosa se justificaría en la propia libertad religiosa expresada por los padres.

y personas”⁶⁸. Es posible discrepar de esta interpretación por la existencia de argumentos lógicos y, sobre todo, jurídicos. Comenzando por los primeros, no puede entenderse con base a qué criterios una persona puede ser idónea para explicar la enseñanza religiosa en un instituto y no serlo para prestar sus servicios en otro. Más contundentes, son, sin embargo, los argumentos jurídicos. Asumir, en este punto, los postulados de la Conferencia Episcopal española solamente serviría para pulverizar las exigencias constitucionales de mérito y capacidad, lo que no parece de recibo. Es oportuno recordar que ha sido el propio Pleno del Tribunal Constitucional quien ha señalado que en el procedimiento que concluye con la designación de los docentes de religión pervive el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad (FJ 9). Pues bien, para que tal afirmación tenga sentido, se debería formular una lectura constitucionalmente adecuada del art. III del Acuerdo, que se concretaría en la exigencia de que la autoridad eclesiástica proponga un número global de candidatos muy superior al de puestos para ocupar, lo que garantizaría la plena vigencia del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.3 y 103.3 del mismo cuerpo normativo, que serían exigibles en el posterior proceso de selección del personal realizada por la Administración empleadora⁶⁹. Dicho con otras palabras, la vigencia del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos impondría una carga a la confesión religiosa de que se trate, consistente en que el número global de candidatos propuestos tuviera que ser significativamente superior al de puestos a cubrir. Otro entendimiento de la actuación del obispo, en el que pudiera proponer a un candidato para la provisión de un puesto docente, hace que los principios de mérito y capacidad, cuya vigencia propugna el Tribunal Constitucional, se desvanezcan como humo. Lo que es indudable es que el art. 6 del Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, que prevé que a los destinos de los profesores de religión se accederá mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad ni contraviene el Acuerdo suscrito con la Santa Sede ni puede ser cuestionado, por esta razón, en sede constitucional, puesto que se trata de un evidente reflejo de la doctrina constitucional que se acaba de resumir.

⁶⁸ En la “Nueva declaración...”, cit.

⁶⁹ Resulta manifiestamente desafortunado y poco riguroso afirmar que el obispo puede imponer un mandato a la Administración educativa y afirmar que actúa como patrono espiritual, recordando la Sentencia del Tribunal supremo de 5 de junio de 2000, recaída en el recurso de unificación de doctrina 3809/1999, ya que introduce una extraña noción en el ámbito del Derecho laboral.

La propuesta debe ser plural porque, en caso contrario, se trataría de una designación discrecional y *ad nomine*, incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por otra parte, la decisión del obispo debe circunscribirse a determinar la idoneidad o inidoneidad de una persona para impartir clases de religión católica, sin que pueda exigir o esperar de ella “tanto el juramento de fidelidad como la profesión de fe”⁷⁰. Por eso resulta discutible que pueda afirmarse que el ordinario diocesano confiere una misión canónica (*missio canonica*)⁷¹, como si el beneficiado actuara como delegado eclesial. Jorge Otaduy Guerin estima que el encargo docente no constituye una misión canónica, sino un mandato, ya que a su través no se confiere al profesor “una serie de facultades jurídicas, normalmente, vinculadas al ejercicio de la potestad sagrada en la iglesia”⁷².

Más allá del nombre que reciba el nombre de la facultad conferida al ordinario diocesano, importa valorar si es razonable que se pueda exigir a una persona ser testimonio personal e instrumento para la transmisión de valores y determinar, en su caso, qué alcance debería alcanzar dicha exigencia⁷³. Pues bien, el autor que se acaba de citar señala que “Impartir enseñanza religiosa católica en nombre de la Iglesia supone comunicar ciertos valores y no es capaz de hacerlo quien ciega la fuente principal para su transmisión, el testimonio de la propia conducta”⁷⁴. A nuestro juicio esta afirmación solamente puede ser compartida si dicho testimonio afecta a la tarea docente del profesor, puesto que la idoneidad se reconoce o deniega a tales efectos, sin que pueda exigirse un testimonio cristiano en dimensión positiva⁷⁵ y aplicable a

70 Ana-Isabel Ribes Suriol entiende que estamos en presencia de “instrumentos que tienden a asegurar que sólo alcancen el desempeño de la función educativa de esta asignatura aquéllos que, con compromiso de futuro, manifiesten los vínculos de unión con la iglesia y la sujeción a la autoridad” (en “Reflexiones...”, *cit.*, p. 8). Es oportuno recordar que tales instrumentos son desproporcionados, dado que los docentes de religión no han establecido votos con la Iglesia y que la idoneidad se limita a su función docente. Por otra parte, como señala Miguel Cardenal Carro, el criterio de oportunidad del ordinario diocesano no se compadece con la obligación de la Administración de elegir a los más capacitados si previamente pueden ser eliminados del cuerpo de disponibles sin motivo alguno (en “La constitucionalidad...”, *cit.*, p. 17).

71 *Ibidem*, p. 9.

72 En “Idoneidad...”, *cit.*, p. 7.

73 Ya se ha visto que la exigencia impuesta al profesor de religión es más intensa que la existente en las empresas de tendencia. Sobre estas cuestiones existe una abundante bibliografía en la que pueden citarse las aportaciones de F. Blat Gimeno (*Relaciones laborales en empresas ideológicas*. Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1986), Marc Carrillo (*La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Civitas. Madrid, 1993), F.J. Calvo Gallego (*Contrato de trabajo y libertad ideológica*. Consejo Económico y Social. Madrid, 1995), Jorge Otaduy Guerin (*La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*. EUNSA. Pamplona, 1985), Tomás de la Quadra-Salcedo [“La cláusula de conciencia: un Godoy constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, (1988)] e Ignacio Villaverde Menéndez (“Libertad de expresión y empresas de tendencia”. En Pizzorusso, Alessandro (coord): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional*. Giuffrè-Tirant lo Blanch. Valencia, 2005).

74 En “Idoneidad...”, *cit.*, p. 12.

75 *Ibidem*, p. 14.

todos los actos de su vida, puesto que lo contrario incide en los derechos constitucionales a la libertad ideológica, religiosa y a la intimidad, y en el derecho a la vida privada consagrada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No debe olvidarse, y en esto coincidimos con Jorge Otaudy Guerin, que la clase de religión católica no sirve para transmitir la fe, sino que presenta naturaleza teológica. Se trata de una enseñanza científica, por lo que el testimonio cristiano no puede identificarse con actitudes de fe⁷⁶.

V REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA SENTADA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (II): LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIAÍSTICA A PERSONAS QUE YA CONTABAN CON ELLA

Los mayores problemas no han venido, sin embargo, del poder positivo del ordinario diocesano para la propuesta de candidatos para la docencia de la enseñanza de la religión católica, sino de la decisión obispal de retirar (o no volver a conceder) la idoneidad eclesiástica a personas que ya habían actuado en el pasado como profesores de religión⁷⁷. En su momento se hizo notar que el Tribunal Constitucional ha admitido dicha posibilidad de remoción siempre que la misma (a) se adopte en el ejercicio de la libertad religiosa de la confesión y (b) respete el orden público constitucional (del que forman parte los derechos fundamentales de las personas afectadas).

Ambas afirmaciones son, en lo esencial, compartidas en el presente estudio. Lo que ocurre es que, en el marco de un estudio doctrinal como el presente, es posible realizar algunas consideraciones añadidas⁷⁸. Algunas de ellas podían haber encontrado

⁷⁶ *Ibidem*, p. 16. En esta misma línea argumentativa Miguel Cardenal Carro sostiene que se confunde docencia con actividad religiosa [en "La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica (I)". *Aranzadi Social* 21 (abril 2007), p. 14].

⁷⁷ Como ya es sabido se han dictado resoluciones judiciales que han afirmado que dicha actuación del ordinario diocesano no precisaba ser motivada, al entender que el contrato de profesor de religión tenía carácter temporal y se extinguía automáticamente al finalizar cada curso escolar. Especial predicamento alcanzó la visión mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en diversas Sentencias (de 26 de febrero de 2001, de 25 de julio de 2000 o de 15 de noviembre de 1999, entre otras, AS 2001\302, 2000\2811 y 1999\3898, respectivamente). El Tribunal estima que caben tres hipótesis. Entender, en primer lugar, que la propuesta del obispo es controlable en todos sus extremos por los tribunales, debiendo justificarse la retirada de la idoneidad. Mantener, en segundo lugar, que la propuesta del obispo no puede ser objeto de control jurisdiccional, ya que responde a un ejercicio de su ministerio espiritual. Defender, en tercer lugar, que la decisión del ordinario diocesano no es controlable siempre que tenga a una persona que cuente con la titulación legalmente exigible. A ello se uniría la posibilidad de controlar el ejercicio de sus facultades desde la perspectiva de los derechos fundamentales. El Tribunal se decantará, finalmente, por esta última orientación.

⁷⁸ Dichas reflexiones tienen carácter general, por lo que dejaremos el examen de otras consideraciones más específicas, como son las abordadas en el estudio de Rafael Rodríguez Chacón, "Los profesores...", *cit.*, pp. 256 ss.

cobijo en la STC 38/2007, porque son desarrollo lógico de afirmaciones que allí se recogen y porque forman parte de las materias debatidas con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad. Otras reflexiones, sin embargo, tratan de ahondar en una delimitación de las facultades del diocesano ordinario posee en lo que atañe a la eventual remoción de idoneidad a una persona a la que le fue reconocida en el pasado.

Antes de entrar en el examen de tales reflexiones, podría suscitarse un problema previo, porque es probable que su resolución revelara que nos encontramos ante un falso dilema, y que el mismo no presenta, pese a todo, contenido constitucional. En páginas anteriores hemos señalado que la jurisprudencia había señalado que la vinculación contractual existente entre la Administración competente y el profesor de religión tenía naturaleza laboral. Es oportuno añadir ahora que dicha jurisprudencia ha señalado, igualmente, que dicha vinculación tiene carácter temporal⁷⁹, y ello con independencia de que se hubiera establecido desde antiguo el principio de renovación automática de los profesores de religión⁸⁰. Partiendo de estos datos, diversos autores han entendido, como algo obvio, “que si nos encontramos ante un supuesto de expiración del tiempo convenido no entran en juego las normas del Estatuto [de los Trabajadores] sobre despido disciplinario –artículos 54 a 56– ni tampoco sobre la extinción por causas objetivas –artículos 52 y 53– con las exigencias respectivas de motivación y de forma, que no son de aplicación al caso de los profesores de religión”⁸¹. Aunque ya era posible discrepar de esta afirmación en el momento en que se realizó⁸², es oportuno recordar, además, que el estatuto jurídico de los profesores de religión ha cambiado recientemente. En efecto, el Real Decreto 696/2007, de 1 de

79 Aunque la jurisprudencia no ha sido siempre uniforme en este punto, y algunos Tribunales Superiores de Justicia han afirmado que el contrato de los profesores tenía carácter indefinido (pueden consultarse las Sentencias de Extremadura y Madrid de 28 de mayo de 1998 y 13 de enero de 1999 –AS 1998\2348 y 1999\164–), el Tribunal Supremo ha establecido que estamos en presencia de una relación laboral a término que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual (Sentencia de 5 de junio de 2000, RJ 2000\4650, cuya doctrina se reitera en otras muchas posteriores).

80 El art. 3 de la orden de 11 de octubre de 1982 establece que el nombramiento de profesor de religión “tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento”. Afirma el Tribunal Supremo, en la Sentencia citada en la nota anterior, que “el que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del ordinario, no afecta a la existencia del término, sino en todo caso a su renovación”.

81 Otaudy Guerin, Jorge: “Estatuto...”, *cit.*, pp. 355-356.

82 Aunque la cuestión sea opinable, es posible defender, como el propio Tribunal demuestra en la Sentencia reseñada, aunque no lo haya justificado, que, con independencia de cuál sea la legalidad aplicable, la retirada de la idoneidad eclesial puede comprometer derechos fundamentales sustantivos (libertad sindical, libertad de expresión, intimidad) y procesales, en la medida en que afecta si no a un derecho al puesto de trabajo, si a una expectativa a volver a contar con el mismo, expectativa generada por el propio ordinario diocesano.

junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión, establece ahora que dicha relación laboral tiene carácter indefinido, lo que convierte la retirada de la idoneidad eclesiástica en una causa de resolución del contrato de trabajo que, aunque legítima, debe ser respetuosa con las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

A) LEGITIMIDAD Y REQUISITOS FORMALES DE LA DECISIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional no se plantea si la retirada de la *venia docendi* es una medida legítima o si podrían buscarse argumentos que justificaran la imposibilidad de que el obispo pueda separarse de lo ya acordado, sobre la misma persona, en ocasiones anteriores. Afirmando que tal decisión se encuentra sometida al control judicial, el Pleno asume que la retirada de dicha idoneidad se pueda producir.

Aunque la cuestión pueda ser sometida a debate, a juicio del autor de estas líneas no puede discutirse seriamente que la autoridad eclesiástica pueda oponerse, en determinados supuestos, a que una persona continúe actuando como docente de enseñanza religiosa. Es obvio, por ejemplo, que la iglesia católica puede tener un legítimo interés en que no sea profesor de religión católica quién ha decidido abjurar formalmente de la misma, a través de la apostasía.

En supuestos como el descrito, es comprensible que la confesión afectada decida prescindir de los servicios docentes que hasta entonces venía prestando la persona afectada. Lo que interesa determinar, entonces, es qué características debe reunir el acto a través del cuál el ordinario diocesano retira, *pro futuro*, la idoneidad eclesiástica a una persona a la que previamente se le había reconocido. A juicio del autor de estas líneas, dos son las exigencias que pueden anudarse a dicha decisión. De un lado, que sea motivada. De otro, que sea excepcional.

En efecto, si se acepta que la decisión de los obispos sobre la no renovación de un profesor de religión puede ser controlada en sede judicial (y, en su caso, constitucional, a través del recurso de amparo), parece igualmente claro que debe tratarse de una decisión externamente motivada. El Tribunal Constitucional ha declarado que no

estamos ante actos inmunes al control judicial, pero podría haber añadido que, precisamente por ello, para que dicho control pueda producirse, debe tratarse de actos motivados⁸³.

Desde esta perspectiva son desafortunadas las opiniones doctrinales y las resoluciones judiciales que han afirmado que la decisión de un obispo de retirar la idoneidad eclesíastica a una determinada persona no precisa de justificación alguna, o que sostienen que basta con que el diocesano considere rota la relación de confianza existente con el docente⁸⁴, sin explicitar motivación alguna, para avalar dicha decisión. Tal visión del problema no solo desconoce la jurisprudencia constitucional contenida en la Sentencia de Pleno que se está glosando, sino que consagra igualmente una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, en un doble plano⁸⁵. De un lado, porque tiene derecho el justiciable a conocer los motivos manejados por la autoridad eclesíastica para, en su caso, poder combatirlos. De otro, porque consagra una denegación de justicia en la medida que impide que se realice una ponderación judicial sobre el fondo del asunto sometido a su control, a la que igualmente resultan obligados los órganos judiciales.

Por otra parte, las circunstancias del caso (fundamentalmente, el hecho de que la autoridad eclesíastica actúe en contra lo resuelto por sí misma, afectando a la resolución de relaciones laborales existentes entre la Administración y sus trabajadores), exige que debe contar con poderosas razones par adoptar tal decisión. Dicho de otra forma, corresponde al representante de la confesión justificar que la inevitable lesión en los derechos laborales del trabajador debe producirse porque, en las concretas cir-

83 Por eso son censurables las abundantes resoluciones judiciales españolas y extranjeras (por ejemplo, del Tribunal Supremo italiano, *cfr.* González-Varas Ibáñez, Alejandro: "El régimen...", *cit.*, p. 13) que entienden que las decisiones de los ordinarios diocesanos relacionadas con la idoneidad eclesíastica no precisan de motivación que las sustente.

84 Son numerosas las ocasiones en que diversas resoluciones judiciales y fuentes doctrinales aluden a este requisito tan evanescente. Ver, por todos, Briones Martínez, Irene María: "La realista interpretación del Tribunal Constitucional. Comentario crítico sobre la situación de los profesores de religión y moral católica y de la constitucionalidad de los Acuerdos con la Santa Sede en España y Colombia". *RGDCDEE* 14 (2007), apartado VII.3.1.

85 En la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gáldar de 31 de enero de 2000, en la que se declara despido improcedente el no llamamiento de la profesora Mercedes Moreno por parte del ordinario diocesano, puede leerse que, "en el caso enjuiciado, el Obispado presentó en el mes de septiembre de 1999 la preceptiva propuesta al Gobierno de Canarias y Ministerio de Educación sin incluir a la actora, y sin manifestar razón alguna para el cese y por tanto sin existir la oportuna propuesta en contra, procediendo la Administración, sin mayores indagaciones a dar de baja a la trabajadora, lo que coloca a esta ante una total indefensión, pues desconoce las razones que han llevado a esa falta de propuesta después de haber prestado servicios de forma ininterrumpida" hasta ese momento (FD 4). Puede consultarse también la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Pamplona de 24 de diciembre de 1998, en el que se realizan similares reflexiones (FD 4) en relación con Agustín Echeverría Goñi. Estas resoluciones pueden ser consultadas en el dominio web del Equipo Nizkor (concretamente, en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/casos.html>>). Sobre este aspecto de la motivación, puede consultarse Jiménez García, Francisco: La internacionalidad..., *cit.*, p. 171.

cunstancias del caso, merece mayor protección la vertiente colectiva del derecho a la libertad religiosa⁸⁶. Por tal motivo puede concluirse que estamos ante una medida que presenta carácter excepcional.

B) LA IMPERTINENCIA DE LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIAÍSTICA POR RAZONES NO RELIGIOSAS

La existencia de un control sobre la retirada, por parte de un obispo, de la idoneidad eclesiástica supone que no cualquier razón puede justificar tal decisión. En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional se afirma que dicha motivación solamente puede ser religiosa, ya que dicha facultad se inscribe, y se encuentra amparada, precisamente, en la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa.

Sin comentar ahora, como merece, dicha aseveración, es interesante hacer notar que serían censurables, en principio, todas las decisiones de retirar la idoneidad eclesiástica a los docentes que se justifican en que estos se han servido de los cauces de conflicto colectivo en defensa de sus intereses laborales. En algunos casos, descritos en el comienzo del presente estudio, se hacía notar que los obispos habían sancionado en ocasiones las huelgas o las exigencias promovidas por los profesores de religión con la retirada de la *venia docendi*. Especialmente contundente se ha mostrado el representante de la Iglesia con aquéllas personas que han asumido un papel protagonista en la lucha sindical.

Esta actitud, reprobable desde el mismo dogma cristiano, no puede verse amparada por el Derecho. En primer lugar porque, como señala el Pleno del Tribunal, tal motivación no guarda relación alguna con la idoneidad de la persona para impartir enseñanza religiosa. Ni al Estado ni a este humilde cronista le corresponde definir, positivamente, cuál sean los criterios que deban manejarse para determinar si dicha idoneidad concurre o no, pero es obvio que la defensa de sus intereses laborales no solamente no repugna al ideario cristiano, sino que, bien al contrario, *prima facie*, parece respaldarlo. En todo caso, corresponde a la autoridad eclesiástica explicar en qué medida tales actos desacreditan, desde el punto de vista de la religión cristiana,

⁸⁶ Como se verá más adelante, esta opinión coincide con la expresada por los Magistrados Sala Sánchez y Pérez Vera en el Voto Particular que acompaña a la STC 128/2007, de 4 de junio, que será glosada más adelante en este mismo estudio.

a la persona para impartir clase de religión, lo convierten en inidóneo para cumplir tal papel. Tal exigencia se muestra especialmente precisa cuando la decisión del obispo puede servir para limitar la negociación colectiva de los trabajadores y la libertad sindical, que constituyen derechos fundamentales que merecen, en este caso, superior protección.

No existe ninguna duda de que la garantía de indemnidad, que acompaña a la libertad sindical, también censura la retirada de la idoneidad eclesiástica en supuestos como el descrito, en el que la persona afectada, promueve o participa en medidas de conflicto colectivo en defensa de sus derechos laborales. Sabido es que la libertad sindical garantiza igualmente, “en su vertiente funcional, el ejercicio de una libre acción sindical sin indebidas injerencias de terceros, que no queda circunscrita a la desarrollada en el interior de la empresa y que comprende, entre otras manifestaciones, el derecho a la libertad de expresión e información respecto de cualquier asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales”⁸⁷. Igualmente conocido es que el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, respecto de una medida laboral restrictiva adoptada por el empleador y que pueda comprometer la libertad sindical “debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)”⁸⁸.

87 STC 227/2006, de 17 de julio, FJ 3.

88 STC 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5 in fine. “La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)—, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo pro-

A la vista de esta doctrina, no es aventurado afirmar que la inmensa mayoría de las decisiones de retirada de la idoneidad eclesiástica que han seguido a la celebración de huelgas y encierros por parte de los docentes de religión darán lugar a resoluciones judiciales en las que se condene a la Administración. Es de justicia (humana, acaso también divina) que aunque la condena se imponga a la Administración educativa que consagró la lesión del derecho fundamental, sea la autoridad eclesiástica, responsable última de su comisión, la que responda de las consecuencias económicas de su actuación, porque ésta no se encuentra amparada por la libertad religiosa, y es la que ha generado los perjuicios económicos que deben ser reparados.

Aunque en la Sentencia del Tribunal Constitucional nada se afirma sobre cuál sería la posición que dicho órgano asumiría en el eventual supuesto de que un profesor de religión invoque su libertad sindical en relación con la retirada de la idoneidad eclesiástica, puede presumirse que optará por conferir el amparo solicitado. Aunque pueda ser considerado arriesgado formular tal opinión, la misma se ve confirmada no solamente porque es claro que la decisión del ordinario no se justifica en un motivo religioso, lo que ya sería motivo suficiente a juicio del Pleno del Tribunal Constitucional, sino porque impone a los órganos judiciales que, incluso si considera que la decisión del obispo tiene naturaleza religiosa, haga compatibles las exigencias de la libertad religiosa “con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores” (FJ 7). No deja de ser significativo que el Pleno se haya referido expresamente a los derechos laborales cuando resulta obvio que tal naturaleza no hace que dejen de formar parte de los derechos fundamentales. Es posible que la decisión de subrayar la pertinencia de tal tipo de derechos encierre ya una toma de posición, acaso inconsciente, sobre la cuestión examinada en el presente epígrafe.

Dicha eventual toma de posición es inevitable, salvo que el Tribunal optara por reformular una doctrina (la referida a la garantía de indemnidad) que se encuentra muy

pósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4”).

asentada en su jurisprudencia. Desde esta perspectiva puede afirmarse sin temor alguno de incurrir en un desafuero que se han producido por parte de algunos diocesanos ordinarios excesos a la hora de retirar la *venia docendi* a determinadas personas, excesos que son tan evidentes que, a diferencia de lo acaecido cuando se han utilizado motivos religiosos, han sido generalmente reprimidos por los órganos judiciales que han conocido de las causas.

Uno de los casos más sangrantes ha sido el protagonizado por Rafael Ramírez Santana⁸⁹. Los problemas comenzaron cuando se presentó a las elecciones sindicales, momento en el que se comenzaron a tomar medidas de presión contra él. La primera consistió en un traslado forzoso, realizado a instancias de la autoridad eclesiástica, que se consagró cuando solicitó su reincorporación docente, y que fue impugnado en sede judicial por vulnerar la libertad sindical, como así quedo declarado. La segunda es que en ese destino forzoso se afirmó que existían faltas no justificadas, lo que llevó a una reducción forzosa de la jornada laboral y del salario, cuando constaba que el docente estaba realizando actividades sindicales de las que daba cumplida cuenta al centro educativo⁹⁰. En sede judicial se volvió a censurar el comportamiento antisindical tenido con el trabajador y representante de los trabajadores. La tercera fue la retirada de la idoneidad eclesiástica por parte del ordinario diocesano, que fue también anulada en sede judicial por consagrar una lesión de las libertades sindical y de expresión.

El relato que acaba de recordarse y valorarse ha sido uno de los muchos habidos en la Comunidad Autónoma de Canarias⁹¹. Fuera de dicho ámbito territorial podemos

89 Los datos se extraen de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 207 ss.

90 En el marco de este proceso judicial se pronunció el Tribunal Constitucional a través de la STC 247/2006, de 24 de julio. A través de esta resolución, el Tribunal amparó al recurrente en sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, entendiendo que tales derechos habían sido vulnerados por el Tribunal Supremo al denegar, de forma inmotivada, la indemnización acordada en la instancia y confirmada en suplicación.

91 Los profesores de religión se mostraron allí especialmente beligerantes en la defensa de sus derechos, lo que se concretó en un encierro en la Consejería de Educación en diciembre de 1999 y en una posterior huelga convocada en enero de 2000. El obispo respondió con una nota de prensa en la que sugería a los docentes que habían participado en tales medidas de protesta que fueran buscando nuevos empleos. La consiguiente retirada de la idoneidad eclesiástica de diversos docentes fue impugnada en sede judicial, imponiéndose la readmisión de los trabajadores en primera instancia (aunque tales mandatos fueron en ocasiones desconocidos, como acredita el caso de Nereida del Pino, que tuvo reclamar su continuidad en el siguiente curso escolar, lo que evidenciaba, en opinión del Juzgado de lo Social, la existencia de un "tono manifiestamente desafiante" del ordinario diocesano, que ya había obtenido una Sentencia adversa en relación con el curso académico anterior. Esta información se extrae de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 216 ss. Otro desafío a las decisiones judiciales es el acaecido en Getafe, en relación con la docente M. J. H., de la que tenemos noticia gracias al documento "Docentes..." ya citado, del Equipo Nizkor, y al reportaje "Las víctimas recalcitrantes. Cuatro profesores de religión canarios ganan a los obispos 18 pleitos por vulneración de derechos fundamentales", de Juan G. Bedoya (*El País* de 5 de marzo de 2007, y publicado en <http://www.feper.org/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=219&Itemid=50>).

recordar, igualmente, lo acaecido a Francesç Joan Viger Solé⁹². Este docente impugnó en sede judicial una reducción de jornada acordada por la autoridad eclesiástica, alegando que la misma traía causa de haber sido nombrado vicepresidente de la *Associació de Professors de Religió*. El recurrente obtuvo la protección judicial solicitada, pero le fue retirada la idoneidad eclesiástica para el siguiente curso escolar, por lo que tuvo que acudir, nuevamente a los Tribunales, que declararon la nulidad del despido, afirmando que no se podía sancionar a una persona por ejercer su derecho de acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos e intereses.

C) LA RETIRADA DE LA IDONEIDAD ECLESIASTICA POR RAZONES RELIGIOSAS

Entramos ahora en el tema más espinoso de los tratados hasta el momento, cual es determinar si se puede establecer algún criterio que permita delimitar la facultad del ordinario diocesano para retirar, por motivos religiosos, la idoneidad eclesiástica para impartir enseñanza religiosa a una persona a la que anteriormente se le había reconocido. En líneas anteriores se defendió, y ahora toca insistir en ello, que tal decisión debe ser calificada como excepcional, por cuestionar un acto adoptado por la propia autoridad eclesial y que afecta a una relación laboral que vincula a un particular con la Administración Pública, y que debe ser expresamente motivada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la Sentencia citada en líneas anteriores, que el juicio de idoneidad eclesiástica puede extenderse “a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable” (FJ 5).

Es oportuno hacer notar que toda la Sentencia del Tribunal gira en torno a la idea de que la enseñanza de religión en los centros públicos es un mecanismo legítimo, adoptado en virtud del principio de cooperación del Estado con las confesiones, y

92 Los datos se extraen de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 184 ss. Se puede encontrar abundante información sobre este caso en <<http://www2.uah.es/vivatacademia/anteriores/veintinueve/opinion>>.

que sirve al ejercicio de la libertad religiosa ejercido por la confesión católica. La perspectiva elegida por el Tribunal Constitucional español sitúa toda la argumentación en la dimensión colectiva de la libertad religiosa, habiéndose optado en otros ordenamientos de nuestro entorno, como es el italiano, por pivotar toda esta temática bajo una perspectiva distinta, cuál es el principio de autonomía del que disponen las iglesias y confesiones.

Lo cierto es que la solución adoptada por el Tribunal viene en buena medida impuesta por el tenor literal empleado en el art. 16.1 que reconoce la libertad “religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”. Ahora bien, es a partir de esta afirmación desde la que pueden realizarse diversas consideraciones. Algunas servirán para reiterar lo ya señalado en otros lugares de este estudio; otras para avanzar en la argumentación realizada hasta el momento.

Dado que la intervención de la Iglesia católica se justifica y ampara en la libertad religiosa, parece lógico entender que el Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y el Reino de España deba ser interpretado no solamente de conformidad a la Constitución (lo que resulta obvio) sino también tomando en consideración las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR, en adelante), y no las recogidas en el ordenamiento canónico⁹³. La doctrina eclesiástica acude, de forma recurrente, al art. 2.2 LOLR, precepto que establece que la Libertad Religiosa y de culto “comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo”.

No nos parece que esta cita sea afortunada. Explicar la discrepancia que se acaba de apuntar exige realizar algunas consideraciones, que son las que se echan de menos en la Sentencia comentada, sobre la naturaleza de la clase de religión, la justificación de la facultad conferida al diocesano ordinario en el Acuerdo sobre la enseñanza e

93 Desde esta perspectiva, y en línea con lo ya adelantado en otro epígrafe del presente estudio, no presentan mayor interés en este estudio las normas y resoluciones dictadas en el seno de la iglesia católica (en particular, los canones 804.2 y 805 y el documento de la Conferencia Episcopal española referido a los “requisitos para obtener la Declaración Eclesiástica de Idoneidad”, de 13 de diciembre de 1995). Es de justicia recordar, sin embargo, que ninguno de los supuestos concretos, que se examinarán más adelante, ponen en cuestión que las personas afectadas no sean “católicos practicantes”, que es la condición prevista en el último documento citado.

intentar construir, a la luz de esos elementos, algunos límites que puedan delimitar su facultad de retirar la idoneidad eclesiástica a una persona que contaba con ella.

¿Puede entenderse que la clase de religión sirve para propagar el credo? Aunque tal pregunta no admita una respuesta evidente, a juicio del autor de estas líneas, el art. 2.2 LOLR está pensando en el credo impartido por los ministros (esto es, los sacerdotes). Los profesores de religión no son ministros del señor ni, como es obvio, asumen plenamente los postulados y votos que son propios a los que profesan la fe. Esta idea se ve reforzada por algunas consideraciones añadidas. La enseñanza católica no puede versar sobre la fe, porque ésta no tiene que ver con los conocimientos sino con los valores. Es oportuno recordar, en efecto, que el propio Acuerdo de enseñanza dispone que la asignatura de religión se impartirá “en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales” (art. II), lo que implica que sea evaluada, y siendo esto así resulta claro que solamente se puedan evaluar los conocimientos, no la fe. En este punto se cifra una de las muy escasas discrepancias que se mantienen con la doctrina fijada por el Pleno en la Sentencia 38/2007, porque éste afirma que el objeto de la enseñanza religiosa viene constituido no sólo por la transmisión “de unos determinados conocimientos”, sino también “de la fe religiosa de quien la transmite” (FJ 10). Con esta afirmación el Tribunal podría estar confundiendo la enseñanza de la religión católica con la catequesis, realidades que, sin embargo, encierran posiblemente distinta naturaleza y objeto.

Por lo que atañe a la facultad del obispo, el Acuerdo prevé que su tarea se limita a establecer qué personas son idóneas para transmitir los conocimientos referidos a la enseñanza religiosa. No se trata de proponer a personas que sean intachables en el cumplimiento de sus deberes religiosos (en puridad, según los dogmas de la propia Iglesia, el pecado solamente ha sido ajeno a la virgen María), sino a personas que el obispo estime que tienen una firme fe y que se encuentran fortalecidas por ella para explicar la enseñanza cristiana.

Si se comparten las dos afirmaciones que se acaban de realizar, sería posible, construir, a partir de ellas, alguna delimitación sobre la facultad del obispo de retirar la idoneidad eclesiástica a una persona que contaba con ella. Tal delimitación viene exigida por la propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que en su art. 1.2 establece

que “no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo”.

Pues bien, siendo claro que, en el caso que nos ocupa, sí que pueden alegarse motivos religiosos para impedir, *pro futuro*, el ejercicio de un trabajo resulta igualmente evidente que tal norma limitadora de un derecho fundamental no puede ser interpretada más que de forma restrictiva. Precisamente a la luz de las dos consideraciones que se acaban de realizar, sobre el papel profesional y no confesional de los profesores de religión y sobre el alcance limitado de la actuación del obispo diocesano, es posible construir unos mimbres, mínimos, modestos, en esa dirección, que se suman a los ya adelantados con anterioridad.

La decisión de retirar la idoneidad eclesiástica solamente podría adoptarse cuando el hecho que la motive haya incidido en el ámbito docente o cuando existan poderosos motivos que permitan prever que así ocurrirá. Es obvio que un profesor que niega la resurrección de Cristo o que cuestiona abiertamente los dogmas de la fe puede ser relevado de su función docente por la autoridad eclesiástica. Lo mismo cabe decir del apostata.

Pero, pese a todo, ¿es posible que existan motivaciones basadas en la vida privada del profesor? ¿Puede justificarse la retirada de la venia docendi en el hecho de que la persona afectada viva en pecado? En este punto donde la respuesta debe ser más matizada. En las primeras páginas de este estudio hemos puesto algunos ejemplos concretos: personas que han visto retirada la idoneidad eclesiástica que le permitía impartir clases de enseñanza religiosa por determinadas situaciones que pueden resumirse en alguna de las siguientes circunstancias: *(a)* mostrar una disidencia interna en el seno de la Iglesia o *(b)* vivir en pecado.

En el primer caso se encuentra los casos de José Antonio Fernández y Francisca Urbano. El primero es un sacerdote que había solicitado dispensa del celibato sacerdotal, habiéndose casado y es asimismo miembro activo de la asociación “Movimiento Pro-celibato opcional”⁹⁴. La difusión de tales hechos en una entrevista

94 Los datos se extraen de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 168 ss.

fue la causa desencadenante de que el obispado le retirara la idoneidad eclesiástica, por entender que los sacerdotes secularizados no pueden impartir enseñanza religiosa, sobre todo cuando dicho dato se ha hecho público y puede generar un escándalo. Lo cierto es que este eventual efecto, hipotético, no parece que se produjera, como revela el hecho de que quedara acreditado que el director del centro y los profesores, alumnos y padres de alumnos afectados ya conocían dichos datos y que no se produjera queja alguna al respecto. Es posible adelantar ya, a la luz de estos datos y de la extensa argumentación que se desarrollará en el siguiente epígrafe del presente estudio, que, en opinión del autor de estas líneas, no es posible aceptar que la decisión del obispado se encuentre amparada por la libertad religiosa.

Por su parte, Francisca Urbano sostuvo ante los Tribunales de justicia que la retirada de la idoneidad eclesiástica adoptada por el obispo traía causa de que se hubiera presentado en la lista presentada por el partido político Izquierda Unida en el municipio de Monda⁹⁵. Las razones dadas por el ordinario diocesano para justificar su proceder no podrían ser amparadas en Derecho. No lo es, afirmar, como hace un primer momento, que la docente no se implicaba en las actividades de la iglesia, porque tal comportamiento no atañe, como es obvio a la idoneidad reconocida en el plano docente. Mayor reproche merece la afirmación, realizada en el seno del juicio, de que “Ella sabe las causas por las que no fue renovada”, que consagra una flagrante lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, que se suma a la sufrida en su libertad ideológica y a su derecho a participar en los asuntos públicos. También se justificó el proceder del obispo, al parecer, en “no ir a misa y salir de copas”⁹⁶. Lo cierto es que tal comportamiento solamente podría ser sancionado con

95 Los datos se extraen de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 199 ss. En particular, la afectada sostuvo en un primer momento que la decisión eclesial se adoptó por “faltar de vez en cuando a misa y por salir a tomar copas con algunos compañeros”, guardando un censurable silencio la autoridad eclesial, que se limitó a afirmar que no constituía un “buen ejemplo de vida cristiana” (cfr. <<http://www.uva.es/dones/Emilia/noticias/Desdepidareligion.htm>>). Por otra parte, el responsable de la delegación diocesana de enseñanza afirmó que el obispo no tiene por qué motivar su decisión de no proponer a una determinada persona para impartir clases de religión. Una vez más, la profesora obtuvo un apoyo por parte del Consejo Escolar del Centro y de sus compañeros (cfr. El Mundo, edición del 5 de septiembre de 2001). En la edición del día siguiente relata la profesora que, a puerta cerrada, se le indicó que no iba a misa y no participaba en las actividades de la Iglesia, también se alude en la misma noticia a que se dijo que apoyaba el divorcio y el aborto, por formar parte de un partido político que no rechaza tales prácticas, aunque ella afirma estar en contra de ellas.

96 Esta información se contiene en el documento “Los docentes de religión no tienen derechos laborales, sus contratos son por un año y les pueden despedir sin indemnizarles y sin alegar las razones” (de 29 de julio de 2001), del Equipo Nizkor, que se puede consultar en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/theo/press3.html>>. Puede consultarse también la nota publicada por el obispado de Málaga en el que se afirma que la concesión o no de la idoneidad eclesiástica no precisa ser justificada (puede consultarse en <<http://www.diocesismalaga.es/modulos/boletin/boletines/2001/boe092001.pdf>>).

la retirada de la *venia docendi* si el ordinario diocesano hubiera explicado que tal comportamiento (el primero, por cierto, negado por la afectada), ha afectado a su discurso pedagógico, carga que tampoco ha cumplido.

Los restantes supuestos se articulan en torno a que la persona afectada vive en pecado. El dato, en si mismo considerado, es irrelevante desde la perspectiva de la doctrina eclesiástica, ya que desde la historia de la manzana de Adán y Eva se asume que todas las personas, incluidos por cierto los ministros de dios, somos pecadores. Los pecados cometidos por estos docentes suelen tener que ver o con su vida afectiva o con sus hábitos. Entre los primeros podemos recordar los casos de María del Carmen Galayo Macías o Resurrección Galera, entre otros. A la primera, al parecer, le dijo el obispo “vives amancebada con un hombre y en pecado, y, por tanto, no puedes dar clases de Religión”. La segunda se casó por lo civil con un ciudadano alemán con el que mantenía una relación afectiva desde años atrás, aplazando el matrimonio canónico hasta que su novio, divorciado, obtuviera la nulidad de su anterior vínculo⁹⁷.

En ningún caso justificó el obispo que tales comportamientos tuvieran un peligro previsible para las funciones docentes que tales personas estaban desempeñando ni, mucho menos, que dichas conductas hubieran generado un conflicto en las aulas. Con independencia de que, con tal proceder, es probable que el ordinario esté invadiendo la intimidad de la persona afectada (especialmente en el primer caso, puesto que el hecho de convivir con alguien no consta en registro público alguno), es evidente que su decisión no guarda relación con el concreto ámbito decisorio que de la autoridad eclesiástica se espera: la idoneidad de la persona para impartir clases de religión.

97 Los datos se extraen de Ferreiro Galguera, Juan: Profesores..., *cit.*, pp. 144 ss. y 193 ss. En relación con Resurrección Galera, parece ser que el obispo de Mondoñedo se plantea, en un carta pastoral, si sería lógico que fuese profesora de religión “quien ha abandonado la fe, o que un talibán fuera profesor de democracia” (el dato se extrae de <<http://www.uva.es/dones/Emilia/noticias/Desdepidareligion.htm>>). La afectada, por su parte, se lamenta de haber formalizado su unión a través del matrimonio, porque los problemas se han derivado de tal decisión, y estima que el obispado ha vulnerado su derecho a la intimidad, mientras que la Asociación de Padres del centro escolar afectado apoya a la profesora (datos extraídos del diario El Mundo, de 4 de septiembre de 2001, disponible en <<http://www.elmundo.es>>). También se alude, en el documento “Los docentes...” del Equipo Nizkor ya citado, y en el diario El Mundo de 6 de septiembre de 2001, al caso de Eva, profesora de religión que contrajo matrimonio civil con Juan, siendo ambos divorciados.

Aunque ninguno de los casos examinados permite acreditar la corrección constitucional del comportamiento desarrollado por el ordinario diocesano, debe insistirse en que no se cuestiona en estas páginas ni la facultad conferida por el art. III del Acuerdo para conferir y retirar la idoneidad eclesiástica ni la existencia de casos concretos donde, tal decisión, se encuentre plenamente justificada. En aquéllos supuestos en los que el discurso pedagógico comprometa seriamente los dogmas de la fe cristiana o se dé a los discentes un ejemplo incompatible con el ideario cristiano, sería irreprochable que el obispo, a través de una decisión motivada y que cumpla con las exigencias descritas hasta el momento, retire la idoneidad eclesiástica al profesor de religión afectado.

Una conclusión puede ofrecerse, a la vista de los datos y argumentos expuestos hasta el momento. Si bien es cierto, como algunos autores han apuntado, que una conducta despenalizada (aborto) o incluso legalizada (matrimonio entre personas del mismo sexo) no tiene por qué ser asumida de forma ilimitada en todos los ámbitos de la vida social⁹⁸, lo cierto es que solamente podrán suponer la retirada de la idoneidad eclesiástica en la medida en que lesionen efectivamente el derecho a la libertad religiosa de la iglesia. Tal lesión, presente o eventual, tendrá lugar en la medida en que pueda incidir en las labores docentes del profesor, pero no cuando atañe a asuntos privados y, por lo tanto, ajenos al ámbito escolar.

VI UN PASO ATRÁS: LA STC 128/2007, DE 4 DE JUNIO DE 2007 (CASO ANTONIO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ)

A) EXÉGESIS DE LA SENTENCIA

En líneas anteriores hemos hecho referencia al caso de Antonio Fernández Martínez, que recordamos esquemáticamente⁹⁹. El recurrente fue ordenado sacerdote en 1961. En 1984 pidió la dispensa al sacerdocio, contrayendo matrimonio un año más tarde, del que han nacido cinco hijos. Desde 1991, ha venido impartiendo clases de reli-

⁹⁸ Otaduy Guerin, Jorge: "Idoneidad...", *cit.*, p. 17.

⁹⁹ Resulta esclarecedora la lectura del artículo "Derechos humanos e iglesia", en el que se recoge un resumen de los hechos acaecidos, una entrevista con el profesor afectado y diversos escritos de apoyo, y que se publicó en *Tiempo de hablar, tiempo de actuar* 71 (1998), disponible en <<http://www.moceop.net>>.

gión. Antonio Fernández, junto con otras personas secularizadas, quisieron celebrar una misa y apareció la siguiente noticia en el diario “La Verdad” de 11 de noviembre de 1996: “El monasterio de La Luz cerró sus puertas a los curas casados que querían celebrar una misa”. En la misma, que incluye una foto del recurrente con su familia, se da cuenta de que los asistentes son miembros del Movimiento Pro-Celibato Opcional (MOCEOP), y se recogen opiniones vertidas allí, en las que solicitan un celibato opcional y una iglesia democrática, no teocrática, en la que los seglares participen en la elección de su párroco y de su obispo. Asimismo se recogen declaraciones en favor del control de la natalidad y en defensa de una paternidad responsable y del sexo como bien divino, lamentándose de que el Papa haya congelado las seis mil peticiones de secularización que existen.

Lo cierto es que la dispensa papal al sacerdocio (solicitada, como ya se ha dicho, en 1984) fue concedida en agosto de 1997, aunque no le fuera notificada dicha resolución hasta el posterior 15 de septiembre. Ya en el punto 5 del rescripto se señala que “En los institutos de estudios de grado inferior dependientes de la autoridad eclesiástica, (el sacerdote dispensado) no puede desempeñar cargo directivo ni actividad docente, salvo que el Ordinario, a su prudente juicio y sin riesgo de escándalo acordara decidir otra cosa en cuanto al cargo docente en cuestión. A esta misma norma se atenderá el sacerdote dispensado al dar religión en institutos del mismo tipo no dependientes de la autoridad eclesiástica”. Por otra parte, el ordinario diocesano de Cartagena emite una nota oficial el 11 de noviembre de 1997, en el que se explican los motivos de que se haya retirado la idoneidad eclesiástica al recurrente. Merece la pena retener el contenido recogido en los tres primeros puntos de la misma, en los que se manifiesta:

1. Que D. José Antonio Fernández Martínez, sacerdote secularizado, impartía clases de Religión y Moral Católicas en un Instituto de Enseñanza de Mula hasta el pasado curso 1996/1997, en virtud de las facultades que les otorgan a los Obispos los Rescriptos (documentos promulgados, en este caso, por la Congregación del Culto Divino y Disciplina para los Sacramentos, que conceden a los sacerdotes la reducción al estado laical o secularización).
2. Que estas facultades que confieren a los Obispos se pueden llevar a la práctica para impartir disciplinas relativas a la Enseñanza de la Religión Católica,

siempre y cuando se realicen en determinados casos y “sin peligro de escándalo”.

3. Que una vez se hizo pública y notoria la situación de D. José Antonio Fernández Martínez, este hecho impide al Obispo de la Diócesis poder hacer uso de las referidas facultades que le concede el Rescripto, por lo que no se firmó el documento que le acreditaba para impartir Religión y Moral Católicas a partir del presente curso académico. También se ha tenido en cuenta su situación personal y laboral, ya que D. José Antonio Fernández Martínez tiene derecho a percibir la Prestación por Desempleo durante al menos un año y medio.

El docente obtuvo el amparo del Juzgado de lo Social 3 de Murcia¹⁰⁰, que declaró nulo el despido, pero el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia¹⁰¹, estimando los recursos de suplicación interpuestos por el Obispado de Cartagena, la Comunidad Autónoma y la Administración del Estado, declaró que no había existido despido, puesto que el contrato de trabajo se encuentra sometido a término, sino una no renovación del contrato temporal.

El recurrente impugna en amparo esta última resolución judicial, entendiéndola que ésta confirma una discriminación, en su día consagrada por el ordinario diocesano, por verse afectado por razón de su estado civil y por su pertenencia a una determinada Asociación, y que lesiona igualmente su derecho a la intimidad (por inmiscuirse en su vida privada) y su libertad de expresión (por haberse sancionado su derecho a expresar ideas y convicciones) (arts. 14, 18.1 y 20.1.a) CE). La Sala Segunda del Tribunal Constitucional pone de manifiesto, a través de la providencia dictada el 6 de marzo de 2003, que podría haberse producido una lesión de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), por lo que concede un nuevo plazo de diez días para que las partes personadas y el Fiscal puedan presentar las alegaciones que estimen pertinentes respecto de la posible existencia de dicha vulneración.

100 Sentencia 279/2000, de 28 de septiembre.

101 Sentencia 262/2001, de 26 de febrero.

Mientras que el Abogado del Estado interesa que se desestime el amparo solicitado, el Fiscal estima procedente que el Tribunal Constitucional lo otorgue, protegiendo así eficazmente el principio de igualdad y la libertad ideológica del recurrente.

Son especialmente desacertadas las alegaciones cursadas, en el presente proceso constitucional, por el Abogado del Estado. Sigue invocando, como ya hiciera en el asunto sometido a la consideración del Pleno, normas canónicas que fueron inteligentemente obviadas en la Sentencia dictada por el Pleno, y llega a afirmar, en palmaria contradicción a lo señalado en ella, que “Sería ciertamente incompatible, tanto con la libertad religiosa colectiva o comunitaria como con el principio de neutralidad religiosa del Estado, que un Juez o Tribunal del Poder Judicial español pudiera revisar, controlar o modificar la apreciación de un obispo católico o evangélico, de un rabino o de un imán acerca de lo que es o no es la recta doctrina cristiana (católica o evangélica), judía o islámica, o decidir acerca de lo que es o no es testimonio de auténtica vida cristiana” (A 6.b). Mayor interés presentan los motivos por los que estima que no se ha producido lesión alguna en relación con el art. 14 (falta de término de comparación), 18.1 (fue el propio recurrente quién difundió datos de su vida privada) y, en lo que considera nudo gordiano de la Sentencia, de las libertades ideológicas y de expresión. Aborda este examen desde una doble perspectiva. Desde la primera, recordando las limitaciones que pesan sobre los trabajadores de las empresas de tendencia, estando estos obligados “a evitar la publicidad de conductas, actitudes u opiniones que puedan interpretarse como desafío público y notorio al magisterio de la iglesia a la que sirve” (A 6.g). Desde la segunda, referida a la dimensión colectiva de la libertad religiosa, entiende que la simple apreciación del escándalo realizada por el ordinario diocesano permite comprender que su decisión no es arbitraria. En el enfoque de tales perspectivas se recogen nuevamente normas canónicas y citas del testamento, lo que no deja de ser sorprendente en el marco de un Estado neutral y de un ordenamiento jurídico único para el común de los justiciables.

El Fiscal considera, por su parte, que se ha producido una efectiva lesión en el principio de igualdad y en la libertad ideológica del recurrente. Realiza una lectura detenida de las actuaciones, poniendo de manifiesto la existencia de diversas inexactitudes (lo que el obispado cuestiona es que el recurrente hubiera hecho público cuál era su estado civil y no su pertenencia a un determinado Movimiento; no es cierto,

como sostiene el obispado, que hubiera impartido clases en virtud de las facultades otorgadas por los rescriptos, el Tribunal Superior avaló la retirada de la idoneidad porque el recurrente había incumplido con las obligaciones derivadas del rescripto, cuando todavía no contaba con él...) y razona que el recurrente acudió a un acto que era plenamente acorde con las postulados por él mantenidos en el seno de la iglesia católica y que era conocido por la autoridad eclesial. “Al tomarse su comportamiento, perteneciente a su libertad de creencia, como factor legitimador para su despido, esto es, como dato justificativo del tratamiento desigualitario un acto que constituía un ejercicio de la libertad de creencias, ha de estimarse vulnerado su derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad de creencias (arts. 14 y 16 CE)” (A 10).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional entiende que ninguna de las lesiones aducidas se ha producido, aunque dicha resolución se acompaña de un Voto Particular discrepante suscrito por los Magistrados Sala Sánchez y Pérez Vera.

En relación con la igualdad, afirma el Tribunal que no se ha aportado término útil de comparación y que, en todo caso, la retirada de la idoneidad eclesiástica no trae causa de su estado civil del recurrente, ya que estando casado ha sido designado en los años anteriores (FJ 4). En el mismo Fundamento Jurídico se excluye la lesión del derecho a la intimidad, recordando que “por su libérrima voluntad, [el recurrente] decidió hacer públicas su situación personal y familiar”. Finalmente, se afirma que el derecho a la igualdad en el acceso a empleo público en régimen de contratación laboral (art. 14 CE, en conexión con el art. 103.3 CE) debe ser modulado en el presente caso, en el que el demandante de amparo fue considerado idóneo en virtud de la libertad religiosa de la iglesia católica, haciendo ver que si el Estado es neutral en tal reconocimiento, igualmente debe serlo cuando dicha idoneidad se retira.

Centrándose ya en la legitimidad de la decisión obispal, la Sala Segunda estima que la misma se ve plenamente amparada por la libertad religiosa. Tras recoger, en el FJ 6, la nota oficial hecha pública por el obispado de Cartagena el 11 de noviembre de 1997 (en la que se alude a la condición de sacerdote secularizado del recurrente y a que la posibilidad de que imparta clases se ve condicionada a determinados casos y a que se realice sin peligro de escándalo, afirmándose que, como tal hecho se ha

hecho público, se puede herir la sensibilidad de muchos padres de familia), reproducen igualmente el contenido íntegro de la noticia publicada en el diario La Verdad el anterior 11 de noviembre de 2006 (en la que se recogen las demandas de los asistentes en dicho acto sobre el celibato opcional y una iglesia democrática que permita la participación de los seglares, así como la opiniones vertidas a favor del control de la natalidad y de una paternidad responsable). El Tribunal entiende que dado que las partes procesales se han referido a la pertenencia del recurrente al Movimiento Pro-Celibato Opcional y a que tal pertenencia figura en el relato de hechos probados de la resoluciones judiciales impugnadas en amparo, “a ellas ha de estar este Tribunal por imperio del art. 44.1.b) LOTC”¹⁰².

A juicio de la Sala se produce, en el caso que nos ocupa, una “falta de sintonía u oposición de la conducta, vida personal u opiniones del demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica” (FJ 9). Y claro, “por impedirlo el deber de neutralidad del art. 16.3 CE, una vez constatada la naturaleza religiosa de los motivos en los que se ha fundado la no propuesta del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas, este Tribunal nada ha de decir sobre el carácter y la relevancia que en la nota informativa del Obispado de Cartagena se expresa del sacramento del orden sacerdotal en el seno de la Iglesia católica para justificar la decisión adoptada, que estima prevalentes a una consideración de la situación desde la perspectiva de sus circunstancias laborales o profesionales. Tampoco respecto a la justificación de la apreciación del “escándalo”, al que alude el Obispado en su nota, consistente en que el demandante de amparo, que venía impartiendo clases de religión y moral católicas por dispensa del Obispo, diera publicidad y notoriedad a su situación personal y familiar y a su pertenencia al movimiento pro-celibato opcional”. Más aún, “sería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el art. 16.3 CE, según se indicó antes, que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial” (FJ 9 *in fine*).

Aceptado, pues, que la decisión eclesiástica presenta naturaleza religiosa, y tras recordar que la Sentencia impugnada en amparo ha realizado un extenso juicio de

102 FJ 6 *in fine*. Esta reconstrucción se vuelve a realizar en el segundo párrafo del FJ 9.

ponderación sobre los derechos fundamentales en juego (FJ 10), la Sala Segunda del Tribunal Constitucional concluye que “en este caso la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] [...] no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas *[sic]*, en la medida en que encuentran *[sic]* su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE), dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas” (FJ 11), lo que conduce a la desestimación de la demanda.

En el Voto Particular, que discrepa tanto de la fundamentación como del fallo contenidos en la Sentencia, se afirma que, cuando la Sala se adentra a realizar una ponderación propia de los derechos en juego, tras aceptar que el motivo que justifica la retirada de la idoneidad eclesiástica es religioso, inaplica la doctrina vertida por el Pleno en la Sentencia 38/2007, puesto que justifica la desestimación de la demanda exclusivamente en la existencia de tal motivo religioso (Ap. 3). Los Magistrados disidentes sí que realizan tal ponderación. Recuerdan que si la censura al recurrente tiene su origen en el razonamiento de imputarle el contenido de manifestaciones realizadas por terceros, tal proceder ha sido censurado por el Tribunal Constitucional (STC 153/2000, de 12 de junio) (Ap. 4).

Los Magistrados disidentes estiman que otras razones avalan igualmente la estimación del amparo en su día solicitado. En primer lugar, no se comprende qué escándalo puede existir en que un sacerdote exhiba su situación de casado cuando ha sido autorizado para ello por la propia Iglesia, por lo que su estado civil es acorde tanto con el Derecho estatal como con el Derecho canónico. Si lo que la iglesia impone es un deber de ocultar ese matrimonio, consideran los Magistrados que tal obligación es abiertamente inconstitucional (por la integral protección que merecen tanto los hijos como la familia –arts. 39, apartados 2 y 1, CE–), por lo que la publicidad del hecho no lo trans-

forma. “Por otra parte, en segundo lugar, no puede ser impedimento para la continuidad en la prestación del servicio el hecho de pertenecer a una asociación que defienda la concepción de la convivencia que el recurrente había puesto en práctica, con conocimiento de la autoridad religiosa, sin que ello impidiera a lo largo de los años la declaración de idoneidad del mismo. Finalmente, tampoco puede pretenderse que el recurrente se opusiera a las manifestaciones de terceros, ni que discrepara de ellas, pues, en todo caso, en uso legítimo del derecho a la libertad de expresión, podía optar por mantenerse en una actitud silente (STC 153/2000, de 12 de junio), sin que ello pueda emplearse, pues, para justificar su inidoneidad para la docencia” (Ap. 4).

“En suma, la Iglesia ha hecho valer para la no renovación de la idoneidad del profesor una circunstancia personal que conocía, así como su discrepancia con una posición legítima del profesor amparada por la Constitución, que previamente consintió. [...] La publicidad de esos datos, por indeseada que fuera para la iglesia, no esconde que los mismos nunca fueron antes considerados inhabilitantes para la impartición de la doctrina, núcleo que constituye el derecho de decisión de la iglesia amparado por el art. 16.1 CE, a lo que habrá que añadir que la no publicidad de ciertos hechos es un elemento ajeno a la cobertura constitucional de ese derecho, pues no puede la autoridad religiosa condicionar la idoneidad docente de una persona a que la sociedad no conozca hechos que ella misma conoció, consintió, toleró y, sobre todo, consideró compatibles con la enseñanza de la religión” (Ap. 4). A la luz de estos criterios, los Magistrados consideran que el Tribunal Constitucional debió otorgar el amparo solicitado.

En el último apartado del Voto Particular, se realizan dos consideraciones añadidas. Una para cuestionar que cualquier circunstancia u opción personal del docente, así como cualquier cambio en sus opciones personales, pueda ser libremente considerada por el obispo para acordar su inidoneidad sobrevenida. La segunda para cuestionar que el alcance del control de los Tribunales sea similar, como parece apuntar la Sentencia, en línea con lo expresado por el Abogado del Estado, en lo que atañe a la declaración de idoneidad eclesiástica y a su eventual retirada, entendiéndose que puede existir un control más intenso cuando ésta se produce (Ap. 5).

B) VALORACIÓN CRÍTICA

El título dado al presente epígrafe permite colegir el juicio desfavorable que nos merece la Sentencia de la Sala Segunda cuya fundamentación acaba de ser resumida. Aunque compartimos, en lo esencial, la argumentación contenida en el Voto Particular que la acompaña, que sigue los pasos fijados en la Sentencia de Pleno 38/2007, es posible realizar algunas reflexiones añadidas. Se trata, en primer lugar, de examinar, en el marco de un caso concreto, cuál es la fortaleza jurídica de algunas de las ideas que han sido desarrolladas en líneas anteriores. Pero también se pretende poner de manifiesto, en segundo lugar, algunos problemas relacionados con la perspectiva seguida en la Sentencia que han provocado una indebida alteración del debate procesal y, consiguientemente, que la respuesta judicial dada no se ajustara a la pretensión del recurrente.

Comenzando por la última cuestión apuntada, la primera discrepancia que se mantiene con la Sentencia 128/2007 se refiere a la determinación del propio objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. Si se revisan los antecedentes reseñados en las primeras líneas del subepígrafe anterior, se observará que la retirada de la idoneidad eclesiástica no guarda relación alguna ni con la pertenencia del recurrente al Movimiento Pro-Celibato Opcional ni con las manifestaciones realizadas por los asistentes al acto que pretendía celebrarse en el Monasterio de la Luz. Se aprecia, por el contrario, una evidente estrategia eclesial de acceder, después de trece años, a tramitar la dispensa papal al sacerdocio para posteriormente justificar, en base al mismo rescripto, la inidoneidad del docente para desempeñar sus tareas docentes. En contra de lo que se afirma en el Antecedente 2.d de la propia Sentencia¹⁰³, ninguna referencia se hace en la nota elaborada por el Obispo de Cartagena ni al citado Movimiento ni al contenido de las opiniones vertidas por los asistentes al citado acto. La propia Sala parece ser consciente de estos datos, y dedica una extensa, aunque poco convincente, argumentación en los FFJJ 6 y 9 para introducir, como parte del debate procesal, tales materias. Tal decisión puede ser sometida a discusión. En pri-

103 "En el comunicado de prensa remitido por el Obispado a diversos medios de comunicación en fecha 11 de noviembre de 1997 se justificaba el despido del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas por su participación en el Movimiento Pro-celibato Opcional o, como dice el comunicado, por hacer pública su situación, añadiendo que a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas según la norma preceptiva (rescriptos), a no ser en casos muy excepcionales en los que el Obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia".

mer lugar, porque en el caso que nos ocupa, como la propia Sala reconoce posteriormente (FJ 8), al Tribunal Constitucional le compete realizar una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, “función en la que no se encuentra vinculado a las valoraciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales” (FJ 8). En segundo lugar, porque, discutiéndose en el caso que nos ocupa que se ha producido un acto previo, vulnerador de derechos fundamentales sustantivos, debe entenderse que es aplicable, por analogía, la doctrina que el Tribunal aplica a los amparos mixtos, en los que procede examinar en primer lugar si el acto administrativo¹⁰⁴ lesionó los derechos sustantivos del recurrente, para solamente analizar, en caso de que la conclusión sea negativa, la corrección de la actuación de los órganos judiciales que han conocido de la causa¹⁰⁵.

Si el Tribunal Constitucional hubiera examinado la legitimidad de la decisión del obispo partiendo, como es lógico, de las razones por él dadas para justificarla, hubiera sido difícil denegar la concesión del amparo solicitado. Como ya se ha demostrado, son dos las razones esgrimidas por el ordinario diocesano. La primera tiene carácter general: los sacerdotes secularizados no pueden impartir enseñanza religiosa, por disponerlo así el documento en el que se concede la dispensa papal al sacerdocio (el rescripto). La segunda motivación se refiere al recurrente: el hecho de hacerse pública su situación personal y familiar impide que pueda ser propuesto.

Ninguna de estas razones puede ser amparada por nuestra Constitución. La primera porque es irrazonable y genera una patente discriminación entre los sacerdotes secularizados y el común de los mortales. Puede parecer que el juicio que acaba de expresarse es excesivamente riguroso, pero, con independencia de que el obispo es el encargado de explicar por qué una persona que ha abandonado el sacerdocio es inidonea para explicar enseñanza religiosa mientras que no lo es quien nunca prestó votos, no vislumbra el autor de estas líneas alguna idea en la que se pudiera asentar, cabalmente, tal tipo de razonamiento. En todo caso, el recurrente ya lo era cuando

104 Ante el acto del obispo no tiene naturaleza administrativa incide, de manera fundamental, en la actuación administrativa, puesto que obliga a que la Administración competente acuerde el cese del profesor en su actividad.

105 Es sabido que no existe una línea jurisprudencial clara y uniforme en esta materia. Siguen siendo esclarecedoras las reflexiones realizadas por Juan Luis Requejo Pagés en “La lógica de la subsidiaridad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos”. Revista de Derecho Constitucional 66 (2002).

fue considerado idóneo para impartir clases de religión¹⁰⁶, por lo que no podría justificarse en dicho dato el cambio de criterio del ordinario diocesano.

Tampoco puede derivarse la retirada de la *venia docendi* del hecho de que se hiciera pública la situación personal y familiar del recurrente. El hecho de que se hable tanto de la situación personal como familiar permite colegir que el obispo puede estar haciendo referencia a su situación de sacerdote secularizado como a la de ser una persona casada y con una amplia prole. Es oportuno hacer notar que no se cuestiona ninguno de estos hechos en sí mismo considerados (puesto que ambos eran conocidos por la propia autoridad eclesiástica que había establecido su previa idoneidad eclesiástica), sino que se hagan públicos.

Pues bien, resulta igualmente obvio que el hecho de que una situación personal y familiar que ha sido conocida y consentida por la Iglesia, y que no ha impedido que contara previamente con la idoneidad, no puede servir como criterio para acordar su retirada. Dicho con otras palabras, si el ordinario diocesano entiende que un determinado sacerdote secularizado está capacitado, en términos religiosos, para impartir clases de religión, no se entiende por qué la publicidad de esa situación (que ya lo era para el obispo) lo convierte en inidóneo. En este punto son acertadas las consideraciones contenidas en el voto particular resumido en líneas anteriores.

Si se comparten estas reflexiones, se puede concluir que la actuación del ordinario diocesano es discriminatoria e irrazonable, puesto que presupone que un determinado colectivo (sacerdotes secularizados) son, *per se*, inidoneos para impartir clases de religión católica y porque, en todo caso, tal decisión no puede anudarse a que tal condición se haga pública sino, en el peor de los casos, a que la misma concurra. Aunque tales consideraciones deberían haberse reflejado en un fallo estimatorio, podría irse algo más lejos en esta argumentación.

106 No se trata, por otra parte, de un caso aislado, como acredita el caso de Pedro Talavera Arboleda, y de otro docente de Granada que prefiere el anonimato porque "corre peligro el pan de mis hijos". Datos suministrados en <<http://www.uva.es/dones/Emilia/noticias/Desdepidareligion.htm>>.

Podría plantearse, por ejemplo, en primer lugar, si el hecho de que una persona cuele los hábitos constituye un motivo religioso que pueda justificar la retirada de la idoneidad eclesiástica. No parece que, en el concreto caso que examinamos, lo sea, ya que el recurrente ha seguido conservando una fe intacta que se ha demostrado en su propio comportamiento, tratando de vivir, a su manera, los ritos propios de la religión católica.

Tampoco es un motivo religioso que justifique la retirada de la idoneidad eclesiástica, en segundo lugar, el hecho de el recurrente mantenga discrepancia con determinados postulados mantenidos por la iglesia (especialmente, cuando éstos no derivan de los textos sagrados). La defensa de un punto de vista sobre el celibato distinto al mantenido por la organización eclesial no puede entenderse como un motivo religioso, porque la asunción de tal interpretación haría que solamente pudieran ser profesores de religión católica aquellas personas que actuaran y pensaran, en cada momento, en el mismo sentido que la iglesia católica. Tal conclusión no puede compartirse, porque es claro que existen religiosos confesos que discrepan en diversas cuestiones políticas (votando o militando en partidos políticos progresistas) o sociales (aborto, homosexualidad, enseñanza para la ciudadanía...). Y tal comportamiento merece protección constitucional, ya que el entendimiento de que un profesor está obligado a asumir, acriticamente, cualquier idea que, sobre cualquier tema, mantenga el aparato eclesial, compromete manifiestamente el derecho a la libertad ideológica que sigue asistiendo, como no puede ser de otra forma, a los profesores de religión, y que exige una protección preferente en todo aquello que no incida en su labor docente

Cuestión distinta, y vamos con la tercera cuestión que queremos apuntar, es que dichas convicciones del docente tuvieran repercusión en el interior de las aulas. Como esta condición no ha quedado acreditada, debió conferirse el amparo solicitado, puesto que la idoneidad eclesiástica no es un mérito general o un título honorífico, sino la consideración eclesial de que la persona afectada es competente para impartir clases de enseñanza religiosa. Si este dato es correcto, resulta obvio que solamente podría retirarse dicha idoneidad en el caso de que la actuación del profesor encontrara reflejo en su labor docente. No es serio, en efecto, afirmar que una persona es inidónea para desempeñar ésta por una causa enteramente ajena al ambi-

to docente. Y esta reflexión, en el caso que nos ocupa, hubiera debido confirmar la estimación del amparo solicitado, puesto que consta que los padres y los alumnos no solamente no han observado en el profesor afectado un ejemplo contrario al evangelio, sino, bien al contrario, un magisterio en la fe.

Si se comparten las reflexiones realizadas hasta el momento, podría concluirse que la estimación del amparo debió producirse porque no hubo un motivo religioso que justificara la retirada de la idoneidad eclesiástica y porque el hecho que la motivaba (estado civil y canónico del recurrente) no guardaba relación alguna con su actividad docente.

Pero es que, aún y cuando se considere que dicha motivación del obispo sí presenta naturaleza religiosa, debería seguirse valorando críticamente la doctrina contenida en la STC 128/2007. Con esta última reflexión, la cuarta de las realizadas hasta el momento, concluye el presente epígrafe. En líneas anteriores se ha explicado que el Pleno del Alto Tribunal considera que el hecho de que la motivación del ordinario diocesano para retirar la idoneidad eclesiástica tenga naturaleza religiosa es condición suficiente, pero no necesaria. En efecto, acreditada la concurrencia de tal requisito, los tribunales (ordinarios y constitucional) vienen obligados a ponderar el conflicto de derechos fundamentales que pueda producirse en cada caso, propiciándolo su conciliación. Pues bien, lo cierto es que esta ponderación es la que se echa de menos en la Sentencia reseñada, ponderación que era imprescindible si se consideraba que el motivo eclesial para justificar la retirada de la idoneidad tenía una naturaleza religiosa, y que, como han explicado los Magistrados disidentes en su Voto Particular, se obvia en la Sentencia de la Sala Segunda reseñada.

VII RECAPITULACIÓN Y PROSPECCIÓN DE FUTURO

La incidencia de la autoridad eclesial en el proceso de selección del profesorado de religión, a través de la concesión o, en su caso, retirada de la idoneidad eclesiástica, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo suscrito por la Santa Sede y el Reino de España sobre enseñanza y asuntos culturales, no es contrario a la Constitución. Este dato, el principal de los contenidos en la Sentencia del Pleno del

Tribunal Constitucional 38/2007 ha sido profusamente glosado, cuestionado y abiertamente criticado en la prensa.

No se ha trasladado a la opinión pública las muchas matizaciones que el Pleno ha realizado en esta materia. Así, el Tribunal se ha empeñado en afirmar que el principio de cooperación contenido en el art. 16.3 CE no impone que el Estado deba asegurar la existencia de clases de religión en los itinerarios educativos, tratándose, por tanto, de una mera opción política. Por otra parte, el Pleno ha entendido que las facultades de los ordinarios diocesanos relacionadas con la idoneidad eclesiástica se inscriben el derecho a la libertad religiosa de la iglesia a la que pertenecen. Precisamente por estas razones, el Tribunal concluye que la retirada de la idoneidad eclesiástica solamente podrá justificarse en motivos religiosos (nunca de otra índole) y ha añadido que, incluso en estos casos, los operadores jurídicos (la Administración contratante, la jurisdicción laboral y la propia jurisdicción constitucional) deberán conciliar la protección del derecho a la libertad religiosa de la iglesia con los derechos fundamentales del trabajador que puedan verse, igualmente, comprometidos.

Compartiendo, en síntesis, la argumentación descrita, en líneas anteriores se han complementado dichas notas con algunas otras que, en idéntica línea, tratan de examinar la naturaleza (y por ello mismo, los límites) de la actuación eclesial. Así, por ejemplo, se ha afirmado que si se defiende que el art. 23.2 CE no pierde su vigencia en el supuesto de los profesores de religión, el obispo debe elaborar un amplio listado de personas que considera idóneas para impartir clases de religión, de tal forma que en su particular reclutamiento pueda intervenir la Administración contratante, asegurando que los puestos y destinos se adquieren, también, por razón de mérito y capacidad.

El grueso de observaciones vertidas se han referido a la polémica retirada de la idoneidad eclesiástica que tantos titulares de periódico ha suscitado. Se ha comenzado afirmando que, a nuestro juicio, se trata de una medida excepcional, por lo que solamente puede adoptarse por razones importantes y que precisan ser expresamente motivadas. Al hilo del examen de la Sentencia 128/2007, dictada por la Sala Segunda, se ha hecho notar que los operadores jurídicos están habilitados para realizar un juicio preliminar sobre la naturaleza, religiosa o no, del motivo aducido por la autori-

dad eclesial para retirar la idoneidad eclesiástica, para evitar que, en nombre de la religión, se ventilen cuestiones manifiestamente ajenas, como pueden ser la militancia de un partido político o la defensa de los intereses laborales.

También se ha defendido que el motivo religioso que justifica la retirada de la idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión no puede ser ajeno a la actividad docente del afectado, ya que el honor conferido al afectado se circunscribe a esta determinada y muy concreta función. La decisión obispal de retirar la *venia docendi* solamente podría producirse cuando exista un temor fundado a que el docente desconocerá las enseñanzas propias de la religión. Por este motivo, existen poderosos indicios de que el actuar del obispo es ajeno a esta lógica cuando son los alumnos y sus padres quienes reclaman la continuidad del profesor de religión, como ha ocurrido, por ejemplo, en el supuesto de hecho ventilado por la Sala Segunda a través de la Sentencia 128/2007.

Esta Segunda Sentencia podría entenderse como un paso atrás respecto a la dictada por el Pleno en la Sentencia 38/2007, por los motivos contenidos en el Voto Particular suscrito por dos Magistrados y que se han visto complementados por otros aportados en el presente estudio. Sin embargo, sería injusto que el desánimo cundiera por esta concreta resolución judicial. A juicio del autor de estas líneas, la doctrina constitucional contenida en la Sentencia del Pleno servirá para superar algunos tópicos y para que en la vía judicial ordinaria se reparen algunos de los excesos cometidos por los ordinarios diocesanos y que ya han sido descritos. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya afirmado que la autoridad eclesial debe respetar el orden público constitucional, del que forman parte los derechos de las personas afectadas habilita a los tribunales a ejercer un control más intenso del realizado en el pasado. Si se hace notar que la jurisdicción competente es la laboral y que el objeto del litigio guarda relación con el eventual despido de un trabajador, no parece difícil aventurar que se ejercerá, en el futuro, un control mucho más riguroso de la actuación de la autoridad eclesial en la materia que nos ocupa¹⁰⁷.

107 En el artículo publicado en el diario *El País* el 27 de febrero de 2007 se dan algunos datos relevantes. Nereida del Pino Díaz Mederos ha obtenido seis Sentencias favorables en sus pretensiones sostenidas frente al episcopado español y la Administración Canaria. Martín Domingo Suárez Quesada, cuatro. Ambos son miembros de la Federación Española del Profesorado de Enseñanza Religiosa (FEPER) y el profesor Quesada pertenece igualmente a la Confederación Canaria de Trabajadores. Según los órganos judiciales se ha vulnerado su derecho al honor y, en todos los casos, los derechos a la indemnidad y a la libertad sindical. Estos datos han sido ampliamente difundidos en internet (<<http://www.oaca.iespana.es/obisposmaltratan.htm>>). Por su parte, en

Si el vaticinio descrito se cumpliera, podrían realizarse dos consideraciones añadidas. La primera serviría para poner de manifiesto la existencia de una paradoja, y es que se mostraría una mayor sensibilidad en la jurisdicción ordinaria hacia los derechos fundamentales de los profesores de religión que la que ha dejado entrever la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Paradoja que nos limitamos a apuntar, pero que permitiría articular alguna reflexión sobre la propia noción de derecho fundamental y sobre el alcance de la vinculación que existe entre la doctrina conformada por el Tribunal Constitucional y los restantes operadores jurídicos. La segunda consideración añadida que podría realizarse en el supuesto de que la jurisdicción laboral defendiera de forma más eficaz los derechos fundamentales de los profesores de religión es que, dado que el Tribunal Constitucional ha entendido que la facultad de los ordinarios diocesanos se inscribe en el derecho de las confesiones a la libertad religiosa, éstos acudieran en amparo ante el propio Tribunal, entendiendo que la resolución judicial que anula el despido del profesor vulnera el mentado derecho fundamental, hipótesis que obligaría al mismo Tribunal a pronunciarse sobre la misma problemática situada, eso sí, sobre una perspectiva distinta a la manejada en el momento actual. Por estas razones, para verificar el alcance real de la doctrina contenida en la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal será preciso tomar en consideración la jurisprudencia social que se dicte a partir del momento de su aprobación y el comportamiento que los obispos adopten *pro futuro*. No estamos pues ante el capítulo final del debate jurídico, sino ante un importantísimo punto de inflexión que, si bien no resuelve todos los interrogantes, ha servido para contextualizarlo adecuadamente.

<<http://www3.feccoo.net/bdigital/com/tp/2006/05/22/noticias.htm>> y en <http://www.fe.ccoo.es/publica/53_nul_desp_prof_rel.html> se alude también a que Araceli Gómez Jaén ha obtenido cinco victorias judiciales, siendo novedoso que, en línea con lo explicado en líneas anteriores, se ha declarado en algunos casos corresponsable al obispado a la hora de indemnizar a la trabajadora cuyos derechos han sido vulnerados. En el caso de la última profesora citada, el diocesano ordinario justificó la retirada de la idoneidad eclesíastica en que carecía de la titulación necesaria, afirmando que tal decisión se realizó "sin acreditar tal circunstancia y habiendo sido considerada perfectamente apta y propuesta a su propio amparo". Otras noticias interesantes son las recogidas en el dominio <<http://www.fe.ccoo.es/publica/>>, concretamente las páginas <[33_igl_prof_rel.html](#)>, <[47_sent_prof_relg.html](#)>, en relación con Luis Guridi, y <[46_sent_prof_relg.html](#)>, en la que se reconoce el derecho de los profesores de religión de la Comunidad de Madrid a ser indemnizados en la forma legalmente establecida cuando son despedidos. Por otra parte, Comisiones Obreras ha denunciado a la delegación diocesana de Alcalá de Henares por acoso moral al profesorado de religión.

De los muchos artículos publicados en la materia, destaca con luz propia el publicado por Juan G. Bedoya en El País de 5 de marzo de 2007 ("Las víctimas...", *cit.*), en el que se explican las consecuencias personales que han sufrido diversos profesores. El hecho de que hayan ganado diversos pleitos en la vía judicial no excluye el que hayan sufrido diversas dolencias físicas y psíquicas, y que pudiera plantearse, como uno de los afectados insinúa, el que el ordinario diocesano incurriera en responsabilidad penal por desconocer y menospreciar las resoluciones judiciales firmes que se refieren a la misma persona y a idénticos motivos y que son, a la postre, ignoradas por aquél.

Manuel Ortells Ramos

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

RESUMEN

El Estatuto reformado atribuye competencias a la Generalitat en materia de Justicia tanto mediante cláusulas específicas, como mediante la tradicional “cláusula subrogatoria” —cuya expresión permanece, pero cuyo significado ha cambiado en los Estatutos reformados—, como con una nueva cláusula general cuya interpretación es muy problemática. Por otra parte, hay un campo, de notable amplitud, de competencias que pueden ser atribuidas por leyes estatales no estatutarias, pero que, en términos políticos, pueden ser coordinadas con las reformas estatutarias. A esta técnica responde una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se halla actualmente en trámite parlamentario. Entre las materias específicas cuyos problemas son analizados en atención a este complejo sistema de atribución de competencias destaca la del “Consell de Justicia de la Comunitat Valenciana”. La regulación estatutaria de esta institución no permite determinar con seguridad si es una institución autonómica o se trata del “Consejo de Justicia”, nuevo órgano de gobierno del Poder Judicial en el ámbito autonómico, cuya constitución depende de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se halla en curso.

RESUM

L'Estatut reformat atribueix competències a la Generalitat en matèria de justícia, tant mitjançant clàusules específiques com mitjançant la tradicional clàusula subrogatòria —l'expressió de la qual roman, però el significat de la qual ha canviat en els estatuts reformats—, com amb una nova clàusula general la interpretació de la qual és molt

problemàtica. D'altra banda, hi ha un camp, de notable amplitud, de competències que poden ser atribuïdes per lleis estatals no estatutàries, però que, en termes polítics, poden ser coordinades amb les reformes estatutàries. A aquesta tècnica respon una reforma de la Llei orgànica del poder judicial, que es troba actualment en tràmit parlamentari. Entre les matèries específiques, els problemes de les quals són analitzats en atenció a aquest complex sistema d'atribució de competències, destaca la del Consell de Justícia de la Comunitat Valenciana. La regulació estatutària d'aquesta institució no permet determinar amb seguretat si és una institució autonòmica o es tracta del Consell de Justícia, nou òrgan de govern del poder judicial en l'àmbit autonòmic, la constitució del qual depèn de la reforma de la Llei orgànica del poder judicial que es troba en curs.

ABSTRACT

The current reformed Statute gives competences to the Generalitat (Valencian Government) on legal matters through specific clauses and also through the traditional "subrogation clause" which keeps its name but not its meaning that has been changed in the reformed Statute. The so called "subrogation clause" is now a general clause with a very difficult interpretation. On the other hand, there is a wide range of competences which can be given by state laws non statutory but that, in political terms, can be coordinated by the statute reforms. Aiming to this matter, a reform of the Organic Law of the Judiciary has been undertaken and is right now following the parliament proceedings. Among the different specific matters whose difficulties are studied regarding this complex system of conferring powers, I want to highlight the one of the "Consell de Justícia de la Comunitat Valenciana" (Council of Justice of the Community of Valencia). The statutory regulation of this institution allows to clearly determine whether it is an autonomous institution or it is about the "Consejo de Justicia" (Council of Justice), a new government organ of the Judiciary in the autonomous sphere and whose constitution depends on the undergoing reform of the Organic Law of the Judiciary.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NORMAS DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y NORMAS PROCESALES EN EL EACV Y NORMAS DEL EACV ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y PROCESAL
- III. LAS MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA GENERALITAT EN MATERIA DE JUSTICIA
 - III.1. LAS ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS
 - III.2. LAS ATRIBUCIONES GENÉRICAS. LA “CLÁUSULA SUBROGATORIA” Y SU SIGNIFICADO ACTUAL
 - III.3. POTESTADES DE LA GENERALITAT Y MATERIAS DE JUSTICIA DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO
- IV. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS
 - IV.1. EN GENERAL
 - IV.2. LAS POTESTADES EN ESPECIAL Y ALGUNOS CASOS LITIGIOSOS
- V. LA GENERALITAT Y LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL
 - V.1. LA SITUACIÓN ACTUAL Y LAS PERSPECTIVAS INMEDIATAS DE REFORMA
 - V.2. ¿ES EL CONSELL DE LA JUSTÍCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA EL FUTURO CONSEJO DE JUSTICIA DE LA LOPJ REFORMADA?
- VI. POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN, CON UN APUNTE SOBRE EL TEMA PREVIO DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES
 - VI.1. LA GENERALITAT NO TIENE COMPETENCIA PARA LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES
 - VI.2. POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN JUDICIAL
- VII. COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SOBRE LOS MEDIOS MATERIALES
- VIII. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DE TRIBUNALES ESPECIALES
- IX. EL CONSELL DE JUSTÍCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA Y SUS FUNCIONES

I INTRODUCCIÓN*

Las disposiciones del EACV sobre la materia de Justicia son abundantes, de contenido heterogéneo y, sobre todo, diversas en su calidad normativa.

Su colocación sistemática en el texto estatutario sólo tiene un aspecto criticable por razones técnico-jurídicas de profundo calado. Me refiero a la inclusión de un conjunto de disposiciones bajo el epígrafe de “La Administración de Justicia”, en uno de los capítulos —el V— comprendidos en el título regulador de las instituciones de auto-gobierno de la Comunitat Valenciana, constitutivas de la Generalitat, lo que genera la apariencia de que las instituciones que se mencionan en el capítulo V son instituciones de la Generalitat. A esa apariencia contribuiría también el epígrafe del capítulo VI del título III que, al referirse a “las otras Instituciones de la Generalitat”, presupone que lo son todas las mencionadas en los capítulos anteriores.

Como podrá concluirse de lo que expondremos a continuación, esa apariencia no se corresponde con la realidad normativa de las instituciones mencionadas en el capítulo V, con la problemática excepción del “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”.

El propio EACV reconoce esa realidad cuando, al enumerar en el art. 20 las instituciones de la Generalitat, omite incluir los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunitat Valenciana y las instituciones de gobierno de los mismos, de un modo u otro mencionados en el capítulo V. Incluso omite referirse al “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”, lo que contribuye al enigma sobre la naturaleza y la titularidad de esta institución.

* Este trabajo cuya fecha de cierre es el 17 de enero de 2007, ha sido elaborado en el contexto del proyecto de investigación SEJ2005-08384-C02-01/JURI, sobre “Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia: funciones, carga de trabajo, ordenación de los recursos de su competencia”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Investigador principal: Manuel Ortells Ramos.

II NORMAS DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y NORMAS PROCESALES EN EL EACV Y NORMAS DEL EACV ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y PROCESAL

La primera consideración que debe hacerse sobre la materia de Justicia en el EACV es una de tipo general. Conviene distinguir, por un lado, las normas del EACV que regulan directamente materia de organización judicial o materia procesal, y, por otro, las normas del EACV cuyo objeto es atribuir a la Generalitat competencias sobre materia judicial-orgánica o procesal, o incidir, de diversa manera, en la regulación del ejercicio de estas competencias atribuidas.

Respecto de la segunda clase de normas —que examinaré, de modo general, en el siguiente apartado III, y, de manera más específica, en los apartados IV y siguientes— cabe plantearse si respetan y de qué manera el régimen constitucional de asignación de competencias, al someter ciertas materias a las potestades normativas (legislativas o reglamentarias) y/o ejecutivas (y, dentro de estas, de diversa calidad) de la Generalitat.

Por el contrario, las normas de la primera clase no suscitan ninguna cuestión sobre la correcta atribución de competencias, porque esas normas no atribuyen ninguna a la Comunidad Autónoma, sino que, al establecerlas, es el Estado quien está legislando sobre la materia, sólo que mediante la especial ley orgánica que es un Estatuto de Autonomía. A partir de esto, los problemas son, de una parte, si es el EACV la ley adecuada para formularlas, y, de otra, si la especialidad del procedimiento de reforma del EACV se proyecta, también, sobre contenidos normativos que no deberían haberse incluido en el mismo.

No obstante, el alcance de estos problemas depende de cómo estén formuladas las normas en cuestión. Concretamente, la formulación de estas normas por el EACV deja estos problemas muy acotados.

En efecto, en buena parte de los casos las disposiciones formuladas en el EACV carecen, realmente, de contenido normativo propio.

Se llega a esta situación por dos caminos diferentes:

1ª) El texto estatutario contiene una simple repetición del contenido de los preceptos constitucionales¹.

2ª) El texto estatutario formula remisiones a leyes estatales, y dota a estas remisiones de tal entidad que son estas leyes —y no el EACV— las que realmente acaban estableciendo la norma correspondiente.²

Los problemas quedan reducidos a las disposiciones estatutarias que, sin limitarse a repetir un precepto constitucional, establecen una norma de organización judicial o procesal, aunque sin salvar expresamente lo que, sobre el mismo contenido normado, pueda disponer otra ley estatal distinta al Estatuto.

Pero, incluso en ese campo más acotado, los problemas apuntados tienden a desaparecer, mediante la técnica legislativa de la plena coincidencia de contenido entre las disposiciones del EACV y las de las leyes estatales reguladoras de las correspondientes materias.³ El empleo de esta técnica alcanza su expresión más clara cuando la norma de la ley estatal (no estatutaria) se formula con remisión, total o parcial, a la disposición estatutaria.

Así ocurre —con diferencias en el último aspecto apuntado— con el resto de disposiciones del EACV que regulan, directamente, materias de organización judicial o procesales.

Es el caso, en primer lugar, de la norma de inviolabilidad —exención de jurisdicción por los votos emitidos y las opiniones expresadas en el ejercicio del cargo— de los miembros de Les Corts (art. 23.3 EACV), y de las normas de inmunidad —especial atribución de competencia objetiva *ratione personae* y refuerzo de las garantías para la privación cautelar de la libertad— tanto de los mencionados parlamentarios, como de los miembros del Consell (arts. 23.3 y 31 EACV). La LOPJ, en sus arts. 56.2º, 57.1.2º, 73.2, a) y 3, a), ha asumido, en forma expresa, el contenido normativo de las disposiciones estatutarias sobre aforamiento de los miembros de Les Corts y del Consell.

1 Omiso la explicación por razones de brevedad, pero es el caso de art. 33.1 EACV y art. 152.1, párrafo segundo, CE; art. 47 EACV y art. 153, a) y c) CE; art. 36.2 EACV y art. 125 CE; arts. 22, h) y 32 EACV y art. 162.1, a) CE.

2 Omiso, también, la justificación detallada, pero es el caso de los arts. 33.2, 34.2, y 37.1 y 3 EACV.

3 Sobre la utilización, de hecho, de esta técnica para evitar las contradicciones, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Civitas, Madrid, 1982, p. 300.

En segundo lugar, esta técnica tan explícita se aplica parcialmente en relación con el art. 37.1 EACV, que, sin hacer expresa salvedad de lo que pueda disponer la LOPJ, atribuye al TSJ la competencia para conocer de los recursos de casación y de revisión “en materia de Derecho civil foral valenciano” y de los recursos de casación para unificación de doctrina y del recurso en interés de la ley en el orden jurisdiccional administrativo, si la infracción afecta exclusivamente a normas emanadas de la Generalitat. En uno de los casos —casación y revisión civiles—, es la LOPJ la que completa su propia regulación mediante una remisión expresa a la regulación estatutaria (art. 73.1, a) y b) LOPJ). En el otro caso —recursos extraordinarios en el proceso administrativo— la regulación de la LOPJ coincide con la de las mencionadas disposiciones estatutarias (art. 74.5 y 6 LOPJ en relación con los arts. 99 y 101 LJCA).

Por fin, la cuestión aparece en los arts. 34.1 y 32 EACV. El primero se refiere al nombramiento del Presidente del TSJ de la Comunitat Valenciana, y su contenido normativo coincide con el de los arts. 316.2 y 3 y 336.1 LOPJ, aunque ni el artículo del EACV hace referencia a estos, ni estos a aquél. Por su parte, el art. 32 EACV atribuye legitimación al Consell para plantear conflictos constitucionales de competencia y coincide plenamente con lo previsto por el art. 60 LOTC, pero ni se remite expresamente a él, ni el artículo de la LOTC salva las normas atributivas de legitimación contenidas en disposiciones estatutarias.

No obstante, en todos los casos en que las disposiciones estatutarias relativas a las materias que acabamos de mencionar no dejan expresamente a salvo lo que disponga la legislación estatal —en especial, la LOPJ—, sigue abierta la duda acerca de si una reforma de esta legislación que la haga divergir de lo establecido por las disposiciones estatutarias, significaría, sin más, una correlativa reforma de la regulación contenida en estas últimas. Esta es, sin duda, la respuesta mejor fundada, aunque, obviamente, en definitiva su efectividad dependerá de que el TC entienda que la norma formulada en el Estatuto de Autonomía no es materia estatutaria, sino propia de otra ley estatal.⁴

En este sentido, la jurisprudencia del TC se ha pronunciado, aunque sea de manera incidental, a favor del carácter materialmente estatutario de las normas sobre invio-

⁴ DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 194-195; MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público*, I, p. 300.

labilidad e inmunidad de parlamentarios autonómicos. El TC ha entendido que, a falta de regulación constitucional, “han sido los Estatutos, en “cuanto normas institucionales básicas” de la Comunidad Autónoma —art. 147.1 de la Constitución— el lugar adecuado para regular el “status” de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad se refiere” (STC, Pleno, 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 4º). Aunque, como me parece obvio, eso no significa que la Comunidad Autónoma pueda asumir competencias para legislar sobre esta materia, dado que la misma, en cuanto procesal y referida a la determinación de la competencia objetiva de los tribunales, es competencia del Estado (STC 159/1991, Pleno, de 18 de julio, FJ 4º).

Por otra parte, debe advertirse que la técnica de ajustar las previsiones de la ley estatal (de organización judicial o procesal) a las disposiciones de los Estatutos sobre esas materias, puede tener consecuencias criticables sobre la racional atribución de las competencias judiciales y, lo que es más curioso, incluso paradójicamente contrarias a una “voluntad autonómica” de ver incrementadas las competencias (judiciales) del TSJ radicado en la Comunidad.

Ese podría ser el caso con el régimen de la competencia para conocer de la revisión civil que se propone reformar el “Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”.⁵ A diferencia de lo que dispone el art. 37.2 EACV —y, también, de la actual regulación de la materia en la LOPJ—⁶, la redacción proyectada del art. 73.1, b) LOPJ desvincula la competencia judicial para conocer sobre la revisión civil del carácter autonómico o no de la ley aplicada por la sentencia.⁷

5 Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

6 Actualmente, el art. 73 LOPJ dispone esto: “1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: [...] b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución”.

7 Esta vinculación nunca tuvo sentido, porque los fundamentos de la acción de revisión nada tienen que ver con el juicio jurídico sobre la interpretación y aplicación de las leyes para la resolución sobre el objeto del proceso. El texto del artículo en el Proyecto es éste: “1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: [...] b) De la revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil, que tengan su sede en la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución”.

No obstante, dado que el texto proyectado del art. 73.1, b) LOPJ sigue respetando, de manera expresa, las disposiciones estatutarias sobre la atribución de competencia (judicial) al TSJ en esta materia, el art. 37.2 EACV continuará restringiendo la competencia de la Sala de lo Civil del TSJ de la Comunitat Valenciana para conocer de la revisión civil a los casos en que la sentencia que ha adquirido cosa juzgada hubiera aplicado Derecho civil foral valenciano.

III LAS MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA GENERALITAT EN MATERIA DE JUSTICIA

Una segunda consideración de tipo general debe versar sobre la diversidad de modalidades de las normas de atribución de competencias a la Generalitat en materia de Justicia.

Por un lado, pueden distinguirse modalidades en atención al diferente grado de precisión en la atribución de las competencias, aunque, en este apartado, no se trata de profundizar en ellas, sino sólo de situar en un necesario contexto general la reconsideración de la llamada “cláusula subrogatoria”. Éste es, igualmente, el contexto idóneo para examinar una nueva forma de expresión normativa, presente en el EACV, y que también va dirigida a producir una atribución de competencias con un alcance que el texto estatutario no pormenoriza: me refiero al art. 49.1.36^a EACV.

Por otro lado, debe prestarse atención a las diferentes fuentes de atribución de las competencias, porque, además de las atribuciones ordinarias que, de acuerdo con la Constitución, realiza el EACV, leyes del Estado pueden encomendar a las Comunidades Autónomas diversas potestades en relación, principalmente, con la materia de organización judicial. Ésta es una vía para adecuar el Poder Judicial a la estructura autonómica del Estado, en la que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia (en adelante, Proyecto reforma LOPJ/2006),⁸ actualmente en estado de tramitación parlamentaria, producirá importantes cambios.

8 Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

III.1. LAS ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS

Las normas estatutarias que atribuyen competencias a la Generalitat, precisando el ámbito material de estas últimas —dentro del más general de Administración de Justicia— y las características de la potestad encomendada, no son abundantes, ni de gran importancia cualitativa.

Más adelante habrá oportunidad de volver sobre alguna de ellas, para tratar sus aspectos problemáticos, pero ahora basta mencionar que son las contenidas en los arts. 35.1, 36.1.2ª a 5ª EACV.

III.2. LAS ATRIBUCIONES GENÉRICAS. LA “CLÁUSULA SUBROGATORIA” Y SU SIGNIFICADO ACTUAL

Con una potencialidad previsiblemente mayor que la de las normas recién mencionadas, el EACV contiene otras dos disposiciones sobre atribución de competencias a la Generalitat en materia de Justicia. Una, la del art. 36.1.1ª EACV, que reproduce la llamada cláusula subrogatoria, que figuró en los primeros textos vigentes de casi todos los Estatutos de Autonomía, y, entre ellos, en el de la Comunidad Valenciana, aprobado por LO 5/1982, de 1 de julio, que la recogía en su art. 39.1ª. La otra disposición, de factura novedosa, es la del art. 49.1.36ª EACV, según el cual: “1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 36.ª Administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5.ª de la Constitución”.

Característica común a ambas disposiciones es la de que no especifican las competencias que atribuyen, pero remiten, aunque sea implícitamente, a unos parámetros normativos que permitirán especificarlas. Cuáles deban ser las conclusiones de las operaciones, a veces complejas, que deben cumplirse para la determinación de tales competencias, lo veremos en los apartados IV y siguientes. Ahora es el momento de una reflexión general sobre el significado de estas dos disposiciones.

A) El significado primigenio de las “cláusulas subrogatorias” y la progresiva modificación de los términos del problema. El significado de las “cláusulas subrogatorias” en los Estatutos reformados

Con ese nombre son conocidas las disposiciones de los Estatutos de Autonomía del tenor de la del art. 39.1ª del EACV/1982, según el cual: “En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat Valenciana: Primera. Ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado”.

La explicación del origen de las disposiciones con este contenido es conocida, pero conviene recordarla, aunque obviando aspectos actualmente irrelevantes.

En el momento de la aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía no había sido aún aprobada la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que impedía conocer la delimitación que el legislador estatal iba a realizar entre lo que era Administración de Justicia —a lo que, desde una posición defendible, podía entenderse ceñida la competencia exclusiva atribuida al Estado por el art. 149.1.5ª CE— y otras materias conexas con aquella, materias sobre las cuales, por hallarse comprendidas en el art. 149.3 CE, algunas Comunidades Autónomas podían asumir competencias en sus respectivos Estatutos.

Las “cláusulas subrogatorias” aparecieron como una técnica que permitía superar la imposibilidad, en aquel momento existente, para definir el alcance de competencias atribuibles a determinadas Comunidades Autónomas según la Constitución, y para efectivamente atribuirles en el Estatuto de las mismas, como texto normativo al que ordinariamente corresponde hacer tal atribución (art. 147.1, d) CE). Con ese fin, las mencionadas cláusulas se idearon para expresar una preceptación, por los textos estatutarios, de lo que el legislador orgánico estatal considerara no incluido en la materia de “Administración de Justicia”, y, por lo tanto, asumible como competencia por una Comunidad Autónoma.

Al ser aprobada la LOPJ, varias Comunidades Autónomas formularon recursos de inconstitucionalidad frente a la misma, con fundamento, entre otras razones, en que

diversos preceptos de aquella Ley contradecían las normas de sus Estatutos que habían establecido las “cláusulas subrogatorias”. El TC,⁹ por una parte, vino a confirmar la constitucionalidad de la idea básica en la que se fundaba la técnica de las “cláusulas subrogatorias” —es decir, la depuración de la materia “Administración de Justicia” como objeto de la competencia exclusiva del Estado—,¹⁰ pero, por otra parte, matizó las consecuencias de las disposiciones estatutarias que la contenían, con base tanto en límites que se deducían de la interpretación de aquéllas, como en la aplicación de títulos competenciales distintos al del art. 149.1.5º CE, que impedirían desapoderar al Poder Ejecutivo estatal de determinadas competencias.¹¹

Quisiera, no obstante, destacar ahora que, con la evolución de las reformas de la LOPJ, lo que para los primeros legisladores estatutarios era un problema abierto al que una disposición del estilo de la “cláusula subrogatoria” daba una solución oportuna, dejó, progresivamente, de poderse plantear en aquellos términos iniciales. Por otra parte, la subsistencia de la “cláusula subrogatoria” en contextos normativos diferentes al que le dio origen, ha conducido a que, progresivamente, haya cambiado su significado normativo.

Un primer paso lo constituyó la propia LOPJ de 1985, que no sólo definió competencias del Gobierno del Estado, y se las atribuyó, sino que, acotando, dentro de la materia de Justicia, sub-materias y clases de potestades públicas, también atribuyó competencias a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, el art. 37.3 LOPJ, respecto de la gestión de medios materiales para la Administración de Justicia). Esto hubiera podido inclinar a pensar que el legislador de la LOPJ había optado por determinar de una manera diferente a los legisladores estatutarios qué competencias pueden asumir las Comunidades Autónomas en materia de Justicia, si lo prevén sus Estatutos, y cuáles se atribuyen no sólo al CGPJ, sino también al Gobierno del Estado, sin que, desde éste y por la vía de la cláusula subrogatoria, deriven después hacia una Comunidad Autónoma.¹² Sin embargo, como el TC no estaba llamado a pronunciarse sobre la

9 La doctrina sobre esta materia la formuló la STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, seguida por la STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, y confirmada, diez años después, por la STC, Pleno, 105/2000, de 13 de abril, FJ 2º. Para un análisis de esa doctrina, entre otros, LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado autonómico*, Civitas-Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 204-244; TOLIVAR ALAS, L., *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.114-120; REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Comares, Granada, 1996, pp. 129-177.

10 STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, FJ 6º y 7º; STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, FJ 4º. Otras tesis hubieran sido defendibles, así, por ejemplo, DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, pp. 205-206; MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público*, I, p. 39.

11 STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, FJ 8º; STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, FJ 5º.

12 DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, pp. 207-208.

inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios, sino sobre la de preceptos de la LOPJ, no podía dejar de examinar cada precepto impugnado para determinar si, habida cuenta de lo que era objeto de regulación por la norma estatal, la cláusula subrogatoria podía operar, y, en tal caso, si el precepto de la LOPJ admitía una interpretación que no impidiera o dificultara esa operatividad (STC 56/1990, FJ 9º).

Un segundo paso hacia el cambio de significado de las “cláusulas subrogatorias” está representado, a mi juicio, por las reformas de la LOPJ llevadas a cabo por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, y por la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

Una parte importante de ambas reformas ha estado orientada a recorrer el camino abierto por las STC 56/1990 y STC 62/1990 en cuanto a la determinación de materias que, sin formar parte de la competencia exclusiva estatal de “Administración de Justicia”, están próximas a ella y pueden ser objeto de competencias de las Comunidades Autónomas, aunque respetando otros límites que, para una asunción ajustada a la CE, han fijado también aquellas sentencias.¹³

En definitiva, la LOPJ ha realizado, siguiendo la orientación del TC, la delimitación de las competencias que, por constituir funciones del Gobierno del Estado asumibles por las Comunidades Autónomas, están atribuidas a las mismas si su Estatuto tiene cláusula subrogatoria. A partir de esto, lo que la LOPJ dispone que compete al Gobierno del Estado ya no puede ser interpretado como el presupuesto del valor normativo de la cláusula subrogatoria, porque la delimitación de la competencia de la Comunidad Autónoma ya la ha hecho la LOPJ, de modo que la norma estatutaria que establece aquella cláusula sólo sirve para apoderar a la Comunidad de la competencia,¹⁴ pero no para delimitar su amplitud.

13 Sobre la situación normativa a la que dio lugar la reforma de LOPJ de 1994, JIMÉNEZ ASENCIO, R., “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia y Libro Blanco de la Justicia”, en *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP-Civitas, Madrid, 1998, pp. 17-74. La reforma de 2003 ha estado precedida por los planteamientos del Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 311-321, especialmente p. 319, y por el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, en cuyos puntos 10 y 11 se especifica una adecuada distribución de competencias sobre personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia. Un análisis de la reforma de 2003 en JIMÉNEZ ASENCIO, R., “Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas”, en *Parlamento y Constitución*, 2003, número 7, pp. 9-48.

14 En definitiva, tendría la función que ha explicitado el art. 145 de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de noviembre de 2006, núm. 246-8), según el cual: “La Comunidad Autónoma asume las competencias en materia de Justicia para las que la legislación estatal exija una previsión estatutaria”.

El tercero, y, a mi juicio, definitivo paso para que las cláusulas subrogatorias pierdan la que fue su justificación inicial, está constituido por el contexto en el que se realiza la reforma estatutaria que ahora estamos analizando. A diferencia de lo que ocurrió al elaborarse, por vez primera, los Estatutos de Autonomía, ningún desconocimiento existe en los actuales tiempos sobre los límites dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de Justicia. Han contribuido a fijarlos tanto la doctrina jurisprudencial del TC, como las reformas de la LOPJ que han reconocido ampliaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas siguiendo las posibilidades abiertas por la doctrina mencionada. Los Estatutos pueden asumir específicamente competencias cuyo alcance ya está definido. Si, en esta situación normativa, continúan utilizándose las cláusulas subrogatorias, el significado de las mismas ya no es definir el ámbito en el que las Comunidades pueden asumir competencias en materia de Justicia, sino dejar ese ámbito permanentemente abierto.

Los límites de ese ámbito ya no serán solamente la materia estricta de Administración de Justicia y las atribuciones constitucionalmente reservadas al CGPJ, sino también el estatuto jurídico del personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia, cuya regulación se reserva al legislador orgánico estatal por el art. 122.1 CE. La técnica normativa que instaura este ámbito abierto tiene ventajas para las Comunidades Autónomas que pretendan aumentar sus competencias en materia de Justicia, aunque también inconvenientes.

Las ventajas consisten en que las Comunidades Autónomas pueden ampliar sus competencias, sin necesidad de reformar su Estatuto, en la medida en que el legislador orgánico estatal modere las exigencias que derivan de su competencia de fijación del estatuto jurídico del personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia y que conducen a un incremento de las potestades del Gobierno del Estado. Los inconvenientes están ligados, obviamente, a una tendencia inversa del legislador estatal, pero tienen la misma raíz. En cuanto la cláusula subrogatoria, en su significación actual, fía a lo que marque la LOPJ la delimitación de buena parte de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia, éstas se hallan expuestas a reducciones de sus competencias sin reforma estatutaria.

En todo caso, respecto de la concreción de ambas situaciones, siempre será decisivo el papel que ha de cumplir el TC para establecer si las modificaciones que puede experimentar la LOPJ, en cualquiera de los dos sentidos apuntados, respetan los condicionamientos constitucionales.

B) Art. 49.1.36ª EACV: una nueva cláusula general de atribución de competencias a la Generalitat en materia de Administración de Justicia

En este contexto de, a mi juicio, crisis de las llamadas “cláusulas subrogatorias”, el EACV incorpora la cláusula genérica atributiva de competencia en materia de Administración de Justicia contenida en el art. 49.1.6ª EACV.

Por una parte, y en cierta medida, esta disposición mejora la técnica de la cláusula subrogatoria, aunque resulta sorprendente que, si se ha comprendido este significado de la nueva disposición, se haga coexistir a ésta y a la antigua cláusula en el texto estatutario.

La mejora consiste en que el inciso del art. 49.1.36ª EACV que deja a salvo “lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5ª de la Constitución”, podría ser entendido en el siguiente modo:

1º) La Generalitat no asume competencias no solamente en aquello que la legislación mencionada ha determinado que es competencia del CGPJ, sino que tampoco lo hace en lo que esa misma legislación ha especificado como objeto de la competencia del Gobierno del Estado.

2º) La Generalitat, en cambio, asume, con toda la extensión que esa legislación habilita, las competencias que, según esa misma legislación, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas.

No obstante, y por otra parte, la nueva cláusula general, conserva los defectos de las cláusulas subrogatorias e incluso incorpora uno nuevo e importante.

El defecto que conserva es el de la indefinición de sobre qué se atribuye competencia, ámbito que seguirá siendo necesario delimitar con el previo análisis de otras

leyes estatales. En este aspecto, tanto el Estatuto de Cataluña,¹⁵ como la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía,¹⁶ han aplicado la técnica de especificar sub-materias y potestades en las que asumen competencias, aunque es cierto que no han renunciado a la cláusula subrogatoria como norma de cierre para entender asumidas competencias no especificadas y no integradas en la materia estricta de “Administración de Justicia”.¹⁷

El defecto nuevo e importante de la nueva fórmula consiste en que, para describir inicialmente la materia dentro de la cual y, siempre salvando lo previsto por la legislación estatal, la Generalitat podría asumir competencias, se refiere a la misma como “Administración de Justicia”, sin ningún matiz restrictivo.

Con esa descripción, contando con los resultados de la labor depuradora que sobre el concepto “Administración de Justicia” ha realizado la jurisprudencia del TC recién recordada y de los que el legislador estatutario es, sin duda, consciente, habría que pensar, en principio, que el EACV se está refiriendo a una atribución limitada de competencias a la Generalitat dentro de una materia de competencia exclusiva del Estado. Si así fuera, o la norma es directamente inconstitucional o, en cualquier caso, no constituye materia estatutaria, sino manifestación de otros medios de atribución de competencias a la Generalitat.

En efecto, como más adelante tendremos oportunidad de considerar con detalle, están actualmente pendientes iniciativas legislativas que se fundan en que el Estado puede realizar, respecto de la materia de su competencia exclusiva “Administración de Justicia”, una labor de acotación de ciertas sub-materias y funciones públicas en las que podría dar participación a las Comunidades Autónomas, a pesar de que, como queda dicho, no son competencia de las mismas, sino del Estado.

Pues bien, si la cláusula general del art. 49.1.36ª EACV se formula en contemplación de esa posibilidad, su lugar no es el EACV, porque no es éste el que atribuye tales competencias, sino la ley del Estado. Además resulta redundante con el art. 49.2 EACV, en

15 Véanse los arts. 101 al 105 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

16 Véanse los arts. 147, 148, 149 y 155 de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, 7 de noviembre de 2006, núm. 246-8).

17 Art. 109 Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 151 Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

la parte en que dispone que “La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre aquellas otras materias que [...] con este carácter y mediante Ley Orgánica sean transferidas por el Estado”, artículo que comete la obvia incorrección de reunir sistemáticamente modos de atribución de competencias cuyo régimen constitucional es diferente.

En definitiva, para reconocer en esta nueva forma de cláusula general la mejora que apunté más arriba en comparación con la cláusula subrogatoria, habría que entender que se refiere a “Administración de Justicia” en el sentido de “administración de la Administración de Justicia”, ámbito material en el que la Generalitat asumiría competencias propias, respetando la legislación de desarrollo del art. 149.1.5ª CE, principalmente en cuanto esa legislación especifica competencias del Estado —Poder Legislativo, CGPJ y Gobierno— y de las Comunidades Autónomas.

En conclusión, para determinar las competencias que asume la Generalitat en virtud de las cláusulas generales comentadas, es necesario analizar, junto con las previsiones estatutarias, la legislación estatal sobre “Administración de Justicia”, todo ello a la luz de la doctrina jurisprudencial del TC sobre el modo de compaginar las cláusulas subrogatorias con, principalmente, las disposiciones de LOPJ y LDYPJ.

III.3. POTESTADES DE LA GENERALITAT Y MATERIAS DE JUSTICIA DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO

Un panorama completo de las potestades de la Generalitat en materia de Justicia impone considerar también las que recibe por vía extraestatutaria.

Incluimos en esa vía no sólo las aplicaciones de lo previsto en los apartado 1 y 2 del art. 150 CE, sino también la atribución a las Comunidades Autónomas por la legislación del Estado de potestades de participación en el ejercicio de competencias de titularidad estatal en materia de Administración de Justicia.

Esta vía, y no la estatutaria, es la adecuada para que la Generalitat reciba válidamente potestades respecto de la materia estricta de Administración de Justicia, que corresponde a la competencia exclusiva del Estado. Aunque, precisamente por las características de estos medios de atribución, las potestades no quedarán protegidas por la

rigidez del procedimiento de reforma estatutaria, sino que se hallarán expuestas a la reforma de la ley estatal que las haya conferido.

En cualquier caso, para conocer las potestades que la Generalitat recibe por esa vía, es necesario considerar la legislación del Estado sobre Administración de Justicia, como haremos a continuación.

IV POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS

IV.1. EN GENERAL

La Generalitat no tiene competencias propias -en el sentido de atribuidas por el EACV, de conformidad con la Constitución- en materia de estatuto de jueces y magistrados. Ni las tiene en virtud de atribuciones específicas, ni por el juego de la cláusula subrogatoria.

De entrada, y en general, esta materia forma parte del núcleo “Poder Judicial” o “Administración de Justicia” (STC 56/1990, FJ 13º y 42). En segundo término, y en cuanto a su regulación, está reservada a ley orgánica (STC, Pleno, 108/1986, de 29 de julio, FJ 6º, 15º y 16º), lo que descarta los efectos de la cláusula subrogatoria (STC 56/1990, FJ 8º y 10º; STC 62/1990, FJ 5º; STC 105/2000, FJ 2º). En tercer lugar, la aplicación ejecutiva de esa regulación corresponde al CGPJ y no al Gobierno (STC 108/1986, FJ 7º; STC 105/2000, FJ 4º), lo que también impide que entre en juego esa cláusula.

No obstante, la Generalitat tiene atribuidas algunas potestades en esta materia. Estas potestades tienen una intensidad limitada, y, a pesar de la apariencia que generan algunas disposiciones del EACV, no es éste, sino la LOPJ, la norma que inviste de las mismas a la Generalitat.

IV.2. LAS POTESTADES EN ESPECIAL Y ALGUNOS CASOS LITIGIOSOS

En cuanto al ingreso en la carrera judicial —así hay que entenderlo por la referencia que hace la disposición a la convocatoria de oposiciones— el art. 35.1 EACV atribuye a la Generalitat una potestad de instancia de la convocatoria al órgano competen-

te para acordarla. Ahora bien, la medida y el efecto de esta potestad no vienen dadas por el precepto estatutario, sino que, por expresa previsión del mismo, existen “de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Y el art. 301.7 LOPJ permite, por un lado, concluir que, frente a las apariencias de la letra del art. 35.1 EACV, la potestad de instancia no tiene el efecto de condicionar absolutamente el ejercicio de la potestad de convocatoria;¹⁸ y, por otro lado, aunque el precepto estatutario no lo exprese, que la potestad de instancia sólo la tiene la Generalitat en la medida en que guarde relación con vacantes en su ámbito territorial. En fin, la STC, Pleno, 158/1992, de 26 de octubre, FJ 6º y 7º estableció que la actuación de oficio —prescindiendo de la previa instancia— del titular de la potestad de convocatoria no es causa de nulidad de ésta.

El Proyecto de reforma LOPJ/2006 puede modificar, fuera del EACV, la potestad de la Generalitat respecto del procedimiento de acceso a la Carrera Judicial por la nueva categoría de Jueces de Proximidad, que ese mismo proyecto establece. La redacción proyectada del nuevo art. 301bis, b) LOPJ, en vez de la potestad de instancia —cuyo desconocimiento, como hemos visto, carece, en realidad, de consecuencias jurídicas—, atribuye a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas una potestad de informe sobre el número de plazas de esa categoría judicial que el CGPJ ha de incluir en la convocatoria. El informe no está previsto como vinculante, con lo que se respetan los límites fijados por la recién citada jurisprudencia constitucional.

El art. 35.1 EACV extiende la potestad de instancia a la convocatoria de concursos para la provisión de destinos concretos, y, en esto, los términos del precepto estatutario continúan siendo idénticos a los del art. 301.7 LOPJ. Pero este último artículo, ahora ya sin réplica en el EACV, somete al mismo régimen la convocatoria de pruebas selectivas de promoción y de especialización dentro de la Carrera judicial.

Respecto de la formación vinculada a los procedimientos de acceso a la Carrera judicial, a la promoción y especialización, así como respecto a la formación continuada, la competencia también corresponde al CGPJ (arts. 107.4 y 7, 433 bis LOPJ), pero la Generalitat, en cuanto Comunidad Autónoma con competencias en Justicia, deberá estar representada en el Consejo Rector de la Escuela Judicial (art. 110.2, a) LOPJ).

18 STC, Pleno, 158/1992, de 26 de octubre, FJ 4º.

Dos supuestos de provisión de destinos merecen una consideración especial.

De una parte, el nombramiento del Presidente del TSJ, al que el art. 34.1 EACV dedica una disposición vacía, porque se limita a reproducir una mínima parte de las previsiones normativas de la LOPJ sobre la materia. En cambio, omite la única previsión que, con arreglo al art. 336.2 LOPJ, el EACV hubiera podido formular: el carácter preceptivo de la publicación del Real Decreto de nombramiento en el Diario Oficial de la Generalitat,¹⁹ preceptividad que, en consecuencia, hay que considerar inexistente para el nombramiento de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El segundo supuesto es el del nombramiento de magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Correctamente fuera del EACV, en el art. 330.4 LOPJ, se prevé que, en la Sala mencionada, “una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa”. Es decir, competencia del Estado, y, dentro de él, del CGPJ, pero relevante participación de la Comunidad Autónoma, cuya Asamblea Legislativa tiene potestad de proposición de terna para cada vacante.

La incidencia en diversos procedimientos que se han mencionado en este apartado, del conocimiento del Derecho propio de la Comunidad Valenciana y del valenciano —en cuanto idioma también oficial en esa Comunidad—, es mencionada en el art. 35.1 EACV. Pero este artículo nada añade, ni podría añadir (STC 56/1990, FJ 13º y 40º) a las previsiones de la LOPJ sobre la misma materia (arts. 110.2, h); 330.4; 341; 431.2, f) LOPJ). La potestad reglamentaria respecto de estos méritos es competencia del CGPJ, y la potestad ejecutiva —que se sustancia en la apreciación de su concurrencia en los participantes en los procedimientos selectivos— corresponde a los órganos encargados de resolverlos. La falta de competencia de la Generalitat en esta materia tiene, sin embargo, la excepción de una potestad de informe en el procedimiento de elaboración por el CGPJ del reglamento sobre la materia considerada (art. 110.3 LOPJ en relación con el apartado 2, a) del mismo artículo).

19 Sin perjuicio de que los efectos del nombramiento se vinculan a la publicación en el BOE: STC 56/1990, FJ 42º.

Los derechos y deberes de los jueces y magistrados, como componentes de su estatuto jurídico, no pueden ser regulados por ley, ni por reglamento de la Comunidad Autónoma.

Así, en materia de honores y tratamiento, la STC, Pleno, 38/1982, de 22 de junio, declaró que corresponde al Estado la competencia para fijar la precedencia relativa entre los órganos y autoridades del Estado y de la Generalidad en los actos oficiales de carácter general, y el tratamiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y, consiguientemente, la nulidad de la inclusión del Tribunal Superior de Justicia y de su Presidente en determinados artículos de un Decreto de la Generalitat de Cataluña.

Y en materia de atribución de nuevos deberes a jueces y magistrados, la STC, Pleno, 150/1998, de 2 de julio, declaró inconstitucional que, por ley de Comunidad Autónoma, se adjudique a los Jueces de Primera Instancia o a sus Decanos la presidencia de las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, y ello aunque “la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que es una norma estatal, contenga un mandato idéntico”. Esta doctrina fue reiterada por la STC, Pleno, 127/1999, de 1 de julio, respecto de la asignación, por Ley de Galicia, de la vicepresidencia de los Jurados Provinciales de Clasificación de Montes a un magistrado de la Audiencia Provincial.

Atendida la naturaleza de las potestades que, no el EACV, sino la LOPJ atribuye a la Generalitat en materia de estatuto de jueces y magistrados, no resulta fácil imaginar con qué alcance la Generalitat podría —según la habilita la disp. adic. 1ª.2 LOPJ—²⁰ aprobar reglamentos de desarrollo de la LOPJ que afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los jueces y magistrados. Dejando aparte las limitaciones objetivas de un desarrollo reglamentario que afecte al estatuto jurídico de Jueces y Magistrados (STC 108/1986, FJ 26º; STC 105/2000, FJ 8º), como este estatuto pertenece al ámbito estricto de la “Administración de Justicia” y es, por tanto, competencia exclusiva del Estado, la habilitación que confiere a las Comunidades Autónomas la disposición adicional mencionada no alcanzaría, por principio, a ninguna materia de este estatuto (STC 105/2000, FJ 7º). No obstante, después de esta pri-

20 “El Gobierno, o en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial”.

mera restricción, la STC 105/2000 salva la validez de la disp. adic. 1ª.2 LOPJ mediante un pronunciamiento interpretativo: “La expresión «afectar» a una materia no se identifica con regular la misma. Se refiere a la posibilidad de coexistencia de dos títulos distintos que pueden interferirse entre sí, por lo que, en la medida en que al ejercer las facultades derivadas de uno de ellos se afecte a los aspectos accesorios del estatuto judicial, aun sin regularlos, el título competencial en cuestión resultará sometido a los mismos límites que rigen respecto de los reglamentos del Consejo dictados para regular los aspectos secundarios del ejercicio de los derechos y deberes de Jueces y Magistrados” (FJ 9º).

V LA GENERALITAT Y LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

No estaría muy justificado ocuparse de posibles competencias o potestades de la Generalitat respecto de los órganos de gobierno del Poder Judicial,²¹ de no ser por la previsión, en el art. 33.3 EACV, de un llamado “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”, y, en un Proyecto de reforma de la LOPJ que luego citaré, de los denominados “Consejos de Justicia”.

Fuera de los problemas que generan esas previsiones, cuyo análisis conduciré —por cierto— a inesperados resultados, la materia de los órganos de gobierno del Poder Judicial se sitúa fuera de la competencia de la Generalitat, con los matices que ya he apuntado y después recordaré.

V.1. LA SITUACIÓN ACTUAL Y LAS PERSPECTIVAS INMEDIATAS DE REFORMA

El gobierno del Poder Judicial pertenece al ámbito estricto de la materia “Administración de Justicia”, y es, por tanto, de competencia exclusiva del Estado.²² Su regulación está reservada a ley orgánica.²³ El art. 122 CE establece algunos ele-

21 La expresión Poder Judicial tiene, en la CE, un doble significado. Por un lado, el significado más general de la Jurisdicción constitucionalizada de un modo coherente con los postulados de la división de poderes. Por otro lado, el significado más específico de conjunto de jueces y magistrados que, integrados en órganos jurisdiccionales, ejercen potestad jurisdiccional, y están sometidos constitucionalmente —no todos los que ejercen potestad jurisdiccional lo están— a un régimen de gobierno autónomo dirigido por el CGPJ; brevemente: los Jueces y Magistrados que integran los tribunales ordinarios. Sobre esto, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 30-39; resumido y actualizado, ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M., JUAN SÁNCHEZ, R., CÁMARA RUIZ, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 49-56.

22 STC 56/1990, FJ 6º; STC 62/1990, FJ 4º; STC 105/2000, FJ 2º.

23 STC 108/1986, FJ 23º a 27º; STC 105/2000, FJ 4º.

mentos de los órganos a los que han de atribuirse potestades de gobierno y, también, alguna precisión sobre las potestades reservadas a los mismos.²⁴ En ese nivel normativo las Comunidades Autónomas no están consideradas.

A continuación de la determinación constitucional, la LOPJ, por una parte, atribuye las potestades de gobierno al CGPJ y a los órganos de gobierno interno del Poder Judicial (Salas de Gobierno, Presidencias de Tribunal y de Sala, Juntas de Jueces, Decanatos, jueces y magistrados), y no al Gobierno del Estado, con lo que las cláusulas subrogatorias carecen del presupuesto necesario para desplegar sus efectos.²⁵ También debería decirse, para completar este aspecto, que la LOPJ no atribuye al Gobierno del Estado ninguna potestad que incida en la composición de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Por otra parte, la LOPJ no atribuye de modo específico y expreso a las Comunidades Autónomas otras potestades respecto del gobierno del Poder Judicial más que las que hemos considerado, precisamente, en el anterior apartado IV. Y también ha de hacerse notar que, entre las mismas, no hay ninguna que las habilite para incidir en la composición de los órganos de gobierno, sino que todas están dirigidas a incidir en el ejercicio de algunas funciones de esos órganos.

No obstante, en alguna ocasión se ha planteado la posibilidad de que, respetando los límites constitucionales de la configuración del gobierno del Poder Judicial, el Estado —y sólo él, dado que la competencia le corresponde en exclusiva—, y por la ley mediante la cual ejerce su competencia normativa en esta materia (la LOPJ), no a través de los Estatutos de Autonomía —porque no se trata de competencias que la CE permita asumir como propias a las Comunidades Autónomas—, concediera a éstas alguna participación en un ámbito competencial que, hay que reiterarlo, corresponde en exclusiva al Estado.²⁶

24 No obstante, en ambos aspectos el legislador orgánico dispone de ámbitos de libre configuración: véanse STC 108/1986, FJ 9º a 13º; STC 105/2000, FJ 4º.

25 STC 105/2000 FJ 2º y 9º.

26 Puede verse una útil exposición de intentos legislativos y de planteamientos doctrinales, en REVERÓN PALENZUELA, *Poder Judicial, unidad jurisdiccional*, pp. 123-126. Y un pronunciamiento relevante sobre esta cuestión también puede encontrarse en Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco*, pp. 322-324.

Esos planteamientos de política jurídica han alcanzado formulación concreta en el Proyecto reforma LOPJ/2006.

Este Proyecto prevé la creación de los Consejos de Justicia, que ejercerán funciones de gobierno del Poder Judicial, con subordinación al Consejo General del Poder Judicial (redacción proyectada del art. 104.2 LOPJ), y en relación con el Tribunal Superior de Justicia y los Juzgados y Tribunales radicados en la Comunidad Autónoma (redacción proyectada del art. 106.2 LOPJ).

Los Consejos de Justicia estarán regulados en la LOPJ —en cuyo Libro II se introducirá un Título II bis con las disposiciones correspondientes—. Su característica más significativa de la participación concedida a las Comunidades Autónomas es la de que, en un número igual al de sus miembros natos, serán miembros del Consejo juristas que cumplan determinados requisitos y que son elegidos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por mayoría de tres quintos (redacción proyectada de los arts. 148 bis.1 y 148 ter LOPJ).²⁷

En mi opinión, el problema fundamental que plantea la creación de los Consejos de Justicia no es tanto el de hasta qué punto puede el Estado dar participación a las Comunidades Autónomas en el ámbito de una competencia exclusiva de aquél —siempre que se entienda que es el Estado quien confiere, modula, y, en su caso, retira la participación, atendida la titularidad de la competencia—, sino el de que, por la clase de participación concedida, resulte infringido el contenido constitucionalmente garantizado del gobierno autónomo del Poder Judicial, pero del mismo modo que eso podría ocurrir si ese régimen de gobierno fuera reformado para dar mayor participación en el mismo al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo del Estado. Este segundo problema excede, sin embargo, del objeto de este artículo.

V.2. ¿ES EL CONSELL DE LA JUSTÍCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA EL FUTURO CONSEJO DE JUSTICIA DE LA LOPJ REFORMADA?

El primer problema que apuntaba en el último párrafo del apartado anterior nos introduce de lleno en el tema básico de si el “Consell de la Justicia” al que se refie-

²⁷ Téngase en cuenta que los miembros natos son todos ellos titulares de cargos discrecionalmente nombrados por el CGPJ, y que, en número igual tanto al de estos, como al de miembros elegidos por las Asambleas Legislativas, integran también el Consejo, miembros electos por los jueces y magistrados destinados en la Comunidad Autónoma.

re el art. 33.3 EACV es o no el Consejo de Justicia que deberá ser constituido si llega a ser ley el Proyecto de reforma LOPJ/2006.

Frente a una primera respuesta afirmativa precave la constatación de que sea una disposición del EACV la que dice crear el “Consell de la Justicia”, en vez de limitarse, de manera expresa o implícita, a reconocer la creación del mismo por la única ley que puede crearlo, que es la LOPJ u otra ley orgánica reguladora del gobierno del Poder Judicial.

Podría, sin embargo, pensarse que, como en muchos otros casos, la disposición estatutaria se limita a repetir el contenido de una ley estatal, que es la que propiamente tienen eficacia normativa en la materia.

En este caso no es fácil aplicar la explicación anterior. Por una parte, la ley estatal correspondiente no está aprobada, y, por otra parte, en la redacción de la disposición estatutaria no se han adoptado las precauciones necesarias para dejar a salvo la eficacia normativa de la futura ley estatal.

Para descartar que nos hallemos ante la práctica —técnicamente rechazable, pero frecuentemente seguida— de repetir los contenidos de la ley estatal, basta comparar el art. 33.3 EACV con los artículos referidos al Consejo de Justicia de la Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Propuesta de Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que tampoco han renunciado al papel de adyuvantes del resultado final de un procedimiento legislativo en curso:

1º) El art. 33.3 EACV dispone directamente la creación del “Consell de Justicia”, mientras que el art. 97 de la Ley de Reforma del Estatuto de Cataluña y el art. 144.1 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía se limitan a mencionar la existencia del Consejo de Justicia y expresamente como órgano desconcentrado del CGPJ.

2º) El art. 33.3 EACV remite a una ley de Les Corts la determinación de la “estructura, composición, nombramientos” de los miembros del “Consell de la Justicia”, mientras que el art. 99.1 del Estatuto catalán y el art. 144.2 de la Propuesta de

Reforma del Estatuto para Andalucía se remiten a lo que, sobre este particular, disponga la LOPJ. Es cierto que también el art. 33.3 EACV, en su inciso final, hace una mención de “lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, pero, como después veremos, el significado de esa limitación, atendido su contexto, es diferente.

3º) El art. 33.3 EACV remite a una Ley de les Corts la determinación de “las funciones dentro del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de administración de justicia en los términos que establece el presente Estatuto y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Frente a esto, los arts. 98 y 100 del Estatuto catalán y el art. 144.3 y 4 de la Propuesta de Reforma del Estatuto para Andalucía contemplan que el Consejo de Justicia tenga atribuciones que excedan de las competencias de la Comunidad en materia de Justicia, siempre que esas atribuciones las establezca la LOPJ.

Como conclusión, el art. 33.3 EACV, a diferencia de los que hacen las otras disposiciones consideradas de otros Estatutos o propuestas de reforma, parece estar creando un órgano propio de la Generalitat, que, coherentemente, es sometido a ley de Les Corts en cuanto a su composición y funciones, y que, con la misma coherencia, ve acotadas sus funciones al ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

Para no llegar a esa conclusión habría que entender que el inciso final del art. 33.3 EACV —“y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”—contrarresta todos los indicios que han quedado anotados, y, a pesar de todos ellos, hace que la disposición diga, simplemente, esto: “El “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” (existirá) de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En mi opinión, frente a una interpretación tan forzada del inciso, basta, para que el mismo tenga sentido, entender que es una referencia (más) de acotación del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

En definitiva, hay buenas razones para concluir que el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” no es el Consejo de Justicia previsto en el Proyecto de reforma de la LOPJ.²⁸

¿Significa todo lo dicho que, en la Comunitat Valenciana, no será creado el Consejo de Justicia si y cuando entre en vigor la reforma correspondiente de la LOPJ? Obviamente, no. La ley de creación de ese órgano de gobierno del Poder Judicial es precisamente la LOPJ, y no el EACV. Aunque éste no hubiera mencionado un Consejo de Justicia o una institución con nombre parecido, el Consejo de Justicia deberá ser constituido cuando entre en vigor la ley que lo crea.

No obstante, el art. 33.3 EACV dejará planteados dos problemas:

1º) Si existe o no título de atribución al Consejo de Justicia (de la LOPJ) de “funciones en materia de justicia [...] en el ámbito de las competencias propias de las Comunidades Autónomas”, porque esta atribución es precisamente una determinación para la que la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ habilita a los Estatutos. No me parece que una ley de la Generalitat cumpla esa exigencia.

2º) Si el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” deberá ser regulado y constituido de acuerdo con el precepto estatutario, sin perjuicio de que también deba serlo, de acuerdo con la ley estatal que lo regula, el Consejo de Justicia. Sobre esta cuestión que, en principio, debe recibir una respuesta afirmativa, trataré en el apartado IX, porque no es tema que tenga que ver con la Generalitat y el gobierno del Poder Judicial, sino con el régimen de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

28 En este sentido, no comparto las apreciaciones sobre el art. 33.3 EACV que se formulan en el “Estudio sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, aprobado por el Pleno del CGPJ, en sesión de 25 de enero de 2006, pp. 17-18, y en el voto particular que formuló el Vocal Luis Aguiar de Luque en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en materia de Organización de la Administración de Justicia (Consejos de Justicia Autonómicos), p. 23. La inconstitucionalidad debería afirmarse si el régimen previsto por el EACV para el “Consell de la Justicia” pretendiera aplicarse al Consejo de Justicia (de la LOPJ), pero no si aquél régimen se entiende referido a una institución distinta y perteneciente a la Generalitat.

VI POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN, CON UN APUNTE SOBRE EL TEMA PREVIO DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La determinación de las clases de juzgados y tribunales que forman la organización judicial ordinaria —dejamos para el apartado VIII el tratamiento de los tribunales especiales— y la implantación efectiva de los mismos requiere, de modo previo a las actuaciones ejecutivas para la dotación de personal de diferentes clases (jurisdiccional y no jurisdiccional) y de recursos materiales, diversas actuaciones normativas, a veces específicamente legislativas y por ley orgánica. El art. 152.1, párrafo segundo CE autoriza que los Estatutos de Autonomía atribuyan a las Comunidades Autónomas algunas potestades respecto de estas actuaciones.

En el EACV la atribución específica se halla en el art. 36.1. 2ª EACV, según el cual: “En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat: [...] 2.ª Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad. La Generalitat participará también, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio”. No obstante, también ha de ser considerado lo que deriva de las cláusulas generales y las posibles atribuciones extraestatutarias.

VI.1. LA GENERALITAT NO TIENE COMPETENCIA PARA LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Entre las actuaciones normativas a las que se acaba de aludir existe una que es previa a las de fijación de la planta y la demarcación judiciales, y respecto de la cual las Comunidades Autónomas carecen absolutamente de competencia.

En efecto, la fijación de la planta y la demarcación va referida a unas clases de juzgados y tribunales de los que, previamente, la LOPJ ha establecido su composición unipersonal o colegiada, su competencia genérica, objetiva y funcional,²⁹ y el ámbi-

²⁹ Acerca de que la especificación de estos elementos forma parte de la “constitución” del órgano jurisdiccional, en el sentido de configuración jurídica del mismo, JUAN SÁNCHEZ, R., *Las Comunidades Autónomas en el proceso civil. Normas autonómicas y nueva Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, pp. 216-226.

to territorial al que extienden su competencia o los criterios que acotan su ulterior delimitación.³⁰

Este primer nivel normativo infraconstitucional para la creación de la organización judicial es inaccesible a las Comunidades Autónomas, porque su regulación está reservada a ley orgánica (art. 122.1 CE) y porque es materia comprendida en lo que estrictamente es “Administración de Justicia” (STC 56/1990, FJ 14º y 15º; STC 62/1990, FJ 6º).

No obstante, esta materia no se ha librado de litigiosidad constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas, y concretamente, en un caso, la Comunitat Valenciana. El desconocimiento de lo anterior fue la causa de la inconstitucionalidad del art. 2, párrafo segundo —también del art. 3.2— de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, sobre Arrendamientos Históricos Valencianos, que atribuía a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo la competencia genérica para conocer de la impugnación del acto de reconocimiento de arrendamiento histórico, dictado por la Administración de la Generalitat. Ese artículo —dice la STC, Pleno, 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4º— establece “una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art 122.1 CE), y normas concordantes, que han delimitado ya la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados. El legislador autonómico en ningún caso puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo, pero esto es lo que ha venido a hacer con una norma que no puede ser entendida sino como excluyente de la intervención que, según la legislación aplicable, han de tener aquí los órganos jurisdiccionales civiles para resolver las controversias que surjan en torno a la calificación y régimen jurídico de estos contratos”.

30 Por esta razón estimo más correcto distinguir la materia que ahora se trata de la fijación de la planta, en vez de considerarla como una primera operación dentro de esa fijación, como hace la STC 56/1990, FJ 15º: “El establecimiento de la planta judicial supone determinar los Juzgados y Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la C. E.). En consecuencia, dentro de la organización o establecimiento de la planta judicial necesariamente han de encuadrarse las dos siguientes operaciones: El establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de aquella potestad y, en segundo lugar, la fijación del número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos de forma abstracta, se van a asentar en el territorio nacional”.

Por los mismos fundamentos el TC ha declarado la inconstitucionalidad:

1º) De una disposición de la Ley 6/1984, de 5 de julio, de la Junta General del Principado de Asturias, por la que se atribuía una nueva competencia objetiva *ratione personae* a la Sala de Civil y Penal del TSJ de Asturias (STC, Pleno, 159/1991, de 18 de julio, FJ 4º).

2º) De disposiciones de una Ley catalana reguladora de la Sindicatura de Cuentas (STC, Pleno, 187/1988, de 17 de octubre), y de una Ley gallega reguladora del Consejo de Cuentas (STC, Pleno, 18/1991, de 31 de enero), que intentaban atribuir por sí mismas potestad jurisdiccional a órganos que no la tienen según las leyes del Estado. Remitimos a lo que expondremos en el apartado VIII, porque este tema afecta a la potestad jurisdiccional de tribunales especiales.

3º) De la disposición de la Ley gallega 12/1984, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Gallego de Protección al Consumidor, en la que se intentaba establecer, fuera de la legislación estatal, un sistema institucional de arbitraje en materia de consumo (STC, Pleno, 62/1991, de 22 de marzo, FJ 8º).

La afirmación de la competencia exclusiva del Estado para regular el arbitraje en cuanto “equivalente jurisdiccional” y, por lo tanto, en cuanto institución que puede limitar el acceso a la jurisdicción o el ejercicio de la potestad jurisdiccional —que también el Estado es exclusivamente competente para regular—, ha llevado al TC a rechazar la pretendida inconstitucionalidad de la regulación estatal del arbitraje institucional de consumo (STC, Pleno, 15/1989, de 26 de enero, FJ 9º), del arbitraje institucional en materia de propiedad intelectual (STC, Pleno, 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 12º), y a reconocer la competencia del Estado para decidir la supresión de procedimientos previos al acceso a los tribunales en materia de publicidad ilícita (STC, Pleno, 146/1996, de 19 de septiembre, FJ 7º).

En fin, le exclusiva competencia del Estado para establecer qué clase de órganos jurisdiccionales deben existir, conduce al TC a rechazar que una ley de la Generalitat de Cataluña pueda servir de fundamento para la subsistencia de una clase de tribunales (los llamados Tribunales Arbitrales de Censos) que la LOPJ decidió suprimir (STC 56/1990, FJ 47º).

VI.2. POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN JUDICIAL

El art. 152.1, párrafo segundo CE impone distinguir la materia de la planta judicial de la materia de fijación de demarcaciones y de capitalidad, porque solamente para la segunda está constitucionalmente previsto que los Estatutos de Autonomía atribuyan competencias a las Comunidades Autónomas, de la calidad y con el alcance que veremos. Así lo hace, con parquedad, el art. 36.1.2ª EACV.

A) Planta judicial: potestades de la Generalitat en el Derecho vigente y perspectivas de reforma

En el anterior subapartado 1 apunté la razón por la que no podía aceptarse la determinación que hace el TC sobre lo que debe considerarse materia de planta judicial. En mi opinión, la planta judicial consiste en decidir la clase y número de órganos jurisdiccionales —entre los configurados por la LOPJ— que deben ser establecidos en las circunscripciones determinadas por la LOPJ o con arreglo a la misma. A aquella razón habría que añadir otra: así como las Comunidades Autónomas no tienen ninguna potestad respecto del “establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio” de la potestad jurisdiccional —primera operación de la planta judicial, a juicio del TC—, pueden en cambio tenerla, en los términos que enseguida veremos, respecto de la planta judicial entendida como yo he apuntado.

De entrada, el EACV no atribuye específicamente a la Generalitat ninguna competencia en materia de planta judicial. El segundo inciso del art. 36.1.2ª EACV no tiene esa eficacia normativa, como inmediatamente veremos.

A continuación, y dado que la planta judicial es materia comprendida en el ámbito estricto de “Administración de Justicia”, sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva,³¹ la Generalitat tampoco puede recibir competencias en virtud de la cláusula subrogatoria.

31 De ese modo, clara y reiteradamente, STC 56/1990, FJ 14º y 15º; STC 62/1990, FJ 6º, a), b), c), f) y h).

No obstante, la Generalitat sí que puede recibir potestades relativas a esta materia si se las atribuye la ley estatal que la regula. Eso es lo que anuncia el segundo inciso del art. 36.1.2ª EACV, al disponer que: “La Generalitat participará también, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio”. Es, pues, la LOPJ, no el EACV, la que establece si se tiene potestad en esta materia y con qué alcance.

En efecto, por esta modalidad de atribución, la Generalitat tiene las potestades de:

1º) Instar del Gobierno del Estado —que tiene la competencia para presentar el correspondiente proyecto de ley— la revisión de la planta de los juzgados y tribunales, para adaptarla a las necesidades de su ámbito territorial (art. 29.2 LOPJ).

2º) Ser oída, con carácter preceptivo, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto de creación de Secciones y Juzgados, que es competencia del Gobierno cuando esas actuaciones no supongan alteración de la demarcación judicial (art. 36 LOPJ).

3º) Ser oída, con carácter preceptivo, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto por el que se transformen Juzgados de una clase en Juzgados de clase distinta, que es competencia del Gobierno, siempre que los Juzgados tengan la misma sede, y aunque pertenezcan a distintos órdenes jurisdiccionales (art. 20.1, párrafo segundo LDYPJ).

Por otra parte, la competencia de la Generalitat en materia de creación y supresión de municipios tiene, atendido lo dispuesto por el art. 99.1 LOPJ,³² la consecuencia de vincular, de manera colateral, la decisión sobre planta judicial consistente en la creación o en la supresión de un Juzgado de Paz.

El Proyecto reforma LOPJ/2006 también puede modificar el estado normativo de esta cuestión, mediante la atribución de nuevas potestades a la Generalitat, que amplían las que actualmente tiene y modifican sus efectos, en el sentido de hacerlos más influyentes en algunas decisiones ejecutivas sobre planta judicial.

32 “En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz”.

En este sentido, y en primer lugar, el Proyecto contempla la introducción de un nuevo párrafo en el art. 36 LOPJ, según el cual: “Las Comunidades Autónomas con competencias efectivamente transferidas en materia de justicia elevarán anualmente al Ministerio de Justicia una propuesta de creación de plazas judiciales en su ámbito territorial. El número de plazas creado a lo largo del año a que corresponda la propuesta no podrá exceder del contenido en la misma”.

Esta potestad de propuesta es diferente, en varios aspectos, a la actual potestad de informe preceptivo, que el mismo artículo mantiene:

1º) Muy obviamente, en que tiene una eficacia vinculante, aunque no en sentido positivo, sino negativo o limitativo. Esta novedad se debe, a mi juicio, a la necesidad de una técnica de coordinación entre la competencia del Gobierno del Estado sobre creación de órganos jurisdiccionales y las competencias asumidas por algunas Comunidades Autónomas en materia de oficina judicial, personal al servicio de la Administración de Justicia y medios materiales. Se trata de que estas Comunidades Autónomas cuenten con una referencia precisa, al menos en cuanto a máximos, para programar las actuaciones en las materias de su competencia.

2º) Dado que la propuesta se refiere al número de plazas a crear durante el año, la propuesta no sólo limita la potestad del Gobierno del Estado de crear secciones y juzgados, sino también la de acordar el aumento de plazas de magistrados, cuando no se estime necesario crear una sección completa (art. 20.3 LDYPJ).

En segundo lugar, el Proyecto configura una nueva clase de juzgados, los denominados Juzgados de Proximidad. Respecto de la planta de esta nueva clase de Juzgados, el Proyecto prevé la atribución de competencias especiales a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia, y, entre ellas, a la Generalitat:

1ª) Algunos de los presupuestos que, con arreglo a la redacción proyectada del art. 97 bis.1 LOPJ,³³ imponen que la Ley de Planta prevea el establecimiento de Juzgados de

33 “En los municipios donde exista Juzgado de primera instancia e instrucción, y tengan régimen municipal especial o se cumplan las exigencias del artículo 121.1 de la Ley de Bases de Régimen local, se crearán los juzgados de proximidad. Estos juzgados extenderán su jurisdicción a todo el término municipal y, en su caso, al partido judicial correspondiente”.

Proximidad, dependen de decisiones que compete adoptar a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.³⁴

2ª) La disp. fin. segunda del mencionado Proyecto faculta a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia, para la iniciativa legislativa de reforma de la Ley de Planta a efectos de incluir en la misma propuestas de planta de la nueva clase de Juzgados —hay que entender que en el ámbito de la Comunidad Autónoma—. Dicha iniciativa pueden ejercerla con arreglo al art. 87.2 CE y aunque no haya transcurrido el plazo que la misma disp. fin. establece para que el Gobierno del Estado presente el correspondiente proyecto de ley.

B) Potestades respecto de la fijación de las demarcaciones y de la capitalidad

Como excepción a la regla de que lo comprendido en la materia “Administración de Justicia” corresponde a la competencia exclusiva del Estado,³⁵ el art. 152.1, párrafo segundo CE habilita a los Estatutos de Autonomía para establecer “los supuestos y las formas de participación de aquéllas [las Comunidades Autónomas] en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio”. El art. 36.1.2ª EACV se limita a disponer que corresponde a la Generalitat: “Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad”.

Para precisar el ámbito al que alcanzan estas potestades de la Generalitat y la eficacia jurídica de las mismas es imprescindible tomar en consideración la LOPJ, la LDYPJ y la doctrina jurisprudencial del TC.

a) Respecto de qué demarcaciones judiciales tiene potestades la Generalitat

En cuanto al ámbito objetivo de estas potestades, la doctrina jurisprudencial del TC ha establecido:

³⁴ En efecto, según el art. 121.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la condición de “municipio de gran población”, en los supuestos c) (“[M]unicipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas”) y d) (“[M]unicipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales”), depende de “que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos”.

³⁵ STC 56/1990, FJ 14º; STC 62/1990, FJ 7º.

1º) Las Comunidades Autónomas no tienen potestades relativas a la fijación de demarcaciones judiciales cuyo ámbito coincida con el territorio de la Comunidad Autónoma —porque la fijación de éste corresponde al propio Estatuto de Autonomía—, ni respecto de las coincidentes con la provincia —porque la fijación del territorio provincial compete al Poder Legislativo del Estado mediante ley orgánica— (STC 56/1990, FJ 16º; STC 62/1990, FJ 8º).

2º) La carencia de potestades respecto de la fijación de las demarcaciones comporta que tampoco se tengan con relación a la fijación de la capitalidad (STC 56/1990, FJ 25º y 27º —aunque en este FJ se hacen aplicaciones discutibles de esta regla, como después veremos—; STC 62/1990, FJ 10º).

3º) Las potestades ahora consideradas tampoco se extienden a la fijación de demarcaciones de ámbito municipal —demarcaciones de los Juzgados de Paz—, aunque en este caso por la razón de que la CA tiene competencia exclusiva para fijarlas (STC 56/1990, FJ 17º).

Debe, pues, concluirse que el ámbito de estas potestades viene determinado por las demarcaciones judiciales que son inferiores a la provincia o superiores a ella, pero sin llegar a coincidir con el territorio de la Comunidad Autónoma.

Veamos, ahora, en qué casos concurre esta característica que acota el ámbito de las potestades respecto de la demarcación y la capitalidad.

En todo caso, concurre en los partidos judiciales, como demarcación de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (art. 84 LOPJ). El art. 35 LOPJ considera expresamente las potestades de las Comunidades Autónomas respecto de este tipo de demarcación, aunque debe hacerse notar que no es el único que menciona el art. 152.1, párrafo segundo CE (STC 56/1990, 17º), ni tampoco el art. 36.1.2ª EACV.

También en todo caso concurre la característica en las demarcaciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, porque lo es el partido judicial (art. 87 bis.1 LOPJ), o dos o más partidos dentro de la misma provincia (art. 87 bis.2 LOPJ).

Concorre la característica en el caso de que no tengan demarcación provincial, sino inferior o superior a ella, en las demarcaciones de los Juzgados de lo Penal (art. 89 bis.1 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de lo Contencioso-Administrativo (art. 90.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de lo Social (art. 92.1 y 2 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de Vigilancia Penitenciaria (art. 94.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ) y de Menores (art. 96.1 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ) (STC 56/1990, FJ 17º y 23º). El FJ acabado de citar indica que la falta de mención por la LOPJ de la potestad de propuesta en estos casos, no significa que esa potestad no exista.³⁶

Específicamente en relación con la potestad de fijación de la capitalidad, la STC 62/1990 declaró, con base en la argumentación que desarrolla en su FJ 10º b), la inconstitucionalidad del art. 8.2 LDYPJ por desconocer las potestades de las Comunidades Autónomas atribuidas por sus Estatutos, de acuerdo con el art. 152.1, párrafo segundo CE. El art. 8.2 LDYPJ recibió nueva redacción por la disp. adic. 11ª LO 19/2003, de 23 de diciembre, y ahora establece que la capital será la “del partido que se señale por Ley de la correspondiente Comunidad Autónoma”.

En el mismo caso que las clases de juzgados que se acaban de mencionar, la característica concurre respecto de la demarcación de los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 bis.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ).

La característica se da, también, en caso de secciones de Audiencia Provincial con sede distinta a la de la capital de la provincia y con adscripción de sólo algunos partidos judiciales de la provincia (art. 80.2 LOPJ; 3.5 LDYPJ). Véanse, en este sentido, la STC 56/1990, FJ 21º —que nuevamente advierte que la falta de mención expresa no niega la potestad de propuesta— y la STC 62/1990, FJ 10, b), sobre la antes apuntada inconstitucionalidad del art. 8.2 LDYPJ.

Por fin, la característica concurre en el caso de las Salas de TSJ, con sede diferente a la del Tribunal, cuya demarcación se extienda a más de una provincia de la

³⁶ STC 56/1990, FJ 23º: “[N]o se establece determinación alguna en cuanto a la exclusión de la participación, si procediera, de las Comunidades Autónomas, en la fijación de los límites de los correspondientes ámbitos de jurisdicción: tal participación habría de llevarse a cabo de acuerdo con el cuadro general de distribución de competencias expuesto *ut supra*, y los artículos de que se trata no se pronuncian sobre esta cuestión. En consecuencia, entre los preceptos indicados, y las previsiones estatutarias no existe contradicción alguna; en definitiva, en los indicados preceptos no se precisa que haya de excluirse a las Comunidades Autónomas con competencias al respecto, del proceso de la delimitación correspondiente”.

Comunidad Autónoma, previsto por el art. 78 LOPJ.³⁷ Su tratamiento debe ser el mismo de los casos anteriores en cuanto a la propuesta de demarcación por la Comunidad Autónoma, si bien es dudoso el tratamiento de la fijación de la capitalidad.

b) La eficacia jurídica de las potestades de la Generalitat en esta materia

El art. 152.1, párrafo segundo CE dispone que las atribuciones estatutarias de competencia en esta materia deben hacerse “de conformidad con lo previsto por la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste”.

La falta de mención por los textos estatutarios de este encuadramiento de la competencia autonómica —que sigue pudiéndose observar en el art. 36.1.2^a EACV— no fue obstáculo para que el TC, sobre la base del precepto constitucional citado, negara la inconstitucionalidad de los artículos de la LOPJ relativos al modo de ejercicio y a la eficacia jurídica de las potestades de las Comunidades Autónomas en la materia (STC 56/1990, FJ 14^o, 16^o y 17^o).

A partir de este presupuesto:

1^o) La potestad de la Generalitat no es de fijación de las demarcaciones en sentido estricto, sino una potestad de propuesta para posterior fijación mediante Ley del Estado (art. 35. 2 a 4 LOPJ). Esta propuesta tendrá “un doble efecto: por una parte, servir de base para la redacción, por parte del Gobierno, de un anteproyecto de demarcación, a la vista de las propuestas de las Comunidades Autónomas, y, en segundo lugar, como elemento para la formación de la voluntad parlamentaria al tramitar, posteriormente, el correspondiente proyecto de ley, puesto que las propuestas de las Comunidades Autónomas habrán de acompañar (art. 354 LOPJ) al proyecto del Gobierno remitido a las Cortes. La propuesta prevista en el art. 35.2 LOPJ se configura, pues, como el factor de participación autonómica en la determinación de las demarcaciones judiciales” (STC 56/1990, FJ 17^o; también STC 62/1990, 8^o y 9^o al).

³⁷ Este caso no debe ser confundido con los contemplados por las normas especiales sobre demarcaciones y sedes de Salas de determinados TSJ contenidas en la disp. adic. 3^a LOPJ y en el art. 2 LDYPJ.

2º) En cuanto a la fijación de la capitalidad la eficacia jurídica de la potestad de la Generalitat es más intensa, dado que —ahora sí— alcanza a fijar la misma —salvo el caso que luego diré—, pero porque así lo dispone el art. 35.6 LOPJ. Incluso en este punto se hace notar la eficacia normativa de encuadramiento que la CE asigna a la LOPJ, porque es esa eficacia la que legitima la imposición a la Comunidad Autónoma de la forma de ley para establecer la capitalidad cuando tiene competencia para ello (STC 56/1990, FJ 26º).

3º) Como excepción a lo dicho en el precedente número 2º, pero con perfecta coherencia con el presupuesto general de la eficacia normativa de LOPJ en esta materia, respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la Generalitat no tiene potestad de fijar la capitalidad —aunque le pudiera corresponder por el ámbito no provincial de la demarcación—, sino que sólo debe ser oída previamente a la fijación de la capitalidad por el Gobierno del Estado (STC 56/1990, FJ 27º; STC 62/1990, FJ 6º, e) y b)).

VII COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SOBRE LOS MEDIOS MATERIALES

Al primer fundamento de la ordenación de las competencias que ahora consideramos, ya hicimos referencia en el apartado III, 2, A). Basta recordarlo, ahora, sintéticamente: no todos los componentes de la organización necesaria para la impartición de justicia quedan comprendidos en la materia “Administración de Justicia” del art. 149.1.5ª CE. Los componentes no comprendidos —personas que no ejercen potestad jurisdiccional, pero que auxilian, de diversas maneras, a su ejercicio, y medios materiales— acrecen, en principio, los contenidos del art. 149.3 CE, y, por consiguiente, los Estatutos pueden atribuir competencias sobre los mismos a las Comunidades Autónomas.

No obstante, este primer fundamento conduce a una segunda consideración: no todos los elementos no comprendidos en la materia del art. 149.1.5ª CE quedan incluidos, sin más, en el art. 149.3 CE. También debe examinarse si otro precepto constitucional confiere específicamente título de competencia al Estado y, de ese modo, impide que cierta materia recale en el art. 149.3 CE, o reduce la amplitud con

la que se incluye en este precepto, con las correspondientes consecuencias sobre la disponibilidad de la misma para ser objeto de atribución de competencias a una Comunidad Autónoma mediante el Estatuto.

Así ocurre, en efecto, con la parte más importante de la materia que nos ocupa, con el art. 122.1 CE, que atribuye a una ley orgánica (obviamente estatal) la determinación del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Sólo por esto ya debe afirmarse que las Comunidades Autónomas no pueden tener competencias legislativas sobre esta materia. Además, es obvio que con este presupuesto no puede operar la cláusula subrogatoria, dado que, en cuanto la competencia es legislativa, no estamos ante ninguna función atribuida al Poder Ejecutivo estatal (STC 56/1990, FJ 8º y 10º; STC 62/1990, FJ 5º).

La cuestión es, entonces, si la distribución competencial podría responder al conocido modelo de competencia legislativa para el Estado, y para las Comunidades Autónomas competencias reglamentarias, o, con las anteriores o sin ellas, competencias estrictamente ejecutivas para la aplicación de un régimen jurídico cuya determinación legal está reservada a ley estatal.

El sentido negativo o afirmativo de la respuesta, y también la amplitud de la respuesta afirmativa, depende de diversos factores y puede producirse de diversas maneras.

En primer término, influye la opción del legislador orgánico estatal entre diversas técnicas disponibles para configurar el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Su opción, para una parte de ese personal, por la técnica de los cuerpos nacionales comporta las consecuencias que después veremos. Pero también debe hacerse notar que el TC, al examinar esta primera opción, ha reconocido que la misma no era la única conforme a la Constitución.³⁸

38 La STC 56/1990, FJ 10º, se limitó a expresar la posibilidad de otras: “[H]a de tenerse en cuenta que la Ley Orgánica, en su art. 454.2, ha venido a optar por un modelo consistente en la consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos Nacionales, lo que comporta, evidentemente, la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional: decisión que (aun cuando, posiblemente, no fuera la única constitucionalmente aceptable) está justificada [...]”. La STC 105/2000, FJ 5º, reconoce abiertamente que: “Este núcleo esencial de regulación homogénea [régimen jurídico mediante ley orgánica del personal que nos ocupa] podrá tener mayor o menor extensión, y, a su vez, afirmarse en el plano normativo por medio de muy diversas técnicas, entre las cuales la opción por el establecimiento de Cuerpos Nacionales no es más que una de entre las varias constitucionalmente legítimas”.

Consiguientemente, y dentro de este primer factor, en la medida en que el legislador orgánico estatal no opte por los cuerpos nacionales, puede verse ampliado el ámbito de las competencias reglamentarias y ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Así lo reconoció ya la STC 56/1990, FJ 11º, respecto del personal laboral cuya contratación autorizaba la LOPJ en su redacción de 1985. También es el caso del personal que puede ocupar puestos de trabajo en las unidades administrativas de apoyo a las que se refiere el art. 439 LOPJ (reforma de 2003) y de parte del personal que puede prestar servicios en Juzgados de Paz (art. 51.1 LDYPJ). Y puede llegar a ser el caso del personal que preste servicios en la oficina judicial de los proyectados Juzgados de Proximidad.

En segundo término, si el legislador estatal ha optado por la técnica de los cuerpos nacionales, en el momento de la atribución de competencias reglamentarias y ejecutivas debe ser evitado que la atribución que se realice conduzca a contradecir los elementos esenciales de la técnica elegida (STC 56/1990, FJ 10º; STC 105/1990, FJ 5º). Ese fue el criterio básico con el que la STC 56/1990 revisó qué competencias del Gobierno del Estado sobre el personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia podían entenderse asumidas por las Comunidades Autónomas en virtud de las cláusulas subrogatorias y cuáles continuaban correspondiendo al Gobierno (STC 56/190, FJ 11º).

La alusión a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre esta materia, en la reforma de 1994 de la LOPJ, se realizó con la técnica de presuponer que la distribución competencial debería concretarse con arreglo a los criterios sentados por el TC, en vez de asumir el legislador estatal la concreción de tales principios en precisas disposiciones que retuvieran en manos del Gobierno competencias determinadas y delimitaran las que se hallaban a disposición de las Comunidades Autónomas por las cláusulas subrogatorias de sus Estatutos.

Eso explica la respuesta que dio la STC 105/2000, FJ 5º, a la impugnación del art. 455 LOPJ (en la redacción dada por la reforma de 1994³⁹):

39 Decía este artículo: "Las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia incluido en el artículo anterior corresponden al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario".

“La utilización en este artículo de la expresión «en su caso» implica que la competencia sobre determinadas materias únicamente podrá considerarse atribuida a las Comunidades Autónomas cuando las materias contempladas sean algunas de aquellas que, con el alcance anteriormente indicado, permiten el juego de las cláusulas subrogatorias existentes en los correspondientes Estatutos, o cuando la respectiva competencia se haya asumido por los Entes Autonómicos en virtud de otro título constitucionalmente válido. [...] Es aquí donde hemos de detener nuestro análisis para no exceder los términos en los que nos ha sido planteado el alegato de inconstitucionalidad, pues los criterios en función de los cuales habría de negarse o afirmarse la operatividad de las cláusulas subrogatorias tendrían que ser individualizados en función de cuáles fueran las concretas materias respecto de las que se plantease, en el momento oportuno, la cuestión que queda abierta”.

En tercer lugar, es posible que —utilizando la expresión de la sentencia del TC— no se quiera dejar abierta la cuestión, sino que la ley estatal, al mismo tiempo que da una respuesta afirmativa a las competencias de las Comunidades Autónomas, se propone delimitar la extensión de tal respuesta. En efecto, si el legislador estatal puede optar entre un sistema de cuerpos nacionales u otros sistemas, es obvio que también puede optar por un sistema de cuerpos nacionales y, a continuación, retener algunas competencias reglamentarias y ejecutivas y delimitar las competencias de la misma naturaleza que serían asumidas por las Comunidades Autónomas, en virtud de las cláusulas subrogatorias o de atribuciones estatutarias específicas. Ésta es la técnica que ha aplicado la reforma de LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, como se observará en los apartados que siguen.

No obstante, la subsistencia de la cláusula subrogatoria en los Estatutos acaba por matizar, siempre, las consecuencias de la técnica mencionada. Dado que la doctrina jurisprudencial del TC no ha considerado esa cláusula inconstitucional, ni ineficaz para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas, sino que ha optado por, en cada litigio constitucional,⁴⁰ determinar el alcance de las competencias recibidas en virtud de esa cláusula, atendida la CE, la LOPJ, el Estatuto de Autonomía concernido y otras leyes que deben ser tenidas presentes para la atribución de las competencias, la espe-

⁴⁰ Habría que exceptuar, como es obvio, que la cuestión ya hubiera sido resuelta con eficacia de cosa juzgada en proceso anterior.

cificación que haga la LOPJ de las competencias autonómicas en la materia no puede considerarse, sin más, un catálogo cerrado. Al menos mientras, en un proceso de inconstitucionalidad, el TC no declare que la norma determinada de la LOPJ que ha hecho aquella especificación es conforme al bloque de la constitucionalidad y respeta el ámbito que, de acuerdo con ese bloque, hay que reconocer a la cláusula subrogatoria. Por otra parte, también cabrá que esta cláusula —las competencias que atribuye y el eventual desconocimiento de las mismas por el Gobierno del Estado— se invoque en conflictos de competencia y en procesos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones sin fuerza de ley.

Nos limitamos, en esta materia, a las consideraciones generales que han quedado expuestas. La razonable extensión de este artículo no permite un tratamiento —ni siquiera sintético— de las competencias de la Generalitat respecto de los secretarios judiciales, de los funcionarios de otros cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, del personal no integrado en cuerpos nacionales pero que puede desarrollar funciones auxiliares a la Justicia, de la oficina judicial y de las estructuras organizativas en las que se integra el personal mencionado, y, en fin, respecto de la provisión de medios materiales.

VIII POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DE TRIBUNALES ESPECIALES

La Generalitat no tiene competencias para crear tribunales especiales, ni para regular en ninguna medida los que se hallen constituidos, de acuerdo con la CE y las leyes estatales, incluso sólo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. La creación y regulación de tribunales especiales forma parte de la materia de Poder Judicial, de la Administración de Justicia en sentido estricto. Además forma parte de esa materia en el sentido muy peculiar de representar la limitada autorización que la CE concede al legislador estatal para atribuir potestad jurisdiccional a órganos diferenciados de los que constituyen la organización judicial ordinaria, integrados por jueces con estatuto diferente y no sometidos al gobierno autónomo del CGPJ.⁴¹

⁴¹ ORTELLS RAMOS, *Introducción*, pp. 49-56; ORTELLS RAMOS en ORTELLS/JUAN/CÁMARA, *Derecho Procesal. Introducción*, pp. 60-65.

No obstante, el EACV tiene algunas normas sobre esta materia y la doctrina jurisprudencial del TC ha tenido oportunidad de examinar casos concretos en los que leyes de Comunidades Autónomas han intentado incidir en la regulación de tribunales especiales.

La primera mención que el EACV contiene a tribunales especiales es la del art. 36.1, y consiste, precisamente, en exceptuar la Administración de Justicia en lo militar de todas las competencias que el EACV atribuye a la Generalitat en materia de Administración de Justicia.

En segundo lugar, pero ahora ya en un sentido afirmativo, el art. 36.1.3ª EACV atribuye específicamente a la Generalitat la competencia de “coadyuvar en la organización de tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial del Tribunal de las Aguas de Valencia”.

El análisis de esta competencia conduce, principalmente, a las siguientes consideraciones:

1ª) La referencia diferenciada, en primer lugar y de un modo genérico, a los tribunales consuetudinarios y tradicionales, y, a continuación y ya de modo específico, al Tribunal de las Aguas de Valencia, podría inducir a pensar que la Generalitat puede tener alguna competencia previa al reconocimiento, por una ley orgánica estatal, de un tribunal como consuetudinario y tradicional. Con seguridad habrá vías para que la Generalitat pueda proponer ese reconocimiento, si lo estima justificado. Pero el reconocimiento de un tribunal con la calidad de tribunal especial es competencia del Estado, mediante ley orgánica, en cuanto el mismo incide en la configuración del Poder judicial, y constituye una excepción a la regla general de su unidad organizativa. Previamente, pues, a cualquier competencia que quiera ampararse en “coadyuvar en su organización” el tribunal ha de haber sido reconocido por el Estado mediante ley orgánica, como lo ha sido el Tribunal de las Aguas de Valencia mediante el art. 19.3 LOPJ.⁴²

⁴² ORTELLS RAMOS, M., “Sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia procesal (Cuestiones procesales del Derecho privado valenciano)”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2002, núm. 13, p. 108.

2ª) “Coadyuvar en la organización” tiene algunos significados seguros y una limitación bastante clara. Centrándome, ahora, en los primeros, se puede entender con seguridad que la expresión significa algo más que colaborar con medios materiales y económicos. Y eso no sólo por el sentido del término “organización”, sino porque en el texto del art. 39. 3ª del EACV/1982 —del que proviene la actual redacción del art. 36.1.3º EACV— era particularmente claro el contraste entre coadyuvar “en la organización” y hacerlo “en la instalación” de los Juzgados, lo que sí que aludía sólo a los medios materiales y económicos. Ese “algo más” sería, también con seguridad, que la Generalitat tiene competencia sobre el personal al servicio del tribunal consuetudinario y tradicional —reconocido como tal por el Estado y radicado en la Comunidad Autónoma—, dado que las funciones de auxilio al ejercicio de la potestad de esta clase de tribunales no se hallan legalmente reservadas a funcionarios de cuerpos nacionales.

3ª) Aludí antes también a una limitación. La misma deriva tanto de la propia expresión “coadyuvar en la organización”, cuanto del significado y las condiciones de la conservación de tribunales consuetudinarios y tradicionales por el art. 125 CE. Por un lado, aquella expresión excluye, por si sola, que la Generalitat haya recibido la competencia de organizar esa clase de tribunales, aunque sea después del reconocimiento de los mismos por ley del Estado. Por otro lado, en la autorización indirecta de esta clase de tribunales por el art. 125 CE, se halla insita la limitación de los poderes públicos en la organización de los mismos. La CE sólo autoriza la existencia de esta clase de tribunales en cuanto deban su origen a la costumbre y a la tradición, y esos mismos parámetros regirán su continuidad.⁴³ El poder público —en este caso, el Poder Legislativo del Estado— sólo puede reconocer esa existencia,⁴⁴ pero no someter a una regulación legal la composición del tribunal y la potestad jurisdiccional que tiene atribuida, porque, de ese modo, el tribunal dejaría de tener la legitimidad constitucional de la que le dota el art. 125 CE.

⁴³ ORTELLS RAMOS, *Introducción*, p. 55, con carácter general sobre la justificación y la limitación de esta excepción a la regla general de unidad organizativa del Poder judicial. Con un profundo análisis de este componente respecto del Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez y economía)*, Caja de Ahorros de Valencia, Valencia, 1988, pp. 1-258.

⁴⁴ Obviamente, el TC tendrá la potestad de controlar, en un proceso de constitucionalidad, si el tribunal reconocido como tal, se ajusta a los condicionamientos constitucionales —a su interpretación por el supremo intérprete de la Constitución— para tal reconocimiento.

Otro tribunal al que debe prestarse atención en este contexto es el Tribunal de Cuentas. El órgano así llamado, no por mor de su simple nombre, sino porque tiene constitucionalmente atribuido el enjuiciamiento contable (art. 136 CE; principalmente la referencia a “su propia jurisdicción” del apartado 2 de este artículo), es uno de los tribunales especiales previstos por la CE.⁴⁵

El EACV no hace ninguna mención a eventuales competencias de la Generalitat respecto de este tribunal especial. Es fácilmente comprensible la omisión de una referencia directa, porque la falta de competencia sería evidente por tratarse de un tribunal de ámbito estatal. Pero sí que merece ser destacado que el EACV tampoco haga ninguna mención en su art. 39 a posibles funciones jurisdiccionales de la Sindicatura de Comptes, lo que podría ser una vía indirecta para intentar asumir competencias en la organización del enjuiciamiento contable. En efecto, el art. 39 EACV sólo considera a la Sindicatura de Comptes como “órgano al que corresponde el control externo económico y presupuestario de la actividad financiera de la Generalitat, de los entes locales comprendidos en su territorio y del resto del sector público valenciano, así como de las cuentas que lo justifiquen”.

La Ley de Les Corts reguladora de la Sindicatura de Comptes es también respetuosa con el límite de no invadir la regulación de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, dado que el art. 4. 4 de la Ley de la Generalitat Valenciana, 6/1985, de 11 de mayo, de la Sindicatura de Comptes, sólo prevé que el Tribunal de Cuentas pueda delegar en la Sindicatura la instrucción de procedimientos jurisdiccionales por responsabilidad en el ámbito de la Comunitat Valenciana. En definitiva, la actuación de la Sindicatura de Comptes en la preparación del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas no está habilitada por la ley valenciana, sino por el art. 26.3 LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y, además, depende de una decisión de este órgano jurisdiccional.

El precepto de la mencionada ley valenciana se halla, pues, libre de los reproches de inconstitucionalidad que se hicieron fundadamente a preceptos de otras leyes

45 ORTELLS RAMOS, *Introducción*, p. 54.

autonómicas que regulaban la colaboración con el Tribunal de Cuentas de los órganos autonómicos de control externo.⁴⁶

IX EL CONSELL DE JUSTÍCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA Y SUS FUNCIONES

El contenido de este apartado tiene como presupuesto el análisis que se desarrolló oportunamente en el apartado V. Remitimos, pues, en primer lugar, a ese apartado. Que tratemos, de nuevo, ahora sobre el “Consell de Justicia de la Comunitat Valenciana” se justifica por que en este punto de la exposición ya tenemos una visión completa de las heterogéneas competencias de la Generalitat en materia de Justicia. Y son precisamente esas competencias las que, en mi opinión, delimitan las funciones que pueden ser atribuidas al “Consell de Justicia”.

En síntesis, la regulación que hace el art. 33. 3 EACV del “Consell de Justicia de la Comunitat Valenciana”, examinada teniendo presente la regulación de los Consejos de Justicia contenida en el Proyecto reforma LOPJ/2006, plantea un dilema para el que debe encontrarse la mejor respuesta, aunque ésta no sea plenamente satisfactoria.

El dilema consiste en si el “Consell” (le llamaremos ahora brevemente así) del art. 33.3 EACV es el “Consejo de Justicia” del mencionado proyecto de reforma de la LOPJ, o si, diferentemente, es un órgano de la Generalitat, con composición y funciones distintas a las de los “Consejos de Justicia”.

La primera opción, como ya hicimos notar en el apartado V, conduce a afirmar la inconstitucionalidad del art. 33.3 EACV, porque estaría habilitando al Poder legislativo autonómico para regular un órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, desconcentrado del CGPJ, en vez de limitarse —según autoriza la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ— a atribuirle funciones sobre la materia de Justicia que correspondan a la competencia de la Comunidad Autónoma.

⁴⁶ STC, Pleno, 187/1988, de 17 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1984, sobre la Sindicatura de Comptes; y STC, Pleno, 18/1991, de 31 de enero, que hizo lo propio con el art. 5. 1 de la Ley del Parlamento de Galicia 6/1985, de 12 de junio, del Consejo de Cuentas.

La segunda opción apuntada evita la inconstitucionalidad, aunque debe afrontar otros inconvenientes menos radicales:

1º) Evita la inconstitucionalidad porque se entiende que la creación del “Consell de Justicia” es una manifestación de la potestad de autoorganización de la Generalitat, mediante la que diseña un órgano propio, al que atribuye funciones relativas a materias también propias de la Generalitat, en el sentido de que están incluidas en la competencia que tiene válidamente asumidas en materia de Justicia.

2º) No obstante, los objetivos que puedan perseguirse con la opción organizativa que acaba de mencionarse se consiguen de manera notablemente antieconómica. En vez de aprovechar las posibilidades que, para alcanzar aquellos objetivos, abren los proyectados “Consejos de Justicia” —parte de cuyos miembros son elegidos por la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma (redacción proyectada del art. 148 *ter* LOPJ) y que pueden recibir funciones sobre materias de Justicia de competencia de la Comunidad Autónoma, si se las atribuye el propio Estatuto (redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ)—, se aboca a una cierta duplicación orgánica.⁴⁷

3º) Además, la determinación de la composición del “Consell de Justicia” mediante Ley de Les Corts chocará con un importante obstáculo. Con arreglo a una conocida y recientemente recordada doctrina jurisprudencial del TC,⁴⁸ las Comunidades Autónomas no tienen competencia para atribuir a los jueces y magistrados funciones no previstas por la LOPJ y otras leyes estatales, de modo que la ley de Les Corts no podrá prever válidamente la participación de jueces y magistrados en ese órgano colegiado autonómico. La composición del mismo será, en consecuencia, inadecuada por falta de representación de un sector básico entre los profesionales que actúan en la Administración de Justicia.

El riesgo de inconstitucionalidad puede eludirse de la manera que he apuntado. Más difícil será evitar los inconvenientes ligados a la segunda opción.

⁴⁷ Digo “cierta” porque siempre debe quedar claro que entre el “Consell de Justicia” y el “Consejo de Justicia” deberá haber diferencias de composición y de funciones.

⁴⁸ STC, Pleno, 150/1998, de 2 de julio; STC, Pleno, 127/1999, de 1 de julio.

El mejor modo de evitarlos sería dejar sin regulación legislativa al “Consell de Justicia”. A pesar de esto, la constitución, de acuerdo con la reforma de la LOPJ que hemos mencionado más arriba, del “Consejo de Justicia” en la Comunitat Valenciana, vendría a satisfacer una parte importante de los objetivos presuntamente perseguidos por la institución del “Consell de Justicia”,⁴⁹ sin caer en la duplicación orgánica más arriba apuntada.

No obstante, la posibilidad abierta por la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ es, hoy por hoy, inasequible a la Generalitat, porque el EACV no ha realizado la atribución de funciones al “Consejo de Justicia” y no puede ser válidamente sustituido a esos efectos por una ley de la Comunidad Autónoma. Consecuentemente, todas las funciones relativas a la materia de Administración de Justicia competencia de la Generalitat, serían ejercitadas por los órganos de ésta que las tuvieran atribuidas, según un régimen de organización que no incluiría ese nuevo órgano que es el “Consell de Justicia”.

No parece, sin embargo, que, por más que fuera conveniente, sea jurídicamente defendible dejar sin cumplimiento el mandato estatutario del art. 33.3 EACV. La solución jurídicamente correcta y, además, prácticamente satisfactoria, habrá que buscarla en la adecuación entre, de una parte, las funciones que, salvo reforma estatutaria, no podrán ser atribuidas al “Consejo”, sino sólo al “Consell”, y, de otra parte, la composición de este último que, además de respetar los condicionamientos constitucionales más arriba apuntados, sea la idónea, en número y calidad de miembros, para las funciones que la Ley de Corts decida atribuirle.

⁴⁹ Téngase en cuenta que parte de la composición del “Consejo de Justicia” (redacción proyectada del art. 148 *ter* LOPJ) y algunas de las funciones del mismo (redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.1º, 2º y 7º en relación con la del art. 301 *bis*, todos de la LOPJ) tienen como finalidad introducir la perspectiva autonómica en determinados asuntos de gobierno del Poder Judicial.

Cristina Pauner Chulvi

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA PROPUESTA LIMITATIVA DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO DE LOS EMIGRANTES

Apéndice sobre el voto emigrante en las elecciones municipales y autonómicas en la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 2007*

RESUMEN

Durante la campaña electoral previa a las recientes elecciones municipales y autonómicas del 27 de mayo se planteó la propuesta de restringir la participación electoral de los emigrantes españoles a los comicios generales excluyéndoles, por tanto, de las elecciones municipales y autonómicas. La sugerencia se fundamenta en el grado de vinculación del ciudadano al territorio como requisito para el ejercicio de los derechos políticos de forma que las personas que decidan sean asimismo las destinatarias de las normas. Resulta muy llamativo que este mismo argumento se esgrime para reclamar exactamente lo contrario: la ampliación del reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros que residen en España. Las líneas que siguen pretenden un análisis jurídico para examinar la viabilidad de la propuesta: el concepto de nacionalidad, la posibilidad de su gradación o los límites constitucionales de la misma son algunos de los aspectos sobre los que se reflexionará.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación sobre parlamentos financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-07 del Ministerio de Ciencia y Tecnología (Referencia SEJ-2006-15075-C03-03/CPOL).

RESUM

Durant la campanya electoral prèvia a les recents eleccions municipals i autonòmiques del 27 de maig es va plantejar la proposta de restringir la participació electoral dels emigrants espanyols als comicis generals i excloure'ls, per tant, de les eleccions municipals i autonòmiques. El suggeriment es fonamenta en el grau de vinculació del ciutadà al territori com a requisit per a l'exercici dels drets polítics, de manera que les persones que decideixen siguen així mateix les destinatàries de les normes. Resulta molt cridaner que aquest mateix argument s'esgrimeix per a reclamar exactament el contrari: l'ampliació del reconeixement del dret de sufragi als estrangers que resideixen a Espanya. Les línies que segueixen pretenen una anàlisi jurídica per a examinar la viabilitat de la proposta: el concepte de nacionalitat, la possibilitat de la gradació o els límits constitucionals d'aquest són alguns dels aspectes sobre els quals es reflexionarà.

ABSTRACT

During the election campaign just before the latest municipal and autonomous elections of the past 27th May a proposal was raised to restrict the election participation of the Spanish emigrants in the general elections therefore excluding them from the autonomous and municipal elections.

The proposal was based in the level of involvement and links the citizen has within the territory as a requirement to exercise the political rights so that the people who are deciding will be the same one to whom the rules are aimed to.

It is very shocking that this very same argument is used to claim exactly the opposite: the enlargement of the recognition of the right to vote to the foreign people living in Spain.

The following text is a legal analysis to examine the feasibility of the proposal: the concept of nationality, the possibility of its gradation or its constitutional limits. I am going to reflect about all these aspects.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: RAZONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNA PROPUESTA POLÉMICA
- II. LA INTERVENCIÓN DE LOS RESIDENTES AUSENTES EN EL PROCESO ELECTORAL
 - A. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EMIGRANTES
 - B. EL CENSO ELECTORAL DE LOS RESIDENTES AUSENTES
 - C. PROCEDIMIENTOS CONCRETOS DE VOTACIÓN DE LOS EMIGRANTES EN LAS DISTINTAS CONVOCATORIAS ELECTORALES
- III. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO POR LOS EMIGRANTES
 - A. LA AUTENTIFICACIÓN DEL VOTANTE
 - B. LAS PAPELETAS DE VOTACIÓN EN LOS COMICIOS LOCALES
 - C. LA CAMPAÑA ELECTORAL EN EL EXTERIOR
- IV. LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE VOTO DE LOS EMIGRANTES EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES Y AUTONÓMICAS
 - A. EL FENÓMENO DE LA EMIGRACIÓN EN CIFRAS. SU IMPACTO ELECTORAL
 - B. EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD REGRESIVA: LÍMITES CONSTITUCIONALES
 - C. LA IMPORTANCIA DE LA FILIACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA ¿NECESIDAD DE UNA REVISIÓN?
 - D. LA RESIDENCIA COMO CONDICIÓN DE EJERCICIO DEL SUFRAGIO ACTIVO
 - E. LA REPRESENTACIÓN ESPECÍFICA DE LOS EMIGRANTES EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

I INTRODUCCIÓN: RAZONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNA PROPUESTA POLÉMICA

El derecho de sufragio constituye el fundamento del régimen constitucional democrático y, en palabras del Tribunal Constitucional, “el más importante ejercicio de la soberanía por los ciudadanos” (STC 144/1999, de 22 de julio, fj 4). Dada su relevancia, ha sido y continúa siendo objeto de innumerables estudios en algunos de los cuales se aborda tangencialmente el análisis de una cuestión que, sorpresivamente, ha cobrado protagonismo durante la campaña de las recientes elecciones autonómicas y municipales de 27 de mayo de 2007.

A raíz de la propuesta presentada por algún responsable político se ha introducido en el debate público una reforma que vendría a afectar al ejercicio del derecho de sufragio de los emigrantes en nuestro ordenamiento: en clara contraposición con las actuales tendencias de ampliación del sufragio al mayor número de personas posible (ciudadanos comunitarios, ciudadanos extracomunitarios y extranjeros) se ha sugerido una modificación legal que supondría una restricción en el reconocimiento del derecho de sufragio activo a los emigrantes españoles residentes en el extranjero para los comicios locales y autonómicos reservándoles únicamente este derecho para el caso de las elecciones generales¹.

Esta iniciativa se ha justificado, principalmente, en razones de tipo jurídico: motivos de seguridad y limpieza (debido a la falta de control que se ejerce sobre las acciones de los partidos políticos en sus campañas en el exterior), motivos de transparencia y objetividad (a causa de las continuas e históricas denuncias sobre la manipulación del voto de los emigrantes o el clientelismo) y motivos prácticos y de justicia (se concede la participación en la formación del gobierno de una comunidad a personas que durante mucho tiempo han estado alejadas de la misma reconociéndose este derecho, incluso, a sus descendientes aunque nunca hayan vivido en el territorio al que afectan los comicios)². También se han esgrimido razones políticas: al partir la sugerencia de un representante del actual Gobierno español, se ha postulado la legitimación de la propuesta ya que, históricamente, el voto emigrante es un voto que se alinea con el partido en el poder³.

- 1 El estudio de P. SANTOLAYA MACHETTI, "Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio", en *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007, págs. 11 a 82, constituye la más aguda y reciente aportación a la materia que nos ocupa. Debe mencionarse, a pesar de su falta de actualización, la monografía de E. ARNALDO ALCUBILLA, *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEC, Madrid, 1995. Asimismo, la obra colectiva *Emigración y Constitución*, J. I. Cases Méndez (coord.), UIMP, Guadalajara, 1983 contiene numerosas aportaciones sobre el derecho de voto de los emigrantes.
- 2 Sobre estas cuestiones, véase la interpelación urgente al Ministro del Interior sobre la situación del CERA ante las elecciones del 27 de mayo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 248, de 18 de abril de 2007).
- 3 Los datos indican que, entre 1982 y 2004, el Gobierno que convoca elecciones legislativas las gana en el extranjero. En algunas Comunidades Autónomas, los resultados generales de los votos de los residentes ausentes confirman también esta tendencia. Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas con mayor censo de residentes ausentes, el escrutinio de los votos CERA al Parlamento de Canarias ha otorgado un 55% para Coalición Canaria-Partido Nacionalista Canario, un 25% para PSOE, un 8% para PP, un 6% para Centro Canario, un 2% para Coalición Canaria-Agrupación Herreña Independiente y un 1% para Los Verdes. En el Parlamento de Asturias, el porcentaje de voto CERA del PSOE fue el 60.3%, el PP obtuvo el 27.9% e IU-BA-Verdes el 4.5%. Sin embargo, en el resto de Comunidades Autónomas encontramos excepciones a esta presunción: si bien el PSOE fue el más votado entre los electores CERA en Aragón (54.22%), Castilla-La Mancha (61.24%) y Extremadura (64.18%), también obtuvo la mayoría de estos votos en Cantabria (41.19%), Castilla y León (49.95%), Murcia (56.69%) y la Comunidad Valenciana (52.06%). El PP resultó el más votado en las Islas Baleares (47.59%), Madrid (43.9%), La Rioja (56.13%) y Navarra (con el sello UPN, 41.1%) (Fuente: www.europapress.es, de 17 de junio de 2007).

Al margen de la dispar recepción que esta idea ha tenido, existe práctica unanimidad en la doctrina para reconocer que el derecho de sufragio de las personas que no residen en nuestro país adolece de una serie de problemas que, sin llegar a imposibilitarlo, sí dificultan su ejercicio.

En cualquier caso, de llevarse a cabo una reforma en el sentido apuntado, podría afectar a algo más de un millón de españoles que se encuentran inscritos como electores en el Censo de Electores Residentes Ausentes del Estado español (CERA, en adelante). En España existen algunos municipios en los que esta cuestión resulta de vital importancia puesto que el cuerpo electoral en el extranjero es de gran peso y relevancia llegando a tener más vecinos fuera que en el propio municipio, contabilizándose episodios especialmente polémicos⁴.

Finalmente, aunque la limitación del voto de los emigrantes a las elecciones generales sea el asunto crucial en la reforma planteada, también se han apuntado algunos otros cambios sobre los que el Congreso de los Diputados ha iniciado su estudio y que se refieren a la modalidad de voto de los emigrantes y a su contabilización en el reparto de escaños en las elecciones autonómicas y/o generales.

II LA INTERVENCIÓN DE LOS RESIDENTES AUSENTES EN EL PROCESO ELECTORAL

A. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EMIGRANTES

El art. 23 de la Constitución Española (CE, en adelante) reconoce en su apartado primero que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Derecho de sufragio cuyo desarrollo legislativo se realizó a tra-

⁴ El escrutinio del voto emigrante en Pontevedra mantuvo la incógnita en las elecciones autonómicas del 2005: una sola papeleta hizo perder al BNG su undécimo concejal en el Ayuntamiento de Pontevedra. Precisamente, Galicia es la Comunidad Autónoma española que cuenta con el censo más elevado de residentes ausentes y en el que, en cada convocatoria electoral, se producen sistemáticamente denuncias debido al crecimiento espectacular del CERA frente al menor aumento e incluso disminución del censo de votantes empadronados y residentes en territorio gallego. En la convocatoria electoral de 2007, la Comunidad Autónoma de Canarias vivió una campaña electoral agitada debido a una controvertida reforma normativa en relación con el voto emigrante a la que nos referimos más adelante.

vés de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG, en adelante) que ha sido objeto de numerosas reformas, alguna con incidencia directa sobre la materia que nos ocupa⁵.

Pero, junto a este artículo constitucional básico, en relación con el voto de los emigrantes debemos destacar otros dos preceptos.

En primer lugar, el art. 42 CE, encuadrado en el capítulo III correspondiente a los principios rectores de la política social y económica, establece el siguiente mandato programático y vinculante para los poderes públicos: “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”.

En segundo término, el art. 68.5 CE que determina que “Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España”.

La interpretación de ambos preceptos debe hacerse sin perder de vista el contexto histórico en el que fueron redactados: en el momento de aprobación de la Constitución de 1978 España era un país que generaba emigración y, pensando en ello, se puede comprender la mínima atención que el modelo constitucional español presta a la inmigración y su preocupación en materia migratoria centrándose en la protección a los españoles que debieron emigrar en el pasado, en la salvaguarda de sus derechos y en facilitar su retorno.

Sobre cada uno de los artículos reflejados presentamos unas breves reflexiones. En lo que respecta al art. 42 CE, este precepto constitucional ha sido objeto de desarrollo tardío por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior⁶ en cuyo contenido podemos advertir que no se limita a recono-

5 Nos referimos a la reforma operada en la LOREG por la Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, (*BOE* núm. 71, de 24 de marzo) que afectó a las condiciones de elaboración y actualización del censo electoral incluyendo la inscripción de oficio en el censo por las Oficinas Consulares de los españoles residentes en su demarcación (art. 32.3 LOREG), la actualización del CERA con carácter mensual (art. 36 LOREG) y el procedimiento de remisión del voto por correo de los residentes ausentes (art. 75.3 LOREG).

6 *BOE* núm. 299, de 15 de diciembre de 2006. Esta norma incluye, en su ámbito subjetivo de aplicación, no sólo a los españoles emigrados sino “a la ciudadanía española que se desplace temporalmente al exterior” (art. 2.1.b).

cer derechos de carácter prestacional sino también derechos que deben calificarse, sin duda, de fundamentales como es el derecho de sufragio. Concretamente, el art. 2.1 de la Ley expresa que “Los españoles que residan en el exterior tienen derecho a ser electores y elegibles en todos y cada uno de los comicios, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el Estado español, en los términos previstos en la normativa de aplicación”.

Debe advertirse sobre el hecho de que nos hallamos ante una ley de carácter ordinario lo que permite un par de observaciones: en primer lugar, resulta curioso que este precepto carezca de contenido normativo constituyendo una pura declaración política que necesitará en un futuro ser normatizada. Santolaya denuncia que “lo llamativo es que nuestro Parlamento haya realizado eso precisamente por Ley, es decir que utilizando el instrumento normativo idóneo para hacerlo, se conforme con decir que lo tiene que hacer”⁷. En segundo lugar, la constatación de que hubiera resultado mucho más eficaz la redacción y, en su caso, aprobación de una ley de carácter orgánico con el objeto de desarrollar en profundidad el contenido de la misma.

Por lo que se refiere al art. 68.5 CE resulta sorprendente que el mandato dirigido al legislador se refiera únicamente en el precepto que define los elementos esenciales del sufragio activo para el Congreso de los Diputados pero no se reitera ni en el precepto siguiente – relativo a la elección de los senadores –, ni para la elección de los concejales (art. 140 CE), ni de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 152 CE)⁸. Será la LOREG, como veremos, la que extiende la participación de los españoles residentes en el extranjero a toda clase de procesos electorales. Entiende García Morillo que este precepto es lógica consecuencia de la proclamación de la universalidad del sufragio, del principio de igualdad y de la salvaguarda de los derechos de los emigrantes que predica el artículo 42 por lo que no es posible excluir a ningún ciudadano por razones económicas o sociales que son, precisamente, las que pesan sobre los emigrantes para ejercer el derecho de sufragio⁹.

7 P. SANTOLAYA MACHETTI, “Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio”..., pág. 68.

8 M. A. PRESNO LINERA, “El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 190.

9 J. GARCÍA MORILLO, *El régimen constitucional español*, vol. II, en J. de Esteban y L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1982, pág. 50.

Por su parte, la normativa electoral se preocupa especialmente por regular la participación de los españoles que se encuentren en el extranjero en los comicios que tienen lugar en nuestro país a la vista de las detalladas previsiones que comentamos en los siguientes apartados.

B. EL CENSO ELECTORAL DE LOS RESIDENTES AUSENTES

Según el art. 2 LOREG, la titularidad del derecho de sufragio activo se reconoce a los ciudadanos mayores de edad que no están incurso en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente¹⁰ y para su ejercicio es indispensable la inscripción en el Censo electoral vigente. Como ha señalado reiteradamente la doctrina, es importante diferenciar en este artículo, entre el derecho de sufragio activo (que corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos del artículo 3) y el ejercicio de dicho derecho de sufragio activo (para el que es indispensable la inscripción en el censo electoral)¹¹.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto “la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren adscritos en el censo —y así lo reconoce la Ley (arts. 2 y 4)—, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio”¹². Proclama, por tanto, que se trata de dos derechos de naturaleza distinta puesto que la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma.

El Censo electoral, según el art. 31.2 LOREG, está compuesto por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes-ausentes

10 En concreto, los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme que declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del sufragio y los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial durante el período de su internamiento siempre que se declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. Con anterioridad a la reforma del Código Penal por LO 10/1995, de 23 de noviembre, también podían verse privados del derecho de sufragio activo los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento. La reforma operada suprime las penas de privación y suspensión del derecho de sufragio activo contempladas en el anterior CP de 1983, manteniendo en el art. 39 las de inhabilitación absoluta y especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como penas privativas de derechos.

11 A. FIGUERUELO BURRIEZA, “La ratificación del censo en período electoral (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/1993)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, págs. 119 a 148.

12 STC 154/1988, de 21 de julio, f.º 3, reiterada posteriormente en STC 144/1999, de 22 de julio, f.º 7.

que viven en el extranjero y es único para toda clase de elecciones sin perjuicio de su posible ampliación para las elecciones municipales y del Parlamento europeo donde, como se sabe, tienen reconocido el voto los ciudadanos comunitarios residentes en España y aquellos extranjeros con cuyos países se ha firmado un Tratado de reciprocidad¹³.

La importancia del censo en el procedimiento electoral es difícil de exagerar y de ella se deduce la pormenorizada regulación legal contenida en la LOREG, como ha repetido el Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos, pudiendo ser considerado como instrumento “esencial” para la ordenación del ejercicio de derecho de sufragio activo por parte de los electores (por todas, STC 86/2003, de 8 de mayo, fj 4) por lo que las demandas de depuración y actualización del censo de residentes ausentes cobran máxima virtualidad a la hora de garantizar un resultado justo en las elecciones.

El art. 32 LOREG determina que la inscripción en el Censo electoral es obligatoria siendo tramitada de oficio por los Ayuntamientos la de los residentes en su término municipal y por las Oficinas Consulares de Carrera y Secciones Consulares de las Misiones Diplomáticas la de los españoles residentes en su demarcación. El procedimiento de inscripción en el CERA cambió de manera sustancial tras la ya comentada modificación de la LOREG en 1995 y, en concreto, con la aprobación del Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, que regula la inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero (BOE núm. 3, de 3 de enero de 2001) de manera que los españoles que residan habitualmente en el extranjero y aquéllos que trasladen allí su residencia habitual son inscritos de oficio en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares o de la Sección Consular de la Misión Diplomática que corresponda a la circunscripción donde se encuentren. Este registro es el que suministra los datos relevantes para el cumplimiento de las funciones de las Oficinas Consulares en el extranjero, entre ellas y muy especialmente, la elaboración, mantenimiento y actualización del CERA ya que se permite la inscripción simultánea del residente español en el extranjero en ambos registros, el Registro de matrícula y el CERA, este último lógicamente si el residente es mayor de

13 En puridad, puede hablarse de tres censos distintos: el censo de residentes en España (CER), el censo de españoles residentes en el extranjero (CERA) y el censo de extranjeros residentes en España (CERE) que sólo se emplea en las elecciones municipales en las que pueden votar los españoles de ambos censos, CER y CERA, y también los electores de la Unión Europea y de Noruega inscritos específicamente para esos comicios.

edad. La actualización de este Censo electoral debe realizarse mensualmente por las Oficinas y Secciones¹⁴. La revisión mensual del censo ha significado una notable ampliación de la efectividad del derecho subjetivo de los ciudadanos a estar inscritos en él puesto que la reclamación es ahora posible en todo momento y no sólo durante el plazo de exposición de las listas provisionales que se abría después de cada revisión anual según la normativa anterior¹⁵.

Finalmente, con la información recibida la OCE procede a la actualización mensual del censo y las Delegaciones Provinciales envían a los Ayuntamientos y a las Oficinas Consulares el censo actualizado y comunican a los interesados las altas, bajas por inclusión indebida y las modificaciones de datos producidas en el Censo electoral. De conformidad con lo dispuesto en el art. 34.3 LOREG, para cada elección se utiliza el Censo electoral vigente el día de la convocatoria, es decir, el cerrado el día primero del mes anterior al de la convocatoria conforme al art. 39.1 LOREG. Los electores podrán consultar las listas electorales vigentes en cada convocatoria electoral durante el plazo de ocho días a partir del sexto día posterior a la convocatoria estando obligados los Consulados a mantener este servicio de consulta (art. 39.2 LOREG en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo).

C. PROCEDIMIENTOS CONCRETOS DE VOTACIÓN DE LOS EMIGRANTES EN LAS DISTINTAS CONVOCATORIAS ELECTORALES

La LOREG resulta de aplicación, en general, a las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales —sin perjuicio de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía para la designación de los Senadores previstos en el art. 69.5 CE—, a las elecciones de los miembros de las corporaciones locales y a las de los Diputados del Parlamento Europeo (art. 1.1). La Ley también se aplica a las elecciones de las

14 El art. 39 LOREG explicita este mandato desarrollado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas para la actualización mensual del Censo electoral (*BOE* núm. 102, de 27 de abril de 1996). En el caso de los residentes ausentes que viven en el extranjero, la Orden obliga a las Oficinas Consulares a la actualización mensual del CERA a través de la remisión a la Oficina del Censo Electoral (OCE, en adelante) de las variaciones correspondientes a altas por traslado a la demarcación consular, altas por omisión en el censo electoral, bajas por defunción (que también se comunican a las Delegaciones Provinciales del Instituto Nacional de Estadística – INE, en adelante – a los efectos de modificación de los Registros Civiles), bajas por inclusión indebida, cambios de domicilio en su demarcación consular y modificaciones de cualquiera de los restantes datos de la inscripción (norma segunda).

15 En este sentido, O. SÁNCHEZ MUÑOZ, “Las garantías de la exactitud del censo en el Derecho electoral español”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 51, 2000, pág. 90. Sobre las garantías que rodean a la formación del censo puede consultarse A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución*, CEPC/BOE, Madrid, 1997, págs. 141 a 153.

Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, en los términos de su Disposición Adicional primera (art. 2.2). Concretamente, el ejercicio de sufragio activo de los emigrantes españoles se encuentra regulado en los arts. 75 y 190 LOREG, aplicables, respectivamente, al derecho de voto en las elecciones generales, a las autonómicas y al Parlamento Europeo y al derecho de voto en los comicios municipales¹⁶.

Para las elecciones generales y autonómicas, el art. 75 LOREG dispone que las Delegaciones Provinciales de la OCE envían de oficio a los inscritos en el CERA que vivan en el extranjero un certificado de inscripción en el censo, las papeletas y sobres de votación así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial (JEP, en adelante) mediante correo certificado. El sobre o sobres de votación con la papeleta correspondiente de voto y el certificado deberán incluirse en el sobre dirigido a la Junta correspondiente y será remitido por correo certificado no más tarde del día anterior al de la elección. En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados al Parlamento Europeo los electores podrán ejercer también su derecho no más tarde del séptimo día anterior a la elección entregando personalmente los sobres en la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en que estén inscritos. Todo el procedimiento será gratuito.

El día del escrutinio general —esto es, tres días después de la celebración de los comicios— la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral procediéndose a introducir en la urna o urnas los sobres de los residentes ausentes recibidos ese día realizándose posteriormente su cómputo y la incorporación de los resultados al escrutinio general.

Por su parte, el procedimiento de ejercicio del derecho de voto de los residentes ausentes que vivan en el extranjero para las elecciones municipales aparece regulado en el art. 190 LOREG en la modalidad conocida como *voto rogado*¹⁷. Este precep-

16 Ambos procedimientos se encuentran extensamente comentados en E. ARNALDO ALCUBILLA, *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español...*, págs. 341 a 378.

17 La modalidad de voto rogado se ha esgrimido como una de las causas que más influyen en el bajo índice de participación de los electores emigrados en los comicios municipales. En las pasadas elecciones presentó la solicitud de voto por correo el 11% de los españoles inscritos en el CERA desestimándose un 20% de las solicitudes presentadas.

to obliga a los emigrantes que deseen ejercer su derecho de voto en las elecciones municipales a comunicarlo a la OCE que les remitirá un certificado de inscripción en el censo, una papeleta de votación en blanco, una copia de las candidaturas proclamadas en el Municipio, el sobre de votación y el sobre que deberá dirigir a la Mesa electoral que le corresponda. Frente a lo que ocurre en las elecciones legislativas y autonómicas, los votos de los electores inscritos en el CERA se depositan y computan en las Mesas electorales (no en las JEPs) no previéndose una urna específica para su recepción.

Conforme al art. 16.4 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, “a los efectos electorales, los españoles que residan en el extranjero se considerarán vecinos o domiciliados en el municipio en cuyo Padrón figuraran inscritos” y el art. 17.3 dispone que “Los Ayuntamientos confeccionarán un padrón especial de españoles residentes en el extranjero en coordinación con las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

Resulta interesante, a nuestros efectos, conocer qué se dispone en la normativa que regula la determinación del municipio de inscripción en España a efectos electorales puesto que con ella se crea una “ficción” sobre la que reflexionamos más adelante. Según expone la norma tercera de la Orden de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas para la actualización mensual del Censo electoral, los criterios para la determinación del municipio de inscripción son: para los nacidos en territorio nacional el municipio de la última residencia o el de mayor arraigo; para los nacidos fuera del territorio nacional el municipio de la última residencia o el de mayor arraigo de alguno de los ascendientes o, en su caso, del propio interesado; en el supuesto de que existan vínculos de hecho o de derecho se puede optar por el municipio de inscripción de cualquier otro miembro de la unidad de hecho o de derecho. Finalmente, en defecto de todas estas previsiones, el municipio de inscripción en España a efectos electorales lo determinará de oficio la Oficina Consular con los datos que disponga.

III ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL EJERCICIO DE SUFRAGIO POR LOS EMIGRANTES

Partiendo de que cabe realizar un juicio globalmente positivo de la regulación contenida en la LOREG sobre el derecho de voto de los emigrantes y de las reformas operadas para optimizar su ejercicio, hay una triple línea crítica que debe ser considerada: la carencia de garantías suficientes en torno a la autenticación del votante, la diferenciación en el modelo de papeletas de votación en las elecciones municipales y la ausencia de regulación específica de la campaña electoral en el extranjero.

A. LA AUTENTIFICACIÓN DEL VOTANTE

Un primer punto débil que se achaca al procedimiento de voto de los electores residentes ausentes es el de la autenticación del votante. En los casos de electores inscritos en el CERA, el art. 75.2 LOREG no exige que la documentación sea recibida personalmente por el elector ya que no se aplica la previsión contenida en el art. 73.2 LOREG formulada para los españoles residentes que deciden ejercer el voto por correo y que les obliga a recoger personalmente la documentación electoral para lo que se les requiere la previa acreditación de su identidad.

Esta situación motivó la instrucción de 20 de abril de 1998 de la Junta Electoral Central sobre requisitos del voto de los electores inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1998) que, a su vez, revocó la instrucción de 3 de noviembre de 1989. En esta última se sentó el criterio favorable a la validez del voto de los electores inscritos en el CERA en cuyo sobre de remisión del mismo no se incluía el certificado de inscripción en el censo especial siempre que constasen suficientemente los datos identificativos del elector mediante el remite del sobre o mediante el boleto para el reintegro de los gastos efectuados.

En la instrucción de abril de 1998, la JEC entiende que “el prescindir de la exigencia de inclusión del certificado de inscripción en el censo a los efectos de la validez del sufragio puede plantear graves problemas, tanto de autenticidad del mismo como de

nulidad de los votos válidamente emitidos, ya que a los Servicios de Correos de los países extranjeros en los que se depositan los votos no les es exigible por la Administración electoral ni por la postal españolas el deber de comprobar la identidad del remitente de los sufragios; incluso en el supuesto permitido por el artículo 75.3 de que, en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados al Parlamento Europeo, el voto no se remita por correo sino mediante entrega personal en las Oficinas Consulares o Secciones Consulares españolas, difícilmente cabe también exigir a las citadas Oficinas el control de la identidad del firmante, control que, por otra parte, no les impone expresamente el citado precepto”. Por ello, determina que “Para la validez del voto de los electores inscritos en el CERA en toda clase de elecciones, será requisito inexcusable que en el sobre dirigido a la Mesa se incluya el certificado de inscripción en el citado censo electoral especial, remitido a cada elector por la Oficina del Censo Electoral”.

Posteriormente, la JEC ha reconocido explícitamente la necesidad de cumplir con sus funciones garantistas en el proceso electoral cuando afecta al voto de los residentes ausentes “tanto en lo relativo a la elaboración del Censo Especial de Residentes Ausentes como a la autenticidad y carácter personal del ejercicio del derecho de sufragio y al control de la licitud de las actuaciones dirigidas a la captación del sufragio de cualesquiera electores” (Acuerdo de 8 de junio de 2001).

Esta regulación, sin embargo, no ha impedido que se viertan denuncias en las que se presume la manipulación de votos mediante la suplantación de la personalidad de los votantes. Se afirma que, con la fórmula actual del voto rogado, una mera copia del pasaporte y un garabato ilegible permitirían a los partidos políticos solicitar a la Junta Electoral que envíe el certificado censal a una dirección convenida. Con esa documentación cualquiera puede enviar su papeleta a España porque muchos departamentos de correos en el exterior —como Argentina, Uruguay o Venezuela— no exigen que sea el titular del voto. El reto, pues, es tutelar la personalidad y secreto del voto no emitido ante la Mesa electoral y asegurar su efectividad.

Como posible solución a la problemática apuntada, se aconseja la de facilitar que el ejercicio del derecho de voto de los residentes ausentes pueda hacerse directamen-

te en una urna de la Mesa electoral que se constituyese al efecto en las sedes diplomáticas¹⁸.

En realidad y atendiendo al modo de ejercicio del derecho de voto de los residentes ausentes, la LOREG admite una fórmula mixta¹⁹: en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados al Parlamento Europeo los electores pueden ejercer su derecho de voto personalmente en las oficinas consulares en las que estén inscritos y, con carácter general para las diferentes convocatorias electorales, permite el voto por correspondencia vedando en cualquier caso el voto personal en la Mesa electoral de los españoles inscritos en el censo especial de residentes ausentes, incluso para los que al tiempo de la votación se encuentren en España que podrán, asimismo, ejercer su derecho de sufragio activo por correo siempre que se haga constar en la solicitud de documentación que están inscritos en dicho censo especial y señalen el domicilio en el que se encuentran en España para el envío de la documentación electoral (Acuerdos JEC de 24 y 27 de febrero de 1986, de 3 de mayo y de 10 de junio de 1999) ni se admite tampoco el voto por procuración, por ser el sufragio un derecho personalísimo e intransferible (Acuerdos JEC de 21 de noviembre de 1980, de 15 de septiembre de 1982 y de 25 de mayo de 2003).

Las proposiciones referidas sobre votación personal en los consulados y otras dependencias oficiales de las representaciones de España en los países de residencia encuentran apoyo legal en la previsión contenida en el art. 4.5 de la Ley 40/2006 que, con el objetivo de facilitar el ejercicio del derecho de voto de los españoles residentes en el exterior, formaliza el mandato de promoción de las medidas legales tendentes a homogeneizar los procedimientos electorales y la habilitación de los medios materiales, técnicos y humanos precisos que posibiliten la votación en urna o a través de otro medio técnico en una alusión indirecta al voto electrónico.

18 En este sentido, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, "Una visión institucional del proceso electoral", en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 37 y 38.

19 Sólo 24 países admiten exclusivamente el voto postal y otros 27 aceptan fórmulas mixtas. España se encuentra entre estos últimos pues admite el voto por correo y en las oficinas consulares pero está lejos aún de los países más avanzados tecnológicamente, como Holanda y Estonia, pioneros en el voto electrónico.

Se trata, sin duda, de una opción que mantiene el carácter personal, libre y secreto del voto y prácticamente asimila las condiciones en las que ejercerían el voto los emigrantes a las que existen en el territorio nacional para los residentes reproduciendo casi miméticamente el procedimiento ordinario de votación. Sin embargo, no deja de plantear algunos problemas de índole práctica cuyas consecuencias serían, con toda probabilidad, más gravosas.

Los primeros problemas serían de carácter organizativo —elevado número de Mesas a constituir, dificultad de presencia de representantes de las candidaturas en ellas, carga de trabajo burocrático a soportar por las representaciones en el exterior, complejidad y coste de la operación— pero, previamente, se formula una cuestión de mayor envergadura: debido a la carencia de sedes diplomáticas o consulares en todo el mundo, se excluye a quienes viven en países donde no existen y a los habitantes de zonas alejadas de ellos. Se puede prever, razonablemente, que esta solución no contribuiría a garantizar el derecho y la igualdad de todos los españoles que estén fuera a participar en los procesos electorales que se convoquen en España.

La articulación del voto personal en urna en los Consulados puede asimismo plantear un importante conflicto con el secreto del voto haciéndolo peligrar en los países en los que el número de electores residentes ausentes no es elevado.

Por último, antes de adoptar una medida tan importante entendemos razonable sopesar su efectividad y, en este sentido, resulta desalentador comprobar el bajísimo índice de votantes españoles inscritos en el CERA que, en las elecciones en las que resulta posible, acuden a los Consulados para ejercer su derecho de voto personalmente: en la última convocatoria de elecciones generales de 14 de marzo de 2004 este índice fue del 5,92%²⁰.

B. LAS PAPELETAS DE VOTACIÓN EN LOS COMICIOS LOCALES

El segundo problema relativo al procedimiento de voto de los electores inscritos en el CERA se concreta en las papeletas de votación que se emplean para las elecciones

20 Fuente: Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/censo/censo_cerrado/index.html>.

nes municipales. En este tipo de comicios, las papeletas de votación para los electores del CERA son diferentes de las que se utilizan en el resto de procesos electorales puesto que se trata de papeletas en blanco en las que el elector escribe el nombre o siglas de la candidatura a la que desea votar.

Este peculiar sistema de votación da lugar a numerosos errores y alteraciones y propició una línea jurisprudencial y de la JEC de menor formalismo en la emisión del voto acuñando la doctrina de la primacía del principio de la verdad material que da preferencia a la intención de voto de los ciudadanos y al principio de conservación de los votos emitidos cuando, a pesar de alguna alteración, no existen dudas sobre la voluntad del elector al adjudicar clara e inequívocamente su voto a una candidatura. Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, de 23 de junio de 2003, que declara que el hecho de escribir el nombre del candidato junto al del partido en la papeleta de votación “no puede interpretarse como intención de excluir o de votar únicamente a dicho candidato” por lo que valida el voto. Y, en el mismo sentido, el Acuerdo de la JEC de 22 de junio de 1999, dispuso que “es válido el voto en papeleta en blanco poniendo el nombre del partido a la que se acompaña otra confeccionada por el propio partido, pues ambas son coincidentes no siendo de aplicación lo previsto en el art. 96.1 LOREG” o el Acuerdo de 3 de junio de 2003 en el que la JEC, ante el supuesto en que el elector, además de la denominación y las siglas —o, en su caso, únicamente las siglas— de la candidatura a la que desea dar su voto, ha hecho constar en la papeleta el nombre de un candidato de la referida candidatura, dándose la circunstancia de que dichos candidatos son el cabeza de lista o el segundo y el tercer candidato de la misma, entendió que “como quiera que el elector ha dado su voto clara e inequívocamente a una candidatura, en la que ha hecho constar su denominación y siglas, cumpliendo con lo exigido en el artículo 190.4 de la LOREG, procede reputar válidas las papeletas impugnadas según el criterio adoptado ya por la Junta Electoral de Zona, que dio preferencia a la intención de voto de los ciudadanos al no ofrecer dudas respecto a la voluntad del elector junto con el principio de conservación de los votos emitidos”.

Finalmente, sobre este asunto, ha terciado el Tribunal Constitucional pronunciándose en su sentencia 153/2003, de 17 de julio, en la que abandonó la citada doctrina de la primacía del principio de la verdad material y del principio de conservación de

los votos emitidos. En la sentencia mencionada, el Alto Tribunal —en contra del criterio de la JEC y del TSJ de Galicia— anuló tres papeletas de las que dependía la adjudicación del último concejal en disputa al entender que la inclusión del nombre de un candidato que no era el cabeza de lista junto al de la formación política no permitían determinar la inequívoca voluntad del elector (fj 10). Esta línea rigorista en el aspecto formal puede propiciar una disminución de los votos computables emitidos por los residentes ausentes.

Sin embargo, la JEC parece retomar los principios superados en su Acuerdo de 24 de mayo de 2007 en el que resuelve una consulta elevada desde la Junta Electoral Provincial de Baleares sobre la validez de votos de residentes ausentes cuando en las papeletas, que deben ser cumplimentadas por el elector según dispone el art. 190.4 LOREG, se designe un partido político y, en el municipio en cuestión, ese partido concorra formando coalición. La JEC declara la validez de los votos emitidos “siempre que no resulten dudas de identificación de las candidaturas, toda vez que es doctrina reiterada de esta Junta —que ha de aplicarse con mayor razón en un supuesto como el de referencia en el que se pide al elector que sea el que rellene la papeleta de votación— el respeto, en la medida de lo posible, de la voluntad del elector siempre que ésta resulte inequívoca y patente, como sucedería de la inscripción del nombre de una fuerza política, aun sin hacer referencia a las otras fuerzas que concurran en coalición con ella”.

Por ello, como medida muy sencilla de articular, quizás debiera plantearse la supresión del voto rogado al que se acusa de añadir dificultades y estimular la abstención y, a semejanza de la previsión legal para los restantes comicios, proceder al envío de la documentación electoral con la suficiente antelación y de forma automática eliminando las diferencias en cuanto a los modelos de papeletas y, por tanto, la intervención del elector rellenando su opción electoral.

C. LA CAMPAÑA ELECTORAL EN EL EXTERIOR

Por último, en tercer lugar, la doctrina ha denunciado reiteradamente la ausencia de la más mínima previsión legal sobre la campaña electoral en el extranjero²¹. La LOREG contiene la regulación de la campaña electoral en sus arts. 50 a 69 y no se aprecia ninguna especialidad que aluda a la que se realiza fuera de nuestro país. La principal consecuencia derivada de este vacío legal es un déficit generalizado en el suministro de información electoral que llega al extranjero y una falta de control sobre las actividades que los partidos políticos realizan fuera de nuestras fronteras. La importancia de la campaña electoral, tanto política como jurídica, es determinante en relación con la manifestación libre del sufragio. Para formarse la opinión electoral, los votantes deben disponer de información suficiente, suministrada en condiciones de libertad, igualdad y neutralidad, acerca de los programas e ideas de las fuerzas concurrentes a las elecciones. Y los emigrantes cuentan con un importante handicap de partida puesto que la información sobre las actividades de los partidos políticos se circunscribe prácticamente a los períodos de campaña mientras que los ciudadanos residentes en el país vivimos inmersos en lo que se ha bautizado como “campaña permanente”, estrategia heredera de las campañas presidenciales norteamericanas, que implica que los partidos traten de conseguir la atención mediática durante todo el ciclo político²².

Son los candidatos, partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores quienes llevan a cabo el conjunto de actividades lícitas que se realizan en orden a la captación de sufragios, en dicción del art. 50.2 LOREG.

En general, estos sujetos encuentran innumerables dificultades prácticas para articular la campaña electoral en el territorio extranjero (falta de un aparato organizado

21 En esta materia continúa siendo obra referente, L. LÓPEZ GUERRA, *Las campañas electorales en Occidente*, Fundación Juan March-Editorial Ariel, Madrid, 1977. También puede consultarse, entre otros, F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Regulación de las campañas electorales y financiación de los partidos”, *Documentación Administrativa*, núm. 173, 1987; L. JIMÉNEZ QUESADA, “La campaña electoral y el derecho de antena en las radios municipales”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993, págs. 87 a 109; I. CRESPO MARTÍNEZ, *Las campañas electorales y sus efectos en la decisión de voto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; E. J. PAJARES MONTOLIO, “La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22, 2004, págs. 239 a 294.

22 I. GARCÍA BLANCO, “Las campañas electorales y su adaptación al contexto mediático”, <http://www.portalcomunicacion.com/esp/monografico_texto.asp?monografico_text_id=2&monografico_id=2>. Sobre esta cuestión, entre otros, F. PAU I VALL, “Democracia e internet”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 10, 1998, págs. 195 a 213; M. A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 230 a 235 y J. DEL REY MORATÓ, *Comunicación política, internet y campañas electorales*, Tecnos, Madrid, 2007.

fuera de nuestro país, imposibilidad de reproducción de los medios de expresión, restricciones impuestas en el país de residencia, etc...). Tan sólo los principales partidos políticos cuentan con la existencia de delegaciones en los Estados en los que se concentra el mayor número de emigrantes, son capaces de sufragar algún tipo de viaje al exterior de sus candidatos para la celebración de reuniones y, en los últimos tiempos, han empleado la figura del “agente electoral” o “conseguidor”, eufemismo con el que se designa a una persona contratada por un partido político para realizar campaña electoral a su favor y cuyo sueldo fluctúa en función del número de sufragios recaudados.

Estas prácticas han creado una imagen negativa de la actuación de los partidos políticos en el exterior lo que unido a las acusaciones que periódicamente se filtran sobre los fondos con los que se sufragan las actividades electorales explican que se reclame con urgencia una adecuada fiscalización del gasto electoral sobre este concreto aspecto.

A ellos les corresponde explotar al máximo las posibilidades que las nuevas tecnologías les ofrecen aprovechando los canales de información que más acercamiento a los electores les aporten. Hace ya mucho tiempo que la propia JEC sentenció la adecuación a la normativa electoral de la remisión de propaganda electoral a través de Internet (Acuerdo JEC de 3 de junio de 1991): la exposición de videos en los que el partido exponga su programa, la creación de foros de debate político, cadenas de mensajes a móviles, ... son estrategias que ya se han adoptado por los partidos políticos aprovechando algunas potencialidades que ofrecen las novedades tecnológicas. A todas ellas se refiere la Instrucción 4/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónica como instrumento de propaganda electoral (BOE núm. 94, de 19 de abril de 2007), considerándoles de aplicación las limitaciones establecidas por la LOREG en materia de campaña electoral y propaganda.

Asimismo, pesa sobre los partidos políticos la obligación de aproximarse a sus potenciales votantes mediante un discurso electoral atractivo puesto que la realidad demuestra el escaso interés de los emigrantes por participar no sólo en los comicios convocados sino en la propia contienda electoral: en las pasadas elecciones, ningún

partido político incluyó a ningún candidato emigrante lo que trasluce una falta de interés recíproco²³. Sobre esta cuestión concreta se cuenta con el apoyo del art. 4.3 de la Ley 40/2006 que dispone que “El Estado promoverá las medidas necesarias para facilitar la incorporación de la ciudadanía española en el exterior en las listas electorales de los partidos políticos, con transparencia y publicidad de las distintas opciones políticas”.

El Estado, por su parte, además de esforzarse en dar cumplimiento a este desideratum legal, como responsable de la campaña institucional a que se refiere el art. 50.1 LOREG, está obligado a paliar el déficit de información con el que parte el electorado residente en el exterior e intentar garantizar su posición de igualdad de partida en relación con los residentes en el país. De nuevo, encontramos que la Ley 40/2006 ha regulado este aspecto concreto en el art. 4.6 donde señala que “para garantizar la concurrencia electoral en igualdad de todos los partidos políticos, listas electorales y coaliciones, se facilitará información actualizada por parte del Estado, así como el acceso a los medios públicos de comunicación con proyección en el exterior”.

En cuanto a la obligación que la LOREG determina para los Ayuntamientos de cesión de locales oficiales para la realización de actos de propaganda y de lugares públicos para la colocación de publicidad electoral puede entenderse trasladada —con las limitaciones que procedan en virtud del lugar de residencia— a los Consulados y órganos de representación exterior del país. Asimismo, debe seguir garantizándose —como desde 1989 se hace gracias a la interpretación extensiva realizada por la JEC— que el reparto de los espacios de publicidad electoral que estén en los medios de comunicación pública se realice en los canales internacionales públicos tanto de Radio como de Televisión, sobre todo, desde la consideración de que la población emigrante se informa casi exclusivamente a través de esta última. Finalmente, en relación con el mailing electoral que permite comunicar de manera individualizada el programa electoral de las candidaturas, la normativa electoral se refiere a “envíos postales de propaganda electoral” (art. 59 LOREG) sin discriminar a la hora de conceder la subvención pública en atención al destinatario sugiriéndose una revisión de

23 La JEC ha insistido expresamente en el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo de los emigrantes españoles en los comicios locales con independencia de que tengan su residencia en el extranjero (Acuerdo de 21 de septiembre de 2000) llegando incluso a interpretar que no es necesaria la condición de vecino del municipio (vecindad administrativa) para ser candidato en las elecciones locales ni para, en su caso, desempeñar el cargo de concejal (Acuerdo de la JEC de 29 de enero de 1997).

este criterio a la vista de la importancia que tiene el CERA en algunas convocatorias electorales.

Hay que continuar en la línea de depurar al máximo estas deficiencias puesto que entendemos con Santolaya que la importancia de estos elementos del procedimiento electoral “se advierte cuando las críticas que se lanzan sobre ellos hace que toda la legislación electoral se resienta (corrección del censo, escrutinio en las mesas, voto por correo) porque lo que se pone en duda es su carácter democrático, la limpieza misma del proceso, su carácter representativo”²⁴.

IV LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE VOTO DE LOS EMIGRANTES EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES Y AUTONÓMICAS

A. EL FENÓMENO DE LA EMIGRACIÓN EN CIFRAS. SU IMPACTO ELECTORAL

El proyecto de restringir el ejercicio del derecho de sufragio activo a los emigrantes españoles residentes en el extranjero para los comicios locales y autonómicos se concretó en los siguientes términos: participación de los emigrantes únicamente en las elecciones generales, creación de dos circunscripciones específicas (una para Europa y otra para América) y asignación de un número determinado de diputados en el Congreso (entre dos y cinco escaños). Antes de analizar en términos jurídicos la propuesta, podemos dar cuenta de lo que, en términos cuantitativos, significaría su reconocimiento. Puede parecer que nos hallamos ante una temática que, desde un punto de vista práctico, es de escasa relevancia pero lo cierto es que, como adelantábamos en la introducción, en España el CERA de fecha 1 de marzo de 2007 asciende a 1.167.744 nacionales que sería el número de hipotéticos electores afectados²⁵. Desde un punto de vista territorial, resultarían concernidas principalmente las Comunidades Autónomas de Asturias, Canarias y Galicia en las que el número de votantes en el

24 P. SANTOLAYA MACHETTI, “La crisis del procedimiento electoral español”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Madrid, 1997, págs. 446 y 447.

25 Fuente: INE, <http://www.ine.es/censoe/censo_cerrado/index.html>.

extranjero constituye una cifra no ya relevante, sino decisiva en los resultados electorales²⁶.

Esta realidad se refleja en algunas de las leyes electorales autonómicas que contienen previsiones específicas en relación con las fechas en las que se realiza el escrutinio general en razón del elevado número de votantes residentes en el exterior y que, por tanto, remiten su voto por correo. Tanto la Comunidad Autónoma de Galicia como la Comunidad Autónoma de Canarias —que en una polémica modificación de su ley electoral autonómica se equiparó a la primera— amplían el plazo establecido para el comienzo del escrutinio a los efectos de posibilitar el cómputo de los votos emitidos desde el extranjero y disponen que las juntas electorales provinciales realizarán el escrutinio general el octavo día siguiente al de la votación que concluirá no más tarde del undécimo día posterior a las elecciones²⁷.

Y esto a pesar de la indiscutible situación actual en la que España ha dejado de ser un país productor de emigración para pasar a ser receptor de inmigrantes. Sin embar-

26 En concreto, en el caso de Canarias el porcentaje de electores emigrantes se acerca al 7% mientras que en Asturias se supera ligeramente. Cinco de los 87 municipios canarios contaron en las pasadas elecciones municipales y autonómicas del 27 de mayo con más del 30% de sus votantes en el extranjero, la mayoría emigrantes y sus descendientes (veinticinco municipios superan el 10%; diez superan el 20% y uno llega al 40%). En Asturias son seis —de un total de 78— los municipios que cuentan con más del 30% de electores en el extranjero; veinticinco municipios superan el 10%; doce superan el 20% y dos superan el 40%. En Galicia, se contabilizan 319.073 residentes en el extranjero sobre un censo de 2.311.879 con lo que el voto de los residentes ausentes representa casi un 14% del censo total, uno de cada ocho. Sin embargo, esta cifra no aclara de manera meridiana la importancia del CERA puesto que es en municipios concretos donde ese censo casi iguala al de los residentes. Así, Ourense duplica prácticamente la media de votantes ausentes del resto de las provincias gallegas: allí existen ocho municipios con un censo emigrante por encima del 40%.

27 Art. 37.bis de la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de Elecciones al Parlamento de Galicia modificado por Ley 12/2004, de 7 de diciembre y art. 27.1 de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Canarias modificado por Ley 11/2007, de 18 de abril. La polémica que plantea la Ley canaria de modificación de la ley electoral se deduce de la fecha en la que fue aprobada y publicada (BOCan núm. 79, de 20 de abril) entrando en vigor el día siguiente de su publicación; todo ello con posterioridad a la publicación del Decreto 44/2007, de 2 de abril, del Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se convocan elecciones al Parlamento de Canarias (BOCan, núm. 67, de 3 de abril y BOE núm. 80, de 3 de abril). Esta situación forzó, en primer lugar, la publicación de un nuevo modelo de Acta de constitución de Junta Electoral de Canarias para el escrutinio general de las elecciones al Parlamento de Canarias (Acuerdo de la JEC de 8 de mayo de 2007, BOE núm. 126, de 26 de mayo) y, en segundo término, provocó la interposición de una cascada de recursos comenzando por el presentado por el PSOE ante la JEC contra el acuerdo de la Junta Electoral de Canarias en relación con el escrutinio del voto CERA. El Acuerdo de la JEC de 1 de junio de 2007 revoca el de la Junta Electoral de Canarias y entiende no aplicable al proceso electoral la Ley 11/2007 argumentando motivos de seguridad jurídica y el hecho de que la mencionada ley no establece expresamente su retroactividad ni tampoco su aplicabilidad al proceso electoral convocado. De este modo, declara no computables los votos no entregados a la Junta Electoral de la Comunidad Canaria con posterioridad a las 8.00 horas del 31 de mayo de 2007, en razón del carácter festivo del día 30, y decide que todos los votos recibidos desde ese momento hasta las 8.00 del día 4 de junio se conserven separados por la propia Junta. El siguiente Acuerdo de la JEC de 9 de junio de 2007 resuelve la solicitud de CC-PNC de revisión del Acuerdo de 1 de junio y declara que debe procederse al escrutinio y cómputo de los votos CERA que fueron objeto de la medida cautelar. Es destacable que el propio acuerdo reconoce los riesgos que supone la aprobación de una ley que modifique algún elemento del procedimiento electoral que resulte aplicable a unas elecciones ya convocadas aunque resuelve finalmente que este principio (“prevención” en la denominación de la JEC) debe ceder ante la finalidad de la ley que es la de “procurar una mayor efectividad del derecho fundamental de sufragio de los electores residentes ausentes en el extranjero”.

go, el movimiento migratorio sigue produciéndose en nuestros días originado, eso sí, por otro tipo de motivos.

La Exposición de Motivos de la Ley 40/2006 pone en claro ese cambio en las razones del fenómeno emigratorio: los factores que determinaron, en la década de los años 60, el desplazamiento masivo de trabajadores al exterior fueron, por una parte, el incremento demográfico de España que provoca un excedente de mano de obra y, por otra, la expansión industrial y el crecimiento económico de los países europeos. Los actuales movimientos migratorios tienen un alcance y significación diferentes enmarcados en el ejercicio del derecho a la libre circulación en el contexto de la Unión Europea y en la globalización de la economía. Por ello, “En los países desarrollados, en los que el Estado satisface las necesidades básicas de su ciudadanía, el desplazamiento a otro país responde a motivaciones de distinta índole que persiguen ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida, como es el caso de los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de la Administración española en el exterior, los cooperantes y los trabajadores y profesionales de las empresas españolas destinados temporalmente al extranjero”.

Siguiendo con el análisis cuantitativo, la Ley cifra en alrededor de un millón y medio el número de españoles y su descendientes que residen fuera del territorio español. Siendo considerable esta suma, hay que llamar la atención sobre la tramitación que actualmente se sigue en el Congreso de los Diputados del proyecto de Ley de Adopción Internacional que extiende la nacionalidad española a los nietos de los emigrantes nacidos en el extranjero. De esta manera, el Gobierno español da cumplimiento al mandato que recoge la Disposición Adicional segunda de la Ley 40/2006 según la cual “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, promoverá una regulación del acceso a la nacionalidad de los descendientes de españoles y españolas que establezca las condiciones para que puedan optar por la nacionalidad española, siempre que su padre o madre haya sido español de origen, con independencia del lugar y de la fecha de nacimiento de cualquiera de ellos”.

Concretamente, el proyecto de Ley en tramitación ante las Cortes Generales incluye una disposición final que modifica varios artículos del Código Civil. Esta reforma permitirá que los nietos de españoles nacidos en el extranjero puedan adquirir la nacionalidad española sin exigir, como ocurre en la actualidad, que el padre o madre de quien solicite haya sido originariamente español y, además, que haya nacido en España. De aprobarse la modificación propuesta, estos ciudadanos —nietos del español que emigró— ostentarían el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales ejerciendo el derecho con respecto al último municipio español donde hubieran residido ellos o sus ascendientes lo que tendría, en su caso, un efecto alcista considerable en el número de electores inscritos en el CERA.

B. EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD REGRESIVA: LÍMITES CONSTITUCIONALES

La articulación práctica del proyecto de excluir a los emigrantes del derecho de sufragio activo en comicios locales y autonómicos tropieza con algunos obstáculos jurídicos de envergadura, entre ellos, el de implicar una reforma constitucional.

En efecto, la Constitución Española en su artículo 2 afirma que “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado” y reconoce solamente a los españoles (art. 13.2) “el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” (art. 23). En cuanto a la conformación de las instituciones representativas del Estado, las Cortes Generales “representan al pueblo español” (art. 66) siendo “electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos” (art. 68.5 CE). Finalmente, se adquiere el compromiso de reconocer y facilitar “el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España” (art. 68.5 *in fine* CE).

Como vemos, la nacionalidad es el *status* que condiciona la participación en el ejercicio de la soberanía. Sólo los nacionales del Estado tienen reconocida la titularidad de los derechos políticos. Excepcionalmente, la condición de extranjero para el disfrute del sufragio sólo se ha admitido en elecciones locales y, precisamente, por entender que en este caso no se adopta una decisión política que tenga que ver con

el ejercicio de las funciones soberanas, en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992. Sobre ello volveremos más adelante.

Brevemente, se trataría de crear, frente al concepto de *ciudadanía progresiva* que gradúa el disfrute de determinados derechos (nacional/extranjero; comunitario/no comunitario)²⁹, un concepto de *nacionalidad regresiva* que asimismo graduaría el disfrute de los derechos políticos a los nacionales. Esta graduación no implicaría, en ningún caso, la pérdida de la nacionalidad sino la introducción de un elemento territorial que se tendría en cuenta a la hora del ejercicio del derecho de sufragio en el ámbito municipal y/o autonómico.

C. LA IMPORTANCIA DE LA FILIACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA ¿NECESIDAD DE UNA REVISIÓN?

La Constitución de 1978 se refiere al término nacionalidad en el art. 11 CE que remite al legislador el establecimiento de las condiciones para su adquisición y pérdida, prohibiéndole expresamente que esta última tenga lugar respecto de los españoles de origen. La regulación de la nacionalidad se encuentra desarrollada en el Libro Primero del Código Civil, específicamente en su Título I. A nuestros efectos, hemos de destacar que la adquisición de la nacionalidad, tras la reforma operada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, se regula a partir de una combinación de los criterios del *ius sanguinis* y del *ius soli*, en la que, teniendo en cuenta el tradicional carácter emigratorio de nuestro país, predomina el primero de los criterios.

Además, de conformidad con la distinción implícita en el art. 11 de nuestro texto constitucional, se distingue entre nacionalidad de origen y nacionalidad derivativa, correspondiendo la primera a los nacidos de padre o madre españoles, a los nacidos en

29 El criterio de vinculación al ordenamiento es el fundamento de una tendencia doctrinal y legislativa expansiva de los sujetos del derecho de sufragio. Se parte de la idea de que los individuos a los que se debe otorgar el derecho a participar en el ejercicio del poder local son los sometidos a las decisiones políticas y a las consiguientes disposiciones que ese poder del Estado puede adoptar. En esta línea se inscribe la Ley 40/2006, cuyo art. 6 establece que podrá reconocerse el derecho político de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros residentes. Entre la doctrina, puede citarse a M. F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997; J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, "La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, 1999, págs. 171 a 185; B. ALÁEZ CORRAL, "Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 127, 2005, págs. 129 a 160 y P. SANTOLAYA MACHETTI y M. REVENGA SÁNCHEZ, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio...*, especialmente, págs. 62 a 64, 73 a 81 y 95.

España de padres extranjeros si al menos uno de ellos hubiese nacido en España, a los nacidos en España de padres extranjeros apátridas cuyas legislaciones nacionales no atribuyesen la nacionalidad a sus hijos, a los nacidos en España cuya nacionalidad no resulte determinada y, finalmente, a los extranjeros menores adoptados por españoles.

La nacionalidad derivativa se adquiere por opción (arts. 19 y 20.1 CC, en los supuestos de determinación de la filiación o nacimiento que dan lugar a la atribución de la nacionalidad de origen después de los 18 años de edad), por carta de naturaleza (art. 21.1 CC, otorgada discrecionalmente por Real Decreto cuando concurren circunstancias excepcionales) y por residencia (art. 22 CC, que va desde uno a diez años dependiendo del grado de vinculación del extranjero con nuestro ordenamiento)³⁰.

La doctrina ha destacado que, el primero de los criterios para la adquisición de la nacionalidad (art. 17.1.a CC), se cifra únicamente en la filiación sin especificar ningún criterio adicional del que pueda deducirse una mayor vinculación con el ordenamiento jurídico de nuestros nacionales y denuncia que “Ciertamente, si los padres son españoles es sociológicamente probable que residan en España y este dato puede ser asumido por el legislador dentro de la apertura constitucional democrática, para suponer que tanto los padres como los hijos españoles, en virtud de las específicas obligaciones de cuidado y custodia que conforme al art. 39 CE pesan sobre los primeros, van a hallarse más intensamente sujetos a nuestro ordenamiento como consecuencia del contacto espacio-temporal que la residencia genera. *Sin embargo, es también posible que los padres y, por dependencia de ellos, los hijos, no residan en nuestro territorio, sino que se encuentren emigrados, en cuyo caso, con independencia de congruencia democrática de conservar la nacionalidad, y los consiguientes derechos de ciudadanía a ella asociados, al nacional emigrante que durante largo tiempo ha perdido la intensa vinculación con el ordenamiento que se requeriría, resultaría de difícil adecuación al principio democrático incluir en el*

30 Concretamente, las personas extranjeras pueden solicitar por residencia la nacionalidad española cuando han residido de forma regular, continuada e ininterrumpida en España durante un período de diez años. No obstante, existen determinadas excepciones: cinco años para las personas asiladas o refugiadas; dos años para las personas de Latino América, Portugal, Andorra, Guinea Ecuatorial, Filipinas o de origen sefardí; un año para personas casadas durante al menos un año con españoles/as, nacidos en territorio español, nacidos fuera de España con padre, madre, abuelo o abuela españoles de origen, quienes hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española, durante dos años consecutivos incluso si continuaran en esta situación en el momento de la solicitud, los viudos o viudas de origen español o española si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.

*sujeto colectivo nacional a los hijos de aquél, cuando por sí mismos éstos no han tenido esa vinculación nunca*³¹.

Esta falta de vinculación al ordenamiento jurídico también se detecta en algún supuesto de nacionalidad derivativa: en el supuesto de nacionalidad por opción que se concede —según el art. 20 CC— a quienes están sujetos a la patria potestad de un español, así como a los adoptados por españoles una vez alcanzada la mayoría de edad, o quienes sólo pueden probar la filiación o el nacimiento en España una vez cumplidos los 18 años. De esta forma, “al igual que sucedía anteriormente con la nacionalidad de origen tampoco es jurídicamente posible —aunque sociológicamente sea probable— que el extranjero nacionalizado por opción por sí mismo o indirectamente a través de la sujeción a la patria potestad de sus padres haya tenido aquella mayor vinculación con nuestro ordenamiento que otorga la residencia pues es posible que el español a cuya patria potestad estaban sujetos o cuya filiación determinaron después de cumplir los 18 años no residiese en España”³².

Sólo en el supuesto de adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza, el art. 220 del Reglamento del Registro Civil exige indicar dentro de la solicitud de nacionalidad que se posee la residencia en el territorio español así como si se propone residir permanentemente en España y con qué medios de vida se cuenta.

En definitiva, esta crítica a la regulación sobre adquisición de la nacionalidad pretende resaltar la incoherencia que supone para el principio democrático que personas totalmente desvinculadas de la vida municipal o autonómica participen en la configuración de los órganos de gobierno y determinen la orientación de unas normas que, debido a su ausencia del territorio, raramente les serán de aplicación³³. Por ello

31 B. ALÁEZ CORRAL, “Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática”, en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, M. A. Presno Linera (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 64 y 65. La cursiva es nuestra. En el resto de los supuestos de atribución de la nacionalidad de origen, por el contrario, se presupone más o menos nítidamente, a través del criterio de *ius soli*, la vinculación del individuo al que se atribuye la nacionalidad con nuestro ordenamiento a través del elemento territorial.

32 B. ALÁEZ CORRAL, “Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática”..., págs. 64 y 65.

33 Si “la exigencia obvia en una democracia es que puedan participar en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un determinado ordenamiento, puede ocurrir que haya dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas muchos años atrás, o que ni siquiera hayan estado allí, como sucede cuando se trata de nacidos fuera de España” (M. A. PRESNO LINERA, “El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos”..., pág. 191).

se sugiere la introducción de algún criterio de territorialidad que gradúe ese derecho a semejanza de lo que ocurre en algunos ordenamientos de nuestro entorno.

D. LA RESIDENCIA COMO CONDICIÓN DE EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO

La idea de poner en conexión los derechos consustanciales a la ciudadanía política con el sometimiento de una persona al ordenamiento jurídico plantea numerosos interrogantes: ¿Significa que vale más el voto de un ciudadano que reside habitualmente en un municipio o autonomía que el de aquél que, por diversos motivos, está viviendo fuera de España? ¿Puede considerarse discriminatorio que la ausencia de residencia continuada en el territorio del Estado y, por tanto, de pérdida del contacto y de vinculación con el ordenamiento jurídico lleve aparejada la consecuencia de merma de derechos políticos? ¿Pueden crearse dos categorías de nacionales en función de la residencia en el interior o en el exterior del país?

La nacionalidad está concebida como una cualidad unida a la persona como elemento esencial de ésta lo que explica que no pueda dissociarse persona y nacionalidad y confiere al individuo la plena participación en la voluntad política de la comunidad. Así, “El legislador de la nacionalidad puede reconocer que la nacionalidad española se adquiere transcurrido un determinado período de tiempo de residencia u otro más reducido, puede también establecer condiciones diferentes para acceder a la ciudadanía-nacionalidad, pero lo que le está constitucionalmente vedado es, una vez reconocida la ciudadanía, dotarla de un estatus menor de derechos de los que corresponden a otros ciudadanos, y ello porque conceptualmente la ciudadanía implica una igualdad fundamental de derechos entre los individuos”³⁴.

El derecho de sufragio se encuentra íntimamente ligado a la condición de nacional de nuestro Estado de forma que sólo cabría excepcionarlo si condicionásemos la nacionalidad a la residencia o a la presencia estable en el territorio nacional. Esta dificultad puede obviarse si se diferencia entre la titularidad del derecho de sufragio —que se mantiene intacta con independencia de la pérdida de la residencia en

34 P. SANTOLAYA MACHETTI, “Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio”..., págs. 30 y 31.

el país— y el ejercicio del derecho de sufragio quedando el emigrante suspendido en el mismo³⁵.

La suspensión en el ejercicio del derecho de sufragio no se produciría cuando se diesen determinadas condiciones como, por ejemplo, que no hayan transcurrido muchos años desde la marcha del nacional de nuestro territorio o que se produzca un retorno periódico³⁶.

En cierta forma, la posibilidad de restringir el derecho de voto a los emigrantes en los comicios locales cuenta con un mayor margen de maniobra mayor y es donde se aprecia una mayor permeabilidad al concepto de ciudadanía basada en la residencia a la hora de relacionarla con el disfrute de los derechos sociales, civiles y, ahora, políticos.

Esta propuesta podría encontrarse respaldada, en primer lugar, por la jurisprudencia derivada del art. 3 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, poniendo de manifiesto el carácter no absoluto del derecho de sufragio activo y la admisibilidad de ciertos límites que no lo desnaturalicen y que resulten proporcionados, ampara determinadas restricciones, específicamente, la residencia³⁷.

En segundo término, por la línea de argumentación que empleó el Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992 sobre la reforma de la Constitución de 1978 que conformó el contenido del art. 13.2 a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y añadió la coletilla “y pasivo” permitiendo el sufragio pasivo en las elecciones municipales a los extranjeros³⁸. En su Declaración el Alto

35 En los países que excluyen del cuerpo electoral a los nacionales que han abandonado su residencia en el Estado, se distinguen estos dos modelos: aquéllos en los que la pérdida de la residencia comporta la pérdida de la titularidad misma del derecho de sufragio (Austria, Islandia, Grecia, Irlanda, Chipre y Latinoamérica) y aquéllos en los que el emigrante queda suspendido del ejercicio del derecho de sufragio dejando intacta la titularidad (Noruega).

36 M. A. PRESNO LINERA, “El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos”..., pág. 192 y B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC/Tribunal Constitucional, Madrid, 2006, pág. 154.

37 *Cour Européenne des Drotis de l'Home*, Caso X y otros contra Bélgica, Demanda 1065/61 y Caso X contra Reino Unido, Demanda 7730/76, en A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución...*, pág. 86.

38 Entre otros, puede consultarse los comentarios de A. RALLO LOMBARTE, “El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1993, págs. 91 a 127 y, del mismo autor, “Los derechos de los ciudadanos europeos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 18 (monográfico), 1994, págs. 251 a 276; J. F. LÓPEZ AGUILAR, “Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992, págs. 57 a 93; F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución Española y el Tratado de Maastricht”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, págs. 253 a 265; M. ARAGÓN REYES, “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, págs. 9 a 26; A. MANGAS MARTÍN, “La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los

Tribunal argumentó que “tampoco la proclamación inscrita en el artículo 1.2 de la Constitución queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros. Sin entrar en otras consideraciones, ahora ociosas, será suficiente advertir, para fundamentar lo dicho, que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía” (fj 3). Es decir, el TC distingue entre elecciones que implican ejercicio y transferencia de poder soberano y elecciones “administrativas” o de segundo grado, como sería el caso de las elecciones locales³⁹.

Tampoco el art. 140 CE constituye un obstáculo insalvable por cuando dispone que la elección de los concejales se realizará “por los vecinos del municipio” —esto es, los inscritos en el Padrón municipal según determina el art. 15 LRRL— y será la ley a la que se remite *in fine* el precepto citado la que determine si cabe la vinculación de una persona a un municipio como parte integrante del mismo aun a pesar de no encontrarse residiendo en el mismo. Tal como vimos anteriormente, en el caso de las elecciones municipales, el ordenamiento jurídico construye una ficción jurídica de residencia en un registro administrativo del Estado para poder vincular a los emigrantes con algún municipio del territorio español (Orden de 24 de abril de 1996).

Entendemos, sin embargo, que el criterio de reciprocidad que se establece para el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros en la práctica totalidad de ordenamientos impone un límite a la restricción del derecho de sufragio activo de los emigrantes.

extranjeros): una reforma constitucional innecesario o insuficiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, págs. 381 a 393.

39 Esta interpretación, según Revenga, resulta contradictoria con la práctica efectiva de una democracia en la que la representación se articula en distintos niveles de gobierno singularizados no por la mayor o menor implicación de poder soberano, sino por el diferente carácter de los intereses que cada uno de ellos pone en juego (M. REVENGA SÁNCHEZ, “El reto de la normalización del inmigrante”, en *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio...*, pág. 96). También Santolaya tacha de erróneo el razonamiento del Tribunal al considerar que los municipios no ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía (P. SANTOLAYA MACHETTI, “Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio”..., pág. 21).

En concreto, de prosperar la iniciativa y en tanto no se reconociera el derecho de sufragio de los extranjeros residentes en las elecciones del país de residencia, los españoles residentes en el extranjero que se vieran privados del derecho de sufragio activo en los procesos electorales locales de su país de origen, también se verían impedidos de participar la configuración de los órganos de poder en los que se toman las decisiones que más directamente les afectan⁴⁰.

En este sentido, Santolaya realiza un estudio lo suficientemente significativo sobre el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros residentes y, al margen del *status* que conforma la ciudadanía comunitaria, la mayoría de países excluyen expresamente a los extranjeros del reconocimiento del derecho de sufragio, especialmente las Constituciones iberoamericanas donde reside un 52.7% de los electores españoles emigrados⁴¹. Por tanto, en estos países nuestros emigrantes están excluidos expresamente del goce de los derechos políticos por no ser ciudadanos del Estado. Sin el reconocimiento de los mismos en el Estado del que son ciudadanos, “los residentes en el extranjero quedarían convertidos en apátridas privados del derecho a participar en la toma de decisiones tanto de su comunidad nacional como de su comunidad de residencia”⁴².

Queda al margen de esta reflexión el ámbito comunitario puesto que, conforme a lo dispuesto en nuestra legislación electoral, se admite la posibilidad de voto doble para los españoles residentes en algún Estado europeo. La posibilidad del voto doble en los comicios locales es plenamente justificable, en primer lugar, porque no atenta contra el principio de “una persona, un voto” ya que cada elector emite un voto con el mismo valor que el de sus conciudadanos de municipio; y, en segundo término, porque si un individuo tiene una doble residencia municipal en distintas localidades de la Unión

40 Revenga Sánchez critica la exigencia de reciprocidad en el art. 23 CE para el reconocimiento de los derechos de participación política de los extranjeros en España y explica que, en los momentos de aprobación de la Constitución, este requisito aparecía como un complemento necesario del mandato de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los “trabajadores españoles en el extranjero” (art. 42 CE). Sin embargo, considera que actualmente la defensa del derecho de sufragio de los españoles en el extranjero se ha convertido en un asunto de poca relevancia práctica y se pregunta: “¿Alguien puede cuantificar la cifra de españoles residentes en los países de origen de los inmigrantes que viven en España interesados de hecho en hacer valer la reciprocidad para votar (o concurrir como candidatos) en las elecciones locales que en tales países puedan celebrarse?” (M. REVENGA SÁNCHEZ, “El reto de la normalización del inmigrante”..., pág. 87).

41 Tan sólo ocho países reconocen el ejercicio del derecho de sufragio de todos los extranjeros tras un cierto período de residencia (desde 6 meses a 6 años) y exclusivamente para las elecciones municipales (Irlanda, Suecia, Dinamarca, Noruega, Países Bajos, Finlandia, Luxemburgo, Bélgica) (P. SANTOLAYA MACHETTI, “Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio”..., págs. 13 a 15).

42 E. ARNALDO ALCUBILLA, *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español...*, pág. 49.

Europea resulta coherente desde un punto de vista democrático permitir su participación en todos los ámbitos de poder a cuyas decisiones queda sometido además de que su sufragio no se refiere a las mismas instancias de poder⁴³. El voto ha de ser único cuando se decide sobre lo mismo (sería el caso de las elecciones al Parlamento Europeo en la que el ciudadano aún contando con doble residencia sólo puede emitir una vez el voto)⁴⁴.

En relación con la limitación del derecho de sufragio activo de los emigrantes en las elecciones autonómicas recordamos que su ejercicio queda sometido a las Disposiciones comunes de la LOREG así como a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía y leyes electorales de cada Comunidad Autónoma. En el supuesto de las elecciones autonómicas, los Estatutos de Autonomía no exigen mayor vinculación que la mera inscripción en un Consulado aunque añaden la exigencia de poseer la condición política de vecino de la Comunidad Autónoma para otorgar la titularidad del derecho de sufragio activo y contemplan una previsión de reconocimiento del derecho de participación en las elecciones autonómicas a los emigrantes y a sus descendientes previa solicitud⁴⁵.

Si nos referimos al ámbito autonómico, la restricción del derecho de sufragio activo de los no residentes en la Comunidad Autónoma no contaría con el respaldo de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992 puesto que, en su interpretación, estas elecciones sí implican ejercicio y transferencia de poder soberano.

⁴³ M. A. PRESNO LINERA, "La participación política como forma de integración", en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos...*, pág. 29.

⁴⁴ En relación con la cuestión del doble voto, Santolaya avisa sobre la llamativa conclusión a la que conduce la lectura conjunta del apartado primero y segundo del art. 4 de la Ley 40/2006. Según dispone el art. 4.2 "El Estado fomentará los Tratados internacionales oportunos para que los residentes españoles en el exterior vean reconocido el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de su lugar de residencia, bajo los criterios de reciprocidad que se establezcan en dichos Tratados o en la Ley..." mientras que el primer apartado del mismo precepto, como recordamos, reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo de los españoles que residen en el exterior en todos y cada uno de los comicios en España. De esta manera, afirma Santolaya, si se dan los pasos necesarios, gozarán del derecho de voto en las elecciones municipales del país donde residan así como en las españolas lo que parece encerrar una cierta contradicción con el sufragio universal en su significado de "una persona, un voto" y les otorgará, por definición, capacidad de decidir el gobierno de un municipio en el que no residen (P. SANTOLAYA MACHETTI, "Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio"..., pág. 68).

⁴⁵ Art. 3.2 ECVal: "Los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en la Comunidad Valenciana y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España gozarán de los derechos políticos definidos en este Estatuto. Este mismo régimen se aplicará a sus descendientes, inscritos como españoles, si así lo solicitan en los términos en los que lo determine la Ley del Estado". Con dicción muy similar, art. 5.2 EAnd, art. 4.2 EAR, art. 7.2 EAs, art. 9.2 EB, art. 4.2 ECan, art. 4.2 ECant, art. 6.2 ECLM, art. 7.2 ECat, art. 3.2 EE, art. 3.2 EGal, art. 7.3 EM, art. 6.2 y 3 EMur, art. 5.2 EN, art. 7.2 EPV y art. 6.2 ER.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que, si se toma como punto de partida la propia jurisprudencia del TC, adolece de una incoherencia conceptual ya que, siguiendo el razonamiento de que en las elecciones municipales el pueblo no ejerce la soberanía, tampoco lo hace en la configuración de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas⁴⁶. Al menos, esto es lo que se deduce de una de las primeras sentencias del TC en la que sostiene que “ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía —y aun este poder tiene límites—, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido” (STC 4/1981, de 2 de febrero, fj 3). De esta interpretación se colige que no hay una diferencia sustancial entre los comicios autonómicos y los locales.

La exclusión de los emigrantes en la formación de órganos municipales basándonos en el argumento de la residencia —no participan porque no contribuyen a formar la voluntad de los órganos de representación porque no les afectan sus decisiones— abre el camino para que, por el mismo motivo, esa participación se rechace también en el ámbito autonómico.

No obstante, debemos advertir que, extendiendo al máximo esta argumentación basada en el elemento del sometimiento efectivo al ordenamiento jurídico —aunque resulta óptima para reclamar el derecho de sufragio de los extranjeros—, se deja expedito el camino para, en nuestro objeto de estudio, excluir a los emigrantes de la participación en las instituciones políticas del Estado de representación general. El Estado español ha realizado muchos esfuerzos por hacer efectiva e implantar, a través de normativa legal, la concepción expansiva de ciertos derechos fundamentales a todas las personas obviando requisitos como la nacionalidad. Por estas razones, con la privación del derecho de voto de los emigrantes sometida a condiciones de reciprocidad que actualmente no se reconocen creemos que se inaugura una línea contradictoria y limitativa de derechos que puede resultar poco compatible con los fundamentos de nuestro Estado democrático de Derecho.

46 M. A. PRESNO LINERA, *“La participación política como forma de integración”...*, pág. 32.

E. LA REPRESENTACIÓN ESPECÍFICA DE LOS EMIGRANTES EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

La sugerencia de restringir el derecho de sufragio activo de los residentes ausentes a los comicios generales se completa con la propuesta de asignarles un número de escaños —entre dos y cinco en la idea original— en el Congreso de los Diputados y la creación de circunscripciones especiales para los emigrantes.

La idea no resulta novedosa en el marco comparado europeo ya que la Constitución italiana de 1947 y Constitución portuguesa de 1976 han previsto la existencia de circunscripciones en el exterior.

El art. 48 de la Constitución italiana, modificado por la Ley constitucional 1/2000, de 17 de enero, determina que “La ley establecerá los requisitos y formas de ejercicio del derecho de voto para los ciudadanos residentes en el extranjero y garantizará la efectividad del mismo. Con este fin se instituirá una circunscripción del Extranjero para las elecciones de las Cámaras, a las que se asignará el número de escaños que se establezca por norma de rango constitucional y con arreglo a los criterios que disponga la ley”. Por su parte, los arts. 56 y 57 de la Constitución italiana, modificados por Ley constitucional 1/2001, de 24 de enero, asignan doce diputados (sobre 630) y seis senadores (sobre 315) a la circunscripción del Extranjero. En el ámbito de esta circunscripción se diferencian cuatro divisiones territoriales: 1) Europa (incluye Rusia y Turquía), 2) América meridional, 3) América septentrional y central y 4) África, Asia, Oceanía y Antártida. En cada una de ellas se elige un senador y un diputado mientras que los restantes escaños (dos para el Senado y ocho para la Cámara de diputados) se distribuyen en proporción al número de ciudadanos italianos que residen en cada territorio.

La Constitución portuguesa, por su parte, agrupa a los electores residentes fuera del territorio nacional en dos circunscripciones electorales: una abarcando todo el territorio de los países europeos, otra el resto de países; ambas con sede en Lisboa (art. 12.4 de la Constitución portuguesa). El número total de diputados es de 230, de los cuales 226 son elegidos en las circunscripciones electorales del territorio nacional, correspondiendo dos diputados a cada una de las circunscripciones electorales del exterior (art. 13.3 de la Constitución portuguesa). El régimen electoral aplicable fuera

del territorio nacional también es objeto de una previsión específica puesto que la organización del proceso electoral, la campaña electoral y la elección son reguladas por decreto ley, dentro de los principios establecidos en la Constitución (art. 172.1 de la Constitución portuguesa)⁴⁷.

En relación con la posibilidad de importar este modelo, podemos realizar una doble observación.

En primer lugar, debe señalarse que la constitucionalización de la provincia como circunscripción electoral (arts. 68.2 y 69.2 CE) impide, sin la preceptiva reforma, la configuración de una representación específica para este grupo de españoles.

En segundo lugar, esta opción conlleva implícitamente la admisión de los residentes ausentes en el cómputo para calcular los escaños de la Cámara parlamentaria y ello obliga a cuantificar el número de “escaños reservados” que debería ser, en cualquier caso, respetuoso con el principio de proporcionalidad en la distribución de los mismos lo que, seguramente, relativizará mucho el grado de influencia de este electorado que además debe responder al porcentaje que supone el electorado CERA respecto del censo electoral global (un 3,5%). Conviene recordar, no obstante, la relatividad del concepto de proporcionalidad mantenido por la jurisprudencia constitucional⁴⁸.

Si, finalmente, se procediera a constituir estas circunscripciones especiales en España, habría que analizar cuantitativa y cualitativamente la distribución por países de los electores españoles emigrados. El CERA, a fecha de 1 de junio de 2007, reflejaba que la cifra de emigrantes que reside en América es algo superior a la suma del resto de

⁴⁷ El Presidente de Ecuador, país que cuenta con un 14% de población emigrada, ha anunciado que prevé reformar la Constitución para crear una “quinta región” e institucionalizar la representación parlamentaria de los emigrantes asignándoles 6 representantes en el Congreso Nacional (*El País*, 11 de julio de 2007, pág. 8).

⁴⁸ Por todas, la STC 75/1985, de 21 de junio, donde afirmó que la Constitución no ha pretendido “introducir, agotando la regulación en la materia, un sistema puro de proporcionalidad, y si con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho Comparado en parte alguna, ni acaso en ningún sistema imaginable. La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa pureza de la proporcionalidad abstractamente considerada” (fj 5).

países lo que supondría determinar una circunscripción americana y otra para los demás Estados⁴⁹.

Teniendo en cuenta el número de electores residentes ausentes, la creación de estas dos circunscripciones en el extranjero para los emigrantes, reproducirá los problemas de sobrerrepresentación de las circunscripciones provinciales menos pobladas denunciados en relación con el sistema electoral previsto para el Congreso de los Diputados. El número de votantes de cada circunscripción especial para residentes ausentes sería similar al censo que manejan provincias como Badajoz, Guipúzcoa, Jaén o Tarragona (para el caso de la circunscripción americana) y Gerona o Navarra (para el caso de la circunscripción que engloba al resto de países)⁵⁰. El primer grupo de provincias pueden catalogarse de circunscripciones medianas en la clasificación realizada por Nohlen (eligen entre 6 y 16 diputados) y el segundo serían circunscripciones pequeñas (eligen 5 diputados o menos) que se encuentran sobrerrepresentadas en el Congreso de los Diputados.

Con todo, entendemos que el aspecto más controvertido lo constituye el reconocimiento de una “circunscripción personal” ya que plantea problemas de compatibilidad con el texto constitucional al suponer la representación diferenciada de un sector de nacionales en el Congreso de los Diputados, que es la cámara de representación popular. Ciertamente, la creación de circunscripciones en el exterior aportaría la incuestionable ventaja de incentivar un acercamiento del electorado a los partidos políticos y viceversa de forma que los problemas específicos de este sector de españoles fuesen objeto de campaña y, en su caso, tuvieren reproducción en el Parlamento español produciéndose una incorporación específica de estos electores en la vida política del país. Pero cabe entender que esa representación diferenciada implica una quiebra del principio de representación en la Cámara baja.

En este sentido, la misma cuestión se planteó en Portugal donde se llegaron a aprobar leyes que crearon circunscripciones para los no residentes en las elecciones a las Asambleas legislativas regionales. Sin embargo, la Comisión Constitucional conside-

49 Concretamente y por continentes: África, 8.397 electores; América, 676.760 electores; Asia, 8.631 electores; Europa, 467.750 electores y Oceanía, 12.479 electores.

50 T. VIDAL MARÍN, *Sistemas Electorales y Sistema Autonómico. Especial consideración del Sistema Electoral de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2006, págs. 87 y 88.

ró que la atribución del derecho de sufragio a los no residentes vulneraba la Constitución por cuanto consagra una especie de “nacionalidad regional que contradice el principio de unidad del Estado”.

APÉNDICE:

LAS ELECCIONES AUTONÓMICAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA Y EL VOTO EMIGRANTE

Participación del electorado CERA en las elecciones a las Cortes Valencianas

| Convocatoria | 1995 | 1999 | 2003 | 2007 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Censo | 29.242 | 44.584 | 51.079 | 54.727 |
| Nº votos | 7.588 | 5.776 | 9.898 | 12.220 |
| Votantes % censo | 25,95 | 12,96 | 19,37 | 22,33 |

La participación de los valencianos residentes ausentes en el exterior en las pasadas elecciones autonómicas del 27 de mayo de 2007 fue de 22,33 por ciento tras ejercer su derecho al voto un total de 12.220 emigrantes de los 54.727 inscritos en el CERA. Esta cifra es superior a la de la anterior convocatoria electoral de 2003 cuando se produjo una participación del 19,37% del Censo. El aumento de participación es relevante no sólo en términos absolutos sino también en términos relativos puesto que el CERA ha sufrido un incremento en el número de votantes pasando de 51.079 electores residentes en el extranjero en 2003 a 54.727 en 2007.

A medida que retrocedemos en el tiempo puede comprobarse el aumento espectacular que ha experimentado el CERA en la Comunidad Valenciana: en los comicios autonómicos de 1995 el número de votantes potenciales era de 29.242 y en 1999 de 44.584. Con respecto a la primera convocatoria, el CERA casi ha duplicado su número.

La participación por provincias queda como sigue: Alicante registró un 23,57% de participación entre los emigrantes; Castellón un 22% y Valencia un 21,69%.

Partidos más votados por los residentes ausentes

| Elecciones | 1995 | 1999 | 2003 | % | 2007 | % |
|--------------------|-------------|-------------|-------------|----------|-------------|----------|
| Total votos | 7.688 | 6.776 | 9.898 | 19,37 | 12.220 | 22,33 |
| Partidos | | | | | | |
| PSOE | 4.618 | 2.852 | 4.155 | 44,89 | 6.066 | 53,24 |
| PP | 1.430 | 1.713 | 3.273 | 35,36 | 3.932 | 34,51 |
| IU | | 442 | 681 | 7,35 | 569 | 4,99 |
| OTROS | 857 | 517 | 1.145 | 12,37 | 827 | 7,26 |

El reparto de los votos entre los partidos políticos concurrentes a las elecciones autonómicas supuso una línea de continuidad con la habitual victoria del PSPV-PSOE que obtuvo 6.066 sufragios, lo que supuso el 53,24% de los votos emitidos por los valencianos residentes ausentes en el extranjero. El PP aumentó el número total de votos obtenidos con respecto a los comicios de 2003 (un 20% más al contabilizar 3.932 votos en 2007 frente a los 3.273 de la anterior convocatoria) aunque este aumento no signifique mayor porcentaje de voto sobre el global sino al contrario (supone el 34,51% frente al 35,36% en 2003). Izquierda Unida experimenta una importante bajada en votos y en tanto porcentual frente a los resultados obtenidos en la anterior cita electoral (4,99% frente a 7,35%).

La traducción de estos votos en escaños ha significado que el voto de los residentes en el extranjero otorgó un escaño más al PSPV-PSOE en Les Corts Valencianes por la provincia de Castellón. El número total de escaños obtenidos por las agrupaciones

políticas es de 54 para el PP; 38 del PSPV-PSOE y 7 para la coalición de izquierdas nacionalista de Esquerra Unida, Bloc Nacionalista Valencià y Els Verds.

Voto de los inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes

| | ALICANTE | CASTELLÓN | VALENCIA | COMUNIDAD |
|---------------------------|-----------------|------------------|-----------------|------------------|
| Nº electores | 17.878 | 4.431 | 32.455 | 54.727 |
| Votos candidaturas | 3.602 | 968 | 6.821 | 11.394 |
| Votos blancos | 77 | 3 | 175 | 255 |
| Votos válidos | 3.679 | 971 | 6.999 | 11.649 |
| Votos nulos | 527 | 4 | 40 | 571 |
| Total votantes | 4.206 | 975 | 7.039 | 12.220 |

Número de votos obtenidos por las formaciones políticas entre electorado CERA

| | ALICANTE | CASTELLÓN | VALENCIA | COMUNIDAD |
|--------------|-----------------|------------------|-----------------|------------------|
| PP | 1.170 | 279 | 2.483 | 3.932 |
| PSOE | 1.977 | 544 | 3.545 | 6.066 |
| IU | 179 | 66 | 324 | 569 |
| OTROS | 276 | 79 | 472 | 827 |

Participación de los residentes ausentes en las elecciones municipales

| Convocatoria 27-M | ALICANTE | CASTELLÓN | VALENCIA | COMUNIDAD |
|--------------------------|-----------------|------------------|-----------------|------------------|
| Censo | 17.878 | 4.431 | 32.455 | 54.727 |
| Nº votos emitidos | 4.131 | 1.038 | 7.912 | 13.081 |
| Votantes % censo | 23,11% | 23,43% | 24,38% | 23,9% |

BIBLIOGRAFÍA:

ALÁEZ CORRAL, B.,

— “Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática”, en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, M. A. Presno Linera (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— “Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 127, 2005.

— *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC/Tribunal Constitucional, Madrid, 2006.

ARAGÓN REYES, M., “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994.

ARNALDO ALCUBILLA, E., *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEC, Madrid, 1995.

CRESPO MARTÍNEZ, I., *Las campañas electorales y sus efectos en la decisión de voto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DEL REY MORATÓ, J., *Comunicación política, internet y campañas electorales*, Tecnos, Madrid, 2007.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., “La ratificación del censo en período electoral (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/1993)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993.

GARCÍA BLANCO, I., “*Las campañas electorales y su adaptación al contexto mediático*”, <http://www.portalcomunicacion.com/esp/monografico_texto.asp?monografico_text_id=2&monografico_id=2>.

GARCÍA MORILLO, J., *El régimen constitucional español*, vol. II, en J. de Esteban y L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1982.

JIMÉNEZ QUESADA, L., “La campaña electoral y el derecho de antena en las radios municipales”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992.

LÓPEZ GUERRA, L., *Las campañas electorales en Occidente*, Fundación Juan March-Editorial Ariel, Madrid, 1977.

MANGAS MARTÍN, A., “La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesario o insuficiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992.

MASSÓ GARROTE, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997.

PAJARES MONTOLIO, E. J., “La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22, 2004.

PAU I VALL, F., “Democracia e internet”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 10, 1998.

PRESNO LINERA, M. A.,

— *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

— “El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004.

— “La participación política como forma de integración”, en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, M. A. Presno Linera (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RALLO LOMBARTE, A.,

— “El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1993.

— “Los derechos de los ciudadanos europeos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 18 (monográfico), 1994.

— *Garantías electorales y Constitución*, CEPC/BOE, Madrid, 1997.

REVENGA SÁNCHEZ, M. y SANTOLAYA MACHETTI, P., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, 1999.

RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución Española y el Tratado de Maastricht”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las garantías de la exactitud del censo en el Derecho electoral español”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 51, 2000.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Regulación de las campañas electorales y financiación de los partidos”, *Documentación Administrativa*, núm. 173, 1987.

SANTOLAYA MACHETTI, P., “La crisis del procedimiento electoral español”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

SANTOLAYA MACHETTI, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007.

SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J. J., “Una visión institucional del proceso electoral”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

VIDAL MARÍN, T., *Sistemas Electorales y Sistema Autonómico. Especial consideración del Sistema Electoral de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2006.

VVAA, *Emigración y Constitución*, J. I. Cases Méndez (coord.), U.I.M.P., Guadalajara, 1983.

Francisca Ramón Fernández

DOCTORA EN DERECHO. PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DEPARTAMENTO DE URBANISMO. ÁREA DERECHO CIVIL. UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA

EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ANTE LA CONSTITUCIÓN, EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y LA COSTUMBRE

RESUMEN

En el presente trabajo se ha pretendido realizar un examen, lo más accesible posible para el lector, acerca de dos aspectos fundamentales: la recuperación del Derecho civil valenciano en la Reforma del Estatuto de Autonomía y un estudio complementario sobre la influencia que tiene la costumbre en el Derecho civil valenciano.

Tal es así que iniciamos el estudio con la postura del Tribunal Constitucional respecto al ámbito competencial, haciendo especial referencia al momento histórico que hemos vivido con la reforma del Estatuto de Autonomía, lo que ha significado un hito histórico ya que se propicia la recuperación del Derecho histórico.

Junto a ello, iremos desgranando el elemento consuetudinario en las instituciones valencianas que perviven en la actualidad como es el caso del derecho de pesca o “redolí”, los arrendamientos históricos valencianos, entre otras. En cada una de ellas se ha realizado una especial referencia a la postura que ha adoptado tanto la doctrina como la jurisprudencia, aunque, por motivos de extensión se hace referencia a los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales, ya que, como tendremos ocasión de comprobar, el Derecho civil valenciano está más vivo que nunca, lejos de considerarse como una reliquia del pasado.

RESUM

En aquest treball s'ha pretès fer un examen, el més accessible possible per al lector, sobre dos aspectes fonamentals: la recuperació del dret civil valencià en la reforma

de l'Estatut d'autonomia i un estudi complementari sobre la influència que té el costum en el dret civil valencià.

Per tot això, iniciem l'estudi amb la postura del Tribunal Constitucional respecte de l'àmbit competencial, i fem especial referència al moment històric que hem viscut amb la reforma de l'Estatut d'autonomia, la qual cosa ha significat un fita històrica, ja que es propicia la recuperació del dret històric.

Junt amb això, anirem desgranant l'element consuetudinari en les institucions valencianes que perviuen en l'actualitat como és el cas del dret de pesca o redolí, els arrendaments històrics valencians, entre altres. En cada una d'aquestes s'ha fet una especial referència a la postura que ha adoptat tant la doctrina com la jurisprudència, encara que, per motius d'extensió es fa referència als més recents pronunciaments jurisprudencials, ja que, com tindrem ocasió de comprovar, el dret civil valencià està més viu que mai, lluny de considerar-se com una relíquia del passat.

ABSTRACT

Within this work I have tried to carry out a detailed search, as easily comprehensible as possible for readers, on two main aspects: the recovery of the Valencian Civil Law in the Reform of the Statute of Autonomy and a complementary survey on the influence that the custom has upon the Valencian Civil Law.

So then we start our survey examining the position of the Constitutional Court regarding the competence field, with a very special reference to the historical moment that we have experienced with the Reform of the Statute of Autonomy. This Reform has been a real milestone since it favours the recovery of the Historical Law.

Beside this, we will examine the consuetudinary element within the Valencian institutions which remains nowadays, like the right to fish or the so called "redolí", the historical valencian renting among others. In each one we have made a special reference to the stance adopted at both levels, by the doctrine and by the jurisprudence, although we will just refer to the recent jurisprudencial statements from which we will have the opportunity to verify that the Valencian Civil Law is more alive than ever far from being considered an old and past relics.

SUMARIO

- I. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
 - A) LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS
- II. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ANTE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
 - A) LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
- III. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL VALENCIANO: INFLUENCIA Y EFECTOS
 - A) LA COSTUMBRE Y LOS ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS VALENCIANOS
 - B) LA COSTUMBRE Y EL DERECHO DE PESCA EN LA ALBUFERA
 - C) LA COSTUMBRE Y LOS CONTRATOS DE CÍTRICOS
 - D) LA COSTUMBRE Y LA CAZA
 - E) LA COSTUMBRE Y LAS SERVIDUMBRES
 - F) LA COSTUMBRE Y LA GANADERÍA
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A) LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

Como ha tenido oportunidad de indicar de forma reiterada la doctrina especializada, las vías para que se pueda manifestar el Derecho valenciano las podemos encontrar en el art. 49.2 (anterior art. 31.2) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, al indicar que la Generalitat Valenciana tiene competencia exclusiva sobre la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano. Ello significa la utilización de títulos competenciales distintos al de conservación, modificación y desarrollo de dicho Derecho para la regulación de forma indirecta de materias que van a incidir en el ámbito privado, y la costumbre valenciana como Derecho propio para poder legislar.¹

¹ Sigo expresamente la exposición de VERDERA SERVER, R.: «Incidencia de la costumbre en el Derecho civil valenciano», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, pág. 305.

Nos proponemos incidir en la fuente de segundo grado o de carácter supletorio, la costumbre, porque se trata de manifestar cómo en determinadas relaciones jurídicas se va a tener en cuenta.

No deja de ser curioso que en nuestra sociedad que tiende a legislar todas las relaciones jurídicas que se plantean entre los sujetos, la costumbre todavía tenga un hueco, teniendo en cuenta que se aplica en defecto de ley, y debiendo reunir los requisitos de no ser contraria a la moral o al orden público, y la necesidad de ser probada ante un Tribunal. Las dificultades de prueba, en el ámbito consuetudinario, será uno de los escollos a salvar en numerosas ocasiones para que pueda ser aplicada como fuente.

Resulta obligado en este momento, pese a que no es nuestra intención realizar un examen exhaustivo, hacer referencia a la postura del Tribunal Constitucional respecto al Derecho consuetudinario y su «inclusión» dentro de la expresión tan «polémica», en términos jurídicos y que ha constituido un verdadero «caballo de batalla» para la doctrina, del art. 149.1.8ª CE cuando establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

Este precepto plantea el problema de determinar cuáles son las Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia civil y la correcta interpretación de la expresión «allí donde existan».

La doctrina no se ha mostrado unánime a la hora de interpretar dicha expresión, ya que se encuentra dividida y a la que hay que añadir la postura del Tribunal Constitucional a la que haremos especial referencia.

Un primer sector doctrinal ha mantenido que, de acuerdo con la expresión indicada, tendrán competencia para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales sólo se podía predicar de aquellas Comunidades Autónomas que tenían un Derecho civil propio vigente cuando se promulga la Carta Magna. Por ende, las Comunidades Autónomas que no tuvieran en su territorio un Derecho civil propio vigente, bien porque lo hayan perdido o porque carecieran de él, en el momento de la promulgación de la Ley de Leyes, no tendrían dicha competencia. Ello significa limitar la competencia a las Comunidades con Compilación foral, que estuviera vigente en el momento de promulgarse la Constitución, y que pudieran tener la competencia legislativa, negándosela a otras Comunidades (como la valenciana), ya que no cumplían ese requisito: Derecho civil propio vigente entendido como Compilación de Derecho foral. Se niega, por tanto, toda admisión a un Derecho consuetudinario anterior a la Constitución².

Esta postura doctrinal no ha sido respaldada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En este sentido destaca la STC 121/1992, de 28 de septiembre (Pleno) relativa al recurso de inconstitucionalidad núm. 361/1987, promovido por el Gobierno en relación con los arts. 2, párrafo segundo; último inciso del art. 3.2; art. 9 y Disposición Transitoria de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de las Cortes Valencianas, de regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos, siendo Ponente: don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BOE de 29 de octubre 1992; rectificada en el BOE núm. 288 de 1 de diciembre, suplemento; *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 1992, II, mayo-septiembre, 1992, págs. 683 y sigs.), y en la que se declara inconstitucionales el art. 2, párrafo segundo, y el inciso final «la resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa» del art. 3.2, rechazándose el recurso en todo lo demás.

El Tribunal Constitucional ante tales argumentos consideró, en sus fundamentos jurídicos, respecto a la expresión «derechos civiles, forales o especiales» lo siguiente: «1. Aunque en el presente recurso se impugnan sólo determinados preceptos de la Ley valenciana 6/1986 (art. 2. párrafo segundo, art. 3.2, último inciso, art. 9 y

² Mantienen esta postura, entre otros juristas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 149.1.8ª de la Constitución», AA.VV., *Derechos civiles de España*, vol. I, directores R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, Madrid-Elcano 2000, págs. 95 y sigs.; ELIZALDE Y DE AYMERICH, P. DE: «El derecho civil en los Estatutos de Autonomía», A.D.C., 1984, págs. 389 y sigs.

Disposición transitoria), en el recurso se realizan previamente unas consideraciones de alcance general sobre el sentido y límites de la competencia que se ha querido ejercer por la Generalidad de Valencia al adoptar esta Ley, consideraciones que tratan de cuestionar la validez de las disposiciones impugnadas. A su vez, en la contestación a la demanda, la representación de la Comunidad Autónoma dedica buena parte de sus alegaciones a defender dicha competencia, manteniendo una posición sustancialmente diferente de la representación del Estado sobre el alcance e interpretación de los artículos 149.1.8 CE, y art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV). Por ello, el alcance de la competencia autonómica para regular la materia de los arrendamientos históricos valencianos, a la luz de los citados preceptos, constituye una cuestión previa que ha de ser objeto de análisis preliminar, pues sólo tras su fijación y aclaración será posible dar respuesta, en la medida precisa, a las concretas impugnaciones deducidas.

El art. 149.1.8 CE atribuye a las instituciones generales del Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, sin perjuicio —añade el precepto, en lo que ahora importa— “de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”. El amplio enunciado de esta última salvedad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto constitucional es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2 del EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano”, no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común.

Sin perjuicio de las observaciones y matizaciones que después se harán, no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado art. 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el art. 31.2 del EACV, precepto, este último, cuya virtualidad competencia ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal.

2. El Abogado del Estado no niega una competencia legislativa autonómica para regular los usos preexistentes pero entiende que el ejercicio de la misma ha de respetar la jerarquía de fuentes, de modo que la competencia sobre Derecho consuetudinario, y la posibilidad de reducción de la costumbre a Derecho escrito no podría suponer que esa costumbre codificada asumiera una posición jerárquica diferente, como fuente de carácter subsidiario, a la que tenía en su forma de expresión primitiva.

Sin embargo, este argumento supone imponer al legislador autonómico una restricción que no figura ni es congruente con lo dispuesto en los arts. 149.1.8 CE y 31.2 EACV, que al conceder una competencia legislativa propia, otorga a la legislación civil autonómica consiguiente aplicación preferente frente a la legislación del Estado como se deduce del art. 149.3 CE y se refleja en el art. 13.2 del Código Civil. Por ello el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto, supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de Ley aplicable, esto es como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del Derecho común (art. 1.3 Código Civil), al ser incorporada a la Ley autonómica se torna en Ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, Derecho supletorio (art. 13.2 CC), aplicación preferente reconocida, en general, por el Derecho del Estado (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, como de la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos). Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil común (art. 149.3 de

la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil), y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada: dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria.

El Abogado del Estado sostiene, además, que la Ley valenciana no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente, condición constitucional imprescindible para la competencia autonómica, sino que crea una normativa distinta de la estatal sin conexión previa con usos vigentes.

Arguye de contrario la representación de la Comunidad Autónoma que nos hallamos ante usos jurídicos realmente existentes aportando a tal efecto, abundante documentación sobre la historia y la realidad de estos arrendamientos. Ambas partes vienen así a aceptar que la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma Valenciana se constituye en auténtico presupuesto *ex art. 149.1.8* para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia sólo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre.

La Ley autonómica impugnada declara su propósito de formalizar y fijar unas determinadas reglas consuetudinarias que, hasta hoy, se habrían venido aplicando sólo a unos ciertos contratos (los llamados “arrendamientos históricos”) que, al menos en parte, se habrían regido por una costumbre que sería especial no sólo por su peculiaridad sustantiva respecto al Derecho común sino también por su alcance limitado y definido en el tiempo. Esta costumbre especial es, como inequívocamente expresa el art. 1 de la Ley impugnada, a la que se ha querido dar forma de Ley, configurando dentro del Derecho arrendaticio rústico un *ius singulare*, en el doble sentido de ser, en primer lugar, un régimen diferenciado del civil común y, en segundo lugar, en el territorio autonómico, una ordenación específica para ciertos contratos de arrendamiento, singularizados por haber venido siendo sometidas previamente a una costumbre cuyas reglas recoge la Ley.

Esto contrastado, son dos las consideraciones de orden general que se imponen:

a) No es, en primer lugar, dudoso que el arrendamiento histórico, como figura consuetudinaria, ha existido y existe en el territorio valenciano, cualquiera que sea su importancia relativa en el conjunto de contratos de arriendo. Ello resulta de la amplia documentación aportada por la Comunidad Autónoma, sin que el Estado haya aportado, para desvirtuarla, otros documentos o materiales de diferente signo. Teniendo esto en cuenta, no cabe discutir la competencia de la Comunidad Autónoma para conservar ese Derecho consuetudinario propio, labor de conservación que es la expresamente afirmada por la Ley impugnada y la citada —junto a la de “modificación” y “desarrollo”— en el art. 31.2 del EACV.

b) La Ley, de otra parte, se aplicará a determinados contratos “históricos”, en función no sólo del momento en que se pactaron, sino de las reglas a las que se vieron sometidos. Así, el presupuesto y la condición de aplicabilidad de estas normas legales residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no sólo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal. Se quiere decir con ello que los límites constitucionales y estatutarios que condicionan la validez de la Ley son los mismos que ésta establece para su aplicabilidad puesto que la misma se incardina y se restringe al objeto mismo ordenado consuetudinariamente. Ello permite rechazar las reticencias formuladas por el Abogado del Estado sobre si la Ley autonómica es una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, toda vez que el presupuesto de validez constitucional de la Ley, en cuanto al ejercicio de competencias autonómicas, coincide exactamente con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso; esta es una cuestión que ha de ser resuelta en última instancia por los órganos jurisdiccionales competentes para ello, en los correspondientes procesos que puedan suscitarse. (...)

3. (...) El art. 9 de la Ley 6/1986 establece en sus dos apartados sendas previsiones “en garantía de la continuidad de la explotación agraria” y relativas, respectivamente, a la sucesión *mortis causa* y a la cesión *inter vivos* del derecho al cultivo, previsiones, una y otra, que han sido calificadas de inconstitucionales en el recurso por contrariar las previsiones al efecto establecidas en la Ley estatal 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, y conculcar, a su través, la exclusiva competencia del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución). Además, al apartado primero de este art. 9 se le reprocha haber incurrido en contradicción con lo pre-

venido en el art. 10 de la propia Ley conculcándose así —se dice— lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución (hay que suponer que en lo relativo al principio, allí enunciado, de “seguridad jurídica”). Nada hemos de decir, por lo pronto, en cuanto a este último alegato, pues las posibles inconsistencias, y aun antinomias, entre dos o más preceptos de un texto legal no son, en sí, constitutivas de inconstitucionalidad ni deben ser resueltas por este Tribunal, sino por la jurisdicción ordinaria, a la que corresponde, en efecto, armonizar, cohesionar o integrar las previsiones normativas a lo largo del proceso de aplicación del Derecho.

La mera discrepancia —que la representación de la Generalidad no acepta enteramente— entre lo establecido en el art. 9 de la Ley 6/1986 y lo dispuesto en la legislación estatal de arrendamientos rústicos no depararía, desde luego, resultado alguno de inconstitucionalidad para aquel precepto, pues la competencia autonómica *ex art. 31.2 del EACV* permite, como hemos visto, que exista, con los límites asimismo reseñados, una normativa civil propia y hace posible, por lo mismo divergencias entre tal posible disciplina legal y la dictada por las Cortes Generales, resultado este previsto incluso, como no podía ser de otro modo, por las leyes del Estado en la materia (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980 como de la Ley 1/1992, ya citadas).

La competencia de la Generalidad Valenciana para regular los arrendamientos históricos valencianos, siguiendo la costumbre prefijada por los usos jurídicos desarrollados a través de los tiempos, le permite regular la sucesión en relación con esos arrendamientos de forma diferente a la legislación del Estado y de acuerdo a aquella costumbre que según la Generalidad Valenciana, el precepto se limita a fijar coincida o no, por tanto, con la legislación común en la materia.

También en este motivo del recurso late la reticencia o negativa del Gobierno de la Nación a reconocer una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, pero tampoco este reparo nos debe llevar a realizar un contraste entre la regla legal impugnada y las normas consuetudinarias para examinar la correspondencia entre una y otras y con ello la validez competencial de la primera. También aquí ha de afirmarse que el presupuesto de validez del precepto coincide con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso, pues este peculiar régimen

sucesorio preexistente sirve también para calificar como histórico al concreto arrendamiento en cuestión.

No cabe cuestionar, pues, la validez constitucional, por razones competenciales, de este art. 9, puesto que sólo resultará aplicable en la medida en que lo en él dispuesto haya venido a reiterar las normas consuetudinarias por las que se ordenaran determinados arrendamientos rústicos en el territorio de la Comunidad Autónoma, lo que en cada caso habrá de constatarse y probarse en su enclave jurisdiccional propio. Ha de rechazarse, por tanto, la impugnación de dicho precepto».

Sostiene, por tanto, el Tribunal Constitucional que dentro de los Derecho civiles forales o especiales a que hace referencia el art. 149.1.8ª de la Carta Magna debe incluirse el Derecho consuetudinario anterior a la promulgación de la Constitución en la importantísima frase de la sentencia a que hemos hecho referencia: «el amplio enunciado de esta última salvedad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos». Nos abre la puerta al Derecho consuetudinario anterior a la Constitución con las precisiones que haremos en otro punto de nuestra exposición. A ello se añade la consideración de que cuando se ejerce la competencia legislativa autonómica el preexistente Derecho consuetudinario se transforma, adquiriendo el carácter de Derecho legislado de aplicación preferente (lo que aconteció con los propios arrendamientos históricos valencianos).

Ello significa que el objeto de la futura regulación legislativa que se realizara serían las costumbres civiles de ámbito regional o local que existían al tiempo de publicarse la Constitución. Esa competencia legislativa abarca no sólo la conservación y modificación de las indicadas costumbres, sino también el desarrollo de las mismas, considerando la doctrina que se extiende «la regulación civil hacia ámbitos no con-

templados por esas costumbres pero conexos con ellas».³ Esta regulación significará una modificación en la jerarquía normativa, ya que, como señala el propio Tribunal Constitucional, «mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil común (art. 149.3 de la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil)».

Esta interpretación del Tribunal Constitucional al considerar que los derechos civiles, forales o especiales no debe identificarse exclusivamente con los textos compilados, sino también incluir el derecho consuetudinario, justificándose la previsión normativa del art. 31.2 del EACV por la existencia de dichas costumbres,⁴ se mantuvo en la STC 182/1992, de 16 de noviembre (Pleno) relativa al recurso de inconstitucionalidad núm. 347/1987, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia, siendo Ponente: don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (BOE de 18 diciembre 1992), y en la que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad.

Vemos cómo en esta sentencia, de igual forma que sucede con la de 28 de septiembre de 1992 —a la que cita expresamente—, nuestro Alto Tribunal confirma la atribución de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas que, pese a que no disponen de un Derecho foral compilado, sí que tienen normas civiles de ámbito regional o local consuetudinario preexistente a la entrada en vigor de la Constitución.

No obstante, un sector de la doctrina sostuvo que era dudosa la existencia de un derecho consuetudinario gallego al margen de la Compilación, siendo más adecuado haber reconducido la competencia de la Comunidad gallega al desarrollo de su derecho civil foral.⁵

3 CLIMENT DURÁN, C.: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», R.G.D., núm. 618, marzo 1996, pág. 1611.

4 Así, MONTERDE FERRER, F.: «Introducción general sobre el Derecho civil valenciano», *Jornadas de Ilustres Juristas Valencianos, Valencia, 12, 18 y 25 de noviembre de 1997, 2 y 16 de diciembre de 1997, Seminario sobre Derecho civil valenciano, Valencia, 16 de octubre de 1997*, Valencia, 1998, pág. 117.

5 Postura mantenida por R. Bercovitz citado por VERDERA SERVER, R.: «Incidencia de la costumbre en el Derecho civil valenciano», cit., pág. 310.

No podemos dejar de mencionar la también interesante STC 88/1993, de 12 de marzo (Pleno), referente al recurso de inconstitucionalidad núm. 1392/1988, que interpuso el Gobierno de la Nación contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos, siendo Ponente: don Álvaro Rodríguez Bereijo (BOE de 15 de abril de 1993; *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 1993, I, enero-abril 1993, págs. 987 y sigs.) y por el que se desestima el indicado recurso.

Dejando sentado la postura del Tribunal Constitucional de admitir la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas dependiendo de la existencia de derecho civil foral o especial, incluyéndose dentro de los mismos el Derecho consuetudinario anterior a la Constitución (normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistente a la Constitución, en palabras del propio Tribunal), nos lleva a plantearnos cuáles van a ser las costumbres que se considerarán como derecho foral o especial.

Es evidente que el propio Tribunal Constitucional nos va cerrando puertas, dejándonos siquiera un resquicio para poder tener Derecho civil consuetudinario.⁶ La doctrina mayoritaria que ha estudiado dicha cuestión, y a la que vamos a seguir expresamente, ha mantenido que serán las costumbres vigentes en la Comunidad Autónoma cuando entró en vigor la Constitución Española. El inicio ya fue la regulación de los propios arrendamientos históricos valencianos, pero, como ha manifestado la doctrina, no parece haber obstáculo para proseguir en esa dirección legislativa siempre que se respeten las directrices jurisprudenciales que hemos señalado, es decir, las costumbres vigentes en la Comunidad Valenciana y que «se les dé carta de naturaleza normativa mediante la promulgación de una disposición reguladora».⁷ Estas costumbres son, por regla general, más antiguas que el propio Código civil y que se mantuvieron por constituir derecho civil especial, ya que la derogación del art. 1976 del Código civil sólo afectó a los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho civil común.⁸

6 DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho foral civil*, Valencia, 2004, pág. 60.

7 CLIMENT DURÁN, C.: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», cit., pág. 1611, quien cita la oportuna postura de MONTÉS PENADÉS, V. L.: *La competencia de la Generalitat Valenciana para conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*, Valencia, 1993, pág. 8.

8 CLEMENTE MEORO, M. E.: «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», R.G.D., núm. 596, mayo 1994, pág. 4935, nota 22.

La conclusión de todo lo expuesto es la factibilidad de poder conservar y desarrollar el Derecho civil especial valenciano regulando instituciones conexas con las consuetudinarias vigentes⁹, de forma análoga a la realizada por Galicia cuando plasmó por escrito sus costumbres¹⁰.

II EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ANTE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

A) LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

En todo este punto de la discusión doctrinal en la que se evidencia las dificultades con las que nos hemos encontrado históricamente y socialmente, es de obligada mención hacer referencia a la reforma del Estatuto de Autonomía.

No nos resulta posible, ya que excedería los límites del presente trabajo, realizar un estudio cronológico pormenorizado de todos los pasos que siguió la reforma estatutaria, por lo que nos remitimos, para una mayor información sobre la misma, a la consulta de la página oficial de las Cortes Valencianas <<http://www.cortsvalecianas.es>>, en la que, para facilitar la participación de la sociedad civil, habilitaron en dicha página web un espacio para la información relativa a la evolución de los trabajos de la Comisión y de la Ponencia, así como a las colaboraciones, entrevistas y otros actos realizados con expertos y representantes de la sociedad civil valenciana.

No obstante, vamos a indicar algunos de los pasos que siguió la reforma:

— Propuesta de creación de una comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno.

El “iter” se inicia con la reunión de la Mesa de las Cortes Valencianas del día 11 de noviembre de 2003, en la que se acuerda proponer al Pleno de las Cortes

9 CLIMENT DURÁN, C.: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», cit., pág. 1611; CLEMENTE MEORO, M. E.: «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», cit., pág. 4943.

10 En este sentido, citado por Climent Durán, MONTÉS PENADÉS, V. L.: *La competencia de la Generalitat Valenciana para conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*, cit., pág. 8. Más evidente resulta la postura de CLEMENTE MEORO, M. E.: «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», cit., pág. 4944.

Valencianas, oída la Junta de Síndics, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 y a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, GP Socialista y GP Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana: Entesa (RE número 3.072), la creación de una comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno (BOCV núm. 19, de 21 de noviembre de 2003, págs. 1412 y sigs.).

— La Propuesta de creación de una comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno, solicitada por el Grupo Parlamentario Popular, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana: Entesa se debate en el Pleno de las Cortes Valencianas, el día 28 de abril de 2004. El resultado obtenido es de 82 votos a favor, ningún voto en contra (BOCV núm. 38, sesión plenaria de 28 de abril de 2004, págs. 1227 y sigs.).

— De conformidad con lo indicado en el art. 91.1 del RCV, se ordena publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Valencianas la Resolución 34/VI sobre creación de una comisión permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno, aprobada por el Pleno de las Cortes Valencianas en la sesión del día 28 de abril de 2004 (BOCV núm. 43, de 10 de mayo de 2004, págs. 7605 y sigs.).

— Según establece el art. 39 del Reglamento de las Cortes Valencianas, el día 31 de mayo de 2004 se produce la reunión número 1 de la comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno, en el que se elige la Mesa de la comisión y la creación de la ponencia y designación de los ponentes (BOCV, reunión núm. 1, de 31 de mayo de 2004, págs. 3 y sigs.).

— El día 29 de junio de 2004 se produce la reunión número 2 de la comisión no permanente especial de estudio para la posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno (BOCV, reunión núm. 2, de 29 de junio de 2004, págs. 3 y sigs.), en la que se realiza la propuesta del plan de trabajo presentada por los diputados integrantes de la Ponencia.

— Se habilitan los días 28 y 29 de junio de 2004 para la realización de una sesión plenaria de las Cortes Valencianas y una reunión de la Comisión Especial de Estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno (BOCV núm. 50, de 24 de junio de 2004, pág. 8483).

— El 24 de junio de 2004 y de conformidad con el art. 91.1 del RCV, se ordena la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Valencianas* del acuerdo de la Comisión no Permanente Especial de Estudio para una Posible Reforma del Estatuto de Autonomía y la Consolidación del Autogobierno sobre el nombramiento de la ponencia de estudio para una posible reforma del Estatuto de autonomía y la consolidación del autogobierno (BOCV núm. 50, de 24 de junio de 2004, págs. 8484 y sigs.).

— La Ponencia nombrada por la Comisión Especial de Estudio sobre una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno, en la sesión celebrada el día 14 de junio de 2004, acordó elevar a la indicada Comisión, para su aprobación, el recabar la colaboración y asesoramiento de expertos y entidades más representativas de la sociedad civil valenciana, mediante la solicitud de informes y entrevistas, prestando especial atención al derecho civil valenciano.

En las comparecencias ante la Ponencia que ha nombrado la comisión encargada de realizar un estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno participaron diversas personalidades de la vida social, política y académica de la Comunidad Valenciana.

— En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 61 del Estatuto de Autonomía, la iniciativa de reforma fue presentada el 26 de mayo de 2005 por más de una quinta parte de los miembros de las Cortes Valencianas.

— Presentación del informe de la Comisión de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno (BOCV núm. 82, 14 de abril de 2005, págs. 2997 y sigs.).

En la votación se obtiene la unanimidad de los votos.

— Resolución 136/VI sobre el informe de la Comisión de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la consolidación del autogobierno, aprobada por el pleno de las Cortes Valencianas en la sesión del día 14 de abril de 2005 (BOCV núm. 101, 29 de abril de 2005, págs. 17177 y sigs.).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 91.1 del RCV, se ordena la publicación en el BOCV la Resolución 136/VI sobre el informe de la Comisión de estudio, aprobada por el Pleno de las Cortes Valencianas en la sesión del día 14 de abril de 2005. En dicho Pleno, en la sesión del día 14 de abril de 2005, a propuesta de la Mesa y de la Junta de Síndics, debatió el informe de la Comisión de Estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y la Consolidación del Autogobierno (BOCV número 97, corrección errores BOCV número 98). Por unanimidad las Cortes Valencianas aprueban el informe de la Comisión de Estudio.

— Presentación en la Mesa de las Cortes de la Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2005, por parte de los Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular y al Grupo Parlamentario, de acuerdo con el artículo 87.2 de la Constitución Española y el artículo 11, f, del Estatuto de Autonomía y en la forma determinada por el artículo 123 del Reglamento de las Cortes y el artículo 61 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Los Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista presentaron en la Mesa de las Cortes, fechado el 26 de mayo de 2005, la Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

— Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (RE número 30.314). Remisión a la comisión y apertura del plazo de presentación de enmiendas (BOCV núm. 111, 10 de junio de 2005, págs. 18188 y sigs.).

— Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Enmienda a la totalidad presentada por el

Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana: Entesa (BOCV núm. 114, 23 de junio de 2005, págs. 18395 y sigs.).

— Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Nombramiento de la Ponencia (BOCV núm. 115, 24 de junio de 2005, pág. 18513).

— Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Informe de la Ponencia (BOCV núm. 115, 24 de junio de 2005, págs. 18514 y sigs.).

— Debate en comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalidad de la Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, reunión número 11, de 27 de junio de 2005 (BOCV reunión número 11, 27 de junio de 2005, págs. 3 y sigs.).

— Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Dictamen de la comisión (BOCV núm. 116, 30 de junio de 2005, págs. 18573 y sigs.).

— Debate y votación del Dictamen de la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalidad sobre la Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCV número 116) (BOCV núm. 97, sesión plenaria de 1 de julio de 2005, págs. 3493 y sigs.).

— Texto de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados. El día 4 de julio de 2005 se presenta la Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobada por las Cortes Valencianas en sesión plenaria celebrada el día 1 de julio de 2005, de acuerdo con el artículo 123 y concordantes del Reglamento de las Cortes Valencianas, en el ejercicio de la iniciativa legislativa de estas Cortes prevista en los artículos 87.2 de la Constitución Española y el 61 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

— Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, el día 6 de julio de 2005.

— 127/000002 Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía en el Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 196-1, serie B, Propositiones de Ley, 15 de julio de 2005).

— Sesión plenaria del Congreso de los Diputados: Debate de totalidad de la Propuesta de las Cortes Valencianas.

En la sesión plenaria número 103 del Congreso de los Diputados, celebrada el día 20 de septiembre de 2005, publicada en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, número 111, págs. 5558 y sigs., se realizó el debate de totalidad de la Propuesta de las Cortes Valencianas, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, número de expediente 127/000002, que se había publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, número 196-1, de 15 de julio de 2005 (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-2, de 23 de septiembre de 2005) y se sometió a votación la toma en consideración de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobándose por 306 votos a favor, cuatro en contra y 13 abstenciones.

— Posteriormente, en el BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-3, de 29 de septiembre de 2005, se publica el acuerdo de la Mesa de la Cámara siguiente: «Encomendar Dictamen a la Comisión Constitucional y abrir un plazo de quince días hábiles, que expira el día 18 de octubre de 2005, en el que los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas al articulado». En el BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-4, de 19 de octubre de 2005, se publicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara para ampliar el plazo de presentación de enmiendas a la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía, hasta el día 25 de octubre de 2005, en el núm. 195-5, de 26 de octubre de 2005, se amplió el plazo hasta el día 2 de noviembre, y en el núm. 196-6, de 3 de noviembre de 2005, hasta el día 8 de noviembre de 2005.

— En el BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-7, de 16 de noviembre, se ordenó la publicación de las enmiendas

presentadas en relación con la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, publicándose el índice de enmiendas al articulado presentadas en relación con la Propuesta de reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana en el BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-9, de 30 de noviembre de 2005.

— En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Constitucional, VIII Legislatura, núm. 429, se publicó la Sesión núm. 11, celebrada el miércoles, 30 de noviembre de 2005, bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Alfonso Guerra González, en la que se designó la ponencia y aprobación de la ponencia que elaborará el dictamen sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

— Publicación del informe emitido por la Ponencia sobre la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, núm. 196-10, de 26 de enero de 2006).

— Publicación del Dictamen emitido por la Comisión Constitucional sobre la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 196-11, serie B, Propositiones de Ley, 6 de febrero de 2006).

— Publicación de los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno sobre la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 196-12, serie B, Propositiones de Ley, 8 de febrero de 2006). Se solicita el mantenimiento de la enmienda núm. 27 presentada por los Grupos Parlamentarios de Esquerra Republicana, Grupo Parlamentario Vasco, Catalán y Mixto).

— Remisión de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana a la Comisión General de las Comunidades Autónomas y plazo para la presentación de enmiendas (BOCG, Senado, núm. 10 (a), serie III B, Propositiones de Ley del Congreso de los Diputados, 15 de febrero de 2006).

— Publicación de las enmiendas presentadas a la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Senado, núm. 20 (b), serie III B, Propositiones de Ley, 2 de marzo de 2006).

— Publicación del Informe emitido por la Ponencia designada en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas para estudiar la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Senado, núm. 10 (c), serie III B, Propositiones de Ley del Congreso de los Diputados, 3 de marzo de 2006).

— Publicación del Dictamen emitido por la Comisión General de las Comunidades Autónomas en la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCG, Senado, núm. 10 (d), serie III B, Propositiones de Ley del Congreso de los Diputados, 8 de marzo de 2006). Se acepta como Dictamen el texto propuesto por la Ponencia, que no introduce modificaciones en el remitido por el Congreso de los Diputados.

La tramitación en las Cortes Valencianas se realiza de la siguiente manera: 10 de marzo de 2006 (Presentación en las Cortes Valencianas), 13 de marzo de 2006 (Publicación. Apertura del plazo de presentación de enmiendas); 20 de marzo de 2006 (Fin del plazo de presentación de enmiendas. Reunión de la Comisión. Nombramiento de la Ponencia y recepción de enmiendas); 21 de marzo de 2006 (Celebración de la Ponencia); 22 de marzo de 2006 (Publicación del Informe de la Ponencia); 24 de marzo de 2006 (Debate Comisión); 25 de marzo de 2006 (Finalización del plazo de mantenimiento de enmiendas); 26 de marzo de 2006 (Publicación del Dictamen), y 27 de marzo de 2006 (Celebración del Pleno).

— Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y mensaje motivado que incorpora las modificaciones introducidas por las Cortes Generales al texto remitido por las Cortes Valencianas (BOCV núm. 178, de 13 de marzo de 2006, págs. 29732 y sigs.).

— Resolución de la Presidencia de Les Corts sobre regulación del procedimiento parlamentario para el pronunciamiento de Les Corts respecto a las modificaciones intro-

ducidas por las Cortes Generales en la propuesta de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobada por Les Corts Valencianes, el 1 de julio de 2005 (BOCV núm. 178, de 13 de marzo de 2006, págs. 29782 y sigs.).

— Texto reformado del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, una vez culminada la tramitación en las Cortes Valencianes (BOCV núm. 184, de 1 de abril de 2006, págs. 30396 y sigs.).

— Promulgación de la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOCV núm. 184, de 1 de abril de 2006, págs. 30396 y sigs.; BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006):

En el Preámbulo del Estatuto la referencia al Derecho Foral queda del siguiente modo: «Pretende también esta reforma el impulso y desarrollo del Derecho Civil Foral Valenciano aplicable, del conocimiento y uso de la lengua valenciana, de la cultura propia y singular de nuestro pueblo, de sus costumbres y tradiciones. Por eso el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución Española, procurará la recuperación de los contenidos de los Los Fueros del Reino de Valencia, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707.

(...) en el nuevo artículo 7 se incorpora un punto referido a la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia que sean aplicables en plena armonía con la Constitución».

La redacción definitiva de los preceptos que hacen referencia al Derecho civil foral valenciano quedan, pues, de la siguiente forma:

«Artículo 1

1. El pueblo valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma, dentro de la unidad de la Nación española, como expresión de su identidad diferenciada como nacionalidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución Española reconoce a toda nacionalidad, con la denominación de Comunitat Valenciana.

Artículo 3

4. El Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana, conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes.

Artículo 7

1. El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución Española y de este Estatuto de Autonomía.

2. Las normas y disposiciones de la Generalitat y las que integran el Derecho Foral Valenciano tendrán eficacia territorial excepto en los casos en los que legalmente sea aplicable el estatuto personal y otras normas de extraterritorialidad.

Artículo 35

1. A instancia de la Generalitat, el órgano competente convocará los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta resolución se tendrá en cuenta su especialización en el Derecho civil foral valenciano y el conocimiento del idioma valenciano.

Artículo 37

2. En materia de Derecho civil foral valenciano, el conocimiento de los recursos de casación y de revisión, como competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, así como los recursos de casación para la unificación de la doctrina y el recurso en interés de ley en el ámbito Contencioso-Administrativo cuando afecten exclusivamente a normas emanadas de la Comunitat Valenciana.

Artículo 45

En materia de competencia exclusiva, el Derecho Valenciano es el aplicable en el territorio de la Comunitat Valenciana, con preferencia sobre cualquier otro.

En defecto del Derecho propio, será de aplicación supletoria el Derecho Estatal.

Artículo 49

1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
- 2.^a Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.
- 3.^a Normas procesales y de procedimiento administrativo derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano o de las especialidades de la organización de la Generalitat.

Artículo 58

2. *In fine*. Los Notarios deberán garantizar el uso del valenciano en el ejercicio de su función en el ámbito de la Comunitat Valenciana de conformidad con las normas del presente Estatuto. Igualmente garantizarán la aplicación del derecho civil foral valenciano que deberán conocer.

Artículo 71

1. El patrimonio de la Generalitat está integrado por:
 - c) Los bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado la vecindad civil valenciana, así como otros de cualquier tipo.

Disposición transitoria tercera

La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española».

III LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL VALENCIANO: INFLUENCIA Y EFECTOS

Es nuestro propósito hacer referencia a cómo la costumbre tiene un papel fundamental en determinadas instituciones, abarcando nuestro estudio desde los arrendamientos históricos valencianos hasta los contratos consuetudinarios que se practican en relación con los frutos en nuestra Comunidad.¹¹ Si bien, los pronunciamientos jurisprudenciales son muy numerosos, vamos a indicar los más recientes por motivos de extensión del trabajo, como hemos indicado anteriormente.

A) LA COSTUMBRE Y LOS ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS VALENCIANOS

En el estudio de la institución de los arrendamientos históricos valencianos nos vamos a centrar en los aspectos consuetudinarios del mismo. Vamos a incidir especialmente en la influencia de la costumbre valenciana. Sin embargo, el estudio completo de esta figura abarcaría muchos más aspectos como los derechos y obligaciones, las causas de finalización del mismo, aspectos procesales, entre otros, que no vamos a incidir directamente en ellos, en pro de ahondar en el aspecto consuetudinario, ya que un estudio de mayor magnitud sobrepasaría los límites del presente trabajo¹².

1. Una institución que se rige por la costumbre

Considerado como una institución de Derecho civil valenciano, vamos a ofrecer a lo largo de estas páginas unos rasgos sobre la misma, incidiendo en el requisito de la costumbre para ser calificado como tal. La influencia de la costumbre a lo largo de las relaciones jurídicas que se han venido produciendo hasta su regulación, es un hecho que no podemos desconocer. Ha intervenido en los pactos y en las transac-

11 Para un estudio más en profundidad sobre el Derecho civil valenciano es preciso remitirnos a los estudios que se han realizado, entre los que destacan, sin ánimo exhaustivo: RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: «La recuperación del Derecho civil foral valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía», R.G.I.D., julio 2006, págs. 1 a 50. <http://www.rgid.com/pages/articnov/frf_lrddcfvtrdeda.htm>; CLIMENT DURÁN, C.: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», R.G.D., núm. 618, marzo 1996, págs. 1605 y sigs.; DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: «Desde los Fueros de Jaime I al Derecho civil valenciano», *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, cuaderno núm. 72, Valencia, 2000, págs. 5 y sigs.

12 Sobre las demás cuestión que se pueden suscitar en materia de arrendamientos históricos valencianos, puede consultarse.; MONTERO AROCA, J.: «Naturaleza de la resolución de la Administración agraria», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, págs. 693 y sigs.; RÚA MORENO, J. L. DE LA: *Arrendamientos históricos valencianos. Doctrina jurisprudencial de la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia*, Valencia, 2002; AA.VV.: *Arrendamientos históricos valencianos. Orígenes, legislación y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2004.

ciones que de forma no escrita se han ido produciendo, como veremos cuando analicemos los contratos de cítricos.

En ocasiones se ha calificado a estos arrendamientos como una “pieza de museo”, si bien es difícil que en la actualidad se puedan constituir, como advirtió la Sentencia núm. 15, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 2 de noviembre de 2004. Ponente: Ilmo. Magistrado Sr. D. Juan Montero Aroca, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 2004, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Fundamento de Derecho Segundo, al indicar que podrán no acomodarse a la realidad económica actual, pero afirmó que «lo que es o no económicamente probable no guarda relación con lo que es teóricamente posible», ya que «nada impide que los particulares celebren después de la vigencia de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, un contrato de arrendamiento y que lo sujeten al régimen jurídico propio de los arrendamientos históricos valencianos».

Es preciso también indicar que las sentencias que vamos a analizar no son precisamente reliquias, sino que la actividad del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la resolución de casos relativos a los arrendamientos históricos valencianos continua en plena efervescencia.

La regulación actual por la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos, considerada por la jurisprudencia como una Ley autonómica, que regula específicamente aspectos de los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial, se regulan por la costumbre, como institución propia del Derecho civil valenciano, y aplicándose a las relaciones jurídicas con estas características dentro del ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

Como señala el Preámbulo la indicada norma, no se tiene noticia exacta de lo que aconteció en el antiguo Reino de Valencia durante el siglo XVIII en relación a la adaptación al Derecho castellano de las Instituciones que habían estado regidas, desde cinco siglos atrás, por el Derecho Foral que desapareció con los Decretos de Nueva Planta, ya que se carecía de estudios sobre colecciones de sentencias de la Real Audiencia y Protocolos Notariales.

Sin embargo, «consuetudinariamente y en la práctica habitual y cotidiana quedaron al menos vestigios o retazos del antiguo régimen foral, en buena medida amparados por el sistema de libertad de pactos y de formas que históricamente ha caracterizado el Derecho castellano».

Por lo que se refiere al sistema de cultivo de la tierra y como sigue indicando el Preámbulo de la Ley, se encontraba dicho sistema «apoyado en un específico contrato que parece pertenecer al género, ciertamente indefinido e impreciso, de los arrendamientos (la «locatio-conductio» de los romanos), llama la atención, ya bien entrado el siglo XIX, de un estudioso como Joaquín Costa, que se refiere a él como un caso de «colectivismo agrario» y lo incorpora, bajo texto de un estudioso local (Soriano), al volumen colectivo «Derecho consuetudinario y Economía popular de España». No se pronuncia este ilustre autor ni sobre el origen de este contrato ni sobre la integridad de su contenido. Se limita a subrayar algunas peculiaridades y a poner de relieve su especialidad en relación con los tipos contenidos en las Leyes del Derecho Común vigente en aquel tiempo.

Como costumbre ampliamente difundida y practicada en la vega de Valencia estudia este tipo contractual Monforte Báguena en una tesis doctoral que ve la luz a principios de siglo. Después de la guerra civil, Garrido Juan da noticias del contrato valenciano de arrendamiento rústico y cree encontrar los orígenes de la Institución en el Derecho foral».

Se considera el arrendamiento histórico valenciano una institución de origen contractual en la que se refleja una especial forma de cultivo de las tierras agrícolas de la región valenciana, que ha perdurado en el tiempo y se rige por normas consuetudinarias que subsisten. Así, la Sentencia núm. 12, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 2 de septiembre de 2004. Ponente: Ilmo. Magistrado Sr. D. Juan Luís de la Rúa Moreno, estimando el recurso de casación contra la sentencia de 24 de noviembre de 2003, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Fundamento de Derecho Primero, al indicar «la presencia de un arrendamiento histórico valenciano con las

características que le son propias de territorialidad, inmemorialidad, duración indefinida y carácter consuetudinario, viniendo a constituir, como se decía en sentencia de 11 de mayo de 1998, una relación jurídica de origen contractual en la que el propietario o dueño de la tierra (arrendador) cede indefinidamente el uso y disfrute de la finca rústica, es decir la posesión o dominio útil, a otra persona (arrendatario) para que la cultive personalmente incorporándose a su explotación agraria a cambio del pago de una merced, renta o precio como contraprestación, cuyo contenido se conforma como un “*ius singulare*” de carácter consuetudinario».

2. Regulación de los arrendamientos históricos valencianos

La primera norma aplicable a este tipo de arrendamientos es la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos. En defecto de la misma, se aplica la costumbre valenciana por ser preferente el Derecho civil especial existente en la Comunidad Valenciana¹³. Con carácter supletorio, se aplicará la normativa estatal constituida por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, teniendo en cuenta lo que dispone la Disposición final segunda de la misma: «esta ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial».

Es preciso indicar que esta regulación especial se aplicará sólo a la institución arrendataria consuetudinaria de los arrendamientos históricos valencianos, por lo que es preciso que el arrendamiento sea calificado como tal por reunir los requisitos necesarios para ello que ya adelantamos aquí son: territorialidad, inmemorialidad y consuetudinariad. No cabe, por tanto, extrapolar la regulación a otras figuras ni aplicarse dicha regulación a cualquier arrendamiento, es decir, un arrendamiento rústico, sino que el arrendamiento tiene que se expresamente calificado como histórico valenciano.

Hay que tener en cuenta que en la remisión que en la Disposición Final Segunda de la Ley 6/1986, a la anterior Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos

13 Así se ha querido plasmar, como ya hemos hecho referencia, en la reforma del Estatuto de Autonomía, ya que en la redacción del art. 45 se establece: «En materia de competencia exclusiva, el Derecho Valenciano es el aplicable en el territorio de la Comunidad Valenciana, con preferencia sobre cualquier otro. En defecto del Derecho propio, será de aplicación supletoria el Derecho Estatal».

Rústicos, en el arrendamiento no se considerará incluido, salvo pacto expreso, los aprovechamientos de otra naturaleza, como la caza o los aprovechamientos forestales.

Tampoco se consideraba como arrendamiento rústico los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos ni los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada, aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento singular, como indica el artículo 5 de la Ley 83/1980; la cesión del aprovechamiento de tierras a cambio de servicios prestados fuera de ellas, por aplicación del artículo 6.3 de la LAR, o cuando estemos en presencia de un contrato de aparcería, entendido como el contrato por el que el titular de una finca rústica cede temporalmente para su explotación agraria el uso y disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos, aportando al mismo tiempo un 25 por 100, como mínimo, del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante y conviniendo con el cesionario en repartirse los productos por partes alícuotas, en proporción, a sus respectivas aportaciones, como indica el artículo 102 de la LAR.

En la nueva Ley 49/2003, de arrendamientos rústicos, en su art. 5, indica que no se considerarán arrendamientos rústicos los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos, ni, en general, los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada, aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento particular.

La nueva Ley de arrendamientos rústicos exceptúa de la regulación de esta norma: los arrendamientos que por su índole sean sólo de temporada, inferior al año agrícola; los arrendamientos de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario para la siembra o para la plantación a la que específicamente se refiera el contrato, los arrendamientos que tengan por objeto fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social, en los términos que disponga la legislación especial, y a los arrendamientos que afecten a bienes comunales, bienes propios de las corporaciones locales y montes vecinales en mano común, que se regirán por sus normas específicas. Del mismo modo, tampoco se les aplica la regulación de la Ley de arrendamientos rústicos a los aprovechamientos de rastrojeras, pastos secundarios, praderas roturadas, montaneras y, en general, aprovechamientos de carácter secundario; aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar barbechos; la caza, las explotaciones ganaderas

de tipo industrial, o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado, y cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal.

De igual modo, en cuanto a las aparcerías, a las que hace referencia el art. 28 de la Ley de arrendamientos rústicos, contrato mediante el cual el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones, se regulará, en defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial y de costumbre, los arts. 28 a 32 de la Ley de arrendamientos rústicos y, como supletorias, las normas de los capítulos II, III y VI de la Ley de arrendamientos rústicos.

Reconociendo la existencia de la figura consuetudinaria del arrendamiento histórico, y considerando que la Ley se aplicará a determinados contratos «históricos», en función no sólo del momento en que se pactaron, sino de las reglas a las que se vieron sometidos, es calificado como un derecho singular.

Aludiendo a su distinta naturaleza jurídica entre un arrendamiento rústico común y un arrendamiento rústico histórico indicó la Sentencia núm. 6, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 22 de abril de 2004. Ponente: Ilmo. Magistrado Sr. D. José Luis Pérez Hernández, estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 2003, proferida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que «la distinta naturaleza jurídica y los supuestos de hecho en que se asientan el arrendamiento rústico común, de duración determinada, y el arrendamiento rústico histórico valenciano, de duración indefinida y con grandes similitudes al derecho real de censo enfiteútico, hacen inaplicable a ésta última relación jurídica lo preceptuado en el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, pues es evidente que al determinar que en caso de expropiación total del derecho del arrendatario éste tendrá derecho, frente al expropiante, al importe de una renta anual actualizada y, además, al de una cuarta parte de dicha renta por cada año o fracción que falte para la expiración del período mínimo o el de prórroga legal en que se halle, el resultado sería infinito toda vez que el arrendamiento rústico histórico valenciano es derecho de duración indefinida.

Asimismo, debemos puntualizar que la Sala también considera inaplicable, en el presente caso, lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de arrendamientos rústicos históricos. La naturaleza jurídica y los supuestos de hecho en que se asientan y fundamentan ambas instituciones son distintos. El arrendamiento rústico histórico valenciano, esencialmente, es un derecho de duración indefinida a diferencia del arrendamiento histórico común que en todo caso era de duración determinada y que, por diversas circunstancias sociales, había ido prorrogándose hasta establecer la referida Ley 1/1992 una última prórroga hasta el 31 de diciembre de 1997, en consideración a todo lo cual se dictó dicha Ley estatuyendo ciertos derechos a los arrendatarios, fundamentalmente en atención a la contribución que de forma notable habían tenido en el valor de las fincas arrendadas dicho arrendatario y sus ascendientes, mediante el cultivo a lo largo de varias generaciones».

3. El elemento primordial del trabajo del arrendatario: pieza principal de un contrato para la empresa

Observamos que en las sentencias que hemos consultado y en el propio Preámbulo de la Ley que el arrendamiento histórico valenciano es considerado como un contrato para la empresa, es decir, una empresa agrícola, en el que la figura de empresario-arrendatario se une en una persona, ya que el destino principal es la explotación de la misma con miras a su conservación y sucesión, todo ello perfilado por la existencia de la costumbre. La sucesión de arrendatarios en la explotación de las tierras, sus ancestros, ascendientes o antecesores, a través de sucesivas generaciones es lo que caracteriza, entre otras notas como veremos, la institución. Toda esta situación peculiar es la que ha llevado al legislador a conceder un régimen específico a esta modalidad arrendaticia, propia de nuestra Comunidad, y que viene a aclarar el tratamiento que la Ley otorga a los supuestos tanto de expropiación de la finca sobre la que recae dicho arrendamiento, como aquellos otros supuestos de cese de la actividad agraria que sean consecuencia de modificación en la calificación del suelo en el que se asienta la finca.

El objeto del contrato de arrendamiento es la tierra de cultivo que el propietario cede al arrendatario para la incorporación a la explotación agraria de este último. Al cultivo se hace referencia en varias ocasiones: la solicitud para la declaración de arrendamien-

tos históricos valencianos deberá contener expresión del cultivo actual a que se destina la parcela o parcela cultivadas en arrendamiento, y se acompañará del documento consistente en un certificado del ayuntamiento sobre la identidad del cultivador actual de la parcela, localización exacta de la misma, superficie y cultivo existente.

Se suele tratar de un predio rústico con la finalidad de explotarlo agrícolamente, pero también se considerará que comprende no sólo la tierra sino también los elementos necesarios para que se pueda explotar, como puede ser la posibilidad de disponer de agua y la instalación o canalización para el riego.

La tierra aparece como elemento patrimonial fundamental en la explotación agraria del agricultor, constituyéndose en el elemento productivo y fructífero, por lo que el arrendamiento se constituirá sobre un inmueble rústico y destinado a ser incorporado a la explotación agraria del cultivador, de ahí la necesidad de que se exija la condición de que sea susceptible de producir frutos. Lo que se plantearía la imposibilidad de constitución de un arrendamiento sobre un terreno árido o yermo.

Ello significa que el trabajo del cultivador se erige en un elemento muy importante de la configuración de dicho contrato, ya que el sucesivo trabajo a través de las generaciones por las que va sucediendo el arrendamiento, han determinado la existencia de la propia actividad del cultivador, al haber, además, de labrado la tierra, construido accesorios para su propia explotación como han sido las barracas y las alquerías.

De este modo, hizo referencia a “explotación empresarial” la Sentencia núm. 6, del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo civil y penal, de 22 de abril de 2004, al señalar que «Que resultan inaplicables al presente caso las normas relativas a las mejoras que solicita relativas al sistema de drenaje, enarenado y murete de separación existentes en la finca, no solo por cuanto en ningún momento las ha cuantificado y su determinación no puede diferirse a la ejecución de la sentencia según dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, sino por cuanto la naturaleza jurídica y las características especiales del arrendamiento rústico histórico valenciano, de origen inmemorial y de duración indefinida, hacen que éstas sean consustanciales a dicho derecho, para el buen uso y disfrute de la explotación empresarial agrícola por el cultivador-arrendatario al ser ello elemento primordial de su trabajo; y por cuanto que

las mismas ya fueron tomadas en cuenta por la administración para determinar el valor del justiprecio de la total finca, según su estado y características».

4. La importancia de la costumbre: el paso de ser costumbre a ser ley

En todas las sentencias que hemos analizado constituye un *leitmotiv* la referencia a la costumbre como hilo conductor de los arrendamientos históricos valencianos. Su importancia es extraordinaria, hasta tal punto que es considerada como una institución consuetudinaria propia del Derecho civil valenciano.

De este modo lo establece el art. 1 de la Ley 6/1986 establece: «La presente Ley tiene por objeto regular, como institución propia del Derecho civil valenciano, los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre», y la Disposición Final Primera al indicar: «La presente Ley será objeto de posterior desarrollo reglamentario, en el que se concretarán específicamente los aspectos contenidos en los artículos 2º, 3º, 4º, 9º y 10º. Se concretará en dicho desarrollo reglamentario el reconocimiento del contenido y efectos de la tradicional “llibreta”, de acuerdo con la costumbre valenciana».

El desarrollo de la Ley de arrendamientos históricos valencianos mediante el Decreto 41/1996, de 5 de marzo, vuelve a incidir en la costumbre, en el art. 2: «Sólo podrá dictarse la declaración de arrendamiento histórico valenciano si en el momento de proceder a dicha declaración la relación arrendaticia continúa vigente y responde a los caracteres de inmemorialidad en cuanto al momento de su constitución, de régimen consuetudinario y territorialmente valenciano».

Constituye, pues, la costumbre la estructura en torno a la cual se ordena la propia Ley valenciana.

Es interesante destacar la Sentencia núm. 12, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 2 de septiembre de 2004, al indicar, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que:

«Cierto es que el artículo 3, al que remite el artículo 5,2 de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos para la fijación de los porcentajes, atiende, como elemento distintivo de los dos supuestos que contempla, a que el reconocimiento mediante declaración por la Administración Agraria Autonómica pueda o no responder a la formulación de un dictamen pericial de especialista en el que se recoja la oportuna investigación histórico-jurídica. Parece que el legislador valenciano presuponía que en un determinado plazo, el de dos años a que se refiere la Disposición Transitoria, se iban a catalogar, vía reconocimiento administrativo, todos los arrendamientos históricos valencianos subsistentes encomendando, según refiere el Preámbulo de la Ley, “a los investigadores los correspondientes estudios sociológicos y jurídicos que determinen rigurosamente la pervivencia del específico arrendamiento histórico y que, desde esta perspectiva, puede ser declarada por la Administración Autonómica la existencia de los repetidos arrendamientos”, bien que, ante el hecho de la destrucción de archivos y registros, se imponía necesario establecer un procedimiento de reconocimiento “para aquellos casos en los que desde un marco de antigüedad de la relación arrendaticia existan elementos demostrativos de la pervivencia de la institución que se pretende recobrar”, todo ello en función de la inicial declaración recogida en el artículo 2 al precisar que “los arrendamientos históricos valencianos deberán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la Administración Agraria Autonómica”, cual si dicha previsión viniese a conformarse como requisito constitutivo de la relación jurídica.

Sin embargo, tal consideración no deviene admisible como ha destacado reiteradamente la doctrina de esta Sala en sentencias, entre otras, de 12 de enero y 25 de mayo de 1995, 11 de mayo de 1998 y 9 de marzo de 1999 en las que, atendiendo a una interpretación teleológica y sistemática, ha incidido en señalar que el reconocimiento de la condición de histórico valenciano de un arrendamiento no es atribución exclusiva de la Administración, ni siquiera “presupuesto para que los órganos jurisdiccionales puedan decidir acerca de su existencia”, por cuanto que si una determinada relación jurídica reúne los requisitos esenciales que configuran el arrendamiento consuetudinario valenciano, “se haya instado o no, en cualquier tiempo, su reconocimiento administrativo, precisamente porque el carácter de tal no depende de esto último, sino de su propia esencia según su regulación consuetudinaria. Y si surge alguna discrepancia entre las partes sobre la calificación jurídica de la relación o sobre las consecuencias

que de ella se deriven, la pretensión relativa a dicha declaración podrá deducirse ante los órganos jurisdiccionales en cualquier momento, sin otra limitación que la que pudiera derivarse del transcurso de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones establecidos en la Ley.

Acorde con esta valoración hermenéutica debe ser también entendido el mentado artículo 3 en el sentido de que lo determinante no es tanto el dictamen pericial en sí mismo cuanto que la realidad del arrendamiento pueda constatarse a través de pruebas directas, básicamente la documental, para que el supuesto en entredicho se inscriba en el primero de sus apartados, dando origen a la distribución porcentual del cincuenta por ciento, mientras que si se responde a pruebas indirectas que tiendan a consolidar el grado de antigüedad de la relación arrendaticia se estaría en el segundo de los supuestos a que se refiere el apartado 2 de dicho artículo con el distinto porcentaje distributivo del sesenta y cuarenta por ciento.

En definitiva, la evidencia histórico-jurídica del arrendamiento, ante los órganos jurisdiccionales, no pasa necesariamente por la presencia de la prueba pericial sino por la actuación de todos los medios probatorios reconocidos por el ordenamiento procesal por lo que sólo es permisible la distinción a que se ha hecho mención.

Precisamente en su aplicación procede dar acogida a la tesis de la parte demandante habida cuenta de que la existencia del arrendamiento valenciano, desde al menos el año 1886, ha venido justificada mediante acreditación documental, y hasta en el específico reconocimiento de la propiedad, lo que denota su constatación por medios directos, lo que hace inscribir el supuesto en el reparto igualitario, al cincuenta por ciento, en el porcentaje».

Para que una relación jurídica concreta pueda ser considerada como un arrendamiento histórico valenciano, debemos acudir a la aplicación de unas reglas para su determinación, como ya indicó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 12 de enero de 1995. Reglas que se contienen en la propia Ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, desprendiéndose de su lectura una serie de requisitos para la calificación jurídica como arrendamiento histórico valenciano, siendo esta calificación la determinan-

te de la aplicación del régimen jurídico peculiar, contemplado en la mencionada Ley, que corresponde a estos arrendamientos.

Tales requisitos los podemos diferenciar en los que tienen un carácter sustantivo o esencial y los que tienen un carácter formal. En cuanto a los requisitos de carácter sustantivo o esencial son, en realidad, los que se contemplan como esenciales de esta figura y, en cuanto requisitos esenciales, son los considerados como sustantivos de su calificación jurídica, y que vienen mencionados en el propio art. 1 de la Ley 6/1986. Por tanto, será la territorialidad, la inmemorialidad, la regulación consuetudinaria de la relación jurídica existente y la duración indefinida que no se menciona en el artículo 1 de la Ley 6/1986, pero que se hace expresa mención de ella en el artículo 4.

Como ya hemos apuntado, la Ley 6/1986 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, manifestándose en el voto particular que formuló el Magistrado Don José Gabaldón López a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 361/1987, una discrepancia a las exigencias que disponía la Ley, al considerar que: «Pese a que la Ley, según dice expresamente su art. 1, tiene por objeto «regular, como institución propia del Derecho civil valenciano los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre», no establece lo que sería adecuado a ese doble carácter (Derecho civil, regulado por la costumbre), es decir, la exigencia de su prueba y reconocimiento ante los Tribunales civiles».

Ponía de manifiesto que pese a la exigencia de que sean los arrendamientos históricos valencianos “objeto de reconocimiento” mediante una declaración ante la Administración Agraria autonómica, no se hace ninguna referencia a la prueba del contenido de los contratos, usos o costumbres de donde traen causa, y cuyo reconocimiento determina la aplicación de un régimen legal que se extiende desde la norma de duración indefinida hasta el régimen sucesorio y sin “la menor atención al origen o cláusulas pactadas o perpetuadas por la costumbre que constituyen el verdadero Derecho civil consuetudinario a conservar”.

Del mismo modo, el Decreto 41/1996, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, en su art. 2, considera que «sólo podrá dictarse la declaración de arrendamiento histórico valen-

ciano si en el momento de proceder a dicha declaración la relación continúa vigente y responde a los caracteres de inmemorialidad en cuanto al momento de su constitución, de régimen consuetudinario y territorialmente valenciano».

En cuanto a los requisitos de carácter formal, se concretan en la declaración administrativa de reconocimiento de cada relación jurídica determinada como un arrendamiento histórico valenciano, por parte de la Administración Agraria Autonómica valenciana, en los términos que determina los artículos 2 y 3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 6/1986.

Tiene, por tanto, un valor declarativo, pero no constitutivo del arrendamiento y es un requisito formal, pero no esencial del mismo. Esta orientación jurisprudencial se ha plasmado en la modificación de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos contenida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de Ordenación y Modernización de las Estructuras Agrarias de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 4396, de 11 de diciembre de 2002), quedando redactado el artículo 2 de la Ley valenciana del siguiente modo:

«Los arrendamientos históricos valencianos podrán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la administración agraria autonómica. No obstante, dicho reconocimiento no será requisito imprescindible siempre que la relación jurídica de que se trate reúna todas las condiciones necesarias para su consideración como arrendamiento histórico valenciano».

Los requisitos esenciales del arrendamiento histórico valenciano son:

a) Carácter territorial valenciano

El carácter territorial valenciano de esta figura constituye un requisito esencial, ya que la ubicación de la tierra arrendada deberá estar situada en el término y Vega de Valencia, por ser una institución típica del territorio de la Comunidad Valenciana y en concreto sólo existente en determinada parte de dicho territorio, especialmente en la Zona de la Vega de Valencia, donde suele ser notorio que la forma ordinaria de explotación de la tierra sea la del arrendamiento hereditario o de duración indefinida.

La territorialidad se incardina en los llamados requisitos esenciales y se desprende de la propia naturaleza y ámbito territorial de la Ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, que, en cuanto Ley Autonómica y reguladora del Derecho Civil Valenciano.

Aparece igualmente mencionado dicho requisito en el art. 3 del Decreto 41/1996, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, al indicarnos los extremos que deberá contener la solicitud para la declaración de arrendamientos históricos valencianos: «La solicitud, como modelo de la cual podrá utilizarse el que figura como anexo del presente Decreto, reunirá los requisitos que se expresan en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, además, deberá contener expresión de los extremos siguientes:

(...) b) Localización exacta, extensión superficial y cultivo actual a que se destina la parcela o parcelas cultivadas en arrendamiento.

2. La solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

(...) b) Certificado del ayuntamiento sobre la identidad del cultivador actual de la parcela, localización exacta de la misma, superficie y cultivo existente».

b) Carácter inmemorial

Según el art. 2 del Decreto 41/1996, de 5 de marzo, «sólo podrá dictarse la declaración de arrendamiento histórico valenciano si en el momento de proceder a dicha declaración la relación arrendaticia continúa vigente y responde a los caracteres de inmemorialidad en cuanto al momento de su constitución, de régimen consuetudinario y territorialmente valenciano».

Nos encontramos ante otro de los denominados “requisitos esenciales”, ya que sólo se va a poder dictar la declaración de un arrendamiento histórico valenciano si en el momento en que se procede a su reconocimiento como tal, la relación arrendaticia que es objeto del mismo está vigente y tiene los caracteres indicados en el Decreto.

Ahora, bien, como veremos más adelante, se podrán observar determinadas peculiaridades en los mismos.

El carácter de inmemorial es considerado como un requisito esencial, junto con los demás mencionados en el Decreto, ya que la propia norma advierte, en su art. 8, que «no podrán estimarse las solicitudes de declaración de arrendamiento histórico valenciano en aquellos supuestos en los que no quede debidamente acreditado en el expediente el carácter inmemorial de la relación arrendaticia, su régimen consuetudinario y la subsistencia de la relación arrendaticia conforme a la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, y la Ley de Arrendamientos Rústicos».

Sin embargo, la no existencia de inmemorialidad, es decir, el origen determinado no es óbice, siempre que concurren los caracteres de un arrendamiento histórico valenciano, para que se considere como tal. En ese sentido, la Sentencia núm. 15, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 2 de noviembre de 2004. Ponente: Ilmo. Magistrado Sr. D. Juan Montero Aroca, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 2004, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, se pronunció sobre el requisito de la inmemorialidad, o mejor dicho sobre su ausencia, e indicó, en su Fundamento de Derecho Segundo, que: «respecto de la inmemorialidad debe advertirse que la misma obviamente no puede referirse tanto a cada una de las relaciones jurídicas, cuanto a la institución considerada en general. En efecto, lo que implica la inmemorialidad es que esta figura jurídica se pierde en el tiempo, de modo que no se ha encontrado un origen documentado históricamente de la misma, pero ello no puede comportar que se exija que un arrendamiento concreto sólo puede ser histórico valenciano si es también inmemorial. Es cierto que la mayor parte de los arrendamientos históricos valencianos que han llegado al conocimiento de esta Sala, y desde su creación en 1989, no tenían fecha acreditada de origen, perdiéndose en la memoria de las personas físicas vivas en estos momentos, y también lo es que de un arrendamiento concreto queda probada su inmemorialidad ello es indicio grave de su naturaleza de histórico valenciano, pero ello no debe llevar a concluir que no pueda calificarse un arrendamiento de histórico valenciano si se ha concertado en fecha cierta y determinada y de esta se tiene memoria por las personas vivas. Más aún, nada impide que los particulares celebren después de la vigencia de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la

Generalidad Valenciana, un contrato de arrendamiento y que lo sujeten al régimen jurídico propio de los arrendamientos históricos valenciano. No se desconoce que ello podrá no acomodarse a la realidad económica actual, pero lo que es o no económicamente probable no guarda relación con lo que es teóricamente posible».

En esta línea ha abundado la Sentencia núm. 2, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 25 de febrero de 2005, en su Fundamento de Derecho Segundo, que manifestó «el origen cierto y conocido de la relación no permitiría excluirla del régimen jurídico consuetudinario al que fue sometida desde sus comienzos y en el que siempre se mantuviera por los sucesivos arrendadores y arrendatarios. Así pues, aunque la inmemorialidad, considerada como cualidad de un hecho arcaico cuyo origen se pierde en la memoria de las personas físicas, es una nota esencial de la institución consuetudinaria, puede no serlo de una concreta relación jurídica en la que, pese a su origen determinado, concurren los caracteres definidores de aquélla, entre los que destacan como más significativos la duración indefinida, la continuidad en la explotación y la facultad del arrendatario de designar a su sucesor».

El carácter inmemorial de la relación jurídica podrá acreditarse documental y testificalmente, en todo caso más allá de cualquier duda o tiempo razonable, siempre que la existencia de la unidad contractual venga referida desde su origen.

La forma de reflejar el carácter inmemorial de la relación jurídica, será, como indica el art. 4 del Decreto 41/1996, de 5 de marzo, «el dictamen de abogado o historiador colegiados, o de ambos, reflejará la antigüedad del arrendamiento y su carácter inmemorial, y la secuencia temporal o continuidad de la relación arrendaticia a través de su sucesión hasta los actuales arrendatario y propietario, adjuntando los certificados literales de nacimiento, defunción y matrimonio en su caso, de los sucesivos arrendatarios.

Si la investigación histórico-jurídica a que se refiere el párrafo anterior sólo es parcial, debido a la destrucción de los archivos y registros que acreditan la personalidad y estado civil de las personas el dictamen adjuntará certificación del archivo o registro correspondiente en la que conste la falta de antecedentes de la época de que se trate por destrucción de los mismos».

Y en cuanto a la práctica de la prueba, los arts. 5 y 6 del Decreto 41/1996, disponen, respectivamente:

«Artículo 5. 1. Presentada la solicitud con los requisitos señalados, o subsanada la misma, se dictará acuerdo de iniciación, que se notificará personalmente a las partes para que puedan personarse y aportar o proponer la práctica de cuantas pruebas consideren por pertinentes en el plazo común de treinta días.

2. El instructor del expediente rechazará motivadamente o admitirá y practicará las pruebas propuestas que considere pertinentes, comunicando a los interesados, con la antelación suficiente, la realización de las mismas».

«Artículo 6. 1. Si no fueron aportadas junto con la solicitud, podrán incorporarse al expediente y serán admitidas como prueba documental específica las tradicionales libretas donde consta el pago del canon arrendaticio y los titulares del arrendamiento.

2. En los supuestos en los que se solicite la práctica de prueba testifical, deberán proponerse al menos dos testigos idóneos».

Del estudio de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se puede observar que, en alguna ocasión, se intenta alegar que no concurre el requisito de la inmemorialidad en el arrendamiento y que tampoco es anterior al año 1935, aduciendo que dicho arrendamiento había sido objeto de “diversas novaciones extintivas, habiendo sido sustituido el originario contrato por otros posteriores”, e intentando probarlo a través de las anotaciones de la “llibreta”.

c) Duración indefinida

El propio Preámbulo de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos, nos indica que el requisito de la duración indefinida del plazo o tiempo de la relación arrendaticia, no significa, como nunca significó la quiebra del principio de temporalidad consustancial al derecho de arrendamiento, toda vez que el propietario puede reclamar para sí el cultivo personal y directo de la finca.

Aparece referenciado en el art. 4, párrafo primero, de la Ley 6/1986, al indicar que: «El arrendamiento histórico valenciano, una vez sea resuelto su reconocimiento, tendrá la concepción de contrato de duración indefinida, por lo que el propietario de la tierra de cultivo cede ésta para su incorporación a la explotación agraria del cultivador, quien satisfará a aquél, en contraprestación, la merced correspondiente».

Este requisito se puede apreciar en los arrendamientos porque desde su iniciación y en el momento en que se pierde en la memoria, se han ido sucediendo en concepto de arrendatarios cultivadores de la tierra, personas todas ellas que están ligadas por próximos vínculos familiares y que ocuparon tal posición de arrendatarios o cultivadores de la tierra en las mismas condiciones y pagando el mismo precio al arrendador, que conociendo dicha sucesión la consiente y acepta. Esta peculiar situación evidencia la real producción de la sucesión excepcional o especial propia de los arrendamientos consuetudinarios valencianos y la aceptación pacífica de las partes que en ellos intervienen, arrendador y arrendatario.

También se prueba la duración indefinida del arrendamiento mediante la aportación del testamento que otorga el arrendatario, en el que, conforme a la costumbre valenciana, entre otras disposiciones de última voluntad, nombra como continuador del arrendamiento a un hijo, lo que patentiza la duración indefinida que no temporal de ese especial contrato Valenciano.

d) La relación jurídica viene regida por la costumbre: naturaleza consuetudinaria

Es en materia de arrendamientos históricos valencianos donde se plasma la verdadera influencia de la costumbre.

El requisito de la consuetudinariedad, como elemento esencial del arrendamiento, lo encontramos mencionado en el art. 1 de la Ley 6/1986, al indicar que: «La presente Ley tiene por objeto regular, como institución propia del Derecho civil valenciano, los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre»; asimismo en la Disposición Final Primera: «La presente Ley será objeto de posterior desarrollo reglamentario, en el que se concretarán específicamente los aspectos contenidos en los artículos 2º, 3º, 4º, 8º, 9º y 10. Se concretará en dicho desarrollo regla-

mentario el reconocimiento del contenido y efectos de la tradicional «llibreta», de acuerdo con la costumbre valenciana».

La costumbre valenciana y su aplicación al arrendamiento histórico se desarrolla, de forma reglamentaria, en los artículos 2 y 8 del Decreto 41/1996 que disponen respectivamente:

«Artículo 2: Sólo podrá dictarse la declaración de arrendamiento histórico valenciano si en el momento de proceder a dicha declaración la relación arrendaticia continúa vigente y responde a los caracteres de inmemorialidad en cuanto al momento de su constitución, de régimen consuetudinario y territorialmente valenciano».

«Artículo 8: No podrán estimarse las solicitudes de declaración de arrendamiento histórico valenciano en aquellos supuestos en los que no quede debidamente acreditado en el expediente el carácter inmemorial de la relación arrendaticia, su régimen consuetudinario y la subsistencia de la relación arrendaticia conforme a la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, y la Ley de Arrendamientos Rústicos».

Hay que decir, pese a pecar de reiterativos, que la mayor parte de esa “costumbre” no ha sido recogida por la Ley, pero como bien apuntó la Sentencia núm. 1, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 12 de enero de 1995, en su Fundamento de Derecho Cuarto, «eso no puede haber supuesto que toda ella, en cuanto no se acomode a la Ley estatal 83/1980, ha quedado suprimida y que ello ha sido obra, no del legislador estatal, sino del legislador valenciano; a ello hay que añadir que el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, atribuye a la Generalidad Valenciana competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Civil Valenciano, no para suprimirlo».

Este requisito sustantivo para la calificación de una determinada relación jurídica como arrendamiento histórico, mencionado como hemos dicho en la propia Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, se centra en que la relación jurídica en cuestión venga regida por la costumbre.

El carácter de consuetudinaria de un arrendamiento no se “elimina” o “desaparece” con que se documente dicho contrato, siempre que no existan una novación extintiva de la inicial relación, ni tampoco supone que con dicha documentación por escrito se sujete al Derecho común, mutándose su naturaleza jurídica. Así lo indicó la Sentencia núm. 2, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 25 de febrero de 2005, en su Fundamento de Derecho Tercero, «la concreta cuestión planteada por la parte recurrente acerca de si la existencia de esos dos documentos elimina el carácter de consuetudinaria de la relación arrendaticia, debe responderse negativamente, ya que la documentación de un contrato de arrendamiento consuetudinario valenciano no transmuta su naturaleza ni lo somete al Derecho común si no ha existido una novación extintiva de la inicial relación».

La calificación de un arrendamiento como consuetudinario valenciano, además de la ubicación de la finca en el territorio de la Comunidad y la concurrencia de los demás requisitos a los que hemos hecho referencia, va a desprenderse de que se prueben los elementos que van a calificarlo como consuetudinario. Estos elementos van a venir reflejados en la naturaleza misma del arrendamiento, cuanto se rige por las costumbres, una parte de las cuales ha sido incorporada, recogida y plasmada en la Ley 6/1986. Así, en la existencia de la tradicional “llibreta” y llevanza de la misma por parte del arrendatario, en la que el arrendador hace constar la recepción de las rentas, la fecha de pago del canon arrendaticio, en determinadas épocas del año según la clase de cultivo, por regla general coincidentes con las fiestas de San Juan (24 de junio), San Miguel (29 de septiembre), Todos Santos (1 de noviembre), víspera de Navidad (24 de diciembre) o Navidad (25 de diciembre), y las peculiares reglas de sucesión.

Vamos, por tanto, a analizar dichos requisitos por separado:

1) Existencia de la “llibreta”: llevanza y seguimiento de sus anotaciones.

La “llibreta” es el documento tradicional, típico y característico de los arrendamientos consuetudinarios valencianos en la que se hace constar y se observan las costumbres valencianas, entre las que destacan el pago de la renta en determinadas fechas

señaladas del año, así como la forma sucesoria de los arrendatarios y la duración indefinida del arrendamiento.

Es precisamente en la “llibreta”, documento en el que se refleja las vicisitudes de la relación arrendaticia, y es demostrativo de la costumbre y del carácter inmemorial del mismo, donde se refleja dicho carácter. Sus apuntes, a modo de un registro, refleja las cuentas, el abono de las rentas, una mejora, pago de contribuciones o impuestos, gastos de cequiaje, entre otros.

2) El pago de las rentas en una fechas concretas y determinadas.

El art. 4, párrafo primero, de la Ley 6/1986, establece: «El arrendamiento histórico valenciano, una vez sea resuelto su reconocimiento, tendrá la concepción de contrato de duración indefinida, por lo que el propietario de la tierra de cultivo cede ésta para su incorporación a la explotación agraria del cultivador, quien satisfará a aquél, en contraprestación, la merced correspondiente».

El art. 3 del Decreto 41/1996, dispone en su número 1:

«La solicitud, como modelo de la cual podrá utilizarse el que figura como anexo del presente Decreto, reunirá los requisitos que se expresan en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, además, deberá contener expresión de los extremos siguientes: (...)

c) Renta o canon arrendaticio satisfecho o percibido anualmente».

Y el art. 6. 1. «Si no fueron aportadas junto con la solicitud, podrán incorporarse al expediente y serán admitidas como prueba documental específica las tradicionales libretas donde consta el pago del canon arrendaticio y los titulares del arrendamiento».

La renta es la merced que percibe el arrendador por la cesión de la tierra. Su cuantía, como se desprende de las sentencias objeto de estudio, resulta ser de escaso

valor económico, dada cuenta del propio origen del arrendamiento, que se suele, en ocasiones remontar a finales del siglo XIX.

La fijación de unas fechas concretas y determinadas para el pago de las rentas del arrendamiento constituye una manifestación más de la costumbre. La percepción de las rentas, siempre fijadas en una cuantía económica, y anotadas en la tradicional y típica “llibreta” que tiene en posesión el arrendatario y que se encarga de su custodia, llevanza y seguimiento, se van anotando y se expresa en las mismas el devengo de las cantidades que se van adeudando y cobrando. Estos pagos, independientemente de la fecha en la que se efectuasen, venían referidos a unos días en concreto, entre los que se encontraban fechas muy significativas, por coincidir, como en la misma “llibreta” se indicaba, con el día de San Juan, San Miguel, festividades todas ellas relacionadas con Onomásticas y Santos venerados en la Comunidad Valenciana.

3) Régimen sucesorio del arriendo expresado en la propia “llibreta”.

Se considera como otro detalle de la sujeción del arrendamiento a la costumbre el hecho de que, conforme al régimen consuetudinario y como actualmente se constata y se reconoce en el art. 9 de la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, se exprese la sucesión en el arrendamiento, que puede apreciarse en la propia “llibreta”.

El Preámbulo de la Ley 6/1986, señala como una de las tres notas de caracterización de los arrendamientos, “el sistema que garantiza la continuidad de la explotación”, en el que se configura de forma distinta: a) el supuesto de sucesión especial y b) las posibilidades de subrogación en el cultivo.

El art. 9, apartado primero, de la Ley 6/1986 dispone que: «1. En garantía de la continuidad de la explotación agraria se configura como un supuesto de sucesión especial la institución de herencia o legado del derecho al cultivo en el que previamente se haya producido la declaración de reconocimiento de arrendamiento histórico. Tendrá la condición de causahabiente el sucesor que expresamente haya determinado como cultivador por el causante, y en su defecto las personas a las que se refiere el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente».

El artículo 9.2 de la Ley 6/1986 indica que:

«Con igual fundamento podrá el que resulte ser declarado titular de un arrendamiento histórico designar ante la Administración Agraria Autonómica a aquel de entre sus futuros herederos que, en los casos de imposibilidad personal del cultivo de su explotación, deba de sustituirle. Dicha designación será notificada por la expresada Administración al dueño de la finca».

El art. 9 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad núm. 361/1987, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra los art. 2, párrafo segundo; último inciso del art. 3.2; art. 9 y Disposición Transitoria de la Ley 6/1986, de la Generalitat Valenciana, invocándose lo que disponía el art. 161.2 de la Constitución respecto a los preceptos que fueron objeto de impugnación.

En cuanto al art. 9 de la Ley 6/1986, se alegó que: «Este precepto pretende el reconocimiento de una particularidad foral no ya en el ámbito del contrato de arrendamiento, sino en el de la sucesión mortis causa, con lo que la lesión del art. 149.1.8 resulta con patente claridad.

La sucesión *mortis causa* en el derecho al cultivo (expresión idéntica en sus efectos a la de sucesión en el arrendamiento que emplean los arts. 79 y siguientes de la Ley 83/1980) está regulada en los arts. 9 y 10 de la Ley. Este último precepto establece un orden de prelación idéntico, en último análisis, al establecido en el art. 79 de la Ley estatal. Ahora bien, en el art. 9 se instituye «en garantía de la continuidad de la explotación agrícola» una sucesión especial mortis causa cuya ordenación evidencia una contradicción insalvable con la Ley estatal y con el propio art. 10 de la Ley autonómica. En efecto, las reglas de prelación no son las mismas, como lo prueba el hecho de que la Ley valenciana coloca como llamado en primer lugar al «sucesor que expresamente haya quedado determinado como cultivador por el causante» y, en su defecto, se remite a los llamados según el art. 79 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos. Este orden supone que el sucesor designado como cultivador, y que según la Ley se antepone a los demás, puede ser el heredero voluntario distinto a los llamados en los tres primeros números del art. 79 de la Ley 83/1980. Al mismo tiempo, se elimina la exigencia de que el llamado sea

un agricultor o «profesional de la agricultura» como los llama la Ley estatal. Hay, pues, una grave alteración en el régimen común de sucesión mortis causa y una contradicción con lo dispuesto en el art. 10. Se lesiona con ello no sólo el art. 149.1.8, relativo a la competencia estatal para la legislación civil, sino también el art. 9.3 de la Constitución, al incidirse en una regulación contradictoria.

El apartado segundo del art. 9 de la Ley impugnada regula una situación intermedia entre la sucesión mortis causa y la subrogación o cesión inter vivos (reguladas, respectivamente, en los arts. 79 y 73 de la Ley estatal), aunque se encuentre más bien, en contradicción con una y otra figura, puesto que permite una cesión a persona que no reúne las condiciones previstas en el art. 73 y conduce a una sucesión mortis causa en la que el instituido no tiene que ajustarse al orden de preferencia previsto en el art. 79. Por otra parte, ¿cómo puede hacerse una designación inter vivos entre los futuros herederos? El precepto no aclara si esta peculiar institución es revocable o si encarna un especial tipo de pacto sucesorio. En cualquier caso, habría una invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil.

También desde el punto de vista de la forma de sucesión o subrogación difiere la Ley impugnada de lo estatuido en la Ley común, puesto que el art. 73, dejando la cuestión de la forma del contrato confiada implícitamente a la regulación general, exige como requisito constitutivo la notificación al arrendador, mientras que la Ley valenciana estatuye una forma de notificación a la Administración por el subrogado de aquélla al dueño de la finca”.

El párrafo 2º. del art. 9 de la Ley sí se presenta alguna diferencia con el art. 73 de la Ley estatal, pues en aquel precepto se establece la posibilidad para el arrendatario de designar a la persona que ha de sustituirle en vida en la explotación, sin más requisito que el de que se trate de un futuro heredero. Este supuesto sigue estrictamente la tradición valenciana y se ha de admitir que el art. 9 se ha dictado dentro de la esfera de competencias propias de la Generalidad, bien reduciendo a Derecho escrito la costumbre, bien modificando esa costumbre».

La Sentencia núm. 121, del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992, en su Fundamento de Derecho Tercero, rechazó el recurso de inconstitucionalidad

respecto a este art. 9 y consideró que (...) el art. 9, por su parte, es objeto de un reproche sustantivo en la medida en que se ve en el mismo una divergencia o contradicción inaceptable con las reglas sucesorias en el arriendo establecidas por la legislación del Estado (...).

El art. 9 de la Ley 6/1986, establece en sus dos apartados sendas previsiones «en garantía de la continuidad de la explotación agraria» y relativas, respectivamente, a la sucesión mortis causa y a la cesión inter vivos del derecho al cultivo, previsiones, una y otra, que han sido calificadas de inconstitucionales en el recurso por contrariar las previsiones al efecto establecidas en la Ley estatal 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, y conculcar, a su través, la exclusiva competencia del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución). Además, al apartado primero de este art. 9 se le reprocha haber incurrido en contradicción con lo prevenido en el art. 10 de la propia Ley conculcándose así —se dice— lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución (hay que suponer que en lo relativo al principio, allí enunciado, de «seguridad jurídica»). Nada hemos de decir, por lo pronto, en cuanto a este último alegato, pues las posibles inconsistencias, y aun antinomias, entre dos o más preceptos de un texto legal no son, en sí constitutivas de inconstitucionalidad ni deben ser resueltas por este Tribunal, sino por la jurisdicción ordinaria, a la que corresponde, en efecto, armonizar, cohesionar o integrar las previsiones normativas a lo largo del proceso de aplicación del Derecho.

La mera discrepancia —que la representación de la Generalidad no acepta enteramente— entre lo establecido en el art. 9 de la Ley 6/1986 y lo dispuesto en la legislación estatal de arrendamientos rústicos no depararía, desde luego, resultado alguno de inconstitucionalidad para aquel precepto, pues la competencia autonómica *ex* art. 31.2 del EACV permite, como hemos visto, que exista, con los límites asimismo reseñados, una normativa civil propia y hace posible, por lo mismo divergencias entre tal posible disciplina legal y la dictada por las Cortes Generales, resultado este previsto incluso, como no podía ser de otro modo, por las leyes del Estado en la materia (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980 como de la Ley 1/1992, ya citadas).

La competencia de la Generalidad Valenciana para regular los arrendamientos históricos valencianos, siguiendo la costumbre prefijada por los usos jurídicos desarrolla-

dos a través de los tiempos, le permite regular la sucesión en relación con esos arrendamientos de forma diferente a la legislación del Estado y de acuerdo a aquella costumbre que según la Generalidad Valenciana, el precepto se limita a fijar coincida o no, por tanto, con la legislación común en la materia.

También en este motivo del recurso late la reticencia o negativa del Gobierno de la Nación a reconocer una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, pero tampoco este reparo nos debe llevar a realizar un contraste entre la regla legal impugnada y las normas consuetudinarias para examinar la correspondencia entre una y otras y con ello la validez competencial de la primera. También aquí ha de afirmarse que el presupuesto de validez del precepto coincide con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso, pues este peculiar régimen sucesorio preexistente sirve también para calificar como histórico al concreto arrendamiento en cuestión.

No cabe cuestionar, pues, la validez constitucional, por razones competenciales, de este art. 9, puesto que sólo resultará aplicable en la medida en que lo en él dispuesto haya venido a reiterar las normas consuetudinarias por las que se ordenaran determinados arrendamientos rústicos en el territorio de la Comunidad Autónoma, lo que en cada caso habrá de constatarse y probarse en su enclave jurisdiccional propio. Ha de rechazarse, por tanto, la impugnación de dicho precepto”.

Esta relación jurídica conformadora del llamado “ius singulare” otorga, entre otros, y como tuvo oportunidad de indicar la Sentencia núm. 3, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 11 de mayo de 1998, en su Fundamento de Derecho Primero, la «facultad o derecho de instituir o designar sucesor en el cultivo, para el caso de su fallecimiento, lo que implica una forma de sucesión excepcional o especial». En el mismo sentido, la Sentencia núm. 12, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo civil y penal, de 5 de julio de 1999, en su Fundamento de Derecho Segundo.

La sucesión se realiza conforme a la costumbre y reconocida en el propio art. 9 de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, sucediendo en ocasiones el hijo a la difunta madre en su derecho de arrendataria, y esta sucesión es conocida y consentida por el propietario de la tierra.

La continuidad en la relación arrendaticia es fruto de la sucesión de los arrendatarios, característica peculiar del régimen consuetudinario, lo que le diferencia de la concesión de prórrogas como forma de continuidad en la relación.

B) LA COSTUMBRE Y EL DERECHO DE PESCA EN LA ALBUFERA¹⁴

En este punto vamos a ver cómo ha influido la costumbre en el derecho de pesca o «redolí» en el seno de la Comunidad de Pescadores de El Palmar. No es mi intención realizar un estudio en profundidad referente a la problemática de la mujer, ya que el mismo ya ha sido objeto de publicación¹⁵, sino hacer referencia a la costumbre en dicha institución.

La Comunidad de Pescadores de El Palmar se considera como una institución histórica valenciana cuya existencia data desde los tiempos de la fundación del Reino de Valencia por parte de Jaime I el Conquistador, y que se dedica de forma artesanal a la explotación de los recursos piscícolas del lago de la Albufera, rigiéndose por las costumbres y tradiciones que sus miembros han venido adoptando desde que se otorgaron, a finales, del siglo XIII, las reales ordenanzas, privilegios y regalías que regulaban el aprovechamiento piscícola de lo que en la actualidad es el Parque Natural de la Albufera. Estas normas de carácter consuetudinario se aprecian, sobre todo, en el procedimiento de ingreso en la Comunidad.

Se reconoce a la Comunidad de Pescadores como la principal usuaria del lago. Ello se refleja en que desde sus orígenes y según costumbre ha ejercido el control de la pesca del lago, que se lleva a cabo en puestos fijos o caladas, y ha disfrutado en exclusiva de sus aprovechamientos pesqueros¹⁶.

14 Para un estudio más en profundidad, CLEMENTE MEORO, M. E.: «Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia», *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 1996, págs. 323 y sigs.; «Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, págs. 325 y sigs.

15 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del "redolí"*, Valencia, 2001, págs. 5 y sigs.; «La costumbre y los aprovechamientos pesqueros en la Albufera de Valencia: la peculiar transmisión del "redolí"», *Revista La Pluma, Colegio de Escribanos de la Provincial del Chaco*, República Argentina, núm. 4, agosto 2001, págs. 21 y sigs.; «Igualdad laboral y derecho de pesca en la Albufera de Valencia», R.G.D., núms. 682-683, julio-agosto 2001, págs. 7253 y sigs.

16 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del "redolí"*, cit., págs. 20 y 21.

En su organización, la Comunidad parte de los privilegios y disposiciones, de la costumbre inveterada convertida en derecho supletorio y de las cláusulas de los contratos firmados con el Real Patrimonio.

La costumbre también se observa a la hora de celebrar las Juntas (Capítulos, Redolins y Cónfers). Así, la Junta de Redolins se celebra el segundo domingo de julio, y es donde se sortean los parajes del lago para que pesquen los miembros de la Comunidad. Podemos observar la indicación a la costumbre en el Acta de Sorteo de Redolines de la Comunidad de Pescadores de El Palmar practicado el 28 de agosto de 1808 (Archivo del Reino de Valencia, A-A, Expedientes de Albufera, año 1808, núm. 1339), en el que se indica que «para el tercer domingo de agosto se acostumbra hacer anualmente la Junta de Pescadores de individuos de dicho Real Lago», haciendo referencia a una fecha distinta a la indicada para los sorteos. De igual modo, en el acta de 15 de agosto de 1813 (Archivo del Reino de Valencia, Bailía, A-A, Expedientes de Albufera, año 1813, núm. 1441), se precisa que «es una práctica de costumbre celebrar una Junta General de la misma Comunidad en el tercer Domingo del mes de Agosto».¹⁷

La Comunidad de Pescadores se rige por los acuerdos adoptados por los integrantes de la Comunidad en la tradicional reunión conocida como Junta de Capítulos.

La costumbre también se observa en la transmisión del derecho de pesca tradicionalmente de padres a hijos varones, existiendo constancia documental en la escritura de arriendo de la pesquera del lago de la Albufera a la Comunidad de Pescadores de El Palmar, el 1 de octubre de 1857, en la que consta en su estipulación 5ª que «todo pescador deberá previamente matricularse en esta Baylía General y adquirir la licencia correspondiente, que será personal, y no podrá transmitirse sino de padres a hijos que estén bajo su patria potestad».

De singular importancia es el ACTA DE 15 DE AGOSTO DE 1852 (Archivo de la Comunidad), donde se establece:

17 Tomado de RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del "redolí"*, cit., págs. 22 y 23.

“...leí el memorial... dirigido a su S. E. por María ... soltera, hija de J. y J., sus padres ya difuntos los que pertenecieron a dicha Comunidad, en solicitud de que la diese permiso para pedir suerte de “redolí”, el informe de los Encargados primero y segundo de la pesca de Isla de El Palmar, y el derecho de S. E. de que diese cuenta de ese incidente en la presente Junta, y después de haber oído tanto a los prohombres como a los demás individuos pescadores de la expresada comunidad resolvía S. E. en vista de la oposición de todos no haber lugar a la pretensión de la María ... por no ser costumbre ni conveniente se dé a las hijas de pescadores permiso para sacar suerte del “redolí”.

Es éste un supuesto en el que una hija de pescador solicitaba pescar en la Comunidad, ya que recordemos que no se puede pescar si no se ingresa en la misma. La petición de la hija de pescador es desestimada y se le aduce como razón que “no es costumbre ni conveniente se dé a las hijas de pescadores permiso para sacar suerte del “redolí”. Es admitida esta negativa por todos los demás¹⁸, con lo cual se produce una aceptación de todos los pescadores de que una hija de pescador no pueda sacar suerte.

Del estudio de las Actas de la Comunidad, abarcando un periodo desde 1768 a 1997, se establecen unos requisitos consuetudinarios: ser hijo varón de pescador. El derecho de pesca o “redolí” forma parte del acervo hereditario y se transmite de padres a hijos, pero no a las hijas. La razón son las normas consuetudinarias que rigen la Comunidad, entre las cuales las mujeres no podían acceder a entrar dentro de la misma, pese a la ausencia de normas escrita, produciéndose una falta de adecuación a la Carta Magna.

En la Junta Extraordinaria de Capítulos de 22 de julio de 1997 (Archivo de la Comunidad) se trató el cumplimiento de normas consuetudinarias relativas al ingreso de nuevos miembros, de conformidad con la integración en el derecho consuetudinario que regula la vida y funcionamiento de la misma, proponiendo unas normas¹⁹: «La Junta Directiva, haciendo constar expresamente que no se trata de modificar las nor-

18 Así, SANMARTÍN ARCE, R.: *La Albufera y sus hombres*, Madrid, 1985, pág. 122.

19 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del “redolí”*, cit., pág. 55.

mas consuetudinarias vigentes, sino de facilitar su adecuación y más correcta aplicación a los tiempos actuales y su interpretación conforme a las nuevas necesidades sociales y jurídicas en las que se desenvuelve la vida de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, acuerda proponer a la Junta de Capítulos, la siguiente Propuesta de normas para el ingreso de nuevos socios.

1. Como viene siendo tradicional, desde su creación, para ser socio de la Comunidad de Pescadores de la Comunidad de Pescadores de El Palmar es necesario reunir los siguientes requisitos:

A) Ser descendiente, en línea recta, de un miembro de la Comunidad de Pescadores.

B) Ser mayor de edad y no tener limitación alguna en los derechos civiles.

C) Ser propuesto como candidato/a por dos socios en activo con una antigüedad no inferior a los cinco años.

2. Las candidaturas que reúnan dichos requisitos serán propuestas por la Junta Directiva para su consideración por la Junta de Capítulos Ordinaria.

Cada candidatura requerirá una votación individual por parte de la Junta de Capítulos.

3. Se considerará que la Junta de Capítulos ha rechazado una candidatura en cualquiera de los siguientes supuestos:

Que obtenga el voto desfavorable de, al menos, el 10% de los socios asistentes a la Junta de Capítulos, o

Que obtenga el voto desfavorable de, al menos, el 15% de los socios que no tengan depositado su redolín.

4. En los demás supuestos, la candidatura se entenderá admitida, y el candidato/a pasará a ser miembro en pleno derecho de la Comunidad, una vez cumplido el trámite a que se refiere el apartado siguiente, pudiendo acceder a la titularidad de su

propio redolín u obtener la utilización del redolín perteneciente a un antepasado por línea directa cuya titularidad no corresponda a otro pescador.

5. En el momento de la toma de posesión, el solicitante admitido deberá proceder, inexcusablemente, a abonar las cantidades que, en concepto de cuota de ingreso y, en su caso, de actualización en función de la edad, hayan sido acordados en Junta de Capítulos».

Este ejercicio en forma discriminatoria del derecho de pesca, prohibiéndose el acceso de la mujer a la Comunidad y, consecuentemente, su legítimo derecho a la pesca en el Lago de la Albufera por ser hijas de pescadores miembros de la misma, se refleja en las propias Actas de las Juntas de Capítulos, como ya hemos indicado. Así, entre las Actas más antiguas que se conservan ya hay constancia de la prohibición de ingreso de la mujer en la Comunidad. Ello es claramente demostrable en el ACTA DE 15 DE AGOSTO DE 1852 (Archivo de la Comunidad), que hemos estudiado anteriormente, en la que se niega, porque no era costumbre ni conveniente, la posibilidad de que una mujer pudiera ser miembro de la Comunidad.

Ante esta situación, varias mujeres, en su condición de hijas de pescadores, al solicitar su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y negarse la misma a su admisión, interpusieron demanda contra la mencionada Comunidad, alegando la infracción del derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo que prevé el artículo 14 de la Constitución Española, solicitando que se declarase su derecho a formar parte de la misma como miembro, en las mismas condiciones que los hombres hijos de pescadores, y se modificaran sus normas para adecuarlas a los referidos principios constitucionales, y que se les indemnizaran por los daños y perjuicios que se les habían inferido como consecuencia de la mencionada inadmisión.

Vamos a hacer referencia, de forma breve, a la trayectoria judicial²⁰, incidiendo especialmente en los fundamentos jurídicos que hacen referencia al elemento consuetudinario en la Comunidad de Pescadores de El Palmar.

20 Para un estudio más en profundidad de toda la trayectoria judicial del conflicto planteado, resulta imprescindible la consulta de RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del "redolín"*, cit., pág. 55 y sigs.

El primer pronunciamiento jurisprudencial es la Sentencia, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1, de 5 de octubre de 1998, vistos por la Ilma. Sra. Doña Pilar Cerdán Villalba, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Valencia, los autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía, núm. 215/98, estimando íntegramente la demanda incidental para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

La citada sentencia, en cuanto a la costumbre que impera en la Comunidad, indicó que: «1) que la Comunidad de Pescadores del Palmar, cuyo legal representante es el “Jurat” es una institución histórica valenciana, que data de la fundación del Reino de Valencia por el Jaime Y, que se dedica a la explotación de la riqueza piscícola de la Albufera, como sucesora del Comú de Peixadors de la Ciutat de València, teniendo reconocido dicho derecho en la actualidad por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia, en exclusiva, y que siendo una asociación de derecho privado, se rige por las costumbre y tradiciones que sus miembros han venido adoptando (...); 2) que a los efectos de ejercer dicha explotación, los pescadores de El Palmar se hayan agrupados en la referida Comunidad, ejercicio que se desarrolla por medio del “redolí”, que se entiende, según el acta de 20-8-1853, y sucesivas, de un lado, como el derecho a pescar inherente a ser miembro de la misma, siéndolo quien reúne una serie de requisitos, y de otro, como parajes del lago de la Albufera, donde dichos miembros pueden practicar su pesquera en lo restante del año y en el siguiente hasta la Junta de Capítulos que tradicionalmente se celebra el primer Domingo de Julio de cada año, donde se deciden las altas y bajas de sus socios, y se sortean y determina los puestos de pesca concretos (...); 3) que en la estipulación 5ª. de la escritura de arriendo de la pesquera del lago de la Albufera de dicha Comunidad, otorgada por el Señor Bayle General, e. 1-10-1857, que todo pescador deberá previamente matricularse en la Baylia general, y adquirir la licencia correspondiente, que será personal, y no podrá transmitirse si no de padres a hijos que están bajo su patria potestad (...); 4) que en las actas aportadas por dicha Comunidad de la Junta General de Capítulos, que se celebran con dicha anualidad, siendo la más antigua de las aportadas de 20-8-1848, y la última de 6-7-1997 y en concreto en la primera, en la de 4-7-1943, 2-7-1944, 4-7-1948, 2-7-61, 1-7-62, 2-7-1989 y 7-7-1991, también consta el carácter hereditario del redolí, continuando la sucesión, coincidiendo con la citada estipulación 5ª, para el heredero varón, normalmente el nieto mayor, adquiriendo éste dicho dere-

cho de modo definitivo, después de que la viuda, haya disfrutado del mismo, y siendo llamadas a dicha sucesión las hijas solteras, sólo en defecto de dichos herederos varones (...); 5) que no obstante la sucesión subsidiaria de las hijas solteras en el “redolí”, éstas, hasta la actualidad, nunca han formado parte de la Comunidad demandada a los efectos de ejercer el derecho de pesca que dicha pertenencia le confiere, según certificado emitida por la misma de sus socios, en activo o no, desde 1978 hasta la actualidad (...), denegándose dicha petición en concreto, según consta en el acta de 15-8-1852 (...), a Doña María C. y F., soltera, “... por no ser costumbre, ni conveniente se dé a las hijas de pescadores permiso para sacar la suerte del redolí...”, sin que no obstante dicha herencia las citadas puedan disponer del repetido redolí, y así consta en las actas de 2-7-1944 (...), en que la heredera Consuelo Q., al contraer matrimonio lo cede a su esposo, y en la de 4-7-1948 (...) en la que sólo se admite que las mismas dispongan a favor de hijo de patrón; 6) que como consecuencia de lo expuesto, tampoco los hijos de hija de pescador cuyo padre no lo era, han formado ni pueden formar parte de la Comunidad de pescadores demandada, habiéndose dado el caso de algunos que al morir el abuelo al que acompañaban a pescar han tenido que dejar de hacerlo y dedicarse a otra profesión, y en concreto Don J. y Don R. P.S. (...), y de Don L. M., (...), de Don L.D., (...), Don R.M., (...), y Don V.Ch., (...); 7) que al igual que los dos anteriores las viudas no han formado parte de la repetida Comunidad, pues si bien hasta 1955, según certificado de ésta, las primeras (...) conservaban la titularidad del redolín, participando en su sorteo, por medio de un familiar que les representaba, y beneficiando directamente del producto, no podían pescar personalmente haciéndolo un familiar, o en su defecto un miembro de la primera, pasando una vez fallecida al nieto mayor, como también figura en el acta de 20-8-1848 (...), y en la de 2-7-61 (...), y en la de 1-7-1962 (...) (...); 8) que según las citadas actas de 1848, 1943 y 1948, el dueño de un redolín, ha de pescarlo personalmente, salvo imposibilidad física, haber cumplido 60 años o ser viuda, pudiendo depositarse el mismo en dichos casos, o en el de fallecimiento del titular, para que fuera explotado por otro, sin perder el cedente la condición de miembro de la repetida Comunidad, y en tanto el heredero varón pudiera hacerlo al cumplir la edad reglamentaria (...), depósito que podía tener lugar respecto de las herederas mujeres siempre que éstas dispongan en su día a favor de un hijo de patrón; 9) que acreditado dicho derecho hereditario al redolí, derivado de ser hijo de patrón y tener la edad reglamentaria, 24 años o en caso de no tenerla estar casado, en la citada Junta

de Capítulos anual, se era aceptado, según el acta de la misma de 20-8-1853 y sucesivas hasta la de 6-7-86, a partir de la cual se rebaja dicha edad a 22 años, y sin votación ninguna, como miembro de la misma, con el consecuente derecho a pescar en la Albufera, sin que nunca haya sido necesario, ir avalado por padrino alguno socio de la misma, aunque algunas veces ha tenido lugar dicho apadrinamiento, consistente en ser presentado por el citado al pedir el alta, como consta en las más antiguas en las que también se exige tener barca, exigencias ésta últimas que en las más modernas y hasta la última de 1997 no se realizan y si la de abonar una cuota, sin que nunca, su ausencia, en especial de la primera, haya dado lugar a la inadmisión (...); 10) que dicha admisión acreditado ser hijo de patrón y la citada edad, se produce de modo directo en la sesión matinal, sin que esté supeditada a aprobación alguna, ni en ella ni en la sesión de la tarde, que se celebra tras la matinal, cuyas funciones esenciales, según el acta de 2-7-1978 y sucesivas, son, la de la última, conceder las altas y bajas de los miembros de la Comunidad, a que haya lugar, y las de la primera, fijar las normas económicas y administrativas y el acoplamiento de los redolines, para la próxima campaña, sin que sea necesario aprobar en ésta lo acordado en la anterior, de lo que sólo se da cuenta mediante su lectura, aunque en alguna de las más recientes consta su expresa aprobación, sin que nunca se haya denegado (...); 11) que en cuanto a los aspectos económicos de la Comunidad demandada, en la actualidad ninguno de sus miembros, se dedica exclusivamente a la pesca, dado los escasos beneficios que se obtienen, teniendo por tanto otros ingresos, previéndose que un 4% del total de la pesca capturada cada año, tanto en redolins como en ambulantes, abonando una cantidad fija los que tienen depositados los primeros, sea para Socorros Mutuos destinados a viudas de pescadores, patronos jubilados o incapacitados, siendo el importe para cada beneficiario en 1997 de 24.000 ptas. al mes, y de 1955 a 1990 el 10% de dicha pesca, pero sólo en relación con los redolins (...); 12) que según manifestaciones del Jurat en actas de 3-7-1988, 2-7-1989, y 1-7-1990, es conveniente incrementar el número de miembros de la Comunidad para preservar el derecho heredado a la pesca en redolín (...).

(...) hay que partir de que nuestra Jurisprudencia (sentencias del T.S. de 28-4-89 y de 22-3-91) es contraria a la aplicación de normas y criterios tradicionales o históricos que signifiquen vulneración de los principios y valores consagrados en la Constitución, opuestos a la realidad jurídica y social actual, declarando la eficacia derogatoria de ésta

respecto de cualquier disposición o normas reguladoras de un privilegio no reconducible al marco constitucional, cuando supongan una discriminación, esto es una distinción de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable que actúe como elemento diferenciador, todo ello de conformidad con la Disposición Derogatoria 3 que la misma establece, según la cual quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo en ella establecido, de modo que traspasando dicha doctrina al motivo de oposición referido cabe rechazarlo “*ab initio*”, pues en contra de su fundamento, toda disposición o norma discriminatoria en el sentido expuesto sí que tiene virtualidad jurídica para producir la vulneración objeto de la demanda.

En relación con las normas que han venido rigiendo la Comunidad demandada, y a falta de aportación de sus Estatutos, como ésta reconoce en el hecho segundo de su contestación a la demanda y resulta del tenor de las actas de las Juntas de Capítulos de la Comunidad demandada, aportadas, desde 1848 hasta la actualidad, aunque no con la anualidad con que se celebran por faltar algunas, las mismas son de carácter consuetudinario y conforme a ellas, y a la certificación de socios expedida a fecha actual, ninguna mujer hija de pescador ha formado nunca parte de dicha Comunidad, debido precisamente a la costumbre de que así fuera, como literalmente se expresa en la de 1852 (...), cuando lo pidió María C. y F. “... no ha sido costumbre ni conveniente se dé a las hijas de pescadores permiso para sacar suerte del redol”, es decir para pescar, derecho de pesca para cuyo ejercicio, según las mismas pruebas, era y es necesario ingresar en dicha asociación, ingreso que jamás ha sido posible, ni para las citadas, aún siendo llamadas a la sucesión de dicho derecho, cuyo carácter hereditario también se ha averado con las repetidas actas y reconoce expresamente el Jurat en las de 1989 y 1991 (...), con carácter subsidiario a los herederos varones, ni para los hijos de las mismas cuyo padre no fuera pescador, ni para las viudas, ya que aún teniendo éstas preferencia sobre dichos varones para el disfrute del redol, de modo que éstos no son por tanto herederos definitivos hasta que el mismo cesa, nunca han podido pescar personalmente si no por medio de un patrón, imposibilidades de ingresos establecidas por dichas normas consuetudinarias, cuya existencia viene a desvirtuar el segundo motivo de oposición alegado.

Llegados a este punto, procede ya determinar si ha sido la aplicación de dicha norma consuetudinaria de que las mujeres no formen parte de la Comunidad, la que determi-

nó la inadmisión de las actoras en ella, como ellas aducen, o si por el contrario como esgrime la última, dicha inadmisión o el rechazo de su solicitud de ingreso, fue porque las mismas no reunían el día que la formularon otros requisitos exigidos al efecto según dichas normas, teniendo en cuenta que aunque efectivamente hasta que ésta se produjo y desde que en 1978 entró en vigor nuestra repetida Carta Magna, y fuera de la citada de 1852, no se ha deducido ninguna ante dicho órgano que es el competente al efecto, sí que se han formulado otras a la demandada, y al Excmo. Ayuntamiento de esta Ciudad, por la A. de A. de C.T., y por las propias demandantes, que al margen de la competencia de sus remitentes y de sus destinatarios, no han obtenido la respuesta por ellas pretendida, lo que ha dado origen a la presente, pero han servido para poner el tema en conocimiento de los interesados y de la opinión pública.

A estos efectos, como ya se ha anticipado los requisitos que necesariamente se han venido exigiendo desde la primera acta de 1848, ser hijo de patrón, y tener la edad reglamentaria de 24 años, que posteriormente se rebajó a 22, o estar casado, aportándose al efecto la partida de bautismo, siendo los del estar avalados por un padrino miembro de la Comunidad, y pagar una cuota de ingreso, exigidos sólo en ocasiones y el primero nunca últimamente, consignándose en las actas más recientes, únicamente el hecho del alta, alta que nunca ha sido sometida a votación ni en la sesión matinal ni en la de la tarde, en la que tampoco se aprueba expresamente lo acordado en la primera, de modo que la misma se producía al solicitarla, sin que conste por tanto negativa alguna, cumplidos dichos requisitos necesarios, precisamente por el carácter hereditario del redolí para los varones hijos de pescador, que ostentan un derecho subjetivo al efecto, no sometido a la decisión soberana de la repetida Comunidad, aunque sea una Asociación de Derecho Privado, o que al menos ella nunca ha sometido ni conste que sea necesario según sus Estatutos, no aportados a autos, sin que por tanto pueda alegar como motivo de inadmisión de las mujeres hijas de pescador, ni dicha facultad decisoria, pues ellas como tales también ostentarían ese derecho subjetivo, ni el que las mismas no cumplimenten una serie de formalidades no exigidas taxativamente a los varones, como las citadas peticiones individuales, el aval, pago de la cuota de ingreso, máxime cuando con carácter previo al inicio de la Junta de 6-7-97, manifestaron tener a disposición de las mismas las últimas, como reconoce el Jurat en Confesión, y archivándose no obstante ello su solicitud.

La conclusión de todo lo expuesto, es que en virtud de la aplicación de la citada norma consuetudinaria, se ha impedido a las demandantes el acceso a la Comunidad demandada, no obstante tener el derecho subjetivo que se deriva de su condición de hijas de pescadores miembros de la misma, por el mero hecho de ser de sexo femenino, lo que supone una infracción de los derechos constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo que prevé el art. 14 de nuestra Constitución, en los términos de la Doctrina Jurisprudencial expuesta, pues dicha imposibilidad de acceso implica una distinción de trato que carece de justificación objetiva y razonable y actúa como elemento diferenciador (sentencia del T.S. de 22-3-1991), lo que ha sido reconocido implícitamente por la demandada, al proponer en la Junta Extraordinaria de 22-7-97, es decir en la inmediatamente posterior a la que lo solicitaron las actoras, unas nuevas normas de admisión de socios, para adaptar las consuetudinarias a los tiempos actuales, nuevas normas cuya aprobación actual sin embargo no consta, y que imponen como primer requisito el ser descendiente en línea recta de un miembro de la misma, suprimiendo toda referencia al sexo.

Consecuencia de dicha falta de aprobación y de la vigencia de las citadas normas consuetudinarias, es la necesidad de que nuestra repetida Constitución despliegue la eficacia derogatoria expuesta sobre las últimas, que tienen su razón en la tradicional desigualdad jurídica de la mujer respecto del hombre, simple reflejo de la realidad social existente hasta hace poco tiempo, en la que la primera ejercía en todos los ámbitos un papel secundario en relación con el segundo (sentencia del T.S. de 24-4-1989), y a la que obedecen las aplicadas por la repetida demandada a las actoras, sin que ello se pueda justificar por el respeto que merece la institución histórica valenciana del “redolí”, o derecho de pesca, máxime cuando permitir a éstas y a sus descendientes su ejercicio la fomentaría, pues el propio Jurat ha reconocido en las actas de las Juntas de Capítulos extendidas recientemente (1988, 1991...) la necesidad de que se incremente el número de miembros de dicha Comunidad para conservar dicho derecho heredado de nuestros antepasados».

El fallo de la sentencia fue el siguiente: «1º) Debo declarar y declaro el derecho de las demandantes a formar parte como miembros de pleno derecho de la citada Comunidad demandada, en las mismas condiciones que los hombres hijos de pescadores;

2º) Debo acordar y acuerdo, la modificación de las normas consuetudinarias que rigen la Comunidad demandada, para adecuarlas a los principios constitucionales de derecho de igualdad y de no discriminación por razón de sexo para el acceso a la condición de miembro de la misma.

3º) Debo condenar y condeno a la repetida Comunidad demanda, a estar y pasar por las anteriores declaración y acuerdo, a que indemnice a las actoras por los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia, conforme a las bases establecidas en el Fundamento Jurídico Noveno de la presente, derivados de su inadmisión como miembros de la misma, y sin perjuicio del destino que den a la referida suma, y al pago de las costas causadas».

Ante dicha situación y los numerosos conflictos planteados, el Ayuntamiento de Valencia realizó consulta facultativa al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, relativa al Ordenamiento vigente en relación con el Lago de la Albufera y sus aprovechamientos, y situación del Ayuntamiento de Valencia, titular del mismo, referente a las cuestiones que se plantean en el mismo y respecto a la integración de las hijas de los pescadores en la Comunidad de Pescadores de El Palmar.

El Pleno del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, Sección/Comisión Primera, en sesión celebrada los días 18, 22 y 23 de febrero de 1999. Letrado: D. Artur Fontana Puig; Ponente: Pastor, emitió Dictamen (Nº. 0052/1999), recibido el expediente y estudiado los documentos que integraban el mismo, así como consultado diversos estudios relacionados con el régimen histórico del Lago de la Albufera, así como Privilegios, Órdenes, Decretos y Leyes referidos a dicho Lago.

En sus conclusiones estableció que: «Con fundamento en la costumbre y en antiguos privilegios reales, la Comunidad de pescadores de El Palmar se ha ido proveyendo, mediante acuerdos de su Junta General y de “Capítols”, de normas relativas a la ordenación de la pesca en el Lago, dando asimismo, contenido a su organización interna y funcionamiento que, de esta forma y en gran medida, se rige por normas consuetudinarias, que han evolucionado con el paso del tiempo.

A la luz del ordenamiento jurídico actual, la Comunidad de pescadores de El Palmar es una entidad cuya naturaleza no se ajusta completamente a ninguna de las categorías jurídicas que reconoce el Código Civil para atribuirle personalidad jurídica propia. Además, sus tradicionales normas de funcionamiento siempre han disociado el derecho a pertenecer a la misma, del derecho al aprovechamiento pesquero, el que se manifiesta en el sorteo de “redolins” y al que se accede por ser titular del derecho a explotar uno de ellos, —indeterminado hasta el momento de sorteo anual—; o por ser titular del derecho a su simple aprovechamiento, por cuanto se halla “en depòsit” ante la propia comunidad. (...)

La evolución histórica que ha configurado paulatinamente el derecho al aprovechamiento pesquero de quienes integran la Comunidad de pescadores de El Palmar, pone de relieve la existencia de unas normas de Derecho consuetudinario específico.

Pero este Derecho consuetudinario no puede prevalecer contra lo dispuesto en la legislación positiva, como costumbre local, sin perjuicio de que pueda ser concretado, actualizado y concordado con la propia Constitución Española y con la legislación estatal prevalente, mediante una Ley Autonómica».

Contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Valencia, de 5 de octubre de 1998, la Comunidad de Pescadores de El Palmar interpuso recurso de apelación, pronunciándose la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª., en Sentencia núm. 335, de 24 de abril de 1999 (Rº. 978/1998). Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Sánchez Alcaraz (Actualidad Civil, núm. 39, semana 25 al 31 de octubre, @ 885, págs. 1776-1782), desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 5 de octubre de 1998, confirmando íntegramente la sentencia recurrida.

« (...) La Comunidad apelante ha indicado que las actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no debían tenerse en cuenta a la hora de resolver el pleito, pero aún siendo ello cierto no lo es menos que tales antecedentes pueden servir de base para ilustrar la postura que ha mantenido en relación a la mujer, y la discriminación de que ha sido objeto, para lo cual basta con acudir al mecanismo de la presunción del artículo 1253 del Código Civil, al darse un enlace

directo y preciso entre el hecho inicial y la consecuencia que se quiere demostrar, en cuya construcción actúa como punto de partida la realidad incontrovertida en el Acta de 15 de Agosto de 1852, en la que consta que María C.F., cuyos padres ya difuntos pertenecieron a la Comunidad, solicitó se le diera permiso para pedir suerte de redolín, y que en vista de la oposición de todos, se resolvió “no haber lugar a su pretensión, por no ser costumbre ni conveniente se dé a las hijas de pescadores permiso para sacar suerte del redolín” (...) y como punto final el dato de que la relación de socios de la Comunidad de Pescadores de El Palmar a 10 de Junio de 1998, viene integrada por cuatrocientos, todos ellos varones (...), sin que nunca mujer alguna haya formado parte, aunque se indique que fuera de la anteriormente mencionada Sra. C., no existe constancia de que ninguna haya solicitado el ingreso (...). El testigo D. Antonio M.S. al contestar a la repregunta 4^o. a), ha expresado que su mujer D^a. Dolores S.M. lo pidió en 1979 (...), aunque en el acta de ese año no aparece la petición (...) y D. Salvador E.B. (...) y D^a. Dolores E.A. (...) al responder a la repregunta 4^a. a) indican que antes de las demandantes algunas otras mujeres, verbalmente lo habían pedido, además los hermanos D. Rafael y D. José P.S., al contestar como testigos a las preguntas 1^a. a 3^a. de su interrogatorio, admiten que siendo nietos de pescadores que fueron miembros de la Comunidad de El Palmar, no han podido darse de alta por ser hijos de padre que no era patrón o pescador, a pesar de que su madre sí que era hija de pescador (...). Esta postura de la Comunidad no se acredita sólo por dicha prueba de parte, ya que fiel reflejo de la actitud que se mantiene en su seno, se desprende de la confesión judicial de su legal representante y Jurat D. José C.T. (...) quien al absolver la posición 11^a., ha reconocido como cierto el saber y constarle por su condición de miembro y Jurat, que la Comunidad tradicionalmente nunca ha permitido que las hijas de pescadores pudieran ingresar en la misma, permitiéndose únicamente el de los hijos varones de pescadores, si bien matizó su respuesta añadiendo, “pero porque nunca se había planteado el tema” y al hacerlo a la 18^a., que se opondría a que ingresaran los hermanos P.S., aunque llevaran los avales y pagaran las cuotas que actualmente se exigen. El mismo Sr. C., al absolver la posición 48^a., admitió que se convocó una junta para informar del proceso judicial, acordando contestar que nunca se había prohibido entrar en la Comunidad a las mujeres, pero que éstas no lo habían pedido, mas lo cierto es que en el acta de dicha Junta General Extraordinaria celebrada el 14 de Mayo de 1998 (...), consta la intervención del patrón D. S.B., uno de los firmantes del documento

núm. 11 de la demanda dirigido a la Excm. Sra. Alcaldesa de esta Ciudad (...), indicando que lo había hecho “porque creía que aquí todos éramos una familia y él abogado por la entrada de las hijas de los pescadores” (...), lo que pone de relieve que aun cuando fuera del caso de D^a. María C., formalmente no exista constancia escrita de la oposición a aceptar el ingreso de mujeres en la Comunidad, sí que era ésta la postura que dentro de ella se mantenía».

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Primera, en Sentencia núm. 790, de 22 de mayo de 2000 (R.G.D., 2000, págs. 11680-11698). Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Ayuso Ruiz-Toledo, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Valencia de fecha 15 de julio de 1999, relativo al sorteo de redolins para la campaña 1999-2000 de la pesca en el lago de La Albufera, declarando el acto nulo por vulnerar el derecho fundamental del artículo 22 de la Constitución Española, pronunciándose en los siguientes términos:

« (...) En función de esas potestades y de la superior vinculación (Vide, artículo 9.1 C.E.) de todos los poderes públicos al respeto de las normas que cuenten con un amparo constitucional (aquí, derecho de igualdad de trato, derecho a participar en una asociación de todos los pescadores y pescadoras que ostenten el derecho consuetudinario a pescar en La Albufera), el Ayuntamiento de Valencia ha reclamado a la Comunidad de Pescadores de El Palmar el respeto fiel de ese ordenamiento jurídico. Sin embargo, la sentencia cuestionada hace una lectura formalista y vacua de la Constitución, niega la necesaria interrelación del ordenamiento jurídico, aplica un criterio competencial sustentado en legalidad ordinaria e ignora que la aplicación del Derecho no puede separarse del concepto básico de la Justicia, del fin del proceso y de los efectos ilícitos que genera. (...)»

“... No consta cuándo pudo nacer exactamente la llamada Comunidad de Pescadores de El Palmar, si bien es cierto que en los antecedentes de la “Escritura de Arriendo” de 1 de octubre de 1857, se alude “a los intereses y costumbres de las comunidades” relacionándolas con los pescadores matriculados de El Palmar, de Silla y de Catarroja, lo

que, unido a los antecedentes sobre licencias o autorizaciones de pesca en el Lago de la Albufera, y al contenido de las propias bases y pactos de la escritura y del acta de la Junta General de veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, —incorporada a aquélla—, por cuya virtud los pescadores de El Palmar conceden “autorización especial” para contratar con el Real Patrimonio y al efecto “todos los presentes individuos únicos que componen esta comunidad” confieren todos de mancomún e individualmente poder y facultad necesarios en derecho a las personas que allí se indican; quienes, en la escritura, aceptan por sí y en dicha representación mancomunadamente, el convenio de que se trata. Razón por la que en los pactos la obligación de pago se establece a razón de una cantidad “por cada individuo de los ciento quince que actualmente componen la Comunidad del Palmar”. Obligándose mancomunadamente dicha Comunidad ...

(...) Como muy bien dice el dictamen 52/1999 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, último párrafo de sus conclusiones, “este Derecho Consuetudinario no puede prevalecer contra lo dispuesto en la legislación positiva, como costumbre local, sin perjuicio de que pueda ser concretado, actualizado y concordado con la propia Constitución Española y con la legislación estatal prevalente, mediante una Ley Autonómica”»

El Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 93/2001, de la Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2001, Recurso de Casación núm. 2344/1999, Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, concedió la razón a las mujeres demandantes que acudieron a los tribunales en 1997 para solicitar su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, al fallar que no había lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad y ordenando su incorporación a la Comunidad, tras fallar que el rechazo del ingreso se debió «exclusivamente al hecho de ser mujeres», declarando que la negativa a que las mujeres puedan integrarse en la Comunidad «supone lisa y llanamente el poner un óbice suficiente para que las mismas puedan desarrollar una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres, únicos integrantes –antes y ahora- de la misma».

La Comunidad interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, rechazándose el mismo mediante Auto del indicado Tribunal 254/2001, de 20 de septiembre, por considerar que «no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las

asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada en las sentencias recurridas en amparo, consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad de Pescadores de “El Palmar”, en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres».

C) LA COSTUMBRE Y LOS CONTRATOS DE CÍTRICOS²¹

1. La venta de cítricos mediante el sistema de tanto alzado, mediante cálculo aproximado, “a ull” o “alfarrassar”²².

La primera modalidad, conocida como venta a un tanto alzado, mediante cálculo aproximado, a ojo o “a ull” o “alfarrassar” viene realizándose de la misma manera que se efectuaba en tiempo inmemorial, con un sistema de ventas peculiar y con una distinta transmisión del riesgo, alterándose la regla de nuestro Código civil, dando lugar a la existencia de un derecho propio y peculiar.

Esta modalidad, en la que su máximo exponente es la oralidad, coexiste con la venta a peso o por arrobas.

En el sistema de venta “a ull” se valora aproximadamente la cosecha existente, abonándose su importe al agricultor, es decir, la venta se realiza sin peso, sin medida. La

21 Un estudio más detallado sobre la influencia de la costumbre en los contratos agrícolas se encuentra en las siguientes obras, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: «La costumbre como fuente del Derecho civil valenciano: especialidades en materia agraria», *El Derecho Agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio, Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Agrario*, Toledo, 16 y 17 de noviembre de 2000, Coordinadores: Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 669 y sigs.; «La pervivencia de una modalidad consuetudinaria de compraventa de cítricos en la Comunidad Valenciana», *Derecho Agrario ante el Tercer Milenio, Actas del VI Congreso Mundial de Derecho Agrario*, Ramón Herrera Campos (Director), Madrid, 2002, págs. 1039 y sigs.

22 Véase, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La pervivencia de instituciones consuetudinarias del Derecho civil valenciano*, Castellón, 2002, págs. 24 y sigs.; «El riesgo en los contratos de compraventa de cítricos mediante el sistema “a ull” y “per arrovat”», R.G.I.D., diciembre 2003, págs. 1 y sigs.

expresión “alfarrassar” proviene del árabe y significa cálculo aproximado, refiriéndose al aprecio o evaluación que se realiza de un fruto futuro, o sea, el ajuste alzado del valor de los frutos en el árbol antes de la recogida.

Esta venta se realiza por un tanto alzado por toda la cosecha que pasa a ser propiedad del comprador, corriendo con los riesgos de la pérdida del fruto. Mediante este sistema se tasa la naranja en el árbol en septiembre u octubre, ajustándose su valor, quedando de cuenta del comprador la recogida y sufriendo durante este tiempo los daños que puedan sobrevenir por siniestros meteorológicos.

Este sistema es el más seguido y recomendado, sobre todo si cuenta el propietario con persona perita para realizar el cálculo de la cosecha probable. Este especialista, el llamado “alfarrassador”, que normalmente trabaja para el comerciante, en función de los frutos que se encuentren en los árboles, de su envergadura, apariencia, tamaño y peso supuesto, fija una cantidad total. Dicha cantidad es la que se oferta. Éste es el punto de partida para las posteriores negociaciones que puedan realizarse entre ambas partes, todo ello teniendo en cuenta que el vendedor se ve liberado de riesgos, habiendo recibido el importe convenido.

Se celebran estos contratos hallándose la cosecha todavía en flor o en los primeros meses de su desarrollo.

Los problemas que pueden surgir en este tipo de contrato son los siguientes: a) La recogida del fruto por parte del comerciante antes de su pago, y b) La venta que realice el propietario de la cosecha prometida a otro, recogéndola antes y privando al primero de la misma.

En evitación de estos problemas mencionados se suele concertar un seguro agrario combinado sobre cosechas.

Lo característico de estos contratos de venta a ojo es que el pago de la mercancía se realiza una vez que se ha realizado la tasación del fruto futuro, y el riesgo que a partir de dicho momento pueda sobrevenir lo asume el comprador, al que desde ese momento se considera dueño de la mercancía. Por tanto, al ser pagada la mercancía

una vez realizada la tasación o “alfarrasamiento”, el riesgo que pueda sobrevenir ha de pesar en el haber del comprador.

En esta modalidad, el comerciante adquiere del cultivador la cosecha pendiente en los árboles de una o varias fincas o variedades de agrios por un precio alzado que entre los mismos se conviene. Desde que tal contrato se perfecciona queda la cosecha vendida a disposición y de la propiedad del comprador en el estado en que se encuentre para ser recogida de los árboles en el plazo que entre las partes se conviene, y a falta de necesidades del negocio y siempre dentro del plazo en que normalmente se cosecha la variedad vendida en la zona en que se produce, pagándose el precio, salvo pacto en contrario, una vez que el contrato se perfecciona entre las partes.

El comerciante asume todos los riesgos climatológicos que afecten a la cosecha desde que el contrato de compraventa se ha perfeccionado. Existe lo que se denomina asunción del riesgo de los daños y perjuicios que puedan sobrevenir a la cosecha de naranja desde su compra hasta su recolección. Se opera, pues, un desplazamiento del riesgo hacia el comprador por la aplicación del principio *res perit domino*, derogando, en cierta forma, la regla general respecto a la entrega de la cosa vendida, mediante el juego de la voluntad.

En cuanto a las características de dicho contrato podemos indicar:

— Se celebra mediante un contrato verbal, siguiendo la tradición que se desarrolla entre los agricultores valencianos de considerar que “el tracte verbal és acte notarial”. La forma habitual de celebración de dicho contrato, en el que se da preeminencia a la oralidad, sin formalidad ni precaución alguna, de suerte que es la sola palabra de aceptación de ambas partes la que “cierra” el contrato. Al no soler documentarse mediante un contrato escrito, por razón de la verbalidad que es la forma normal de realizarse, la entrega del fruto recogido se acredita mediante la confección de albaranes.

— No existe constancia escrita de lo estipulado, quedando obligado el comerciante-comprador, desde el momento en que su corredor cierra el trato contractual, por con-

formidad en el precio, al inmediato pago de éste y siendo de su cargo la recogida de la cosecha, que queda desde ese momento como suya; c) impera en todos estos contratos la buena fe contractual por parte de ambos contratantes, e) interviene la figura del corredor o “alfarrassador”. La compraventa de naranja, mediante esta modalidad, rara vez se realiza mediante contrato entre el comerciante-comprador y el propietario-vendedor, sino que tiene lugar entre dicho propietario-productor, vendedor del fruto, y un representante o mandatario del comerciante-comprador, conocido con el nombre de corredor, siendo éste la persona que interviene en nombre de aquél. El comprador de la cosecha o cosechas actúa mediante la intervención de un corredor, a quien, impropriamente, se da también el nombre de comprador, a quien aquél encomienda que en su nombre se ponga en contacto con el cosechero o cosecheros vendedores y con ellos estipule también en su nombre el precio y las demás condiciones del contrato, entre las que siempre figura que el pago de dicho precio, en la modalidad llamada “a ojo” o sea a un tanto alzado por la cosecha que el comprador ha calculado obtener, ha de ser hecho dentro del breve plazo que se pacte.

El corredor examina previamente la cosecha, teniendo un conocimiento cabal sobre la cantidad y calidad. En las operaciones que se realizan no puede trasladarse la cosa vendida a poder del comprador en el instante de la venta, por lo que considerándose siempre entregada desde ese mismo momento, por acuerdo de los contratantes, es al comprador a quien incumbe recoger la naranja, mandando al efecto a empleados suyos, con independencia de que se haya pagado o no el precio.

No es el vendedor quien hace la recolección de la naranja y la pone a disposición del comprador, sino que es éste quien se encarga de recogerla, pudiendo hacerlo en cualquier momento después de perfeccionado el contrato, porque en ese mismo momento, por ficción legal, se considera entregada la cosa vendida.

Si sobreviniera cualquier inclemencia meteorológica, por ejemplo una helada, con posterioridad, la naranja está, de hecho y de derecho, vendida y entregada, y consiguientemente los daños no son de cargo del vendedor porque ya es evidente que el comprador tiene sobrado tiempo de recogerla y el riesgo es de su cuenta, se produce una asunción del riesgo, como también lo hubiera sido el beneficio (por ejemplo

en el caso de un precio más alto), si la helada no se produce o cualquier otra inclemencia temporal.

— La recogida de la cosecha, salvo estipulación especial, queda a la conveniencia del comerciante, si bien siempre ha de hacerla dentro del tiempo que, según la variedad de naranja comprada, sea costumbre verificar su recolección.

2. La venta de cítricos mediante el sistema de a peso o por arrobas, o “per arrovat”.

La venta a peso se caracteriza porque se fija un precio cierto por arroba, que es la unidad de peso, admitida en general y cuyo importe se satisface una vez retirada la mercancía del árbol por el comprador y sin que hasta ese momento haya de asumir la carga del riesgo que la mercancía pueda sufrir. Es decir, sin que hasta aquel momento sea el riesgo de cargo del comprador, salvo claro incumplimiento del plazo.

En cuanto a las características de dicho contrato podemos indicar:

— El contrato de compraventa del producto se realiza entre el cosechero y el comerciante, representado éste por su comprador, de forma verbal, la mayoría de las ocasiones, a la manera de un pacto entre caballeros, sin mediar documento escrito, procediéndose después a la recolección.

— El vendedor, conforme a los términos que se pacten entre las partes, está obligado a cuidar los huertos según las costumbres de buen labrador, debiendo ser el objeto del contrato las naranjas aptas para la exportación y siendo los riesgos climáticos a cargo del vendedor.

— No se produce el desplazamiento de los riesgos del vendedor al comprador en los contratos de compraventa de naranja concertados en su modalidad de compra a peso, en tanto que el fruto no es pesado.

— Es objeto del contrato no son sólo las arrobas que se calculan, ya que en la forma de compra de naranja a peso es la cosecha completa la que se compra y no sólo la cantidad de arrobas que se calculan en el momento de “alfarrassar” el huerto. En con-

secuencia, si al celebrarse este tipo de contratos, no se recolectaran x arrobas aptas para la recolección y posterior comercialización, el comprador incumpliría su obligación contractual de recolectar toda la cosecha apta para la comercialización.

3. Influencia de la costumbre para determinar la existencia o no de mora en el comprador en el caso de los contratos de venta de cítricos.

El art. 1452 Cc indica que si las cosas fungibles se venden por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputa el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que el comprador se haya constituido en mora.

La mora puede estar íntimamente ligada con las operaciones de pesar, medir y contar, precisamente en los casos en que se pacte la intervención o participación del comprador en esas operaciones. Esta posibilidad la ha puesto de manifiesto la jurisprudencia indicándonos cuándo el comprador incurre en mora, siendo de suma importancia la variedad de la naranja, el plazo normalmente hábil para su recolección, las circunstancias climatológicas y el punto de maduración del fruto.

Sin embargo, uno de los supuestos en los que vamos a prestar especial atención para determinar si el comprador incurre o no en mora es atender a los usos y costumbres que imperan en la localidad para proceder a la recolección de una determinada variedad de naranja. Ya que si no recolecta incurrirá en mora, y si existe fruta perjudicada por las lluvias, deberá abonar no sólo el precio de la naranja recogida y comercializada, sino también el de la no recolectada a consecuencia de las lluvias.

En los contratos de compraventa de cosecha de naranja, a peso, sin que se establezca una fecha tope de recolección, debe atenderse al uso y costumbre regional por lo que el comprador se compromete a recolectar el fruto dentro del tiempo natural de maduración. Estamos en presencia, pues, de una relación obligatoria duradera y la mora en su recogida traslada el riesgo de la pérdida sobre el comprador.

El comprador deberá pagar el precio de la cosecha de naranjas cuando no la recogió sin existir obstáculo para ello, ya que, de no hacerlo, incurrirá en mora y hay que tener en cuenta la fecha en que debe realizarse la recolección para obtener el fruto

en óptimas condiciones, siendo necesario, según las circunstancias, realizarse una recolección anticipada.

4. Análisis de la jurisprudencia más reciente de la Audiencia Provincial de Valencia en las modalidades de compraventa de cítricos. Especial examen de los supuestos en los que se produce la influencia de la costumbre.

a) Modalidades de contratación: “venta a peso” y “venta a peso y árbol limpio”. Recolección de la naranja conforme a la costumbre del lugar.

Esta diferenciación fue objeto de la Sentencia núm. 44, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 29 de enero de 2003. Ponente: Illtmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Lahoz Rodrigo, confirmando la sentencia de fecha 5 de marzo del 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Massamagrell, que indicó al respecto.

«Entrando en el enjuiciamiento del motivo de apelación, se alega por la recurrente que la sentencia de instancia fundamenta la desestimación de la demanda en el hecho de tener como probada la modalidad de contratación señalada por el demandado "venta a peso", en contra de la ofrecida por el demandante, "venta a peso y árbol limpio", por la eficacia probatoria que otorga a la testifical practicada a instancia de aquella sin apreciar que los testigos propuestos, Srs. P.F., J.P., O. y G., mantienen dependencia económica con el demandado al ser recogedores de éste, no revisando su declaración la objetividad precisa; en segundo lugar, se sustenta el recurso en la consideración de que la contestación al oficio remitido a la Conselleria de Agricultura, folio 140, informa sobre los precios medios de contratación de la recogida de clemennules por arroba sobre árbol, entre las 400 y las 600/650 pts, demostrándose que al acordarse un precio de 600 por arrobas la naranja se encontraba en un óptimo estado, desvirtuando las manifestaciones del demandado sobre el deficiente calibre de la naranja.

La sala, tras valorar la prueba practicada y revisar las actuaciones procesales, considera que la sentencia de instancia se encuentra ajustada a derecho y debe ser con-

firmada. Las partes han mantenido dos versiones contradictorias en relación a la modalidad de contratación; mientras que la demandante indica que se contrató bajo la modalidad de "venta a peso y árbol limpio" la venta de las cosechas de naranjas Clementinas variedad Clemennules de las dos fincas de su propiedad, " DIRECCION000 " y " DIRECCION001 ", la demandada, por el contrario, alega que el objeto de la venta fue la naranja Clementina, variedad Clemennules, que pudiera comercializarse, dejando el resto en el árbol puesto que iban a ser arrancados. Por lo tanto, constituye un hecho controvertido en el procedimiento determinar la modalidad de contratación, de ahí que deba valorarse la totalidad de la prueba y ponerla en relación con las alegaciones de cada parte.

En primer lugar, resuelta probado que el demandado inició la recolección de la naranja contratada en noviembre de 1999, conforme a la costumbre del lugar, y terminó la recolección en fecha 22 de enero del 2000, dejando naranja en el árbol. La naranja recogida, cuyos documentos de entrega por el demandado obran a los folios 21 a 29, fueron pagadas por este, factura de 31 de diciembre de 1999 obrante al folio 30. El demandante considera que la venta era de toda la variedad que hubiera en los árboles, calculando, de acuerdo con el informe técnico que presenta, que la producción estimada era de 5.500 arrobas y que lo recolectado fue de 2.244 arrobas, restando 3.256 arrobas que a un precio de 600 pesetas suponen 1.953.600 pts que es el importe reclamado. Sin embargo, el demandado presenta un informe que aporta nuevos elementos a considerar como son que los árboles clementinos que en número de 5-6 por hanegada se encuentran en las fincas, corresponden a la vieja plantación existente con más de 30 años de antigüedad y estaban afectados por la virosis de la tristeza, que en Marzo del 2000 dichos árboles estaban cortados y que a la vista de los frutos que presentaban alguna de sus ramas la producción de clemennules sería de 3000 arrobas, calculando 600 árboles a 5 arrobas por árbol, y que por el efecto de la antigüedad y de la virosis la producción se limitaría al 80-90%.

Decimos que el informe presentado por el demandado aporta nuevos elementos por la razón de que, efectivamente, a principios del año 2000 los naranjos que quedaban de la variedad clementina fueron arrancados y sustituidos por otros de la variedad Ortanique como el resto de la finca, de ahí que la sala admita que la demandante tenía la intención de cortar los árboles al término de la recogida por no ser tan pro-

ductivos como la otra variedad. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta, además de esa sustitución, que los arboles tenían mermada su producción por la vetustez y por estar afectados por la virosis de la tristeza, de ahí que el testimonio de los testigos presentados por el demandado adquiriera importancia significativa por ser expertos en la recogida de naranjas y saber apreciar cuando un árbol esta afectado por la virosis y, por último, por la experiencia que ofrecen en cuanto al calibre de la naranja que puede ser recogida para su comercialización, dejando el resto en el árbol.

2.- La segunda alegación pretende demostrar que el incumplimiento de la demanda se debió a la posibilidad de encontrar en el mercado clemennules a precio más bajo al por ella contratado. Se alega que el precio de la modalidad de clemennules en diciembre de 1999-enero 2000 era inferior al pactado en octubre de 1999, 600 pts arroba, y que al demandado le resultaba más beneficioso adquirirla a los precios de 300 pts arroba en la Cooperativa, según se acredita con la contestación remitida por la Conselleria de Agricultura y la Cooperativa. Sin embargo, para que pueda estimarse dicha alegación sería necesario que la demandante demostrara el incumplimiento contractual del demandado, no solo en relación a la modalidad de contratación, sino también en que adquirió en dichas fechas fruta de esa variedad a otros agricultores o a la Cooperativa de EP por lo que el argumento es meramente especulativo y carece de rigor.

3.-La parte demandante no ha asumido la carga probatoria en relación a los hechos constitutivos de la demanda, modalidad de contratación y obligación del demandado de recoger toda la producción fruticola, por lo que de acuerdo con el artículo 1214 del C.C. debe asumir las consecuencias adversas de dicha falta de prueba. Negada la modalidad de contratación por ella señalada debió asumir la carga de probar que la virosis de tristeza no afectaba a sus naranjos y que ello no constituía causa de la merma en el calibre de los frutos, tal como alega y prueba la demandada. Si a mediados de enero del 2000 la demandada dejó de recoger la naranja, de inmediato se procedió a talar los arboles para ser sustituidos, apreciándose en las fotografías unidas al informe del Ingeniero Sr. J.M., tomadas a fecha 29 de enero del 2000, sin que conste a dicha fecha un requerimiento fehaciente al demandado para que recogiera la naranja dejada en los arboles, limitándose a dejar constancia documental de que en los arboles arrancados existían frutos.

Por el contrario, la demandada ha asumido en el procedimiento la carga de prueba en relación a los hechos extintivos e impeditivos de la obligación que se le reclama; por un lado, demuestra la intención del demandante de sustituir los arboles de clementinas por la variedad de Ortanique, lo que permite presumir que no le eran productivos y, además, de que podían estar afectados por la virosis, circunstancia esta que no disipa la demanda; por otro, demuestra el cumplimiento de sus obligaciones según la modalidad "venta a peso", sin que haya sido requerido formalmente por el demandante y, por último, se acredita la inmediatez en la tala de los naranjos clementinos a fecha 28 de enero del 2000, según informe de la Policía Local, lo que demuestra que aún podía ser recolectada aunque mermara el precio de contratación, lo que permite suponer que la demandante aceptó el fin de la recogida de naranja por el demandado en fecha 22 de enero del 2000, último parte de recogida emitido por el demandado.

En atención a las consideraciones expuestas procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia».

b) Compraventa modalidad "a ojo". Responsabilidad contractual por incumplimiento. No se aplica la costumbre del lugar en cuanto a días de gracia para la recogida, ya que los términos del contrato son muy claros y prevalecen: atribución al vendedor de la fruta no recolectada a la fecha convenida.

Respecto al incumplimiento contractual en la venta de naranja "a ojo" es interesante destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 30 de noviembre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Lahoz Rodrigo, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Requena, estimándose parcialmente la demanda interpuesta.

La Audiencia entendió que:

«... la Sala considera necesario referirse a las distintas posiciones de las partes en el procedimiento. Así, la demandante insta una reclamación por importe de (...) en que valora la naranja comprada que quedaba pendiente de recoger el pasado día 2 de

enero de 2001 en el campo propiedad de la demandada, al impedir su entrada para concluir la recogida, ya que en los días anteriores a causa de las lluvias y por ser festivos no se había podido acabar la recogida en la fecha prevista en el contrato, antes del 31 de diciembre de 2000. La parte demandada se opuso en base a que el contrato de compraventa suscrito entre las partes en fecha 27 de octubre preveía que la naranja debía estar totalmente recogida antes del 31 de diciembre de 2000, conviniéndose que, a partir de esa fecha, la que no se haya recogido pasaría a ser propiedad del vendedor, asistiéndole razones para impedir al comprador la entrada al campo de su propiedad en fecha 2 de enero de 2001. Por último, la sentencia de instancia desestima la demanda al considerar que los términos del contrato eran claros, no existía duda interpretativa sobre el alcance de sus cláusulas y que no era aplicable la costumbre del lugar, consistente en conceder al comprador dos o tres días sobre la fecha pactada para recoger la naranja, por cuanto no concurrían los presupuestos para su integración, conforme establece el artículo 1287 del C.C.

Este tribunal, tras valorar la prueba practicada en las actuaciones, considera probados los siguientes hechos: a) En fecha 27 de octubre de 2000 se suscribe entre las partes un contrato de compraventa, modalidad venta a ojo, por precio de 7.050.000 pesetas y cuyo objeto era toda la producción de la variedad oro grande de las fincas que la demandada tiene en V., identificadas en el contrato; de sus cláusulas destaca, acuerdos 5 y 6, que el comprador, parte demandante, haría una primera recolección de aproximadamente 4.500 arrobas antes del 30 de noviembre de 2000 y el resto de la recolección se debía realizar antes del 31 de diciembre de 2000 y que la fruta que a partir de esa fecha no haya sido recolectada pasaría a ser propiedad del vendedor; b) En fechas de 8, 9 y 10 de noviembre de 2000 el demandante realiza una primera pasada y recoge la fruta que consideraba apta para su comercialización, (...), aunque en menor peso de lo acordado; también, consta en las actuaciones que se recogió naranja los días 5 y 11 de diciembre de 2000, (...), quedando aún bastante fruta para recoger; c) Los días 28 y 29 de diciembre de 2000, jueves y viernes, la demandante envió al campo a 30 personas para recoger la fruta, no terminando su trabajo; el sábado, día 30, llovió de madrugada y no se pudo recoger, desplazando ese día cerca de 50 hombres para terminar la recogida, no pudiendo recoger la fruta a causa de estar mojada la naranja; el 31 de diciembre era domingo y, además, nochevieja, no trabajando los recolectores; el 1 de enero de 2001 era festivo y, por último, el 2

de enero, primer día laborable, mandó a un nutrido grupo de recolectores a los que se impidió la permanencia en el campo por el propietario de las tierras; d) El demandante requirió a la demandada por conducto del Notario de B. en fecha 2 de enero de 2001 para que se le autorizara la entrada al campo para recoger la naranja o, en todo caso, designar una persona que calculara a ojo la fruta que quedaba pendiente, oponiéndose el requerido; también, dirigió el demandante varios fax y telegramas en los días sucesivos para que se le permitiera la entrada; e) En fecha 5 de enero de 2001 se autorizó por el Notario de B. acta de presencia en el campo propiedad de la demandada, incorporando diversas fotografías sobre el estado en que se encontraban alguno de los árboles a causa de los fuertes vientos que tuvieron lugar el día 30 de diciembre de 2000; f) La demandante estima que la naranja pendiente de recoger en fecha 2 de enero de 2001 era de 3.911 arrobas y su valor de 17.471, 16 euros, mientras que la demandada alega que de la fruta pendiente de recoger sólo resultó aprovechable 23.105 kilos, equivalente a 1.807,90 arrobas, aunque a distintos precios, por un importe total de 925.964 pesetas.

En el primer motivo de apelación se alega por la recurrente que la jurisprudencia exige para estimar el incumplimiento contractual que sea grave y revelador de una voluntad manifiesta y deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato, no desprendiéndose de las actuaciones que por el demandante se pretendiera dejar la fruta en los árboles, sino, al contrario, se demuestra que contrató a suficientes recogedores para concluir la recogida en los días 28, 29 y 30 de diciembre, no pudiendo concluir por causa de la lluvia que impidió la recolección. En efecto, si se limita el análisis a valorar la conducta de la demandante en esas fechas, la Sala considera que desplegó una conducta orientada al cumplimiento del contrato, no dependiendo de él las inclemencias meteorológicas y el hecho de no poder recogerse la fruta cuando está aún mojada, de ahí que debamos analizar si las circunstancias meteorológicas influyeron tanto en la imposibilidad de recoger la fruta.

La sentencia de instancia parte de una interpretación literal del contrato de compraventa suscrito entre las partes, en el que expresamente se convino que la compradora debía recoger la fruta en dos momentos; el primero, antes del 30 de noviembre de 2000 debía recoger 4.500 arrobas, y, si firmó el contrato en fecha 27 de octubre, lógicamente debía apreciarse que la fruta podía estar en condiciones en esa primera

fecha; el segundo, referida al resto, debía estar recogida antes del 31 de diciembre de 2000, conviniendo expresamente, con el valor de cláusula penal, que a partir de esa fecha la fruta que quedara pendiente de recoger pasaría a ser propiedad de la vendedora. La juzgadora de instancia interpretó el contrato, conforme a las normas de los artículos 1281 del C.C. y concordante, al apreciar claridad en su cláusula, y excluyó la aplicación del artículo 1287 del C.C., pues requiere, en todo caso, que se aprecie ambigüedades en el contrato, de ahí que determinara el incumplimiento del comprador, parte demandante, por el mero transcurso del tiempo sobre la fecha prevista sin recoger la naranja, criterio este que compartimos en parte. Por lo tanto, como primera conclusión a la que se llega es que los términos son claros y que la costumbre del lugar, que se concreta en la concesión de 2 o 3 días de gracia sobre la fecha máxima de recogida, no resulta aplicable y en ese sentido la demandante debió prever las inclemencias meteorológicas y las consecuencias que produciría un retraso sobre la fecha convenida.

En el segundo motivo de apelación se hace especial mención al artículo 1105 del C.C., considerando que no pudo preverse las inclemencias del tiempo en los últimos días del mes de diciembre que, a criterio del demandante, fue la causa que impidió la recogida. Al respecto, la sala estima que no es aplicable el mencionado artículo, no sólo porque el fenómeno climatológico de lluvias está presente en el invierno e incide directamente en la agricultura, debiendo preverse por el agricultor las previsiones climatológicas, sino, también, porque otros fenómenos, como es el rocío, produce una incidencia sobre la efectividad de la recogida de la fruta, debiendo extremarse la previsión. Es más, la parte demandante no demuestra que la fruta no estuviera en condiciones de ser recogida en la fecha prevista, pues, de lo contrario, no tendría sentido que hubiera firmado el contrato comprometiéndose a la recogida en esos plazos, debiendo admitir como hecho probado que si a finales de noviembre debía recogerse al menos 4.500 arrobas, el resto de la producción debía recogerse en los días siguientes, pero no esperar hasta los últimos días con el riesgo que supone unos factores climatológicos que pueden impedir el trabajo de recogida en el campo, como es la lluvia y el intenso rocío. Por lo tanto, a criterio de este tribunal el demandante no debió demorar tanto la recogida de la naranja y confiar en una costumbre del lugar, ya explicada, que contradice los términos claros del contrato, especialmente, la atribución al vendedor de la fruta no recolectada a la fecha convenida.

Sin embargo, pese a valorar que el demandante incumplió los claros términos del contrato, la naturaleza del acuerdo 5 y 6 del contrato es similar al de una cláusula penal, sancionadora del incumplimiento, que puede aplicarse en su integridad o, por el contrario, moderarse atendiendo al grado de incumplimiento y a los factores que concurrieron en la conducta del demandante. Así, se aprecia que el demandante desplegó una conducta tendente al cumplimiento del contrato en los últimos días del mes de diciembre, acreditándose que desplazó a un considerable número de recogedores los días 30 de diciembre con la intención de concluir la recogida iniciada los dos días anteriores, y el día 2 de enero, primer día laborable tras la nochevieja y año nuevo, por lo que la demandada fue excesivamente rigurosa en impedir la entrada al huerto para recoger la naranja, quizás influida por los fuertes vientos del día 30 de diciembre, de ahí que, aún estando previsto en el contrato, se considera que hacer propia la totalidad de la naranja que quedaba en los árboles es desproporcionado y exige una moderación, máxime cuando no se acredita el número de árboles dañados a causa del viento. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 1154 del C.C. que establece que: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”, interpretada por la sentencia de 30 de marzo de 1983 en el sentido de “... suponer un incumplimiento de la obligación, parcial o irregular, un retraso culpable”, la Sala, de conformidad con el informe emitido por el Sr. N. que valora la naranja pendiente de recoger en 17.471,46, alrededor de 3.911 arrobas, modera el importe a percibir por la demandante, deducción hecha del importe de 9.958, 81 euros en que se calcula el perjuicio de la demandada por el incumplimiento de la demandante, en 7.512,65 euros, atendiendo a que la demandada no puede obtener un lucro excesivo por el incumplimiento parcial de una obligación, siendo ese el presupuesto para la moderación de la cláusula penal».

D) LA COSTUMBRE Y LA CAZA

En la reciente Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de Caza de la Comunidad Valenciana (DOGV núm 4913, de 29 de diciembre de 2004) se hace referencia a los usos y costumbres del lugar para determinar la atribución de la propiedad de las piezas de caza. Así el artículo 16 de la indicada Ley establece:

«Propiedad de las piezas de caza 1. Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de la presente Ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entienden ocupadas tales piezas desde el momento de su muerte o captura. 2. Para la atribución de la propiedad de las piezas de caza entre las diferentes personas que participen en una cacería o en un mismo lance, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, el derecho de propiedad sobre la pieza cobrada o su trofeo corresponderá al cazador que la hubiera abatido si se trata de piezas de caza menor; y al autor de la primera sangre cuando se trate de piezas de caza mayor. En el caso de piezas de caza menor de pelo acosadas por perros distantes de ella menos de 50 metros en el momento del disparo, la propiedad de la pieza corresponde al dueño de los perros que la hubieran levantado, inclusive si la pieza durante el acoso hubiera traspasado una linde cinegética».

E) LA COSTUMBRE Y LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre, tal y como indica el Código civil en su art. 530, es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

Alude a la costumbre en las servidumbres de paso, indicando el art. 570 que las servidumbres de paso para ganado, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Respecto a la servidumbre de medianería, se indica que se regirá por las disposiciones del Código civil y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en el mismo.

En cuanto a la servidumbre de desagüe de los edificios se precisa que el dueño que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado o dándoles otra salida conforme a las ordenanzas o costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante.

El art. 590 del Código civil, respecto a las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones, expresa que nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

Vamos a hacer referencia a los más recientes pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la influencia de la costumbre en las servidumbres y en las distancias entre plantaciones.

a) Elemento divisorio. Presunción de servidumbre medianera. Guarda de las distancias que indica la Ordenanza o costumbre del lugar.

La Sentencia núm. 752, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 27 de noviembre de 2002. Ponente: Illtmo. Sr. Magistrado D. José Luis Vera Llorens, revocando la sentencia de 3 de septiembre de 2001, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torrente, se manifestó en el sentido de considerar:

«PRIMERO. La parte actora ejercita una acción contra los demandados en solicitud de que arranquen los setos, el laurel, la valla metálica y el cañizo, plantados y/o colocados fin su propiedad.

SEGUNDO. La Sentencia recurrida en base a las Ordenanzas del Ayuntamiento de Torrente estima parcialmente la demanda, acordando que se arranque el laurel, la valla metálica y el cañizo.

TERCERO. La actora interpone recurso de apelación solicitando que también debía arrancarse el seto de 12 metros de longitud.

En este sentido, la Sentencia recurrida sostiene que habiendo manifestado el demandante que el seto se encuentra a menos de 50 cm de su propiedad, siendo que las

Ordenanzas establecen una distancia de 50 cm, pero no habiéndose acreditado con exactitud la distancia e incumbiendo dicha prueba al actor en virtud a lo establecido en el artículo 1214 del Código Civil, no procede que se arranque el mismo. Por contra la actora apelante sostiene que existe un error en la Sentencia recurrida, ya que los setos deben guardar una distancia mínima de un metro respecto al margen divisorio del campo contiguo, como establece el artículo 16 de la Ordenanza Municipal y que se solicitó como documental, si bien en la contestación al oficio remitido al Consell Agrari Municipal de Torrente dónde se pedía que certificara el contenido de los artículos 5,8,9,15 y 16 de la citada Ordenanza, no se incluyó este último. No obstante han sido finalmente aportado a autos.

De otra parte la parte demandada, también apelante, sostiene que no procede la aplicación del artículo 591 del Código Civil en el presente litigio, sino el artículo 388 del Código Civil que faculta a todo propietario para cerrar o cercar su heredad... y que en definitiva, como ya expresaba en su contestación a la demanda, la valla y el cañizo colocado a la misma tiene la condición de medianera.

Llegados a este punto, y tras analizar la prueba obrante en autos y especialmente el reportaje fotográfico, debemos significar que mal podemos pronunciarnos sobre el derecho que se deduce del art. 591 del Código Civil para la actora, cuando no se ha determinado si la valla de separación y consiguientemente el cañizo y el seto se conforman como medianeras, en tanto que dicho vallado se encuentra dividiendo dos predios rústicos, lo que comportaría a priori una presunción de servidumbre de medianera en los términos que se pronuncia el artículo 572-3º del Código Civil. De tal forma que para destruir dicha presunción tendría que darse alguno de los supuestos del art. 573 del Código Civil.

En definitiva y con carácter previo a un pronunciamiento sobre el derribo de una valla, así como arrancar un seto vivo o un laurel, estos dos últimos que una vez hecho no permite su marcha atrás, tendría que determinarse la naturaleza jurídica del elemento divisorio y sólo a partir de ello poder acordar lo que proceda en orden al artículo 591 del Código Civil.

De igual modo el precepto que cita la parte demandada y sobre el que ampara en un momento su actuación (artículo 388 Código Civil), si bien es cierto que faculta al propietario para cerrar o cercar su heredad, ello no impediría *per se* el derecho de la contraparte a guardar las distancias que para ello determina la Ordenanza o costumbre del lugar y en su defecto las prescripciones del referido artículo 591 del Código Civil.

Por ello es esencial concretar la naturaleza del elemento divisorio, pero no es esta una cuestión que se haya formulado en este procedimiento ni por vía de demanda, ni de reconvencción y si bien es cierto que el apelante argumenta en su recurso el carácter de medianera de la instalación divisoria, no se ha solicitado pronunciamiento al respecto ni se ha desarrollado el proceso en los términos que requeriría dicha pretensión.

En consecuencia y si bien estimamos el recurso de apelación lo es en cuanto a su derecho de no procederse a derribo y/o arranque hasta que las partes resuelvan previamente la cuestión a la que venimos refiriéndonos».

F) LA COSTUMBRE Y LA GANADERÍA

La Ley 6/2003, de la Generalitat, de Ganadería de la Comunidad Valencia (DOGV núm. 4455, de 7 de marzo de 2003) hace referencia a la regulación de los aprovechamientos de Pastos, Hierbas y Rastrojeras por la Ley de 7 de octubre de 1938 (BOE de 9 de octubre de 1938), y el Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras aprobado por Decreto 1256/1969, de 6 de junio (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1969). Esta regulación, como indica la Ley de Ganadería se inspira en la costumbre, por lo que la regulación valenciana, «establece en su título V una nueva regulación, que recoge la experiencia más reciente en la gestión administrativa del aprovechamiento de los recursos pastables, y, lo que es más importante, adecua el régimen organizativo y competencial a la nueva realidad de las competencias autonómicas y de la supresión, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, de las cámaras agrarias de ámbito municipal. En orden a esta adecuación se opta, en síntesis, por operar una delegación de la Generalitat en favor de los ayuntamientos, que deberán constituir una Comisión Local de Pastos (con la que se comprometen en la gestión los propios agentes, agricultores y ganaderos), que podrán establecer una tasa por la prestación

de los servicios de gestión del régimen de ordenación del aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras, y a los que se dota de régimen de gestión administrativa en la materia notoriamente simplificado».

La citada Ley de Pastos, Hierbas y Rastrojeras indica, en su Preámbulo, que «las perturbaciones que el actual régimen de aprovechamientos de hierbas, pastos y rastrojeras producen en los términos municipales de explotación agrícola parcelada, impone la necesidad de una ordenación que, respetando normas consuetudinarias basadas en características comarcales, coordine los intereses agrícolas y ganaderos, atendiendo al mayor rendimiento, de acuerdo con el interés general».

Los aspectos consuetudinarios se reflejan en la regulación complementaria del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, que hemos mencionado anteriormente. Dicho Reglamento tiene como finalidad, como indica el art. 1 del mismo, la de ordenar, estructurar y mejorar las posibilidades ganaderas de los terrenos sometidos al régimen de aprovechamiento de sus pastos, hierbas o rastrojeras.

De este modo, en los siguientes preceptos se alude a la costumbre para su regulación:

Artículo 2:

«Tales aprovechamientos se regirán por las disposiciones de este Reglamento, respetando las normas consuetudinarias basadas en las características comarcales, que serán recogidas en las Ordenanzas de Pastos del término municipal respectivo».

Artículo 27:

«El estiércol y el redileo quedarán a favor del ganadero, pudiendo éste emplearlos en terrenos de su propiedad o cederlos por libre acuerdo a los propietarios que tengan fincas en los polígonos en que pade el ganado. En caso de venta será preferido, en igualdad de condiciones, cualquiera de los cultivadores de las fincas donde pade su ganado.»

Se entenderán cedidas al cultivador de la finca cuando los ganados entrasen en los apriscos, parideras o edificaciones anejas a la finca en aquellas comarcas en que de tiempo inmemorial existiera esta costumbre».

Respecto a la delimitación de los polígonos, en el Capítulo II, el artículo 30 dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en aquellas regiones, provincias, comarcas o pueblos donde tradicionalmente se viene efectuando el disfrute de los aprovechamientos de pastos sin previa delimitación de los mismos o se hace solamente por temporada, la Hermandad Sindical respectiva propondrá a la Junta Provincial de Fomento Pecuario la subsistencia de tal régimen colectivo sin delimitación de polígonos, salvo en la época en que, por costumbre, se opere la misma. Asimismo podrá proponer la aplicación de tal régimen, aunque no tenga carácter tradicional, si lo considera más conveniente».

Y el artículo 35 indica:

«Los terrenos sin arbolado y los comunales o de propios y dehesas boyales no catalogados como de utilidad pública, así como las fincas parceladas por el Instituto Nacional de Colonización, serán considerados a los efectos de este Reglamento como de propiedad particular, aunque tan solo a los fines de la ordenación y regulación de su aprovechamiento ganadero, incluyéndose por tanto, como los de los demás propietarios de la localidad en el polígono o polígonos respectivos, sin perjuicio, en todo caso del aprovechamiento gratuito de los bienes comunales que tengan este carácter con arreglo a las costumbres de la localidad».

Respecto a las mancomunidades de pastos, el Capítulo II recoge la disposición del artículo 56 con el siguiente tenor:

«Los aprovechamientos de pastos en los terrenos que integren una mancomunidad entre dos o más pueblos se harán de acuerdo con las normas forales o consuetudinarias que vengán observándose».

En cuanto al régimen de las fincas segregadas, el Capítulo III indica en el artículo 58 que:

«Quedarán excluidas del régimen común de ordenación de los pastos, hierbas y rastrojeras, a los efectos de este Reglamento, las fincas en que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)

4.^a Los olivares, viñedos, algarrobos y frutales, cuando alguno de estos cultivos sea predominante, así como las huertas y regadíos en razón de su intensidad, a cuyo efecto la Junta Provincial de Fomento Pecuario, previo informe de la Sección Agronómica de la Delegación Provincial del Ministerio, resolverá lo procedente.

No obstante este principio general, en aquellas comarcas en donde en determinadas épocas se vienen aprovechando los pastos existentes en terrenos plantados de olivos, viñedos o algarrobos, se seguirá respetando tal costumbre; pero las Ordenanzas detallarán con toda precisión y claridad las fechas en que los ganados podrán entrar en las referidas fincas».

IV BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Arrendamientos históricos valencianos. Orígenes, legislación y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 149.1.8^a de la Constitución», *Derechos civiles de España*, vol. I, directores R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, Madrid-Elcano 2000, págs. 95 y sigs.

CLEMENTE MEORO, M. E.: «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», R.G.D., núm. 596, mayo 1994, págs. 4935 y sigs.

— «Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia», *Instituciones de Derecho Privado Valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 1996, págs. 323 y sigs.

— «Los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, págs. 325 y sigs.

CLIMENT DURÁN, C.: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», R.G.D., núm. 618, marzo 1996, págs. 1605 y sigs.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: «Desde los Fueros de Jaime I al Derecho civil valenciano», *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, cuaderno núm. 72, Valencia, 2000, págs. 5 y sigs.

— *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho foral civil*, Valencia, 2004.

ELIZALDE Y DE AYMERICH, P. DE: «El derecho civil en los Estatutos de Autonomía», A.D.C., 1984, págs. 389 y sigs.

MONTERDE FERRER, F.: «Introducción general sobre el Derecho civil valenciano», *Jornadas de Ilustres Juristas Valencianos, Valencia, 12, 18 y 25 de noviembre de 1997, 2 y 16 de diciembre de 1997*, Seminario sobre Derecho civil valenciano, Valencia, 16 de octubre de 1997, Valencia, 1998, págs. 105 y sigs.

MONTERO AROCA, J.: «Naturaleza de la resolución de la Administración agraria», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, págs. 693 y sigs.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: *La competencia de la Generalitat Valenciana para conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*, Valencia, 1993.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *El ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar y la transmisión hereditaria del “redolí”*, Valencia, 2001.

— «La costumbre y los aprovechamientos pesqueros en la Albufera de Valencia: la peculiar transmisión del “redolí”», *Revista La Pluma*, Colegio de Escribanos de la Provincial del Chaco, República Argentina, núm. 4, agosto 2001, págs. 21 y sigs.

— «Igualdad laboral y derecho de pesca en la Albufera de Valencia», R.G.D., núms. 682-683, julio-agosto 2001, págs. 7253 y sigs.

— «La costumbre como fuente del Derecho civil valenciano: especialidades en materia agraria», *El Derecho Agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio, Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Agrario*, Toledo, 16 y 17 de noviembre de 2000, Coordinadores: Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 669 y sigs.

— «La pervivencia de una modalidad consuetudinaria de compraventa de cítricos en la Comunidad Valenciana», *Derecho Agrario ante el Tercer Milenio, Actas del VI Congreso Mundial de Derecho Agrario*, Ramón Herrera Campos (Director), Madrid, 2002, págs. 1039 y sigs.

— *La pervivencia de instituciones consuetudinarias del Derecho civil valenciano*, Castellón, 2002, págs. 24 y sigs.

— «El riesgo en los contratos de compraventa de cítricos mediante el sistema “a ull” y “per arrovat”», R.G.I.D., diciembre 2003, págs. 1 y sigs.

— «La recuperación del Derecho civil foral valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía», RGID, julio 2006, págs. 1 a 50. <http://www.rgid.com/pages/articnov/frf_lrddcfvtrdeda.htm>

RÚA MORENO, J. L. DE LA: *Arrendamientos históricos valencianos. Doctrina jurisprudencial de la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia*, Valencia, 2002.

SANMARTÍN ARCE, R.: *La Albufera y sus hombres*, Madrid, 1985, pág. 122.

VERDERA SERVER, R.: «Incidencia de la costumbre en el Derecho civil valenciano», *Curso de Derecho civil valenciano*, coordinadora Carmen López Beltrán de Heredia, Valencia, 2000, págs. 305 y sigs.

Esther de Alba Bastarrechea
LETRADA DE LA ASAMBLEA DE MADRID

LA DISOLUCIÓN SANCIONATORIA: LA VI LEGISLATURA DE LA ASAMBLEA DE MADRID

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DISOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS
- III. LA DISOLUCIÓN SANCIONATORIA
- IV. PLAZO PARA PROPONER CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
- V. SUPUESTO DE EMPATE EN LA VOTACIÓN DE INVESTIDURA
- VI. PLAZO PARA LA EMISIÓN DE NUEVAS PROPUESTAS DE CANDIDATO PARA LA PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD
- VII. PRECEPTIVIDAD O NO DEL TRANSCURSO DEL PLAZO DE DOS MESES ANTES DE PROCEDER A LA DISOLUCIÓN
- VIII. EL CRITERIO DEL CONSEJO DE ESTADO
- IX. RÉGIMEN DE CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

I INTRODUCCIÓN

Celebrados los comicios electorales autonómicos de 25 de mayo de 2003 y, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4/2003, de 31 de marzo, el 10 de junio de 2003 se celebró la sesión constitutiva de la VI Legislatura de la Asamblea de Madrid. La ausencia en dicha sesión de dos diputados y la consideración, por parte de todos los partidos con representación parlamentaria, de que se trataba de un caso de transfuguismo, planteó todo tipo de incertidumbres acerca del comportamiento parlamen-

tario y, más específicamente, del sentido del voto de estos dos parlamentarios en una sesión de investidura. La importancia del voto de sólo dos diputados se explica a la luz de los resultados electorales, resultando la siguiente asignación de los 111 escaños de la Cámara:

Partido Popular: 55 escaños.

Partido Socialista Obrero Español: 47 escaños. El Grupo Parlamentario se constituyó con 45 diputados, constituyendo, a su vez, los otros dos el Grupo Mixto.

Izquierda Unida: 9 escaños.

Esta situación hizo planear sobre el horizonte, desde el primer momento, un posible impedimento para obtener una investidura y, con ello, la inevitable disolución de la Cámara, de conformidad con lo dispuesto tanto en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, como en el Reglamento de la Asamblea de Madrid. Pero también supuso que se pusieran, por primera vez, sobre la mesa interesantes cuestiones jurídicas que hasta el momento no se habían planteado, ya que se trataba ésta de la primera y, de momento, única vez que se ha procedido a la disolución de la Cámara por no investir Presidente. El tratamiento y resolución de estas cuestiones en el ámbito de la Asamblea de Madrid es el objeto del presente trabajo.

II LA DISOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS

Una definición amplia sería “acto por el que se pone fin a una legislatura” (MOLAS BATLLORI, I: “Disolución de las Cámaras”. Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, Madrid, 1995). Sin embargo, incluso una definición tan extensa exige matizaciones necesarias que realiza el mismo autor en el mismo trabajo: “Aunque algunos sectores doctrinales incluyen en el concepto de disolución la finalización de una legislatura por el transcurso del tiempo para el que fueron elegidos sus miembros y durante el cual es vigente el mandato representativo otorgado por los electores (disolución natural), la Constitución Española reserva este nombre para los supuestos de su finalización (disolución anticipada) previstos en nuestro ordenamiento (que no incluye la revocación ni la autodisolución)”.

Desde un punto de vista histórico, el origen de la disolución se encuentra en la facultad discrecional del monarca para convocar y disolver el Parlamento. El proceso de restricción de este privilegio se efectúa a través del establecimiento de disposiciones que van garantizando la autonomía de las Cámaras, entre las que cabe destacar la convocatoria automática; la creación de la Diputación Permanente; la obligatoriedad de convocar nuevas elecciones paralelamente al acto de la disolución, etc.

En este tránsito la disolución pasa de ser un privilegio real a ser “un medio constitucional de resolver un conflicto político” (BAYÓN Y CHACÓN, G.: “El derecho de disolución del Parlamento y otros estudios”. Textos parlamentarios clásicos, Congreso de los Diputados, Madrid, 1999). Desde este planteamiento, la disolución es el contrapeso con que cuenta el Ejecutivo, y más concretamente, su Presidente, frente a la facultad de ejercitar una moción de censura, que tiene el Legislativo, pero ambas han perdido la funcionalidad que les atribuía el régimen parlamentario clásico (exigencia de responsabilidad del poder ejecutivo por el legislativo en la moción de censura y disolución como contrapeso a esa facultad) y en la actualidad han adquirido nuevas funcionalidades como son el ejercicio de la crítica más fuerte, para la moción de censura y la elección del momento más propicio para tratar de crear mayorías más favorables al partido en el poder, para la disolución.

El parlamentarismo español, como es bien sabido, no se agota en las Cortes Generales, sin embargo en la materia de la disolución parlamentaria la normativa estatal es muy similar a la existente en la Comunidad de Madrid, especialmente en lo relativo al tema central de este trabajo, es decir, la disolución sancionatoria, con un muy significativo paralelismo, aunque no identidad, entre las disposiciones constitucionales y las estatutarias. Por ello y con objeto, también, de dar un alcance más general al trabajo en este apartado haremos referencia a la Constitución y a la regulación de la disolución en dicho texto fundamental.

El artículo 68.4 de la Constitución dispone: “El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara”. Por su parte el artículo 69.6 dispone: “El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara”. En estos preceptos la

Constitución recoge el principio de temporalidad del poder mediante la limitación del mandato a cuatro años y, a su vez, establece la disolución como causa de la finalización del mandato, independiente y distinta de su expiración.

Para algún sector doctrinal, la expiración del mandato es también una forma de disolución, la más ordinaria, sin embargo, la redacción de los preceptos citados parece diferenciar claramente entre expiración del mandato y disolución y también así sucede con el artículo 78.3 de la norma fundamental: “Expirado el mandato o en caso de disolución, las Diputaciones Permanentes seguirán ejerciendo sus funciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales”, por ello entendemos que la Constitución reserva el término disolución para los diferentes supuestos de disolución anticipada. Dichos supuestos son los siguientes:

Disolución de ambas Cámaras cuando el Congreso no haya alcanzado la investidura de un Presidente del Gobierno durante dos meses después de la primera votación de investidura (artículo 99.5 de la Constitución).

Disolución por separado del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras simultáneamente, producida a propuesta discrecional del Presidente del Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, previa deliberación del Consejo de Ministros (artículo 115 de la Constitución).

Disolución de ambas Cámaras por haber aprobado ambas el inicio de la reforma total de la Constitución o de reforma parcial del Título Preliminar, del Capítulo II, Sección Primera del Título I o del Título II (artículo 168 de la Constitución)

En todos los supuestos la disolución es decretada por el Rey, con refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados en el primer supuesto y del Presidente del Gobierno en los otros dos.

En la práctica el segundo supuesto es el procedimiento más frecuentemente utilizado y de hecho los otros dos no han tenido lugar hasta el momento en nuestro actual ordenamiento constitucional y en el ámbito de las Cortes Generales.

El efecto de la disolución es la finalización de la legislatura, con todas las consecuencias que ello implica: subjetivas, la pérdida de la condición de parlamentarios y de las prerrogativas inherentes a la misma de los miembros de la Cámara disuelta, excepto de los integrantes de la Diputación Permanente, que conservan su mandato hasta la constitución de la nueva Cámara y objetivas, caducidad de los asuntos en trámite al término del mandato, con las excepciones previstas, como, por ejemplo, la iniciativa legislativa popular.

III LA DISOLUCIÓN SANCIONATORIA

El artículo 99 de la Constitución regula el otorgamiento, por el Congreso de los Diputados, de la confianza de la Cámara al candidato a la Presidencia del Gobierno, propuesto por el Rey previa consulta con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria. En su apartado 5 dispone: “Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiera obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid establece una regulación muy similar, aunque no idéntica, la diferencia viene determinada porque en el ámbito de la Comunidad de Madrid es quien ostenta la Presidencia de la Asamblea de Madrid (y no el Rey) quien propone el candidato a la Presidencia de la Comunidad y, en cuanto a la disolución, ésta se realiza *ope legis* de forma automática, sin que estatutariamente se atribuya a ningún órgano la disolución.

Así, el artículo 18 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dispone lo siguiente:

“1. Después de cada renovación de la Asamblea, y en los demás supuestos en los que se produzca vacante en la Presidencia de la Comunidad, el Presidente de la Asamblea, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación en la Asamblea, propondrá a ésta uno de sus miembros como candidato a la Presidencia de la Comunidad.

2. El candidato propuesto, conforme a lo previsto en el apartado anterior, expondrá ante la Asamblea el programa político del gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Asamblea.
3. Si la Asamblea adoptara una moción de censura, el Presidente, junto con su Gobierno cesará, y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara. El Rey le nombrará Presidente de la Comunidad de Madrid.
4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.
5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza de la Asamblea, ésta quedará disuelta, convocándose de inmediato nuevas elecciones.
6. El mandato de la nueva Asamblea durará, en todo caso, hasta la fecha en que debiera concluir el primero”.

Esta disolución automática, tanto de las Cortes Generales como de la Asamblea de Madrid es lógica “puesto que la gobernación del país es el fin que debe primar en toda actuación política” (PIQUERAS BAUTISTA, J.A., *op.cit.*) El mismo autor considera que “por ello es justo sancionar a unos diputados que no han sabido hacer primar el interés general de la nación sobre sus intereses partidistas e ideológicos, y que no han sabido ponerse de acuerdo para acabar con el vacío de poder, mayor o menor, que un periodo interparlamentario supone, con un Gobierno provisional, prorrogado en sus funciones, que no puede adoptar decisiones de importancia al carecer de respaldo legislativo. Personalmente consideramos, pues, que esta solución constitucional tiene mucho de castigo a los diputados que han demostrado su incapacidad para conseguir un ejecutivo más o menos estable, puesto que otras soluciones para resolver el conflicto creado son posibles sin necesidad de disolución de las Cámaras”.

En lo relativo al procedimiento, ya hemos indicado más arriba que la facultad de disolver las Cámaras de las Cortes Generales queda constitucionalmente atribuida al Rey,

en tanto que no queda esclarecida en el ámbito de la Comunidad de Madrid, dado que su Estatuto de Autonomía sólo dispone que la Asamblea “quedará disuelta”.

Los Reglamentos parlamentarios del Congreso de los Diputados y de la Asamblea de Madrid complementan las disposiciones citadas, así el artículo 172.2 del Reglamento del Congreso establece que “si transcurriesen dos meses desde la primera votación de investidura y ningún candidato propuesto hubiese obtenido la confianza del Congreso, el Presidente de la Cámara someterá a la firma del Rey el Decreto de disolución de las Cortes Generales y de convocatoria de elecciones y lo comunicará al Presidente del Senado”. No se trata de una asunción de competencias o facultades que constitucionalmente corresponden al Rey por parte del Presidente del Congreso, sino de un actuación conforme con la institución del referendo y, por lo tanto, plenamente adecuada a lo previsto en el artículo 99.5 de la Constitución.

El artículo 184.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, por su parte, dispone que “si transcurrido el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato propuesto hubiere obtenido la confianza de la Asamblea, ésta quedará disuelta, convocándose de inmediato nuevas elecciones. A tal fin, el Presidente comunicará este hecho al Presidente de la Comunidad de Madrid”. Con esta regulación se confirma la disolución automática de la Cámara sin que el acto de disolución corresponda a ningún órgano concreto, ya que la comunicación del Presidente de la Asamblea al Presidente de la Comunidad (que no olvidemos que se encuentra en funciones) lo es sólo a los efectos de la convocatoria de las nuevas elecciones, como pone de manifiesto la expresión “a tal efecto”, por otro lado, tampoco dicha comunicación puede tener un alcance mayor que el de mera comunicación de un hecho ya consumado, como también se desprende con claridad del tenor literal del precepto.

A mayor abundamiento, y precisamente ante las circunstancias de la inminente disolución sancionadora que le afectaría, la Asamblea de Madrid aprobó una reforma de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, mediante la Ley 12/2003, de 26 de agosto cuya principal finalidad era hacer coincidir la fecha de las elecciones en domingo, pero que también se detiene en el procedimiento de emisión del decreto de convocatoria ante dichas circunstancias, por ello el artículo 8.3 de la Ley Electoral de la

Comunidad de Madrid quedó redactado como sigue: “Cuando se produzca el supuesto previsto en el artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía, el Presidente de la Asamblea lo comunicará al Presidente de la Comunidad al día siguiente del vencimiento del plazo que aquel precepto señala. El decreto de convocatoria de elecciones deberá ser expedido ese mismo día y se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid al día siguiente hábil, fecha en la que entrará en vigor; el decreto de convocatoria señalará la fecha de las elecciones, que se celebrarán el primer domingo siguiente al quincuagésimo cuarto día posterior a la convocatoria. En todo lo demás será de aplicación lo previsto en este artículo”. Esta normativa ratifica, una vez más, la disolución automática y una mera comunicación, que además se produce al día siguiente de la disolución misma, por parte del Presidente de la Asamblea al de la Comunidad, siendo competencia de este último únicamente la convocatoria, inmediata, de nuevas elecciones.

En el ámbito de las Cortes Generales PIQUERAS BAUTISTA (*op. cit.*) plantea como cuestión interesante las facultades del Rey ante una eventual actuación irregular por parte del Presidente del Congreso de los Diputados, por acción o por omisión. En concreto, plantea dos posibles supuestos:

Que el Presidente del Congreso, transcurridos dos meses sin otorgar investidura, no presente al Rey el decreto de disolución para su firma. En este supuesto el citado autor considera que el propio Monarca podría asumir la iniciativa, toda vez que la facultad de disolución se la atribuye a él la Constitución, correspondiendo simplemente el refrendo al Presidente del Congreso, también se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 56.1 de la Constitución, en cuya virtud el Rey “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”, siendo este supuesto un claro funcionamiento irregular.

Que el Presidente del Congreso de los Diputados formule su propuesta de disolución pero la misma adolezca de vicios de legalidad. “Piénsese en una propuesta de disolución anterior al plazo de dos meses legalmente previstos; o que no prevea la disolución de ambas Cámaras; o que no respete los plazos máximo y mínimo para la celebración de nuevas elecciones” (PIQUERAS BAUTISTA, J.A.: *op. cit.*). Para este supuesto es claro que no le corresponde al Rey el control de la legalidad y, por ello, no podría negarse a acordar la disolución argumentando ilegalidad.

IV PLAZO PARA PROPONER CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

La situación extraordinaria que se produjo en la Asamblea de Madrid en su VI Legislatura condujo a que, una vez celebradas dos rondas de consultas con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria, la Presidenta de la Asamblea de Madrid pusiese de manifiesto, mediante oficio de 23 de junio de 2003 que “en el momento actual, ninguno de ellos desea ser propuesto como candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid”, ante dicha circunstancia se planteó si el plazo de quince días previsto en el Reglamento de la Asamblea de Madrid, en su artículo 182.1, para proponer candidato había de entenderse como plazo máximo y, en caso afirmativo, cuándo concluiría el mismo¹.

El artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no contiene previsión alguna en cuanto al plazo en el que el Presidente de la Asamblea propondrá a ésta un candidato. Sin embargo, el artículo 182.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid es mucho más detallado y explícito al respecto, reza así: “Después de cada renovación de la Asamblea y en los demás supuestos en que se produzca vacante en la Presidencia de la Comunidad de Madrid, el Presidente, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación en la Asamblea, propondrá a ésta un diputado como candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid. La propuesta deberá formalizarse en el plazo máximo de quince días desde la constitución de la Asamblea o, en su caso, desde la comunicación a ésta de la vacante producida en la Presidencia de la Comunidad de Madrid.” El precepto transcrito es suficientemente claro y expresivo: sí hay un plazo para que el Presidente efectúe cuantas consultas estime necesarias y realice su propuesta; así mismo se trata de un plazo “máximo”, es decir no superable y, por tanto preclusivo, debiendo la Presidencia de la Asamblea realizar su propuesta con anterioridad al agotamiento o finalización de dicho plazo; por último, dicho plazo está fijado por el Reglamento parlamentario en quince días desde la

¹ En prácticamente la totalidad de las cuestiones jurídicas que se plantearon durante la VI Legislatura se asumió una respuesta colegiada a las mismas por parte del Cuerpo de Letrados de la Asamblea de Madrid, sin perjuicio de que la redacción material de los Informes se efectuase por uno o dos Letrados, siendo los autores del Informe Jurídico sobre esta concreta consulta los Letrados de la Asamblea de Madrid D. Alfonso Arévalo Gutiérrez y D^a Almudena Marazuela Bermejo.

constitución de la Asamblea o, en su caso, desde la comunicación a ésta de la vacante en la Presidencia de la Comunidad de Madrid.

Por el contrario, no existe disposición estatutaria ni reglamentaria alguna que fije un plazo mínimo, por ello sería factible que la Presidencia de la Asamblea realizase su propuesta en cualquier momento con posterioridad a la sesión constitutiva, con el sólo requisito de haber cumplimentado el trámite necesario de consultas a los representantes de los grupos políticos representados en la Asamblea.

En cuanto a la cuestión relativa al momento de terminación de dicho plazo de quince días, el *dies a quo* queda establecido por el propio artículo 182.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid citado: “desde la constitución de la Asamblea”. Ahora bien, para establecer el cómputo del plazo hay que acudir al artículo 129 del mismo texto normativo que, bajo la rúbrica “Del cómputo de plazos y de la presentación de documentos y escritos” dispone:

- “1. Salvo disposición en contrario, los plazos señalados en el presente Reglamento por días se computarán en días hábiles y, los señalados por meses, de fecha a fecha.
2. Se excluirán del cómputo los meses y días comprendidos entre los períodos de sesiones ordinarias de la Asamblea con las siguientes excepciones:

Cuando el asunto en cuestión fuera incluido en el orden del día de una sesión extraordinaria. En tal caso, la Mesa fijará los días que han de habilitarse a los solos efectos del cumplimiento de los trámites que posibiliten la celebración de aquélla.

En la tramitación de las solicitudes de datos, informe o documentos y preguntas de respuesta escrita previstas en los artículos 18 y 198 del presente Reglamento.

3. No alterará las reglas generales sobre cómputo de plazos establecidas en los apartados anteriores de este artículo el calendario de días hábiles para la celebración de sesiones ordinarias previsto en el artículo 101.2 de este Reglamento, que limitará a este ámbito sus efectos”.

La práctica parlamentaria ha venido complementando las disposiciones del citado precepto, así el cómputo de plazos se realiza de lunes a sábado con exclusión de los días festivos; el inicio del plazo tiene lugar al día siguiente del día en que se da el presupuesto de hecho habilitante (en este caso, la sesión constitutiva); en caso de finalizar el plazo en domingo o festivo, se entiende prorrogado hasta el primer día hábil posterior; por último, la terminación definitiva del plazo debe entenderse a las veinticuatro horas del último día del plazo.

En el supuesto de la Asamblea de Madrid, puesto que la sesión constitutiva tuvo lugar el día 10 de junio, el plazo para la presentación de candidato a la Presidencia de la Comunidad finalizaba para la Presidencia de la Asamblea el 27 de junio de 2003.

Una cuestión interesante, a mi juicio, es la de la naturaleza del acto de proponer candidato, es decir si se trata de una potestad o facultad de ejercicio potestativo o si, por el contrario, se trata de un acto debido por parte del Presidente de la Asamblea de Madrid. Me posiciono a favor de la segunda interpretación: se trata de un acto debido. Así lo revela la redacción de los preceptos estatutarios y reglamentarios mediante la utilización de la expresión “propondrá” frente a la expresión “podrá proponer” que es la distinción más común entre el ejercicio de un deber o de una facultad. Sin embargo, no es ésta, ni mucho menos, la razón más importante para considerarlo un acto debido, sino la propia relevancia institucional del acto en sí, la mera posibilidad de que el Presidente de la Cámara no proponga candidato alguno implicaría no sólo un funcionamiento irregular de la institución parlamentaria, sino una crisis institucional de gran calado que conllevaría la imposibilidad misma de formar gobierno. Obviamente, no es esto lo acontecido en la Asamblea de Madrid, dado que, finalmente sí se realizó por la Presidencia de la Cámara una propuesta, en tiempo y forma, de candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid.

El Consejo de Estado, en dictamen emitido el 26 de junio de 2003, a solicitud del Presidente de la Comunidad de Madrid (en funciones) de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, no entendió sin embargo que el acto de proponer candidato sea un acto debido y planteó una posible alternativa al mismo, cuestión sobre la que volveremos más adelante en el desarrollo del presente trabajo.

V SUPUESTO DE EMPATE EN LA VOTACIÓN DE INVESTIDURA

Como ya mencionamos más arriba, la Presidencia de la Asamblea de Madrid formuló, dentro del plazo previsto a tal efecto, propuesta de candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid, teniendo lugar el pertinente debate de investidura los días 27, 28 y 30 de junio de 2003.

El resultado de la investidura era completamente incierto, toda vez que dependía de los diputados que se ausentaron de la sesión constitutiva y, posteriormente, constituyeron el Grupo Mixto. De hecho, el grado de incertidumbre fue tan elevado que motivó una consulta relativa al procedimiento a seguir en el supuesto de que se produjese empate entre el número de votos afirmativos y el número de votos negativos en la votación sobre la investidura.

Como ya hemos visto, la normativa aplicable a la investidura en el Estatuto de Autonomía (artículo 18) y en el Reglamento de la Asamblea de Madrid (artículos 181 a 184) no recoge ninguna disposición específica respecto de la posibilidad de empate, lo que podría parecer que nos conduce a la aplicación de las disposiciones generales de funcionamiento reguladas en el Título VI del Reglamento de la Asamblea de Madrid, concretamente en su Capítulo Cuarto, titulado “De las votaciones”, en el que el artículo 126.1 establece que “Cuando ocurriera empate en alguna votación se realizará una segunda y, si persistiera aquél, se suspenderá la votación durante el tiempo que estime necesario el Presidente. Transcurrido el plazo, se repetirá la votación y, si de nuevo se produjere empate, se entenderá rechazado el dictamen, artículo, enmienda, voto particular, o propuesta de cualquier clase de que se trate”. Esta última expresión genérica, “propuesta de cualquier clase de que se trate” es la que sería aplicable al supuesto que nos ocupa.

Sin embargo, en nuestra opinión, ha de prevalecer la aplicación de lo dispuesto en el artículo 183 del reglamento de la Asamblea en sus apartados 8, 9 y 10 que, si bien no contienen prescripción alguna para el caso de empate (tampoco es necesario que la tenga pues establece de forma meridianamente clara las mayorías necesarias para que se produzca la aprobación de la investidura) sí establecen de forma clara un procedimiento de votación. Así, el artículo 183 del Reglamento de la Asamblea dispone:

“8. La votación se llevará a efecto a la hora fijada por el Presidente. Si en ella el candidato propuesto obtuviera el voto favorable de la mayoría absoluta, se entenderá otorgada la confianza de la Asamblea.

9. Si en la primera votación no se alcanzara la mayoría absoluta requerida, se someterá la misma propuesta a una nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza de la Asamblea se entenderá otorgada si se obtuviere mayoría simple de los diputados presentes. Antes de proceder a esta nueva votación, el candidato propuesto podrá intervenir por tiempo máximo de diez minutos y los grupos parlamentarios por cinco minutos cada uno para fijar su posición. El candidato propuesto podrá contestar de forma global por diez minutos.

10. Si, efectuadas las votaciones a las que se refieren los apartados anteriores, no se otorgase la confianza de la Asamblea, se tramitarán sucesivas propuestas por el mismo procedimiento”.

A la vista de lo dispuesto en los apartados 8 y 9 del artículo citado cabe concluir que un empate en primera y segunda votación implica, evidentemente, no alcanzar las mayorías exigidas, por lo que la sola aplicación de este precepto sería suficiente para resolver un supuesto empate.

VI PLAZO PARA LA EMISIÓN DE NUEVAS PROPUESTAS DE CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD

Las dudas² surgidas sobre si la realización de eventuales sucesivas propuestas de candidato para someterse a la investidura, una vez fracasada la primera, estarían o no sometidas a algún plazo, trae causa de la importancia dada al plazo para realizar la propuesta inicial, la cual era necesaria y preceptiva para la sustanciación de debate y votación de investidura que, de resultar negativo, abriría el cómputo del plazo de los dos meses previos a la disolución.

² Como ya se indicó anteriormente, en casi todas las dudas jurídicas que se plantearon durante la VI Legislatura el Cuerpo de Letrados de la Asamblea de Madrid acordó un criterio común, sin perjuicio de que la redacción material de los Informes se efectuase por uno o dos Letrados, siendo la autora del Informe Jurídico sobre este asunto la Letrada de la Asamblea de Madrid D^a Almudena Marazuela Bermejo.

El plazo para la emisión de sucesivas propuestas queda, evidentemente, condicionado por el plazo de dos meses, iniciado y de carácter preclusivo, ya que, una vez concluido el mismo la Cámara se disuelve *ex lege* de forma automática, por lo que devendría sin sentido cualquier posible propuesta ulterior a dicho plazo.

Ahora bien, dentro del transcurso de esos dos meses, no existe regulación, ni en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid ni en el Reglamento de la Asamblea de Madrid, en lo que a plazo se refiere, a diferencia de lo que sucede con la propuesta inicial, para la que se fija, como hemos visto, un plazo máximo de quince días por el Reglamento de la Asamblea, aunque no por el Estatuto.

El silencio normativo conduce a dos posibles interpretaciones, como subrayó en su día la Letrada de la Asamblea de Madrid informante, cuyo criterio compartimos íntegramente.

La primera de dichas interpretaciones supondría la extensión del artículo 183.10 del Reglamento de la Asamblea a todo el *iter* procedimental y no sólo a su sustanciación parlamentaria, entendida ésta como debate y votación de la investidura. Procede, para mayor claridad, reproducir el artículo 183.10 del Reglamento de la Asamblea: “Si, efectuadas las votaciones a las que se refieren los apartados anteriores, no se otorgase la confianza de la Asamblea, se tramitarán sucesivas propuestas por el mismo procedimiento”.

La segunda interpretación implicaría entender que el silencio normativo es deliberado y buscado en atención a facilitar, sin límites temporales que pudieran implicar un obstáculo, las negociaciones que pudieran conducir a una mayoría parlamentaria suficiente para otorgar la investidura, siempre dentro del plazo indisponible de dos meses establecido antes de la disolución sancionatoria automática.

Esta segunda parece la interpretación más acertada, criterio que se apoya en las siguientes consideraciones:

El artículo 183, del que forma parte, como es obvio, su apartado 10, comprende la regulación de la sustanciación de la propuesta, es decir, del debate y votación de la misma,

no a la propuesta en sí misma, que aparece regulada en el artículo 182 y cuya naturaleza se corresponde con la de un acto de iniciación del procedimiento.

El plazo de quince días de la propuesta inicial establece el inicio para su cómputo, el *dies a quo*, “desde la constitución de la Asamblea”, lo que lo hace, *de facto*, de difícil aplicación a una eventual segunda propuesta e imposible a las sucesivas.

Oscurece esta interpretación la redacción del artículo 182.2: “Formalizada la propuesta, el Presidente fijará la fecha de la sesión de investidura, que tendrá lugar entre el tercer y el séptimo día siguiente, y convocará el Pleno a tal fin”. La regulación de un plazo para la convocatoria de la sesión de investidura plantea igualmente la duda de su aplicabilidad o no para las sucesivas propuestas. De conformidad con la interpretación sustantiva que hemos apoyado del artículo 183, la respuesta sería negativa, sin embargo, atendiendo a la finalidad por la cual se establecen dichos plazos, que no es otra que la de facilitar al candidato un tiempo suficiente para elaborar y presentar un discurso de investidura comprensivo de su programa político y del que dependerá la confianza de la Cámara, los mismos parecen necesarios, por más que no se recojan en el artículo 183, como sistemáticamente sería más correcto. Atendiendo, por tanto, a la conveniencia de garantizar el derecho del candidato y, por extensión, del instituto de la investidura misma, la solución jurídicamente más razonable para dar una solución interpretativa de carácter definitivo sería la emisión, por la Presidencia, de una Resolución interpretativa del Reglamento que hiciera extensivo lo previsto en el artículo 183.10 al artículo 182.2.

VII PRECEPTIVIDAD O NO DEL TRANSCURSO DEL PLAZO DE DOS MESES ANTES DE PROCEDER A LA DISOLUCIÓN

El artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dispone: “Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza de la Asamblea, ésta quedará disuelta, convocándose, de inmediato nuevas elecciones”.

La regulación de esta materia es esencial en un sistema parlamentario, pues no es otra cosa que un fragmento del procedimiento por el cual se produce, o no, la relación fiduciaria entre Parlamento y Presidente del Gobierno, que es en sí misma el fundamento del sistema parlamentario. Es natural y de toda lógica jurídica que dicha regulación se contenga, por lo tanto, en la “norma institucional básica” de la Comunidad Autónoma, en el Estatuto de Autonomía, y es este instrumento normativo lo que hace de dicha regulación derecho necesario, *ius cogens*, indisponible de todo punto para los miembros y para los órganos de la Asamblea de Madrid, toda vez que, precisamente su regulación estatutaria y la naturaleza del Estatuto de Autonomía como Ley Orgánica integrante del denominado “bloque de la constitucionalidad” determine que cualquier vulneración de sus disposiciones implique inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, que dispone: “Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido”.

Por otra parte, como ya se vio más arriba, no hay ningún órgano que “proceda” a la disolución de la Asamblea de Madrid en su modalidad de disolución sancionatoria (por supuesto, sí en el caso de disolución anticipada), se trata de una disolución automática que se produce por ministerio de la ley, pese a ello, se produjo en su momento un intenso debate acerca de la posibilidad de que el propio Pleno de la Asamblea de Madrid pudiese acordar, por mayoría, su disolución. Debate que no dejó de ser sorprendente toda vez que la controversia sobre el mismo evidenciaba la ausencia de un acuerdo general y amplio sobre la cuestión, por lo que al igual que sucedía para una eventual investidura, el resultado de la votación dependería de los votos de los dos diputados del Grupo Mixto, es decir, se dejaría en manos, precisamente de dichos diputados, cuyo votos no eran deseados por ninguno de los posibles candidatos para su investidura, nada más y nada menos, que la posibilidad de autodisolución del Parlamento.

Dicho debate motivó consulta³ por la Presidencia de la Asamblea acerca de “si resulta necesario el transcurso del plazo de dos meses previstos en el artículo 184.2 del Reglamento antes de proceder a la disolución de la Asamblea y convocatoria de nuevas elecciones”.

El artículo 184.2 del Reglamento de la Asamblea reproduce el contenido del artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía añadiendo *in fine*: “A tal fin, el Presidente comunicará este hecho al Presidente de la Comunidad de Madrid”. El fin en cuestión es únicamente la convocatoria inmediata de nuevas elecciones. La regulación estatutaria prevalecería sobre la reglamentaria, por razones de jerarquía normativa en caso de existir alguna contradicción, no habiendo tal, sino identidad, de la literalidad de ambos preceptos resulta la obligatoriedad del cumplimiento del plazo de los dos meses, cuya imposición por el Estatuto de Autonomía tiene como finalidad agotar las máximas posibilidades de llegar a un acuerdo de investidura, siendo dicho agotamiento antes de llegar a la disolución, un acto debido, precisamente por mandato del Estatuto de Autonomía. Así lo consideró análogamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 16/84, relativa al procedimiento subsidiario de designación que establecía la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en su Fundamento Jurídico Sexto: “Resulta imprescindible, para dilucidar las cuestiones y dificultades que pueden plantear los complejos procedimientos propios de este modelo parlamentario, que el mismo no se ha considerado únicamente como un mero mecanismo técnico, sino que se inserte en el orden de principios y valores a los que sirve; valores y principios que han de inspirar la interpretación de las normas que lo regulan. Junto al principio de legitimidad democrática de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo —artículo 1.2 de la Constitución— y la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma que, entre otros objetivos, trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas. A este fin prevé el artículo 99 de la Constitución la disolución automática de las Cámaras cuando se evidencia la imposibilidad en la que éstas se encuentran de designar un Presidente del Gobierno dentro del plazo de dos

³ Nuevamente se recuerda que en la mayor parte de las consultas jurídicas que se plantearon durante la VI Legislatura a las mismas fueron debatidas por parte del Cuerpo de Letrados de la Asamblea de Madrid, procurando llegar a un criterio común sin perjuicio de que la redacción material de los Informes se efectuase por uno o dos Letrados, en este caso, la misma correspondió a los Letrados de la Asamblea de Madrid D. Alfonso Arévalo Gutiérrez y D^a Almudena Marazuela Bermejo.

meses. La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y otros diversos Estatutos de Autonomía sirven al mismo principio y persiguen la misma finalidad al arbitrar un procedimiento subsidiario por la designación del Presidente del órgano ejecutivo, cuando la correspondiente Asamblea, dentro del mismo plazo de dos meses no haya logrado la designación por mayoría de uno de los candidatos propuestos. Este procedimiento no puede llevar, sin embargo, como es evidente, a que la voluntad de la Asamblea sea sustituida por ninguna otra y, en consecuencia, sólo puede entrar en juego cuando se han agotado *todas las posibilidades que la ley ofrece e impone. Dicha oportunidad aparece así como requisito esencial para la ordenación del procedimiento*, tanto en la Constitución como en los Estatutos”.

La observancia del plazo de dos meses resulta, por tanto, requisito esencial de cumplimiento inexcusable, cuya omisión representaría la nulidad por inconstitucionalidad, no siendo disponible ni por la propia Asamblea reunida en sesión plenaria al tratarse de una disposición de carácter estatutario.

VIII EL CRITERIO DEL CONSEJO DE ESTADO

Como adelantamos más arriba, el Presidente de la Comunidad de Madrid (en funciones), de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado solicitó emisión de dictamen con el siguiente tenor literal:

“Ante la situación planteada en la Asamblea de Madrid, y de acuerdo con el artículo 23, párrafo primero de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, como Presidente de la Comunidad de Madrid traslado a V.E. las siguientes cuestiones referidas al proceso de investidura regulado en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y disposiciones concordantes para su dictamen por el Consejo de Estado:

Cuándo se empieza a contar el período de dos meses legalmente previsto en el Estatuto de Autonomía y el Reglamento de la Asamblea de Madrid para su disolución y convocatoria de nuevas elecciones si no hay candidato a la investidura.

Si constituida una nueva Asamblea y antes de que transcurra el referido plazo de dos meses para que tenga lugar su disolución legal puede procederse a esta disolución por acuerdo mayoritario de la Cámara porque en el plazo de quince días no haya ningún candidato a la investidura.

Si transcurrido el plazo de quince días previsto en el Reglamento de la Asamblea para la presentación de candidatos a la Presidencia de la Comunidad de Madrid, sin que ninguno de ellos hubiera obtenido la confianza de la Cámara, se pueden presentar nuevos candidatos hasta que concluya el plazo legalmente previsto para la disolución de la Asamblea y la convocatoria de nuevas elecciones.”

Sobre la primera de las consultas planteadas el Consejo de Estado expone en su dictamen: “La primera cuestión que se plantea atañe al su puesto de que no exista un candidato para la investidura por la imposibilidad de proponerlo, tras haberse realizado por el Presidente de la Asamblea las correspondientes consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria en el plazo máximo de quince días desde la constitución de la Cámara previsto en el artículo 182.1 de su Reglamento. Esa imposibilidad se fundamenta, lógicamente y atendiendo al fin de las previsiones normativas examinadas, en la constatación del Presidente de la Cámara de que no hay persona que, estando dispuesta a ser candidato, tenga expectativas razonables de obtener la confianza parlamentaria. Convertido el supuesto en dato....”. Encontramos aquí un error en la apreciación de los hechos por parte del Consejo de Estado dado que no se trataba de que existiera un persona dispuesta a ser candidato pero sin posibilidad de obtener la mayoría, sino de que conforme rezaba el oficio de 23 de junio suscrito por la Presidenta de la Asamblea “en el momento actual ninguno de ellos desea ser propuesto como candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid”.

El Consejo de Estado también plantea que “no es admisible que la imposibilidad de proponer un candidato a la Presidencia de la Comunidad en el breve e inicial plazo de quince días produzca una paralización institucional (en potencia indefinida) de la que no quepa salir de acuerdo con las normas y a la luz de los principios del Derecho que han de informar su interpretación y aplicación. (...) Y la respuesta en Derecho no puede consistir, sin intolerable desdoro para la función del

jurista, en propiciar la celebración de una votación de investidura de resultado negativo previsto (y hasta cierto) con el único fin de escenificar el cumplimiento de la letra de la norma”. También en esta ocasión hemos de disentir de la apreciación de los hechos por parte del Consejo de Estado, dado que la distribución de los 111 escaños de la Asamblea de Madrid en al VI Legislatura⁴ determinaba que los dos candidatos de los dos partidos con mayor representación estaban en disposición muy similar tanto de obtener la investidura como de fracasar, puesto que el resultado de la votación dependería de los dos diputados que se ausentaron de la sesión constitutiva y posteriormente se constituyeron como Grupo Mixto⁵, no existiendo, por tanto un resultado negativo más previsible (y mucho menos cierto) que otro positivo. Por ello, y entendiendo que la disolución sancionatoria de un Parlamento ha de ser la ultima ratio del ordenamiento jurídico para dar respuesta a un situación de bloqueo institucional como la planteada, han de agotarse, con carácter previo a tan drástica solución, todas las alternativas posibles, incluyendo la de considerar como acto debido para la Presidencia de la Asamblea la propuesta de candidato en el plazo de quince días.

La alternativa que propone el Consejo de Estado es, no obstante, muy interesante: “la realidad de que no existen términos hábiles para que la votación se produzca, precisamente por la falta de un candidato que esté dispuesto y en condiciones de obtener la confianza da la Cámara, es de efecto equivalente a una votación fallida para la investidura de un candidato como Presidente de la Comunidad. (...) La situación debe ser objeto de comunicación al Pleno de la Asamblea por parte de su Presidente con invocación y ejercicio, en su caso, de las facultades que le confiere el artículo 55 del Reglamento de la Asamblea. La manifestación de voluntad recepticia del Pleno en relación con dicha comunicación ha de producir igual efecto útil que una primera votación de investidura fallida, porque revela lo mismo –de hecho y de Derecho-, esto es la inexistencia a la sazón de un candidato que obtenga la confianza de la Asamblea para ser investido como Presidente de la Comunidad en el marco temporal en el que se produjo o debiera haberse producido la primera votación”.

4 111 escaños distribuidos de la siguiente forma: Grupo Parlamentario Popular, 55; Grupo Parlamentario Socialista, 45; Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, 9; Grupo Mixto, 2.

5 Y formularon un escrito en el que se comprometían a votar a favor de la investidura de D. Rafael Simancas Simancas si se formulaba la candidatura, lo que finalmente no hicieron cuando dicha candidatura efectivamente fue sometida a votación.

Siendo una solución muy interesante, el único fundamento legal invocado en esta interpretación sería el artículo 55 del Reglamento de la Asamblea, relativo a las funciones del Presidente y entendemos que, específicamente, a las de interpretación y suplencia del Reglamento en casos de duda u omisión. Ante ello seguimos prefiriendo la interpretación del acto debido, cuyo fundamento entendemos que deriva del propio tenor literal del artículo 182.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid y, con independencia del plazo, del hecho de su regulación en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía, integrante del bloque de la constitucionalidad.

La segunda consulta planteada subraya la importancia del debate político, al que más arriba hacíamos referencia, suscitado en torno al planteamiento relativo a la autodisolución de la Asamblea de Madrid por acuerdo mayoritario del Pleno. A juicio del Consejo de Estado “no puede anticiparse la disolución de la Asamblea por el solo hecho de que transcurra el plazo de quince días fijado en el artículo 182.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid sin que haya propuesta de candidato para la investidura”. A tenor de los argumentos expuestos en el apartado anterior cabría añadir que tampoco por ningún otro motivo.

El Consejo de Estado considera que la disolución de la Asamblea “sólo puede entrar en juego cuando, en el plazo estatutario de dos meses, se hayan explorado e intentado sin éxito todas las posibilidades que el sistema parlamentario brinda en conexión, naturalmente, con las circunstancias de la situación (el llamado “diálogo” entre los hechos y el Derecho) (...) El que al inicio del cómputo de dicho plazo no se haya siquiera conseguido presentar o proponer a la Asamblea un candidato no convierte por sí en definitiva e indefectible la falta de candidatos a la investidura, de modo que permita prescindir de la realización de las gestiones y consultas tendentes a conseguir que el procedimiento de elección de un Presidente de la Comunidad llegue a buen fin. La certidumbre moral, la probabilidad o la razonable previsión de que durante esos dos meses no habrá un candidato que pueda ser investido no legitima la inactividad ni autoriza a operar “como si” tal plazo —impuesto por prescripción estatutaria— no existiera o “como si”, por decisión según el arbitrio de los grupos o de la propia Asamblea, cupiera optar entre respetarlo, neutralizarlo o eliminarlo. Así pues, la posibilidad de disolución, tras el plazo de quince días establecido en el artículo 182.1 del Reglamento de la Asamblea y antes de que transcurra el plazo de dos

meses —segunda de las cuestiones consultadas— ha de ser rechazada porque sería tanto como la creación de un supuesto excepcional de disolución de la Asamblea no previsto en el Estatuto de Autonomía”. Opinamos que estos mismos argumentos operan a favor de la observancia, como acto debido, de la propuesta de candidato por parte de la Presidencia de la Asamblea, ya que la alternativa planteada por el Consejo de Estado no es otra cosa que algo no previsto en el Estatuto de Autonomía.

En lo relativo a la observancia del plazo de dos meses, no podemos, en esta ocasión, estar más de acuerdo con las aseveraciones del Consejo de Estado y, especialmente, en el hecho de subrayar la importancia de la regulación estatutaria del plazo de dos meses, auténtica limitación infranqueable y garantizadora de la integridad de la Asamblea, incluso ante sí misma, pues la imposibilidad estatutaria de autodisolución pone de manifiesto la condición de la Asamblea como poder estatuido, cuyas potestades no pueden ir más allá de las prescripciones del Estatuto de Autonomía, que se convierte así no sólo en normación, sino también en garantía de la propia organización institucional autonómica.

La tercera consulta plantea “si transcurrido el plazo de quince días previsto en el Reglamento de la Asamblea para la presentación de candidatos a la Presidencia de la Comunidad de Madrid, sin que ninguno de ellos hubiera obtenido la confianza de la Cámara, se pueden presentar nuevos candidatos hasta que concluya el plazo legalmente previsto para la disolución de la Asamblea y la convocatoria de nuevas elecciones”. Encontramos una confusión en este planteamiento, ya que el plazo de quince días a que se refiere en enunciado es para la presentación de candidatos por la Presidencia de la Asamblea, no para que el candidato propuesto obtenga la investidura, para lo cual el plazo, lógicamente, sería mayor, pues conllevaría los tiempos establecidos para la convocatoria de la sesión plenaria y la sustanciación de la investidura en la misma.

Por su parte, en el dictamen del Consejo de Estado parece advertirse un cierto condicionamiento que vendría, de ser cierto, determinado por sus conclusiones respecto a la primera consulta. Así, parte de la posibilidad de efectuar ulteriores propuestas no en el supuesto de candidatos previos que no hayan obtenido la confianza (que es el objeto de la consulta) sino en el supuesto de que se haya iniciado el plazo de

dos meses en virtud de la constatación de la imposibilidad de proponer candidato, presupuesto de hecho habilitante para el inicio del cómputo del plazo según el dictamen a la primera consulta: “En este caso, a la vista de la interpretación realizada para el cómputo del plazo de dos meses establecido en los artículos 18.5 del Estatuto de Autonomía y 182.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, ha de considerarse que el dato de que el inicio del cómputo de ese plazo tenga lugar por referencia a la constatación de la imposibilidad de proponer a la Cámara un candidato no impide, claro está, tramitar ulteriormente efectivas propuestas de candidatos por el procedimiento establecido en el artículo 183 del Reglamento de la Asamblea, a la vista de su apartado 10 y del artículo 18.4 del Estatuto de Autonomía”. Compartimos, evidentemente, la posibilidad de presentar tantos candidatos como sea posible hasta que alguno obtuviera la confianza antes de disolver la Asamblea, pero seguimos sosteniendo, por las razones expuestas más arriba, que el artículo 183 del Reglamento de la Asamblea no regula en sí la propuesta de candidato sino el debate y votación de la misma.

El Consejo de Estado, en cualquier caso, atiende primordialmente a la finalidad que justifica la existencia misma del plazo de dos meses: “la constatación de aquella imposibilidad y el inicio por referencia a ella del cómputo del plazo de dos meses respaldan la significación de dicho plazo dando vigencia práctica a su objetivo que es llegar a la designación de Presidente de la Comunidad evitando, en el período temporal que se extiende, la disolución anticipada de la Asamblea. Durante ese plazo, por tanto, se pueden presentar candidatos hasta que uno de ellos obtenga la confianza parlamentaria, ya que el Estatuto y el Reglamento de la Asamblea prevén la tramitación de sucesivas propuestas durante ese período”.

Para terminar, el Consejo de Estado resuelve de forma práctica y utilitarista la contradicción implícita en que incurre su dictamen en lo relativo a las consultas primera y tercera: “Desde la interpretación propuesta de inicio del cómputo del plazo de dos meses quizá cupiera plantear la cuestión relativa a cómo considerar la primera votación de investidura que pudiera tener lugar iniciado ya el cómputo del plazo de dos meses previsto en el artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía, pero a juicio del Consejo de Estado, aunque tal votación de investidura sería ciertamente la primera que se produciría no lo sería para determinar el inicio del cómputo de tal plazo que

ya se habría comenzado por la imposibilidad de presentación de candidatos en el plazo inicial de quince días y su equivalencia —ya argumentada— con la situación prevista en excitado precepto estatutario”. Reiteramos una vez más que a nuestro juicio la propuesta formal de candidato en el plazo de quince días por la Presidencia de la Asamblea es un acto debido, indisponible por el órgano competente para realizarlo, lo que evitaría que en el momento en el que se inicia legalmente el cómputo del tan reiterado plazo de dos meses el mismo estuviera ya abierto.

IX RÉGIMEN DEL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Ante la tardanza en producirse el ortorgamiento de la confianza a un nuevo Presidente de la Comunidad de Madrid la prórroga de funciones del Gobierno saliente tuvo una duración más prolongada de lo habitual, lo que condujo a la cuestión del alcance de un posible control parlamentario a un Gobierno en funciones.⁶

La normativa aplicable al Gobierno en funciones en la Comunidad de Madrid es la que se contiene a continuación:

Artículo 24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid:

- “1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones a la Asamblea, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en este Estatuto y en caso de dimisión, incapacidad o fallecimiento del Presidente.
2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”.

Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid:

Artículo 20: “De conformidad con el artículo 23⁷ del Estatuto de Autonomía, el Consejo de Gobierno cesa tras la celebración de elecciones a la Asamblea, en los

6 Como reiteradamente venimos destacando, los asuntos jurídicos planteados durante la VI Legislatura se trataron en común por el Cuerpo de Letrados de la Asamblea, con independencia de que la redacción material de los Informes se encargase a uno o dos Letrados. El autor del Informe Jurídico sobre esta materia fue el Letrado de la Asamblea de Madrid, D. Alfonso Arévalo Gutiérrez.

7 Artículo 24 tras la redacción otorgada por la reforma operada mediante la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio.

casos de pérdida de la cuestión de confianza, aprobación de moción de censura, dimisión, incapacidad permanente y fallecimiento del Presidente. El Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno.”

Artículo 3.2: “El Derecho estatal tendrá carácter supletorio, de conformidad con los artículos 149.3 de la Constitución y 34 del Estatuto de Autonomía”

Disposición Final Segunda: “Para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en la materia, equiparándose los órganos por analogía de sus funciones”.

La transcripción del artículo 3.2 y de la Disposición Final Segunda es pertinente para completar el régimen jurídico aplicable al Gobierno en funciones en la Comunidad de Madrid, ya que, en su virtud, además de la normativa autonómica es de aplicación la legislación estatal y, por lo tanto, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula, en su artículo 21, de forma exhaustiva, las competencias del Gobierno del Estado en funciones y también impone límites a su actuación, reza así:

1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.
4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
 - Plantear la cuestión de confianza.
 - Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.
5. El gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Aprobar el proyecto de Presupuestos Generales del Estado.
 - b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales”.

La lógica de la existencia de la prórroga del mandato en los órganos estatales (no sólo en el Gobierno) deriva de la necesidad de evitar el vacío de poder y de la necesidad de asegurar la continuidad en el normal desarrollo de las funciones públicas que dichos órganos desempeñan. Esto, naturalmente, es también de aplicación al Ejecutivo

En lo que respecta al control parlamentario del Gobierno en funciones, cabe considerarlo un aspecto más de las relaciones entre Parlamento y Gobierno, marcadas *ab initio* por la relación de confianza del primero en el segundo, podría suponerse por tanto, que en ausencia de dicha manifestación de confianza no cabe control parlamentario alguno. Es necesario subrayar en este punto, que la naturaleza del control parlamentario es, por definición, política, no jurídica, de hecho, la máxima expresión del control parlamentario es la moción de censura, cuya virtualidad no es otra que la retirada de la confianza, retirada que, para el supuesto del Gobierno en funciones, queda consumada con la propia expiración del mandato parlamentario o la disolución de la Cámara.

Por otra parte, la ausencia de control parlamentario hacia el Gobierno en funciones no implica en absoluto una total ausencia de control, ya que el resto de mecanismos de control previsto por el ordenamiento jurídico, muy especialmente el control jurisdiccional, en virtud del artículo 106 de la Constitución, permanecen plenamente activos y ajenos a las circunstancias políticas que envuelven las relaciones Parlamento-Gobierno.

Otra posición sería la de sostener que el control parlamentario al gobierno en funciones sólo ha de tener lugar en caso de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad o de flagrantes vulneraciones por parte del mismo de los límites inherentes a su situación de interinidad y de falta de confianza por el Parlamento. En este sentido los artículo 130 del Reglamento del Parlamento Vasco y 134 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

Artículo 130 del Reglamento del Parlamento Vasco: “Mientras la Cámara no haya designado al Lehendakari no se podrán incluir en el orden del día otros asuntos, salvo que lo aconsejaren razones extraordinarias y de urgente necesidad apreciadas por la Mesa del Parlamento y la Junta de Portavoces”.

Artículo 134 del Reglamento de las Cortes Valencianas: “Mientras la Cámara no haya elegido Presidente de la Generalitat no se podrán incluir en el orden del día otros asuntos salvo que razones extraordinarias y de urgente necesidad, acordadas por la Mesa y la Junta de Síndics, lo aconsejaran”.

Los preceptos citados, más que limitar en sí mismo el control parlamentario, lo que limitan es la propia actividad parlamentaria, incluido el control, impidiendo el tratamiento de asuntos diversos al propio otorgamiento de la confianza, pero *contrario sensu* cabe interpretar que es factible el control parlamentario en las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que apreciaran los órganos de gobierno de los respectivos Parlamentos.

También algunos autores se pronuncian a favor de un control limitado, así DE LA PEÑA RODRÍGUEZ (“El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución”, en “Parlamento y control del Gobierno”, V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1998) sostiene que “sólo resultaría susceptible de fiscalización la actividad del Ejecutivo, referida a la gestión de asuntos de trámite y urgentes durante el período de interinidad, excepto que el Gobierno hubiera rebasado tales límites” y de acuerdo con esta idea expone dos criterios diversos de tramitación de las iniciativas parlamentarias de control : “En primer lugar, aquéllas que se dirigen estrictamente al Gobierno en funciones y, por otro lado, las que tienen como destinatario al nuevo Ejecutivo. Una vez cumplidos los requisitos reglamentarios, las primeras podrían tramitarse en la forma y en los plazos previstos por el Reglamento para los casos habituales, correspondiendo al autor de este tipo de iniciativas la valoración de su eficacia, incluyendo su posible caducidad una vez que el nuevo Gobierno tome posesión. El segundo tipo de iniciativas de control, siempre que reúnan los requisitos reglamentarios, se admitiría a trámite, con la particularidad de que no se remitirían al Gobierno en funciones, dado que éste no es su destinatario, sino que se enviarían al nuevo Gobierno, a partir del momento en que tomara posesión. La consecuencia práctica sería que los plazos reglamentarios,

en este caso, se computarían a partir de la fecha de su toma de posesión, coincidente con la de su remisión. De esta forma se cohonstarían la necesidad de mantener un control del Ejecutivo en funciones y la remisión de estas iniciativas al destinatario auténtico de las mismas”.

Otra interpretación sostendría que la función constitucional (artículo 66 de la Constitución) y estatutaria (artículo 9 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid) de control del Gobierno no aparece sujeta a condicionamientos dependiendo de si el Gobierno se encuentra o no en funciones y que, por eso mismo nada impediría el pleno ejercicio de dicha función de control por más que el Gobierno lo fuera en funciones.

Desde un punto de vista teórico y de acuerdo con las conocidas formulaciones del parlamentarismo racionalizado, en cuya virtud el Parlamento controla al Ejecutivo, teniendo este control su máxima expresión en la moción de censura y teniendo el Presidente del Gobierno, en contrapartida, la facultad de disolución del Parlamento, consideraríamos que la interpretación más acertada sería la primera: en ausencia de otorgamiento de confianza no cabe control.

Sin embargo, hemos de reconocer que la práctica ha desvirtuado ambas instituciones y, en la actualidad, la moción de censura es más un instrumento de crítica intensa al Ejecutivo, con la publicidad y repercusión mediática que este tipo de iniciativas suelen tener, que un instrumento para exigir la responsabilidad del Presidente y obtener su remoción retirándole la confianza parlamentaria.

Por su parte, la disolución anticipada es más un instrumento para la elección, por parte del Presidente del Gobierno, del momento más conveniente, para la formación política a la que pertenezca, para celebrar los comicios que un instrumento de defensa frente a escasos apoyos parlamentarios para llevar a la práctica su acción de gobierno.

Procurando “hacer de la necesidad virtud”, y reconociendo que es más fácil adaptar la teoría a la realidad que modificar la realidad, nos parece que la fórmula de control pleno por parte del Parlamento hacia el Gobierno en funciones responde mejor

a la finalidad del control parlamentario en nuestros días, que no es otra que la de proyectar hacia la sociedad, con la mayor publicidad de que es capaz el Parlamento, la crítica hacia el Gobierno, se encuentre o no en funciones, y que, normalmente, procederá casi siempre de la minoría, que sólo tiene voz institucional, precisamente, en el Parlamento.

Damià Lluna Taberner

FUNCIONARIO DE LA COMISIÓN EUROPEA - DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA REGIONAL

IMPLICACIONES DEL NUEVO TRATADO PARA LAS REGIONES DE LA UNIÓN EUROPEA *

SUMARIO

- I. DE LA CONVENCION AL “MINI-TRATADO”
- II. IMPLICACIONES DEL NUEVO TRATADO PARA LAS REGIONES DE UE
 - II.1. LOS NUEVOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL TRATADO
 - II.2. UN NUEVO TRATAMIENTO Y SISTEMA DE CONTROL DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD
 - II.3. UN NUEVO PROTOCOLO PARA LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN
 - II.4. UN NUEVO PROTOCOLO SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL
 - II.5. CAMBIOS EN LOS ARTÍCULOS REFERIDOS A LA COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA UNIÓN
- III. CONCLUSIONES

El Consejo Europeo de Junio, tras arduas negociaciones, aprobó la convocatoria de una nueva Conferencia Intergubernamental para la negociación de un Nuevo Tratado que reemplace al proyecto de Tratado Constitucional, después de dos años de impase debido al resultado negativo de los referendos francés y holandés.

El acuerdo del Consejo Europeo de Junio toma como base una buena parte de los elementos novedosos y de los artículos del Tratado Constitucional añadiendo una serie de artículos y nuevas cláusulas, en especial varios protocolos que contribuyen a hacer particularmente embarullada la presentación del nuevo texto.

* Las opiniones vertidas en este artículo no representan ni comprometen la posición de la Comisión Europea.

En este artículo trataré de dibujar un panorama general de las consecuencias que el nuevo Tratado tendrá para las autoridades locales y regionales de la Unión europea, centrándome en particular en las consecuencias que puede tener para la futura política regional de la Unión la adición del nuevo calificativo de “cohesión territorial”.

Empezaré con un breve recordatorio del proceso desde la convocatoria de una Convención encargada de redactar un proyecto de Constitución para Europa hasta el acuerdo para el nuevo Tratado. Examinaré después los cambios principales entre un texto y otro. Terminaré con un análisis de las implicaciones del nuevo Tratado para los entes locales y locales de la UE.

Mi conclusión principal es que el nuevo Tratado no introduce grandes cambios en este sentido respecto al proyecto de Tratado Constitucional, que incluía una serie de novedades importantes para las autoridades locales y regionales, en particular la nueva definición de cohesión, la atribución al Comité de Regiones de la potestad de acudir al Tribunal de Justicia en caso de violación del principio de subsidiariedad y los nuevos canales de participación de los parlamentos regionales en el control de la subsidiariedad.

Es probable por tanto que la introducción de estos elementos refuerce la participación de los entes locales y regionales en el entramado institucional de la Unión, si bien quedará muy lejos de las aspiraciones de algunas regiones europeas. En el caso de la Comunidad Valenciana, las reformas introducidas en el Estatut en el apartado de acción exterior de la Generalitat se revelarán muy útiles para aprovechar las nuevas oportunidades que se plantean.

I DE LA CONVENCIÓN AL “MINI-TRATADO“

La gran impresión después de las negociaciones que acabaron con la firma del Tratado de Niza fue que el sistema seguido para llegar a un acuerdo, el habitual de la Conferencia Intergubernamental (CIG) había agotados sus posibilidades como método, y que un proceso más participativo era necesario en caso de querer otorgar a la Unión una Constitución.

El precedente exitoso de la Convención que redactó la Carta de Derechos fundamentales de la Unión llevó a la elección de este sistema en la Cumbre de Laeken de Diciembre de 2001, que estableció los contenidos mínimos que la Constitución europea debería tener y el método que se seguiría para su elaboración.

Este nuevo método despertó muchas esperanzas en las autoridades locales y regionales de la Unión, que vieron la oportunidad de reforzar su papel y ver atendidas algunas de sus demandas tradicionales. De hecho, y por primera vez, las regiones europeas pudieron participar en el proceso de elaboración del nuevo Tratado Constitucional, ya que el Comité de Regiones obtuvo el derecho de nombrar a varios de sus miembros para que participaran como observadores en todo el proceso de la Convención.

En efecto, la Convención se reveló como un método más favorable para las ciudades y regiones, pues el proyecto de Tratado Constitucional establecía toda una serie de novedades que, aun sin recoger algunas reivindicaciones, reforzaban el papel de las regiones y ciudades en el proceso de construcción europea.

En primer lugar, una nueva definición del principio de subsidiariedad que incluía por primera vez al nivel local y regional, así como una nueva definición de las competencias de la Unión y las relaciones con los Estados miembros.

En segundo lugar, se reconocía el derecho de los parlamentos regionales a participar en el mecanismo de control previo de la subsidiariedad, y al Comité de Regiones se le reconocía por primera vez la posibilidad de recurrir al tribunal de Justicia en caso de que estime que una proposición legislativa viole el principio de subsidiariedad. A esta disposición hay que añadir también la facultad otorgada al Comité para acudir al Tribunal de Justicia en caso de que no se respeten sus atribuciones, lo que sin duda le otorga ya una diferencia importante respecto al otro órgano consultivo, el Comité económico y social, que apenas ve modificado su status en el proyecto de Constitución.

En tercer lugar, la inclusión del adjetivo territorial en la definición de la cohesión económica y social de la Unión, como uno de sus objetivos. Esta nueva definición tien-

de a reforzar la existencia de la política de cohesión de la UE, tal y como solicito con fuerza el Comité de regiones¹. No es de extrañar por tanto que el Comité acogiera favorablemente el proyecto de Tratado constitucional y se pronunciara en diversas ocasiones a favor de su ratificación.

Como ya es bien conocido, el proceso de ratificación se vio interrumpido tras el fracaso de los referendos holandés y francés, que condujeron a un callejón sin salida. Se abrió entonces lo que se vino a denominar el “periodo de reflexión“, que visto a posteriori no ha sido más que un eufemismo para denominar la espera hasta el resultado de las elecciones francesas, que coincidía además con la Presidencia alemana del Consejo.

En efecto, desde el inicio de la Presidencia alemana en enero de 2007 ya se vio la voluntad de la Canciller Merkel de sacar a Europa del atolladero al que la había conducido el fracaso del proyecto de Constitución, y ya en la Cumbre de Berlín de marzo de 2007 logró concluir un difícil compromiso para relanzar el proceso de construcción europea, precisamente cuando se cumplían 50 años de la firma del Tratado de Roma.

La elección de Nicolás Sarkozy como Presidente de Francia abrió las puertas de un nuevo acuerdo, sobre la base de la propuesta franco alemana de articular un nuevo “mini Tratado”, que en realidad recoge la mayor parte de las novedades institucionales del proyecto de Constitución, si bien eliminando toda su carga simbólica e introduciendo determinadas cláusulas de salida para los países mas reticentes, fundamentalmente Polonia, el Reino Unido y Holanda². La formula dio resultado y, después de las arduas negociaciones³, se logró alcanzar un acuerdo en la Cumbre de Bruselas de Junio de 2007.

1 Dictamen de iniciativa 388/2001 del Comité de Regiones sobre “La cohesión territorial” de 9 y 10 de abril de 2003 (Ponente: VAL-CARCEL SISO ES/PPE).

2 Giuliano Amato, vice-Presidente de la Convención, lideró un grupo de expertos que elaboraron un nuevo texto de Tratado que contenía las principales innovaciones del proyecto de Constitución sin alterar la arquitectura de los Tratados como lo hacía el texto emanado de la Convención.

3 Las negociaciones fueron largas debido a la dura oposición y a las reivindicaciones tardías del gobierno polaco, que atacó el sistema de voto del Consejo negociado por la Comisión y añadió nuevas demandas en el último momento.

El acuerdo, como he señalado anteriormente, recoge buena parte de los elementos del proyecto de Constitución, si bien introduce una serie de cambios importantes:

El Tratado pasa a llamarse “de reforma” y se elimina toda referencia al termino Constitución en el mismo;

Se recogen las innovaciones del Título I del proyecto, si bien no hay mención de los símbolos de la Unión y se precisa que la Unión no intervendrá mas que en los límites de las competencias conferidas por los Estados miembros;

Se recoge el artículo referido a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión y el carácter obligatorio de la misma, si bien ésta no se aplicará al Reino Unido y con ciertas reservas a Polonia;

En el apartado institucional se mantienen muchas de las innovaciones del texto de Constitución (limitación del numero de Comisarios, Presidencia estable del Consejo, composición del Parlamento) y se mantiene el sistema de doble mayoría, si bien ésta no se aplicará hasta 2014 por las exigencias del Gobierno polaco;

En materia de política exterior se elimina la denominación de Ministro de relaciones exteriores y se mantiene la de Alto Representante, si bien se mantienen muchos de los avances del proyecto de Constitución;

En relación al Tratado sobre la Comunidad europea, se mantienen muchos de los cambios si bien se reduce sustancialmente el número de materias que pasan de la unanimidad a la mayoría cualificada.

II IMPLICACIONES DEL NUEVO TRATADO PARA LAS REGIONES DE LA UE

En lo referente a las autoridades locales, el nuevo Tratado deja prácticamente intactas todas las modificaciones que habían sido introducidas por el proyecto de Constitución, tal y como había solicitado el Comité de Regiones en su Dictamen de iniciativa de junio

de 2007⁴. El “lobby” efectuado por las ciudades y regiones dio sus frutos, pudiéndose distinguir cinco grandes cambios que tendrán importantes repercusiones para las autoridades locales y regionales.

II.1. LOS NUEVOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL TRATADO

Los cambios introducidos por el nuevo Tratado en este punto han sido bastante importantes, si bien no han venido a afectar a aquellos principios que eran más importantes para las autoridades regionales y locales.

En primer lugar, el nuevo Tratado reconoce como uno de los objetivos de la Unión en su artículo I-3 el respeto a la riqueza de su diversidad lingüística y cultural y la salvaguardia del patrimonio cultural europeo. Este punto concreto ha sido visto como un apoyo explícito a la diversidad de la UE, que se manifiesta por ejemplo en la existencia de diversas lenguas y tradiciones culturales.

En segundo lugar, el nuevo Tratado, al igual que el proyecto de Constitución, reconoce la autonomía regional y local como un principio fundamental del orden político europeo, insertando esa referencia en un nuevo artículo 4 que regula las relaciones entre la Unión y sus Estados miembros. El nuevo Tratado, al igual que la Constitución constituye pues un avance importante a nivel de reconocimiento político de los niveles local y regional, y que podrá ser tenido debidamente en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

II.2. UN NUEVO TRATAMIENTO Y SISTEMA DE CONTROL DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

El principio de subsidiariedad se introdujo por primera vez en el Tratado de Maastricht en 1992. Se trata de un principio esencial y que informa la actividad legislativa de la UE, que se introdujo precisamente para asegurar que la unión interviniera en aquellos ámbitos en que su acción fuese más conveniente y efectiva, estableciendo por tanto un criterio de repartición de las competencias entre

⁴ Dictamen de iniciativa 398/2006 del Comité de Regiones sobre “El relanzamiento del proceso de reforma de la Unión Europea en vista del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007” de 6 y 7 de junio de 2007 (Ponente: PAIVA: PT/PPE).

la Unión y los Estados miembros fuera de los casos de competencias exclusivas de la UE.

A su vez, el principio de proporcionalidad actúa como corolario del anterior, asegurando que cuando la Unión actúe lo hará ajustándose a una serie de criterios que justifiquen el modo de su actuación.

El principio de subsidiariedad revestía por tanto una enorme importancia para las autoridades locales y regionales, pues establecía una especie de presunción de la acción a favor del nivel más cercano al ciudadano. Sin embargo, estrictamente el principio regula solamente la repartición de competencias entre los estados miembros y la Unión, lo que junto al principio de autonomía institucional implicaba una débil consideración de los niveles local y regional. Ése es precisamente el déficit que ha venido a paliar el nuevo Tratado, pues ha incluido por primera vez el nivel local y regional dentro del principio de subsidiariedad. Todo ello, unido al reconocimiento como principio político de la Unión de la autonomía regional y local ha reforzado sensiblemente el status de ésta en los Tratados.

A esta nueva definición hay que sumar los cambios introducidos en el Protocolo relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que reconoce la capacidad del Comité de Regiones para intervenir en el procedimiento de control de la subsidiariedad establecido por el protocolo, así como la capacidad del Comité para acudir al Tribunal de Justicia en caso de violación del principio de subsidiariedad por parte de una propuesta legislativa de la Unión. Esta disposición se ha visto además reforzada por las nuevas disposiciones del Tratado que establecen la posibilidad que el Comité de regiones tiene de recurrir al Tribunal de Justicia en el caso de que no respeten sus atribuciones

Estos cambios han hecho hablar a algunos comentaristas de que el Comité de Regiones se convierte en una especie de “guardián de la subsidiariedad”. Si bien de algún modo esta expresión puede sonar exagerada, sobre todo cuando se trata de hacer paralelismos con el rol de “guardiana de los Tratados” que la Comisión ha tenido, lo cierto es que los avances del proyecto de Constitución recogidos en el nuevo Tratado permiten hablar de un completo nuevo sistema de control de la subsidiarie-

dad y la proporcionalidad en el que los Parlamentos nacionales y las autoridades locales y regionales se ven investidas de nuevas posibilidades de acción.

Este nuevo sistema que articula el Protocolo constará fundamentalmente de tres fases:

— Una fase pre-legislativa, en la que la Comisión deberá motivar claramente las diversas propuestas legislativas que formule y consultar activamente a las autoridades locales y regionales, especialmente en aquellos casos en que la legislación pueda afectarles especialmente. Esta consagración de la consulta previa es importante si bien se trata estrictamente de una novedad pues la Comisión ha venido consultando de manera continuada y de un modo más estructurado en los últimos años a través del llamado “diálogo” estructurado con las asociaciones representativas de las autoridades locales y regionales⁵.

— Una fase legislativa, a través del sistema de alerta precoz previsto en el Protocolo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En virtud de este mecanismo, los Parlamentos nacionales y regionales y el Comité de regiones podrán pedir a la Comisión que motive algunas de sus propuestas cuando contravengan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En estos casos, el Comité de regiones podrá intervenir solamente en aquellas materias que formen parte de ámbito de consulta⁶.

— Por último, una fase jurisdiccional, de control del respeto de los principios por parte del tribunal de Justicia. El nuevo Tratado refuerza en particular este punto, otorgando el derecho de recurso a los Parlamentos nacionales y al comité de Regiones, si bien bajo ciertas condiciones.

Como ha señalado el Presidente de la segunda Cámara del tribunal de Justicia, el Sr. Timmermans, esto constituye un avance espectacular para el Comité de regiones pues por primera vez los Tratados reconocen a un órgano consultivo la capacidad de

⁵ Para más información consultar la web <http://www.cor.europa.eu/en/activities/dialogue_association.htm>.

⁶ Lista de materias: cultura, cohesión económica y social, educación y juventud, empleo, medio ambiente y salud pública, política social, redes transeuropeas de transportes, telecomunicaciones y energía, formación profesional y transportes.

contestar la legalidad de un acto legislativo comunitario a través de la vía del recurso de anulación.

En vista de ello, el Comité de regiones ha reforzado sus servicios y ha promovido el establecimiento de una red de control de la subsidiariedad, que deberá articular a nivel europeo a todos los actores interesados, en especial a aquellos procedentes de las regiones con capacidad legislativa.

II.3. UN NUEVO PROTOCOLO PARA LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN

El nuevo Tratado ha venido a reforzar, a la demanda del reino Unido y Holanda este protocolo, que había sido creado por el Tratado de Niza. En efecto, una de las demandas explícitas de la Declaración de Laeken a la Convención fue el aumento de la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de construcción europea, lo que se concretó incluso en el método, pues la Convención contó con una participación destacada de miembros de todos los Parlamentos nacionales de la UE, en términos cuantitativos de hecho la más numerosa de todas.

Ello se ha traducido en un incremento de las atribuciones de los Parlamentos nacionales, que podrán participar extensivamente en el mecanismo de control de la subsidiariedad e incluso, llegado el caso, bloquear una propuesta legislativa de la Comisión y obligarla a introducirla de nuevo si una mayoría simple de los Parlamentos nacionales así lo decide.

La gran novedad en este caso para los Parlamentos regionales es que se prevé la participación de aquellos Parlamentos regionales con capacidad legislativa en el sistema de control de la subsidiariedad. Esta novedad permite que por primera vez los Parlamentos regionales puedan tener un papel en el proceso de construcción europea.

II.4. UN NUEVO PROTOCOLO SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

Seguramente por presiones de Francia y Holanda, en cuyos referendos la defensa de los servicios públicos fue un elemento importante de la victoria del no, el nuevo Tratado de reforma introduce este nuevo protocolo sobre los servicios de interés general.

El protocolo no aporta ninguna novedad desde el punto de vista jurídico, pues los Tratados ya establecían la protección de los Servicios de Interés general y su tratamiento específico en las reglas de competencia de la Unión Europea. Es más, diversas Comunicaciones de la Comisión habían ido precisando el sentido exacto de la expresión servicios de interés general y de sus diferentes dimensiones⁷.

Sin embargo, el protocolo tal y como está redactado viene a reforzar las prerrogativas de los niveles nacional, regional y local a la hora de regular y prestar los servicios de interés general, matizando así la aplicación de las disposiciones relativas al mercado único en este ámbito específico. Esto constituye sin lugar a dudas una tendencia nueva y opuesta a los frecuentes procesos de privatización de los servicios públicos, en muchos casos impulsada desde Bruselas por la Comisión.

El nuevo protocolo no parece sellar el carácter público de muchos servicios, sino más bien proteger la facultad de cada Estado, región o ciudad de elegir el modo en que quiera que los servicios sean prestados, lo cual puede entenderse como un modo de salvaguardar al fin y al cabo el principio de subsidiariedad.

Un ejemplo claro de esta tendencia lo podemos encontrar en el Reglamento aprobado recientemente por el Consejo y el Parlamento relativo a los servicios de transporte de pasajeros⁸, en el que se reconoce específicamente el derecho de los entes locales de atribuir directamente la prestación de los servicios públicos de transporte sin

7 El denominado "Paquete Monti" (por el Comisario que lo propuso) constaba de un documento de trabajo interpretativo, una decisión sobre la aplicación del artículo 86.2 en los casos de servicios de interés general y una propuesta de modificación de la Directiva 80/723 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre el Estado y las empresas públicas.

8 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable.

necesidad de abrirlos a la competencia. Con este Reglamento se pone en práctica la jurisprudencia del Tribunal abierta en la sentencia *Altmark*⁹, a la que este Protocolo sobre los servicios de interés general parece venir a reforzar.

II.5. CAMBIOS EN LOS ARTÍCULOS REFERIDOS A LA COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA UNIÓN

En este apartado en particular hemos de reseñar que no hay ningún cambio significativo entre el proyecto de Constitución y el nuevo Tratado. En efecto, tanto el nuevo capítulo como el artículo 158 han mantenido la versión del proyecto de Constitución cuya principal novedad como he comentado antes en este punto fue la inclusión del adjetivo “territorial” en la definición de cohesión del artículo 158 del Tratado de las Comunidades Europeas y en el artículo I-3 del Tratado de la Unión Europea.

Este cambio ha sido muy favorablemente acogido tanto por el Comité de Regiones¹⁰ como por las asociaciones que agrupan a los entes territoriales y locales¹¹. Sin embargo, se trata de un concepto relativamente ambiguo y difícil de definir, sobre el que no hay un claro consenso ni a nivel académico ni a nivel político sobre su preciso significado.

En realidad, la inserción de la referencia introduce una dimensión completamente diferente de lo que se entendía hasta ahora por cohesión en los Tratados. Desde los Tratados de fundación de las Comunidades se ha hablado siempre de las dimensiones económica y social de la cohesión.

La cohesión económica ha tenido siempre una acepción clara, pues se ha entendido siempre que implica la reducción de las disparidades entre los niveles de desarrollo de las diferentes regiones, medido en términos de Producto Interior Bruto (PIB por habitante). Esta fórmula es la que de hecho ha servido tradicionalmente para definir

9 Sentencia C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg* (Rec.2003,p.I-7747), de 24 de julio de 2003 en el marco de una cuestión prejudicial formulada por la Corte Administrativa de la República Federal de Alemania. DOCE de 20 de septiembre de 2003.

10 Vid pt 1.

11 Mayormente en este punto la Conferencia de Regiones Periféricas y Marítimas (CRPM), que suele abanderar un discurso más favorable al desarrollo policéntrico del continente europeo.

las regiones europeas Objetivo 1 que gozaría de un apoyo prioritario por parte de la política regional. El criterio tiene la gran ventaja de su relativa sencillez y de las facilidades que ofrece para comparar los datos tanto a nivel de los Estados miembros como a nivel regional. Empleando otro lenguaje más comúnmente utilizado en España, podríamos identificar la cohesión económica con la “convergencia” entre los niveles de desarrollo de las regiones europeas.

La cohesión social, por su parte, hace referencia fundamentalmente al paro y a los diferentes grados de desigualdad social existentes, así como a los niveles de instrucción y formación de la población y las tendencias demográficas. La cohesión social se refiere por tanto a la lucha contra las desigualdades existentes entre las personas en el seno de una misma región o ciudad.

Sin embargo, la noción de cohesión territorial dista mucho de estar clara, pues puede hacer referencia a diferentes conceptos. Los Tratados han hablado tradicionalmente del objetivo de reducir las disparidades entre los distintos territorios de la Unión pero sin especificar en ningún caso qué grado de desigualdad es aceptable o no ni en base a qué criterios. Se trata por tanto de un concepto que la Comisión europea ha tenido que desarrollar a lo largo de los años en distintos informes, en particular en los llamados “Informes sobre la cohesión económica y social de la Unión europea”, en continuados debates con las Instituciones europeas y muy en particular con el Comité de las Regiones.

En particular, en su “Tercer informe sobre la Cohesión” de 2004¹², la Comisión trata de definir la cohesión territorial como un concepto que va más allá de la cohesión económica y social y que refuerza a ambas. En este sentido la cohesión territorial significa ante todo que debe haber un desarrollo más armónico de los territorios de la Unión, lo cual implica tener en cuenta una serie de tendencias, como la concentración de la actividad económica en una serie de zonas de la UE (principalmente la conocida como “banana azul”, eje que une Londres con Milán), la persistencia de las desigualdades entre regiones en el interior de los países de la UE o la existencia de bolsas de pobreza o de áreas de exclusión dentro de las regiones.

12 Tercer informe sobre la Cohesión económica y social, de 21 de febrero de 2004. COM (2004) 107 final.

La Comisión parece por tanto hacer referencia a una dimensión distinta de la cohesión, que estaría centrada en repartir más equitativamente las actividades sobre el territorio de la Unión, promoviendo así una Europa más policéntrica. En este sentido la Comisión recoge las grandes ideas que habían quedado plasmadas en el SDEC (Esquema de Desarrollo del territorio Comunitario, siglas en francés) adoptado en Postdam en 1999, que definía tres grandes objetivos para la política de cohesión:

- un desarrollo urbano policéntrico y una nueva relación entre las zonas urbanas y rurales;
- la igualdad de acceso de todas las regiones europeas a las infraestructuras y a los servicios de interés general;
- y una gestión prudente del patrimonio natural y cultural.

Estas tres dimensiones vuelven a recogerse en la “Agenda Territorial” aprobada por el Consejo informal de Leipzig de Ministros de desarrollo territorial el 25 de Mayo de 2007. En este Consejo informal se adoptó la Agenda territorial, que viene precisamente a actualizar el SDEC en la perspectiva del reconocimiento como objetivo de la Unión de la cohesión territorial. La Agenda territorial incorpora a estas tres dimensiones varios aspectos nuevos que conviene tener muy en cuenta:

- en primer lugar, la cohesión territorial exige una mayor cooperación y puesta en red entre las regiones (que normalmente se financia a través del programa INTERREG) y en general un impulso de la gobernanza multi-nivel, que debe implicar una mayor cooperación vertical entre todos los niveles de gobierno (europeo, nacional, regional y local) y horizontal entre los diferentes departamentos de un mismo gobierno;
- en segundo lugar, una mejor adaptación de las políticas sectoriales de la Unión a las necesidades de las regiones, en particular aquellas que tienen un mayor impacto territorial como la política de medio ambiente, la de transportes y la de competencia;

— por último, la puesta en práctica de una visión más estratégica en materia de desarrollo regional, que tenga más en cuenta el contexto general y los retos a los que deben hacer frente los distintos territorios de la Unión. Esta visión más amplia queda plasmada en la lista de retos que recoge la Agenda territorial de Leipzig y que la Comisión retoma en el Cuarto Informe sobre la cohesión aprobado el 30 de mayo de 2007¹³: el cambio climático, el alza de los precios de la energía, la globalización económica, los retos demográficos (inmigración, envejecimiento) y el impacto de la ampliación en los diferentes territorios europeos.

Todas estas dimensiones conforman un concepto dotado de muchos contenidos al que sin embargo será muy complicado dotar de operatividad y mucho menos de instrumento de medición¹⁴. En este sentido la cohesión económica y social, más fáciles de medir, seguirán teniendo una mayor influencia en la estructura de la política de cohesión, mientras la cohesión territorial puede convertirse en un potente instrumento de desarrollo de los contenidos de la política de cohesión.

Es por eso que la Comisión, a petición del Consejo, lanzará en la primavera una discusión sobre la cohesión territorial a la luz de las obligaciones del nuevo Tratado, y que tendrá lugar en el marco de la discusión más amplia del presupuesto de la Unión a partir de 2013 y del lugar que deberá ocupar en él la política regional de la Unión europea.

III CONCLUSIONES

El proceso de elaboración de una Constitución europea, que había entrado en una vía muerta, parece haberse salvado en parte gracias a un enfoque más pragmático que permite salvaguardar muchas de las innovaciones del anterior proyecto, si bien rebajando sustancialmente su carga simbólica, con el fin de calmar a las diferentes

¹³ Cuarto informe sobre la Cohesión económica y social de 30 de mayo de 2007. COM(2007) 273 final.

¹⁴ El Observatorio Europeo en red para la planificación del territorio (ESPON) ha producido una notable cantidad de información en este sentido, llenando un vacío importante y abriendo por primera vez la puerta a la posibilidad de estimaciones y cálculos más aproximados en este campo. Vid <<http://www.espon.eu>>.

opiniones públicas nacionales, que por primera vez se muestran hostiles a la UE en la mayor parte de los Estados miembros.

En este contexto, las demandas de las autoridades locales y regionales de una Europa que les tuviera más en cuenta y que fuese más próxima al ciudadano parecen haber surtido efecto en parte.

Ello puede observarse claramente en el reconocimiento de una serie de principios como la diversidad cultural y lingüística, la reformulación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y el reconocimiento de la autonomía local y regional como principio político de la Unión.

Lo dicho viene además reforzado con las nuevas atribuciones del Comité de Regiones en el control del principio de subsidiariedad, que le dotan por primera vez de la capacidad de al menos instar a la anulación de un acto legislativo comunitario. En todo caso, en mi opinión hay que ser prudentes en este punto, pues el Comité no podrá usar esta potestad indiscriminadamente, a riesgo de perder credibilidad, y en muchas ocasiones será difícil de demostrar la violación del principio de subsidiariedad, que por su ambigüedad puede estar sometido a un juicio de carácter fundamentalmente político. En realidad, como ya han citado varios autores, es posible que el control de la proporcionalidad se revele al final como una fuente mucho más productiva para el Comité en este campo.

Sin embargo, parece también claro que estas novedades no van a colmar todas las aspiraciones de aquellas regiones con capacidad legislativa que aspiraban a adquirir un papel más relevante en las Instituciones europeas. Ello se debe a mi juicio a que muchas de esas demandas pueden ser mejor atendidas en realidad a nivel nacional, pues el complejo sistema comunitario y la diversidad de sistemas políticos de los Estados miembros no permite ir mucho más lejos. De ahí que mecanismos como el establecido en España para la participación de las CCAA en los Consejos de Ministros y la cooperación constante entre los Gobiernos central y autonómico deban verse como un arma complementaria y quizá mucho más relevante para las regiones españolas que estas innovaciones del Tratado.

Por último, los cambios en la definición de la cohesión no traerán consigo cambios inmediatos en la estructura de la política regional de la Unión, sino que más bien traerán nuevos elementos a la mesa de debate. La innovación del nuevo Tratado respecto al texto de Constitución que sí puede afectar en este campo, habida cuenta de las restricciones al presupuesto de la UE, es la relativa al cambio de la fecha de entrada en aplicación del nuevo sistema de voto por doble mayoría en el Consejo.

Esta demanda, introducida por Polonia y defendida férreamente por sus negociadores hará que tanto este país como España dispongan de mayor capacidad de presión y veto respecto a los países contribuyentes netos en las futuras negociaciones del presupuesto de la Unión, si bien resulta muy difícil evaluar en estos momentos hasta qué punto esta capacidad de veto tendrá algún tipo de operatividad o no.

Y ¿quid de la Comunidad Valenciana? El mantenimiento de los cambios relativos a las regiones en el texto final de Tratado hace que las modificaciones que se introdujeron con la reforma del Estatut y la redacción de un nuevo Título VI relativo a la participación de la Comunidad valenciana en la Unión europea resulten extremadamente útiles y sean el espejo jurídico de la nueva realidad de la participación activa de los entes locales y regionales en los asuntos comunitarios.

En primer lugar, la Comunidad será representada en el Comité de Regiones por el Presidente de la Generalitat, lo que será útil para reforzar la entidad política de la representación de la Generalitat en este órgano consultivo, que puede ganar nuevos bríos con las modificaciones introducidas por el nuevo Tratado.

En segundo lugar, se establece que la Comunidad valenciana participará en los mecanismos de control de la subsidiariedad establecidos en los Tratados. Así, la aplicación del protocolo de subsidiariedad y el de participación de los Parlamentos nacionales permitirá a la Comunidad valenciana, en la medida en que se trata de una región dotada de competencias legislativas, de participar en estos mecanismos. En este punto en particular, les Corts ganarán la posibilidad de defender algunas de sus prerrogativas a través del procedimiento que se articule en su momento.

Por último, la regulación en el Estatut de la Delegación de la Comunidad Valenciana en Bruselas y la creación de un nuevo Comité Valenciano para los Asuntos europeos acrecentarán los medios de influenciar a las Instituciones europeas, así como también contribuirán a incrementar la conciencia europea de todos los valencianos.

BIBLIOGRAFÍA

Bribosia, Hervé. “Subsidiarité et répartition de compétences entre l’Union et ses États membres dans le projet de Constitution”. *Revue de Droit de l’Union européenne*, vol 1 2005.

Cardona Llorens, Jorge. “La Comunidad Valenciana región europea abierta al mundo: los Títulos VI y VII del Estatuto de Autonomía”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Corts Valencianes. Valencia, 2007.

Camagni, Roberto. “The rationale for territorial cohesion: issues and posible policy strategies”. Published in: P. Boscaino, *Present and Future of the European Spatial Development Perspective*, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Alinea, Firenze, 121-138, 2005.

Comisión Europea. *Tercer Informe sobre la cohesión económica y social*.

Comisión Europea. *Cuarto informe sobre la cohesión económica y social*.

Comité de Acción para la Democracia europea (CADE). *Un nuevo Tratado y sus Protocolos complementarios*.

Comité de Regiones. *Dictamen de iniciativa 388/ sobre “La cohesión territorial” de 9 y 10 de abril de 2003 (Ponente: VALCARCEL SISO ES/PPE)*.

Comité de Regiones. *Dictamen de iniciativa 398/2006 del Comité de Regiones sobre “El relanzamiento del proceso de reforma de la Unión Europea en vista del Consejo*

Europeo de 21 y 22 de junio de 2007” de 6 y 7 de junio de 2007 (Ponente: PAIVA: PT/PPE).

Cooper, Ian. *The subsidiarity early warning mechanism: making it work*. Intereconomics. Kiel, September/October 2006.

Constantinesco, Vlad. *Les compétences et le principe de subsidiarité*. RTD, avril-juin 2005. Paris.

Evans, Andrew. “Regional dimensions to European governance”. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol 52, January 2003.

Faludi, Andreas. “Territorial cohesion: old wine in new bottles?”. *Urban Studies*, Vol. 41, No. 7, 1349–1365, June 2004. Carfax Publishing, London.

Lynch, Peter. “Regions and the Convention for the future of Europe: a dialogue with the deaf?”. *European Urban and Regional Studies*, Vol. 11, No. 2, 170-177 (2004). SAGE, Londres 2004.

Xavier Muro i Bas
LLETRAT DEL PARLAMENT DE CATALUNYA

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA LA REGULACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y SUS LÍMITES
- III. TITULARIDAD DE LA INICIATIVA
- IV. CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR
- V. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS PROPOSICIONES PRESENTADAS A TRAVÉS DE UNA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR
- VI. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES REGULADORAS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR
- VII. OTRAS MEJORAS INTRODUCIDAS EN LAS RECIENTES MODIFICACIONES
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I INTRODUCCIÓN

La institución de la iniciativa legislativa popular ha merecido sobradamente la atención de la doctrina española¹, más si cabe teniendo en cuenta el escaso ejercicio de que ha sido objeto en la práctica, debido, sin lugar a dudas, a las dificultades que recaen sobre el mismo, como han puesto de manifiesto la mayoría de los trabajos aludidos. Tales dificultades no son intrínsecas, sino derivadas de las limitaciones que

1 Vid. la bibliografía que aparece al final de este trabajo.

impone el art. 87.3 de la Constitución (CE) aumentadas por la subsiguiente regulación legal, y no solo en el ámbito general, sino también en el autonómico. En el estudio de esta figura se han examinado los antecedentes y el derecho comparado, se ha discutido su pertenencia, o no, a una u otras categorías doctrinales (según el parecer mayoritario se inscribiría dentro de la categoría de las instituciones de democracia semidirecta, de un lado, sin perjuicio de su consideración, de otro lado, como una especie del derecho de participación, ex. art. 23.1 CE), y se han formulado, también coincidentes en su mayoría, valoraciones críticas respecto de parte de las restricciones con que se ha acogido la figura en la Constitución y más negativamente aún sobre como se ha desarrollado a nivel legislativo². No sólo las limitaciones materiales o de contenido que pesan sobre la institución en nuestro ordenamiento han merecido críticas, sino que también otros aspectos de su regulación legal como los relativos a su tramitación parlamentaria, una vez reunidas, y validadas, las firmas necesarias, y más concretamente la falta de reconocimiento del derecho de la comisión promotora a la defensa de la proposición ante el pleno³, (salvo en alguna ley autonómica) y del derecho a su retirada en el caso de que haya sido objeto de cambios sustanciales, a juicio de la misma comisión promotora⁴. Mayor aceptación ha tenido la sujeción de las proposiciones provenientes de una iniciativa legislativa popular al trámite de la toma en consideración, habida cuenta de la significación que ésta última tiene (al parecer de la gran mayoría de la doctrina que ha abordado la cuestión) en nuestro sistema parlamentario (tanto en el general, como en el autonómico, por seguimiento de aquél, con la reciente excepción del parlamento catalán, como se verá luego, vid. infra § 5). Cabe señalar que otros aspectos de la regulación legal han merecido escasa atención doctrinal, o tan solo incidental (titularidad del derecho a suscribir y promover la iniciativa, recurso contra las decisiones de la Junta Electoral en este ámbito, las dificultades del escrutinio público de las firmas validadas, desarrollo reglamentario de la ley, y otras cuestiones de carácter pro-

2 Vid. Los comentarios críticos que aparecen a lo largo de los trabajos de ASTARLOA, BIGLINO, CONTRERAS, PUNSET, SANTALLA, GARCÍA MARTÍNEZ, TUDELA, PÉREZ SOLA, RAMÍREZ, ALONSO de ANTONIO.

3 Sostienen opiniones favorables a la intervención de la Comisión promotora en la tramitación parlamentaria PUNSET, CONTRERAS, LARIOS, ALONSO de ANTONIO y MARTÍNEZ FERRERO, PÉREZ SOLA GARCÍA MARTÍNEZ.

4 Cuestión controvertida, cuya posibilidad se plantea respecto de dos momentos procesales diferentes: antes de la toma en consideración o después. A favor se pronuncian, con más o menos matices, ALONSO de ANTONIO y MARTÍNEZ FERRERO, PÉREZ SOLA, CONTRERAS, ASTARLOA. GARCÍA MARTÍNEZ parece estar en contra, pero en cambio califica de realista la solución dada por la ley aragonesa sobre la materia.

cedimental menor), obviamente por considerarlas de poco interés desde el punto de vista doctrinal, a pesar de su relevancia práctica. Tanto estas cuestiones secundarias como las de mayor calado vuelven a estar sobre el tapete ante algunas de las recientes modificaciones de que ha sido objeto la legislación correspondiente (ley orgánica 4/2006, de 26 de mayo, ley catalana 1/2006, de 16 de febrero), así como también debido a las recientes reformas estatutarias (vid. los Estatutos de Autonomía de Baleares, art. 15; Comunidad Valenciana, art. 30; Andalucía, art. 111), que en cierta medida han tenido alguna incidencia sobre la institución objeto de este trabajo.

Estos cambios recientes han introducido novedades, algunas de las cuáles suponen una revisión de los planteamientos que se habían asumido hasta ahora y justifican que se aborden nuevamente determinados aspectos de la institución.

II LA COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA LA REGULACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y SUS LÍMITES

Las novedades acaecidas en el terreno autonómico por lo que se refiere a la iniciativa legislativa popular plantean una primera cuestión, cual es la determinar el margen de que disponen las Comunidades Autónomas para regular esta figura.

En cuanto que lo que se regula es una modalidad de iniciativa legislativa ante la asamblea autonómica, parece no haber duda de que se trata de un caso de ejercicio de la competencia de ordenación de una institución de autogobierno, asumida por todas las CCAA. Además la Ley Orgánica a la que se remite el art. 87.3 CE, si atendemos a la ubicación sistemática de esta remisión, sólo puede referirse a la iniciativa legislativa popular que se ejerza ante las Cortes Generales, no a la de carácter autonómico.

Ahora bien, por otro lado puede surgir la duda, en cuanto se halla implicado un derecho encuadrado dentro de las fundamentales, como es el de participación, ex. art. 23.1CE, lo que podría sustentar una cierta competencia estatal, puesto que el desarrollo directo de los derechos fundamentales corresponde al Estado por medio de ley

orgánica, según dispone el art. 81.1 CE. Tal es el criterio sostenido por BIGLINO, y del que quizás participaban los redactores del anterior Estatuto catalán cuando su artículo 32.6 *in fine* disponía:

“La iniciativa legislativa corresponde a los Diputados, al Consejo Ejecutivo o Gobierno y, en los términos que una ley de Cataluña establezca, a los órganos políticos representativos de las demarcaciones supramunicipales de la organización territorial de Cataluña. La iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley que hayan de ser tramitadas por el Parlamento de Cataluña se regulará por éste mediante ley, de acuerdo con lo que establece la ley orgánica prevista en el artículo 87.3 de la Constitución”

Una remisión en similares términos se contenía en los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 33.2) y de la Comunidad Valenciana (art. 14.5), Canarias (art. 11.4), Castilla la Mancha (art. 12.1), Extremadura (art. 25), Galicia (art. 13.1), Murcia (art. 30.1), Navarra (art. 19.2) y País Vasco (art. 27).

Sin embargo, debemos recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido (a partir de la STC 5/1981, seguida por otras como la 37/1981, 137/1986, etc), con un razonamiento perfectamente lógico, que el artículo 81CE no contiene una cláusula de atribución competencial aislada, sino que debe ser interpretado en coherencia con los artículos que regulan el sistema de distribución de competencias (147, 148 y 149 CE completados por lo que disponga además el Estatuto de Autonomía correspondiente) por lo que si no se desprende de este marco específico una reserva a favor del Estado para regular la iniciativa legislativa popular, o sus aspectos básicos, no tiene porque sujetarse la legislación autonómica a lo que determine la ley orgánica reguladora de la iniciativa legislativa popular.

El único apoyo que podría encontrar una pretendida competencia estatal para regular la iniciativa legislativa popular frente a las asambleas autonómicas, si acaso, podría hallarse en el título establecido en el art. 149.1.1 CE. que le habilitaría para establecer una garantía de mínimos haciendo a esta materia objeto de una competencia compartida. Pero aunque este tipo de iniciativa legislativa pueda considerarse incluida dentro del derecho de participación, como una especificación del mismo,

debemos recordar que este derecho tiene un contenido y alcance determinado muy intensamente por la ley, o, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un derecho de configuración legal, la cual puede producirse tanto a nivel general como a nivel autonómico, en consideración en este último caso, a la peculiaridad de las instituciones propias y de acuerdo con el marco competencial. El derecho de participación se proyecta sobre diversas esferas, estatal, autonómica, local, lo que excluye que puede ser objeto de una regulación general estatal, salvo cuando se trata de la participación electoral como considera por otra parte el artículo 81.1 CE.

Las leyes autonómicas pueden crear modalidades específicas del derecho de participación, incluso en el mismo ámbito parlamentario, sin supeditarse al modelo estatal, cuando se refiere a sus propias instituciones⁵. Entender que el Estado resulta habilitado en virtud de una competencia exclusiva ex. art. 149.1.1 CE para regular la iniciativa legislativa referida a todos los parlamentos autonómicos sería excesivo por cuanto ignoraría las singularidades organizativas propias del sistema institucional de cada Comunidad Autónoma, en el que los medios de participación pueden ser diversos, en modo y grado, y en los que incluso la falta de reconocimiento de este tipo de iniciativa puede venir compensada por la existencia de otros instrumentos o canales de participación política complementarios o auxiliares de la principal, y verdaderamente esencial, que se produce mediante las elecciones de los representantes populares. Si bien es cierto que el derecho a la iniciativa legislativa popular en el ámbito autonómico puede inscribirse dentro del derecho fundamental de participación, ni surge del art. 87.3 CE, ni existe si no lo reconoce el Estatuto de Autonomía, o la ley autonómica correspondiente (como en el caso de Castilla León el único caso en el que el respectivo Estatuto de Autonomía no lo ha recogido). Así lo entiende el Tribunal Constitucional:

“Contrariamente a lo que sostiene, en efecto, la Ley 2/1985, de 8 de mayo, sobre Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de Castilla-La Mancha no desarrolla las previsiones contenidas en el art. 87.3 de la CE, precepto que se refiere a la iniciativa legislativa popular en el ámbito del sector central del aparato del Estado, sino el art. 12.1 del Estatuto de Autonomía Castellano-Manchego. Pero limitación semejante no confiere al art. 87.3 de la CE y a la Ley Orgánica 3/1984, de 28 de marzo

5 Por ejemplo, la participación en el procedimiento legislativo que prevé el Reglamento del Parlamento de Cataluña, tras su reciente reforma en el art. 102.

(RCI 1984/842 y ApNDL 8434), reguladora de la iniciativa legislativa popular otro valor que el de genérica fuente de inspiración de la ordenación singular adoptada por la Comunidad Autónoma en la vertebración de la participación ciudadana a través de esta clase de iniciativa (...).

Forma parte, una vez reconocida su existencia y regulado su uso por el Estatuto y la Ley 2/1985, del derecho fundamental que los ciudadanos tienen de participar directamente en los anuncios públicos (art. 23.1 de la CE) (...) (F.J. 2, ATC 428/1989, de 21 de julio).”

La Ley Orgánica estatal reguladora de la iniciativa legislativa popular no actúa como marco normativo general de esta institución cualquiera que sea el parlamento ante el que se ejerce, ni por lo tanto el modelo que diseña, con sus limitaciones materiales y procedimentales, son necesariamente aplicables a estos casos. Cabe tener en cuenta que la misma Ley Orgánica tampoco pretende erigirse como norma ni tan siquiera supletoria a estos efectos (lo cual, de otro lado, sería sumamente discutible teniendo en cuenta el concepto jurisprudencial de supletoriedad). La ley estatal se produce en desarrollo de la misma remisión del art. 87.3 CE que establece, de acuerdo con TUDELA, una configuración constitucional de la iniciativa, sin prácticamente espacio para una regulación sustantiva de la ley, sino tan sólo procedimental. La remisión a la norma estatal establecida en el anterior Estatuto de Autonomía de Cataluña, como también en el art. 12.1 del Estatuto de castellano-manchego, no resultaba obligada, sino producto de la voluntad del legislador estatuyente, que puede adoptar dicha norma como “fuente de inspiración” o no.

Si se entendiera que incumbe al Estado, en esta materia, garantizar la existencia del derecho a la iniciativa legislativa ante los parlamentos autonómicos y un “*quantum*” mínimo al amparo del art. 149.1.1, mientras no existiera la legislación estatal no existiría tal derecho, en abierta contradicción con la jurisprudencia constitucional y con la realidad del reconocimiento estatutario en la mayoría de los casos, corolario absurdo. Deben considerarse, por lo tanto, plenamente constitucionales las previsiones estatutarias que no se remiten a la legislación estatal en este punto, y por lo tanto, plenamente constitucionales las previsiones estatutarias que han suprimido la remisión existente con anterioridad.

En consecuencia, las limitaciones que imponga la legislación estatal no tienen por que ser reproducidas a nivel autonómico, que puede optar por una “modalidad” distinta de iniciativa si lo considera oportuno, posibilitando su ejercicio un grado mayor que aquélla (y el trecho a recorrer en este sentido es, aún, extenso, dada la cicatería de la ley estatal).

En coherencia con este planteamiento, en las reformas de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana no se han recogido las referencias a la legislación estatal, que en cambio sí figuraba en la anterior redacción estatutaria (criterio que no ha seguido la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía).

Descartada una sujeción, por razones constitucionales, de la legislación autonómica a la regulación estatal de la iniciativa legislativa popular, sin perjuicio de la libertad del estatuyente para remitirse a dicha regulación, podemos entrar a examinar si existen otro tipo de límites, intrínsecos, que condicionan la posible legislación autonómica sobre esta institución.

Algunos de los límites materiales establecidos por el art. 87.3 CE que pesan sobre la iniciativa legislativa popular ante las Cortes Generales son exclusivos de la misma y no resultan aplicables a la iniciativa autonómica, por razones competenciales claras.

Es el caso de la prohibición de que pueda regular materias propias de Ley Orgánica, puesto que se trata de una regulación que no podría acometer un parlamento autonómico (sin perjuicio de la posible complementación de la ley orgánica mediante la ley autonómica, cuando lo permite la distribución competencial, conforme la opinión jurisprudencial, vid. STC 37/1986). Tampoco podría intervenir en materia de la prerrogativa de gracia, ni sobre tratados internacionales (salvando la posibilidad de disponer de alguna competencia que permitiría a la Comunidad Autónoma desarrollar algunas actividades fuera del territorio español, el “treaty making power” queda excluido de la competencia autonómica, según la jurisprudencia constitucional; vid. STC 65/1994).

Una consideración diferente merece la exclusión de la iniciativa legislativa popular en materia tributaria. Parece muy justificable que la Constitución disponga esta pro-

hibición, porque facilitaría la utilización demagógica de la institución y situaría al Gobierno en la posición difícil no tanto de defender una determinada ordenación y política tributaria, sino de oponerse explícitamente a una parte, reconocida formalmente, de la ciudadanía; ahora bien, que el criterio adoptado por la Constitución sea el más razonable, y deseable, no supone necesariamente entenderlo aplicable a la iniciativa legislativa de ámbito autonómico, pues no se desprende que deba ser así ni del régimen constitucional de los tributos, ni de características intrínsecas a éstos que requieran tal prohibición. La reciente reforma de la regulación de la iniciativa popular en Cataluña ha mantenido el criterio de vedar “las materias tributarias” a este tipo de iniciativa legislativa, por tanto, por ser lo más razonable.

Existen otras materias no expresamente excluidas en el art. 87.3 CE, pero cuya exclusión se desprende con facilidad de la misma Constitución, como son la reforma constitucional y los presupuestos generales del Estado y sus modificaciones, casos en los que la iniciativa está reservada a otros sujetos. Ninguna de ellas se puede producir en el ámbito autonómico (y en el caso de la reforma de constitucional, el Alto Tribunal ha entendido que ni tan siquiera valdría la iniciativa dirigida al parlamento autonómico para que éste ejerciera, a su vez, ante las Cortes Generales la iniciativa que la Constitución si le reconoce, como maniobra que pretende burlar el impedimento derivado del artículo 166 CE, vid STC 76/1994)⁶.

Obviamente, otro límite infranqueable para la iniciativa legislativa popular autonómica es el competencial. No cabe presentar por esta vía una proposición de ley que tampoco sería admisible por medio de las restantes modalidades de iniciativa. Algunas leyes autonómicas reguladoras de la I.L.P. han recogido esta exclusión expresamente, pero está claro que la misma existe aunque no se establezca así, sin perjuicio de que sea preferible una determinación expresa, para ofrecer más claridad de los destinatarios de la ley. Respecto de este límite, no obstante volveremos más adelante, al considerar la jurisprudencia constitucional favorable a la admisibilidad de las proposiciones de ley, a fin de favorecer un debate público y la posibilidad de subsanación mediante enmiendas.

⁶ Criterio criticado por RALLO, en cuanto excesivamente restrictivo, ya que la iniciativa continúa dependiendo de la Asamblea parlamentaria ante la que se ejerce (lo que supone considerar a la iniciativa popular como una especie de derecho de petición cualificado).

Los límites, o si se prefiere, materias vedadas, a la iniciativa legislativa autonómica que acabamos de ver pueden sintetizarse mediante la fórmula que utiliza la ley catalana “Pueden ser objeto de la iniciativa legislativa popular las materias sobre las que la Generalidad tiene reconocida su competencia y el Parlamento puede legislar, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de autonomía reserva a la iniciativa legislativa exclusiva de los diputados, los grupos parlamentarios o el Gobierno, de los presupuestos de la Generalidad y de las materias tributarias” (art. 1).

Esta redacción tiene la ventaja de ser omnicomprensiva utilizando unos términos claros, aunque algunos podrían reprocharle que adolezca de excesiva indeterminación o que requiera mayor concreción que puede ser conveniente cuando de lo que se trata es de acercar la sociedad al parlamento y por ello posibilitar el conocimiento asequible del alcance exacto de la ley. Este reproche podría estar justificado si efectivamente existiera una relación extensa de supuestos reservados a la iniciativa exclusiva de los diputados por el Estatuto de Autonomía (¿y qué sucede si la reserva se establece mediante una ley ordinaria? ¿Debería entenderse que la ley que lo estableciera modifica implícitamente la Ley 1/2006?), pero tan solo se contempla el caso del presupuesto de la Generalidad, ya recogido en el mismo artículo citado, por lo que pierde sentido la fórmula utilizada.

También parece lógico plantearse otro posible límite a las iniciativas legislativas populares: la inconstitucionalidad de la regulación propuesta; y para el caso de las de ámbito autonómico habría que añadir la antiestatutoriedad. No obstante, este límite dista de ser claro. Cuando se trata de otro tipo de iniciativas, cualesquiera de los contempladas en la Constitución y en los Estatutos, se ha considerado que la “aparente invalidez” no constituye un impedimento para su admisión a trámite, salvo que expresamente se recoja de esta manera en el reglamento parlamentario, y habida cuenta de que el trámite de enmienda puede subsanar este defecto (vid. STC 95/1994, de 21 de marzo, y STC 124/1995, de 18 de julio). No sólo por este razonamiento, sino que también, la jurisprudencia constitucional opina que debe favorecerse el debate público, en el pleno de la cámara, de una propuesta legislativa en el que la posible inconstitucionalidad o antiestatutoriedad puede ser un argumento más en contra de la misma (en el trámite de toma en consideración, o en el debate de una enmienda a la totalidad si se tratara de un proyecto de ley, caso que no ha examinado la juris-

prudencia constitucional pero al que podría aplicarse el mismo criterio). Además, la misma consideración debería hacerse en el supuesto de que la regulación contenida en una proposición de ley presentada a través de una iniciativa legislativa popular adoleciera de un vicio de incompetencia. Si no resulta justificado establecer diferencias entre las proposiciones de ley por su origen, estos defectos de posible invalidez de la ordenación propuesta (bien sea por contradecir la Constitución, el Estatuto o el sistema de competencias fijado por el bloque de la constitucionalidad) no deberían constituir una causa de inadmisión tampoco cuando se trata de las que proceden de una iniciativa legislativa popular. Esta tesis, sin embargo, creo que no puede sostenerse en términos absolutos, sino que está sujeta a importantes matizaciones. Por una parte, si la iniciativa legislativa constituye una especie del derecho de participación, la ley dispone de una amplia capacidad de configuración, que permite incluir como causa de inadmisión el defecto de posible invalidez (y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional en el caso concreto de las ILP, vid STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3º; y ATC 304/1996, de 28 de octubre, FJ 1º). Por otra parte, aunque la ley no lo disponga así, cuando la posible invalidez es flagrante y constituye un aspecto básico o principal de la regulación propuesta (cuya enmienda o modificación desfiguraria, en consecuencia, dicha regulación, despojándola de su razón de ser), creo que sería razonable acordar su inadmisión sin riesgo de lesión del derecho fundamental. Este criterio sería coherente con la jurisprudencia constitucional sobre la admisión de proposiciones de ley, a pesar de que deja en manos de la Mesa de la cámara correspondiente la valoración sobre el posible vicio de la proposición de ley, lo cual es lógico dada la función que le corresponde a éste órgano en nuestro ordenamiento jurídico, reglada respecto de documentos y actuaciones parlamentarias, como ha recogido la jurisprudencia constitucional (también respecto de la iniciativa legislativa popular, ha indicado que la valoración de la Mesa es jurídica, no de oportunidad, vid. ATC 304/1996, de 28 de octubre, FJ 1º).

La reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha reconocido la iniciativa popular también para la reforma estatutaria (art. 222.1 a), posibilidad hasta ahora inédita, y que permitiría admitir aquellas proposiciones cuyo contenido fuera “antiestatutario” considerándolas en realidad como iniciativas de reforma del Estatuto, aunque también parece lógico, en este caso, reconocer a la Mesa la facultad de advertir al proponente el verdadero carácter del contenido de la proposición a fin de que en

la misma se reconozca de forma expresa su alcance (con las correspondientes adaptaciones técnicas) dado que, además, el número de firmas de apoyo que requiere es mucho mayor que si se tratara de una ley, pues son 300.000, en lugar de 50.000 (la previsión estatutaria determina el plazo para la recogida de esta cantidad de firmas y no se ha desarrollado, en una ley propia específica o adaptando la ley autonómica 1/2006).

III TITULARIDAD DE LA INICIATIVA

Un aspecto que hasta recientemente no había suscitado cuestión alguna, y se podría decir que gozaba de una práctica unanimidad en la regulación, es la de la titularidad de la iniciativa. La misma se reconocía a los ciudadanos (debía entenderse, por lo tanto, personas de nacionalidad española), mayores de edad e inscritos en el censo electoral (requisito formal éste, que no es sino consecuencia de las dos primeras condiciones), que en el caso de las iniciativas autonómicas debe referirse a alguna de las provincias de las Comunidades Autónomas. Los autores que han comentado este aspecto han considerado que se trata de requisitos lógicos, propios del derecho de participación (respecto del cual el art. 13 CE ya contempla restricciones o exclusiones, en el caso de los extranjeros). Parece, además, que debe existir una correlación entre el derecho a elegir el parlamento y el derecho a pretender condicionar la actividad de éste, obligándolo a pronunciarse sobre la necesidad de una legislación. Si la iniciativa popular se considera un instrumento que debe entenderse como complemento de la institución parlamentaria, a la que ni sustituye ni con la que se enfrenta, no debería tener una legitimidad distinta o atribuirse a un sujeto de diferente calidad o composición; si fuera así, un posible enfrentamiento o divergencia podría verse como una contraposición entre dos legitimidades, aunque una de ellas, la parlamentaria, sea superior. Asimismo, si quienes apoyan la iniciativa son los mismos que pueden elegir el parlamento, disponen de la capacidad para, en un momento posterior, reprochar a la institución su actuación frente a dicha iniciativa por medio de las elecciones.

¿Qué legitimidad pueden pretender expresar frente al parlamento personas que no pertenecen al grupo de los que integran o materializan la soberanía? Incluso es habi-

tual definir en los manuales al uso la iniciativa legislativa popular como un derecho que corresponde a una fracción del cuerpo electoral (y en derecho comparado su reconocimiento parte de este criterio), en cuanto institución que complementa la democracia representativa partiendo de sus mismas bases.

Frente a este punto de vista, sin embargo, caben también consideraciones en sentido opuesto. Debemos recordar que la iniciativa legislativa popular se trata, en primer lugar, de un derecho de configuración legal, luego el margen de que dispone el legislador es muy amplio. La misma Constitución se refiere sólo a “500.000 firmas acreditadas” (aunque podría sostenerse que presupone que de electores). Además, en el ámbito administrativo, se ha admitido en diversas leyes que puedan ejercer el derecho de participación personas a las que no se les exige que tengan la nacionalidad española (bien en órganos de representación sectorial a título individual o en representación de determinadas entidades, bien en órganos asesores), aunque respecto de este argumento puede objetarse que la naturaleza del órgano ante el que se ejerce el derecho de participación es sustancialmente distinta, de la de un parlamento que encarna la soberanía popular. También podría aducirse a favor de la extensión del derecho que la iniciativa legislativa popular no puede mezclarse con la participación política que tiene lugar mediante las elecciones, si bien confluyen en el mismo órgano, porque tienen una significación diferente (soslayando el posible inconveniente que podría derivarse del artículo 13.2 CE). Mediante la iniciativa popular, la participación no tiene carácter político, no postula una ideología o un programa de gobierno, sino que se ciñe a la petición de una actuación legislativa concreta (por lo que a veces se la ha identificado con el derecho de petición, que no se restringe a los españoles a pesar de la dicción literal del art. 29.1 CE, según entiende la jurisprudencia constitucional), lo que le daría un carácter de expresión “formalizada” de una reivindicación social, o de un sector de la sociedad, que se comunica al órgano de representación popular para que éste, si lo cree oportuno, con su valoración “política”, actúe. Además, otros derechos que podrían incluirse dentro de la categoría genérica de los de participación, como los de reunión y de manifestación, o de asociación, también se extienden a los extranjeros, con residencia legal, no sólo por reconocimiento de la ley, sino porque así se desprende de la Constitución. Aunque respecto a la iniciativa popular no resultaría exigible una consideración similar dado que no aparece reconocido directamente como derecho fundamental, no existe tam-

poco un impedimento constitucional para que la ley que lo configura lo extienda a los extranjeros. Finalmente, puede considerarse que el reconocimiento del derecho de los extranjeros a suscribir una iniciativa legislativa sirve, en cierta medida, a mejorar su integración social con la comunidad. Se asumiría así una concepción de la ciudadanía no dogmática, más amplia que la tradicional, como han defendido LUCAS o CASCAJO⁷.

Es cierto, no obstante, que los detractores de esta ampliación del derecho pueden considerarla peligrosa, desde un punto de vista político, puesto que permite la presentación de iniciativas impulsadas básicamente por grupos de extranjeros, con cierta facilidad, incluso, cuando existe una importante concentración de los mismos en una zona determinada del territorio, (hecho que sucede, como sabemos), lo que puede dar lugar, al contrario de lo que pretende la medida, a aumentar la división entre comunidades y, quizás, la xenofobia.

Otra posibilidad de extensión del derecho a suscribir iniciativas legislativas, y que constituye una de las novedades destacables de la ley catalana 1/2006, consiste en reconocérselo a los menores comprendidos entre los 16 y 18 años. Si se tratara sólo de nacionales cabrían escasas dudas respecto de la constitucionalidad de esta norma, (tan sólo desde la posición restrictiva que entiende que este derecho debe ceñirse estrictamente a los miembros del cuerpo electoral en el momento de la formulación de la proposición o de su firma) pues no se discute prácticamente que a los menores se les pueda reconocer, mediante ley, el ejercicio de derechos determinados, como de hecho el ordenamiento ya dispone en algunos casos, sin que ello pueda entenderse como una modificación del límite de la mayoría de edad, fijada en el art. 12 CE (incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de rebajar, también hasta los 16 años, el límite de la mayoría de edad por lo que se refiere al derecho de sufragio). La justificación de la norma se halla no solo en el reconocimiento de la capacidad o del criterio o sentido necesario a los jóvenes a partir de los 16 años, sino también en la consideración de que se trata de una medida útil para fomentar su participación política. Además, se trata de un grupo de personas que en un plazo no

7 Vid. J. de LUCAS MARTÍN, *Constitución y ciudadanía en "La Constitución a examen"*, Universidad Carlos III, Madrid 2004; y J. L. CASCAJO CASTRO, *Breves notas sobre el concepto de ciudadanía en "Ciudadanos e Instituciones en el constitucionalismo actual"*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Valencia, 1997.

excesivamente largo se convertirán en electores. Cuestión distinta es la que plantea la inclusión dentro de este grupo también a los extranjeros de la misma edad, con residencia legal, lo que puede suscitar las mismas dudas, respecto a su constitucionalidad, que se han expuesto con anterioridad, respecto de la extensión del derecho a los extranjeros, en general, ante las que cabe, por lo tanto, las mismas respuestas.

Una dificultad de orden práctico que se deriva de la extensión de la posibilidad de suscribir (y por lo tanto, también promover) a extranjeros y menores entre 16 y 18 años, en los términos expuestos, se refiere al proceso de validación de las firmas. Cuando se reduce sólo a los ciudadanos españoles inscritos en el censo electoral el derecho a presentar esta clase de iniciativas legislativas, la comprobación de que los firmantes cumplen los requisitos resulta facilitada mediante la simple consulta de dicho censo electoral. Un solo documento, por provincia (que permite detectar los duplicados fácilmente), y una autoridad certificante, pues. En cambio, si se admite la firma de los extranjeros, éstos no figuran en el censo electoral, por lo que no hay más remedio que acudir al Padrón de Habitantes correspondiente para comprobar su residencia en un municipio de la Comunidad (ya que la residencia legal resulta acreditada por el documento correspondiente, que debe exigirse en el acto de la firma). Ello obliga a dirigirse a, quizás, multitud de ayuntamientos, en solicitud de la certificación de inscripción en el Padrón, sin perjuicio de que durante el proceso de recogida de firmas puedan producirse cambios de domicilio, (que producirán tanto problemas para la certificación, cómo, incluso podrían posibilitar duplicados de firmas).

Así ha llegado a entender algún autor (CONTRERAS, pág. 75) que el requisito de la inscripción en el censo tenía por finalidad “facilitar los trámites de recogida de firmas”, facilidad que se vería afectada con la extensión del derecho pues no existe otro mecanismo equivalente en simplicidad.

La ley catalana ofrece, sin embargo, un procedimiento para resolver estas dificultades de documentación, que es el de admitir la certificación de inscripción expedida por el Instituto de Estadística de Cataluña, que reúne la información que recoge el Padrón de Habitantes de todos los municipios catalanes, y puede decirse, por lo tanto, que sustituye la labor que desarrolla la Oficina del Censo Electoral a estos efec-

tos incluyendo a extranjeros y menores hasta 16 años (éstos últimos, no obstante, cabe recordar que también aparecen incluidos en el censo electoral).

IV CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Como ya se ha mencionado, la primera ley reguladora de la iniciativa legislativa popular en nuestro país, que fue la estatal y sirvió de modelo, en general, para las posteriores leyes autonómicas, añadió nuevos obstáculos a los de por sí importantes establecidos en la Constitución para el impulso de iniciativas legislativas de este tipo. Aunque la reforma de la Ley Orgánica 3/1984 operada mediante la Ley Orgánica 4/2006 ha modificado las causas de inadmisibilidad, con el fin de favorecer el ejercicio del derecho, reduciéndolas, la mejora en este sentido ha sido pequeña.

Se ha suprimido la letra f), del artículo 5, apartado 2 de la anterior ley, que contenía como causa de inadmisibilidad “la previa existencia de una proposición no de ley aprobada por una cámara que verse sobre la materia objeto de la iniciativa popular”, restricción que era a todas luces excesiva, no tanto porque facilitaría la obstrucción de una iniciativa popular “antipática” o conflictiva para la mayoría parlamentaria, que podría anticiparse ante el conocimiento o la previsión de la presentación de esta iniciativa (situación poco probable, seguramente y que obligaría a acelerar la tramitación de la proposición no de ley) sino por la generalidad de los términos empleados (“... que verse sobre la materia objeto de la iniciativa popular”, lo que permite establecer una conexión de forma muy laxa si se quiere), y además porque carece de sentido que una declaración política parlamentaria, la resolución aprobada, que no es norma ni lo pretende condicione una posible regulación legal posterior (que la misma mayoría parlamentaria incluso podría estimar necesaria en el momento posterior de debatir la proposición de ley presentada a través de la iniciativa legislativa popular).

Se ha suavizado también la causa que recogía la letra c) del mismo precepto, la cual determinaba la inadmisión de las proposiciones que versaran sobre “materias diversas carentes de homogeneidad entre sí”, al establecerse ahora que se trate de “materias manifiestamente distintas”, restringido algo más la discrecionalidad de la Mesa al

valorar la existencia de una causa de este tipo que, por otra parte, no es causa de inadmisión en las otras clases de iniciativa legislativa; (y existe más de un ejemplo de leyes cuyo contenido es heterogéneo, en ocasiones justificadamente, pues existe una razón que enlaza las distintas regulaciones y además para los directos destinatarios puede ser útil o bien facilitar la comprensión del texto debe admitirse que en otras ocasiones tal razón no es tan evidente). ¿Por qué constituye una causa de inadmisión en el caso de las iniciativas legislativas populares y no en otros casos? El posible defecto de técnica legislativa lo sería tanto para unas como para otras y podría utilizarse como un argumento para justificar un voto contrario en la toma en consideración. Quizás podría hallarse un motivo para mantener esta causa de inadmisión en la voluntad de evitar en el firmante de la proposición de ley una posible confusión, es decir, para evitar que se forme una idea equivocada sobre el contenido y el propósito de la norma propuesta a conciencia de una lectura superficial. Aún si se entendiera así, considero poco justificado el mantenimiento de esta causa de inadmisión por cuanto entraña una diferencia discriminatoria respecto de las otras modalidades de iniciativa al permitir un margen de apreciación a la Mesa (a pesar de que ahora la diversidad de contenido debe ser “manifiesta”) que en los otros casos no se da y de la misma manera que respecto de éstas debería admitirse que la regulación propuesta pueda afectar a materias distintas, ni existir una identidad de razón que las relacione.

Frente al escaso avance que ha supuesto la modificación del modelo estatal, la ley catalana 1/2006 ha sido más favorable a la iniciativa popular, eliminando este tipo de causa respecto de la anterior ley. Pero es más, ha dado también un tratamiento diferente a otro supuesto que en la ley estatal se configura como causa de inadmisión. Me refiero a la existencia en la cámara (en cualquiera de las dos, en el ámbito estatal) de un proyecto o proposición de ley “que verse sobre el mismo objeto”. Mientras que en el caso estatal, si dicha proposición o proyecto se hallan ya en el trámite de enmiendas, conlleva la inadmisión automática de la iniciativa legislativa popular (art. 5, 2, d), en el caso catalán la posible coincidencia de iniciativas determina una acumulación de las mismas y obliga a su tramitación conjunta (art. 6.3). Esta regulación, no obstante, no está exenta de problemas.

En primer lugar, la ley catalana permite una mayor posibilidad de concurrencia al entender que la misma se produce al referirse ambas iniciativas en curso a las mismas "materias", lo que puede abarcar una mayor amplitud de supuestos que los considerados en la norma estatal, que emplea el término "objeto", más concreto que el de "materia", y dada la amplitud con que se ha manejado entre nosotros este último término. Cabe suponer, sin embargo, que la Mesa del Parlamento catalán utilizará con prudencia, y no extensivamente pues, la capacidad que le atribuye la norma, debido a sus graves consecuencias. Y utilizo el calificativo "grave" porque dicha "acumulación" realmente puede resultar muy perjudicial para la iniciativa a la que se vincula, o con la que concurre, la iniciativa popular, como veremos seguidamente.

Aunque el reglamento del Parlament de Catalunya no recoge la figura de la "acumulación" y la tramitación "conjuntas" en el procedimiento legislativo, puede deducirse con facilidad que de lo que se trata es que ambas iniciativas compartan ponencia y los sucesivos trámites (informe, dictamen) lo que pese a estar justificado en una inicial consideración, puede frenar la velocidad de la tramitación de aquélla que resulta menos conflictiva y sencilla de tramitar, que resultaría así perjudicada. Pero éste sería un efecto de menor gravedad, asumible en aras de la coherencia (que podría preservarse también aunque la tramitación no fuera conjunta, si de lo que se trata es de evitar las repeticiones o duplicidades en la regulación, además de establecer un sistema de remisiones acertado). Más perjudicial puede ser el hecho de que esta tramitación conjunta se acuerde cuando la iniciativa no popular (tanto proyectos como proposiciones, recordemos) se encuentra en una fase avanzada de su tramitación y ésta deba verse suspendida hasta que la iniciativa popular la "alcance", puesto que, y este es el aspecto más negativo, se establece que la tramitación conjunta debe acordarse en la fase de admisión a trámite de aquella iniciativa popular, es decir, cuando aún no se ha iniciado el proceso de recogida de firmas. Ello significa que el proyecto de ley o la proposición de origen parlamentario (o municipal o comarcal) deberá esperar para continuar su tramitación a que transcurra el plazo para recogida de firmas, y si éstas se han conseguido, además, el tiempo necesario para su recuento y validación por la Junta Electoral, remisión al Parlamento y superación del debate y votación de las enmiendas a la totalidad. En consecuencia, la iniciativa "no popular" queda paralizada por un plazo de al menos cinco o seis meses, periodo que sería suficiente (salvo textos muy complejos) para su aprobación si no

se diera la circunstancia de la acumulación. Incluso el efecto podría ser más pernicioso, si durante ese plazo se disuelve la cámara, con la consiguiente caducidad de la iniciativa (lo que no se daría en el caso de la popular). Para salvar tan grave consecuencia, parece necesario interpretar el art. 6.3 de la ley catalana en el sentido que la acumulación entre iniciativas debe acordarse por la Mesa cuando la de origen popular ha cumplido las condiciones establecidas para poder ser tramitada en la cámara como proposición de ley, es decir, cuando las firmas necesarias se han reunido, comprobado y contado, y se ha superado, si es el caso, la enmienda a la totalidad. Puede ser que durante ese período la otra iniciativa haya llegado a convertirse en ley y si es así, las enmiendas a la de origen popular pueden tratar de conciliar ambas regulaciones para evitar las duplicidades innecesarias o las incoherencias (no necesariamente contradicciones, y puede existir la voluntad de que la nueva regulación en algún punto sustituya o derogue a la anterior), pero es la única interpretación lógica antes que la de permitir paralizar la tramitación de un proyecto o proposición por otro que incluso puede fenecer en el camino si no consigue cumplir las condiciones, reunir las firmas necesarias para ser tramitada en el Parlamento. La dicción literal del art. 6.3 de la ley catalana no impide esta interpretación aunque esté situada en un artículo cuyo título (“Admisión a trámite”) podría dar a entender que la acumulación de tramitaciones debe acordarse en el momento inicial, previo a la fase de recogida de firmas.

Recordemos que, como ya se ha comentado anteriormente, la ley catalana 1/2006 ha reducido las materias excluidas de la iniciativa legislativa popular a tan solo aquellas sobre las que la Generalidad carezca de competencias, las “materias tributarias” y a aquellos casos en los que la iniciativa está reservada a otros sujetos por el mismo Estatuto de Autonomía, lo que se limita al proyecto de ley de presupuestos ya mencionado en el mismo precepto, por otra parte; en consecuencia no quedan excluidas las leyes de desarrollo básico del Estatuto de Autonomía (respecto de las que se ha establecido un cierto paralelismo con las leyes orgánicas, al requerir para su aprobación la mayoría absoluta de la cámara en una votación final única sobre el conjunto del texto, según el art. 62.2 EAC). Estas restricciones son casi las mínimas a las que pueden sujetarse la iniciativa legislativa popular, y por lo tanto la norma catalana se sitúa en el extremo opuesto al modelo estatal imperante hasta la modificación de la ley orgánica 3/1984, camino que pueden seguir las Comunidades

Autónomas en la medida que para ellas no rigen las limitaciones impuestas en el art. 87.3 CE para las iniciativas de ámbito estatal (en el bien entendido que algunas de estas restricciones pesan sobre cualquier ley autonómica sea cual sea su origen).

Incluso, en la misma línea favorecedora de esta clase de iniciativas legislativas, la ley catalana 1/2006 faculta expresamente a la Mesa del Parlamento para ofrecer a los promotores la posibilidad de enmendar una iniciativa defectuosa, en la fase de admisión a trámite. La misma posibilidad, podría pensarse, se contempla en la ley estatal, pero con una diferencia que puede considerarse más beneficiosa para la iniciativa popular en el caso catalán. En éste último, la posibilidad de enmienda de una proposición defectuosa no se ciñe a los aspectos formales, como sucede en la ley estatal, art. 5.2 b, sino que se recoge como una posibilidad que no distingue entre clases de defectos (como, en cambio, se establecía en la ley predecesora en el mismo sentido que la ley estatal); puede pensarse que esta posibilidad sólo tiene sentido en relación con los defectos formales, pues en relación con los de fondo o contenido la posibilidad de enmienda supondría una modificación substancial de la proposición, pero no tiene porque ser así. Es posible que el defecto de fondo, una invasión en materia presupuestaria, o una extralimitación competencial, sea subsanable sin que ello se entienda como una alteración substancial de la proposición. En todo caso, son los promotores los que deberán juzgar si pueden asumir la corrección del defecto advertida por la Mesa (que debe limitarse a indicar el defecto impeditivo de la admisión y su consideración de subsanable, a mi entender). Se trata, en definitiva, de una previsión que no cierra la comunicación entre la Mesa y los promotores (y por ello, creo, mejora la imagen de la cámara ante éstos), frente a la situación que provoca la regulación estatal, que no deja otra salida que volver a presentar la iniciativa, como si se tratara de otra completamente nueva si se la desproveye del defecto que impide su admisión.

V LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS PROPOSICIONES PRESENTADAS A TRAVÉS DE UNA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Es en este apartado donde las leyes autonómicas se habían atrevido a ir más lejos que el modelo estatal, al disponer, algunas de ellas (Aragón, Galicia, Baleares y Canarias) que un miembro de la comisión promotora intervenga durante el trámite

de toma en consideración para efectuar la defensa de la proposición de ley. Pues bien, también se ha producido un avance en la modificación de la Ley Orgánica 3/1984, en este punto, que puede propiciar, dada su adopción como referente por la mayoría de las leyes autonómicas, su extensión más allá del ámbito estatal. El actual artículo 12.3 de la ley orgánica reguladora, en la redacción actual establece que en los reglamentos de las cámaras se puede “contemplar la participación de una persona designada por la Comisión Promotora”. La remisión a los reglamentos está justificada puesto que son las normas que por reserva constitucional deben ocuparse de regular este aspecto, aunque tampoco debería considerarse como un defecto grave de extralimitación material que una ley de estas características disponga como necesaria la intervención ante la Cámara de un representante de la Comisión promotora en el concreto trámite de la toma en consideración, en cuanto se trata del momento más lógico, y de otro lado se está regulando un derecho, de los ciudadanos.

La posibilidad de intervención queda supeditada, luego demorada, a la correspondiente adaptación de los reglamentos parlamentarios. Cabe decir que esta posibilidad podría haberse adoptado sin necesidad de recogerla en la ley (o en las leyes respectivas en el ámbito autonómico) incorporándola directamente en dichos reglamentos. Su inclusión en la ley, sin embargo, permite a los interesados en promover una iniciativa conocer con mayor facilidad el contenido de su derecho. Nótese que en la ley estatal se habla de “persona designada” por la comisión promotora, por lo que no se obliga a que sea un miembro de la misma (como en cambio se determina en Aragón), y le da mayor margen a aquélla para escoger la persona más adecuada, por sus dotes oratorias o conocimiento especializado, y que puede perfectamente no ser miembro de la comisión promotora. En el ámbito catalán, la reforma ha seguido una línea similar, pero también ha ido más lejos, no sólo en la reforma de la ley sino también en la nueva regulación adoptada en la reciente reforma del reglamento parlamentario, cuya tramitación fue prácticamente paralela, lo que explica la coordinación entre ambos textos. La primera novedad, muy destacada, se deriva de la supresión del trámite de toma en consideración. Había sido éste un punto controvertido en la doctrina, contando con autores partidarios de la supresión del trámite en el caso de las iniciativas legislativas populares (SANTAMARIA ALONSO y MARTINEZ FERRERO, TORRES DEL MORAL) frente a los que han defendido la opción legal (PUNSET, SANTAOLALLA, CONTRERAS).

Pues bien, la reforma del Reglamento del Parlamento de Cataluña se atreve a ir más allá porque suprime el trámite de toma en consideración con carácter general, para todas las proposiciones de ley, igualándolas, prácticamente, en cuanto a tramitación, con los proyectos de ley. Es posible que para los partidarios de la aplicación del trámite de la toma en consideración a las iniciativas populares, el criterio adoptado en Cataluña sea más justificable, por ser coherente no mantenerlo para las mismas si se suprime con carácter general. La equiparación con los proyectos de ley suprime la ventaja de que disfrutaban los mismos, que presuponía su asunción por la cámara por cuanto proceden del Gobierno (al que se le reconoce el principal protagonismo en el proceso político), que cuenta con el apoyo de la mayoría parlamentaria. Ahora, en cambio, podría decirse que se extiende la presunción de asunción por la Cámara a todas las iniciativas legislativas, salvo que se presente y apruebe una enmienda a la totalidad. Asimismo, los proyectos y las proposiciones de ley deben pasar por un debate de totalidad (sin votación, al margen de la posible enmienda a la totalidad) como fase previa a la ulterior tramitación. Lo mismo sucede, pues, en el caso de las iniciativas populares: Deben someterse a un debate de totalidad, sin votación, salvo que se presente una enmienda a la totalidad, caso en el que resulta obligado pronunciarse al respecto (art. 105 RPC).

Durante dicho debate interviene, al principio, para presentar la iniciativa, un “miembro de la comisión promotora” (aquí si existe un límite para la misma, a diferencia de la regulación estatal y de otras Comunidades Autónomas). Debe señalarse que se conserva, no obstante, un trámite que diferencia aún a proyectos y proposiciones de ley entre sí y que puede obstaculizar la tramitación de éstas últimas, incluidas las de origen popular, y es el del veto o conformidad del Gobierno a tal tramitación por razones presupuestarias (art. 102.2 RPC). Tal veto puede determinar la muerte de la proposición, sin debate público alguno, una vez realizado el esfuerzo de recoger las firmas necesarias. Sin embargo, debemos recordar que una de las causas de inadmisión de la proposición, en el momento inicial de su presentación y antes del inicio del proceso de recogida de firmas, es que esta se refiera a los presupuestos de la Generalidad, por lo que debe aceptarse que ya se ha superado un primer filtro a estos efectos (aunque parlamentario, no gubernamental) si la Mesa la ha admitido, y puede suponerse entonces que este veto “presupuestario” no se producirá (no es una garantía plena porque aunque la conformidad del Gobierno no se

solicita respecto de todas las proposiciones, sino sólo de aquellos respecto de los cuales la Mesa juzgue necesario, el Gobierno continúa facultado para oponer su disconformidad con la tramitación si no ha sido consultado hasta dos días antes del debate de totalidad, si bien corresponde a la Mesa adoptar la decisión definitiva sobre dicha disconformidad).

Además de la supresión de la toma en consideración, el nuevo Reglamento del Parlamento de Cataluña ha introducido otros cambios en el procedimiento legislativo, con la finalidad de mejorar su comunicación con la sociedad, y “actualizar” su relación, una de las cuales ha sido contemplada en la Ley 1/2006, sin perjuicio de que encuentre su desarrollo y concreción en el Reglamento. Me refiero a la participación posterior de la comisión promotora en el trámite de “comparecencia de las organizaciones y los grupos sociales, antes de abrir el período de enmiendas al articulado” (art. 14.2, de la Ley 1/2006), desarrollado en el artículo 106 RPC. Ahora bien, este trámite de comparecencias, establecido para conocer las opiniones de grupos o entidades sociales sobre el proyecto o proposición, entre los que puede encontrarse la comisión promotora, no es obligatorio, y sólo se abre si lo solicitan los grupos parlamentarios; además, la comisión promotora ya ha intervenido con ocasión del debate de totalidad, por lo que no tiene porqué intervenir nuevamente si su presencia no es solicitada. En cambio, tiene más sentido una nueva intervención de la comisión promotora al final del procedimiento, cuando la mayor parte de las enmiendas, probablemente, ya se han incorporado y resta la votación final del texto del dictamen o proposición y de las enmiendas a las que la mayoría opone más resistencia o respecto de las que resulte más difícil el acuerdo. Por ello, el reglamento dispone (art. 112 RPC) que el debate en el pleno de la cámara, como fase final de la tramitación, se iniciará con la intervención de un miembro de la Comisión Promotora (en el que valorará el resultado del proceso de negociación y discusión de la proposición seguido hasta entonces), miembro que, sin embargo, ya no intervendrá en el debate posterior sobre las enmiendas subsistentes (aunque cabe suponer que expresará su opinión sobre las mismas). Esta regulación ejemplifica como desde el reglamento parlamentario es posible establecer medios de participación de los promotores de una iniciativa popular en la tramitación parlamentaria y en consecuencia un cierto diálogo público con los representantes parlamentarios sin menoscabar el papel y la función de éstos.

Un último aspecto de la tramitación parlamentaria de las iniciativas populares es el que se refiere a su posible retirada. Desde la doctrina se ha postulado la conveniencia de contemplarla, pese a las dificultades teóricas que puede presentar (¿quién tiene legitimidad para juzgar el alcance de cambios sufridos por la proposición en su tramitación y decidir su retirada, la Comisión o los firmantes? si fueran éstos últimos, ¿los mismos o un número significativo?). Hasta ahora, sólo la ley aragonesa recogía la posibilidad de que la comisión promotora solicite la retirada si entiende que alguna de las enmiendas introducidas desvirtúa el “objetivo de la iniciativa”. La reforma de la Ley Orgánica 3/1984 reguladora de la iniciativa popular no ha recogido tal posibilidad y entiendo que no se trata de una materia estrictamente reglamentaria, por lo que podía haberlo hecho. Tampoco lo ha previsto la Ley catalana 1/2006, pero en cambio si lo ha introducido el nuevo Reglamento del Parlamento, cuyo art. 116 habilita a la Comisión Promotora a solicitarla hasta el momento anterior a la votación en el pleno. Esta facultad se reconoce sin ninguna condición o necesidad de justificación (cabe suponer que debido a una alteración que la comisión considere esencial), lo que evita el problema de valorar la adecuación de la decisión de la comisión a un concepto jurídico necesariamente indeterminado, aunque no dejará de hacer discutible dicha decisión en determinados casos (quien podría evitar que adopte la decisión más movida por motivos políticos y no tanto en base a los criterios que impulsaron su actuación inicialmente y que pudiera justificar el apoyo de los firmantes, ¿cómo se asegura que no defrauda la voluntad o las expectativas de éstos?). A pesar de la amplitud con que se reconoce la facultad de la comisión promotora, debemos señalar por el art. 116 RPC la habilita para “solicitar” la retirada, no para acordarla o imponerla a la cámara; en la regulación anterior del procedimiento legislativo no se contemplaba esta posibilidad porque se entendía que con la toma en consideración la cámara asumía como propia la iniciativa, pero ahora con la desaparición de aquel trámite, parece suponerse que tal asunción no es necesaria. ¿Quién tiene el poder de disposición sobre la iniciativa en trámite? ¿Qué voluntad prevalece, la originaria, que pone en marcha el procedimiento, o la final, que corresponde a la cámara, que es titular del poder de decisión para bien o para mal, sobre la iniciativa? Cuestión que deja pendiente el reglamento aunque parece consistente interpretar que dado que en otros casos se ha reconocido la capacidad del Parlamento para retirar proposiciones en trámite, mediante acuerdo y no solicitud (arts. 127 y 184 RPC), y dado que los redactores del reglamento eran perfectamente conocedores de las críticas que mere-

cía la regulación anterior al no posibilitar la retirada (se había producido una situación relativamente reciente cuando se criticó fuertemente al Parlamento por haber “dado la vuelta” a una proposición que pretendía la prohibición de la incineración de residuos al haberla convertido, mediante la tramitación parlamentaria, en una ley reguladora de la incineración) que tan sólo se ha pretendido recoger la posibilidad de solicitarla, reservándose para el pleno la facultad de acceder o no a dicha solicitud.

VI EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES REGULADORAS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Las recientes reformas de las leyes reguladoras de la iniciativa legislativa popular han mantenido la habilitación al Gobierno correspondiente para dictar las disposiciones de desarrollo, a pesar de que durante los años de vigencia de la legislación anterior dicha habilitación no fue utilizada, y ello quizás no por desidia, sino por razones de técnica jurídica. En primer lugar, en el ámbito estatal, el margen para el desarrollo reglamentario puede ser estrecho, si consideramos que se trata de un derecho fundamental, y si no es así, pues pese a la conexión con el derecho de participación se trata de un derecho de configuración legal, el espacio que deja la ley para el desarrollo (por cierto, la habilitación se contiene en una Disposición Adicional, la 2ª, en contra de la que aconseje la técnica normativa, de situarlo en una Disposición Final) sigue siendo estrecho, en ningún caso substancial, sino tan sólo relacionado con cuestiones procesales. Pero es más, por lo que se refiere a la tramitación parlamentaria de la proposición de ley presentada por medio de la iniciativa popular, la regulación en ningún caso podría efectuarse por un reglamento administrativo, al pertenecer esta materia al dominio del reglamento parlamentario. Por lo que se refiere al ámbito de la actuación de la Junta Electoral, órgano de control de la regularidad del ejercicio del derecho, se trata también de un órgano con autonomía reglamentaria reconocida.

En el ámbito autonómico se plantean los mismos problemas, agravados por el hecho de que en algún caso el control se atribuye a las Juntas Electorales Provinciales

(Murcia, Navarra) respecto de las cuales la Comunidad Autónoma no puede dictar ninguna clase de normas, salvo la de atribuirles tal competencia. A pesar de estas dificultades, para admitir el desarrollo parlamentario se plantean problemas de orden práctico en aspectos menores, de carácter procesal, que aconsejarían su posible regulación para mayor seguridad del órgano que debe aplicar la norma y del ciudadano que vaya a utilizarla o que permitirían una mejora considerable para el ejercicio del derecho, que abordaré en el apartado siguiente, como el de la firma electrónica.

VII OTRAS MEJORAS INTRODUCIDAS EN LAS RECIENTES MODIFICACIONES

La voluntad de favorecer a las iniciativas legislativas populares se ha puesto de manifiesto en otras novedades aportadas en las recientes reformas de las leyes reguladoras. En el caso catalán, la ley 1/2006 ha rebajado el número de firmas necesarias para apoyar la proposición de ley de este tipo hasta 50.000, frente a las 65.000 anteriores. Una modificación de este tipo no es posible adoptarla en el ámbito estatal, por limitación constitucional, como sabemos. En cambio, si era posible ampliar el plazo para la recogida de las firmas, y así se ha hecho, hasta los nueve meses, prorrogables por tres más, cuando concurra causa de fuerza mayor apreciada por la Mesa (art. 7.3). En el caso catalán, el plazo se ha ampliado de 90 días hasta 120, prorrogables por 60 más (art. 9). Asimismo, en el ámbito estatal se ha recogido la posibilidad de utilizar pliegos bilingües (castellano y lengua cooficial en la Comunidad Autónoma) para la recogida de las firmas, siendo necesario el uso del castellano debido a que los pliegos han de surtir efecto fuera de la Comunidad Autónoma (así entendió el Tribunal Constitucional que debía ser, en la STC 140/1992, de 25 de mayo, F.J. 4)

Otra mejora indudable se halla en el aumento de la compensación económica a la comisión promotora por los gastos realizados en la difusión de la iniciativa y recogida de firmas, hasta 300.000 euros en el caso estatal, actualizables anualmente de acuerdo con la variación del IPC. En el caso catalán la cantidad se ha aumentado desde 18.000 euros hasta un máximo de 40.000 euros, aunque la cantidad se fija por firma recogida (0,64 euros); además, la ley 1/2006 dispone dos medidas a favor de los promotores: de una parte, percibirán un 10% de la compensación sin necesidad

de justificación (el concepto denominado en otros terrenos “gastos de difícil justificación”); de otra parte, se establece la posibilidad de un anticipo no superior a 3.000 euros para cubrir los primeros gastos de la recogida de firmas.

Finalmente, como ya se ha avanzado y en la línea que en su día, razonablemente, propuso TUDELA, se ha incorporado la posibilidad de apoyar iniciativas legislativas populares mediante la firma electrónica. Así lo han previsto tanto la reforma de la ley estatal, art. 7.4, como la ley catalana, Disposición Adicional 1^a. Evidentemente, las nuevas tecnologías de la información pueden facilitar no sólo el conocimiento y difusión de la iniciativa, sino que hoy es posible además, suscribir mediante firma electrónica esta clase de iniciativas. Admitirlo así en la ley no solo contribuye a favorecer el ejercicio a este derecho, sino que casi resulta obligado, pues de no hacerlo se estaría impidiendo una modalidad de firma, reconocida en otros ámbitos. Con todo, esta posibilidad recogida en la ley se remite a su ulterior concreción o desarrollo, de manera que mientras este no se produzca, no puede admitirse este tipo de firma, desafortunadamente.

VIII BIBLIOGRAFÍA

AJA FERNANDEZ, Eliseo; LARIOS PATERNA, María Jesús. “Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración parlamentaria de las leyes”. En: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*. Núm. 6 Extraordinario (1998), p. 79-100.

ALONSO DE ANTONIO, José Antonio. “Propuestas de reforma de la ley orgánica de iniciativa legislativa popular”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Núm. 86 (curso 1994-1995), p. 567-575.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. “La nueva ley de la iniciativa legislativa popular”. En: *Revista española de derecho constitucional*. Núm. 78 (septiembre-diciembre 2006), p. 187-218.

ASTARLOA VILLENA, Francisco. "La iniciativa legislativa popular en España". En: *Teoría y Realidad Constitucional*. Núm. 10-11 (2002-2003), p. 273-321.

BEZZI, Dirce. *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*. Milano: Giuffrè, 1990. VIII, 108 p.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal". En: *Revista española de Derecho constitucional*. Núm. 19 (enero-abril 1987), p. 75-130.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La iniciativa legislativa popular en los ordenamientos jurídicos regionales". En: *Revista de Estudios Políticos*. Nueva época, núm. 46-47 (1985), p. 289-307.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. "Las instituciones legislativas de la democracia directa: la iniciativa popular y el referendum (el plesbicio)". En: *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. P. 420-433.

BOWLER, Shaun. "California's experience with direct democracy". En: *Parliamentary Affairs*. Vol. 53, núm. 4 (Oct. 2000), p. 644-656.

BRUGUÉ I TORRUELLA, Joaquim. "Perquè una nova llei de la iniciativa legislativa popular?". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 10 (octubre 2006), p. 58-64.

CAMPS, Ferran. *Iniciativa legislativa popular*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill: Mediterrània, 1997. 143 p.

CONTRERAS, Manuel. "Iniciativa legislativa popular y estado democrático de derecho: una aproximación a su regulación jurídica en España". En: *Revista de las Cortes Generales*. Núm. 8 (2º cuatrimestre 1986), p. 67-94.

CONTRERAS CASADO, Manuel. "Parlamento y participación directa de los ciudadanos". En: *Anuario Jurídico de La Rioja*. Núm. 3 (1997), p. 217-231.

DEGENHART, Christoph. "Direkte Demokratie in den Ländern-Impulse für das Grundgesetz?". En: *Der Staat*. Núm. 1 (1992), p. 77-97.

EYLL, Didier van. "Les procédures de démocratie directe". En: *Parlements et Francophonie*. Núm. 110 (2000), p. 281-291.

FERNÁNDEZ FERRERO, Miguel Ángel. *La iniciativa legislativa popular*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 222 p. (Cuadernos y debates; 111).

GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, Piedad. "La iniciativa legislativa en la Constitución española de 1978". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 59 (mayo-agosto 2000), p. 57-91.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. "La iniciativa legislativa popular". En: *El procedimiento legislativo: V Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, D.L. 1997. P. [271]-296.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. "La iniciativa legislativa popular y su vigencia en el Estado contemporáneo". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Núm. 74 (1988-89), p. 211-245.

GUERRERO SALOM, Enrique. "Debates actuales y actualizados sobre la democracia". En: *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 18 (enero-abril 2003), p. 99-141.

HOTTELIER, Michel. "Suisse: réforme des droits populaires de rang fédéral." En: *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Núm. 55 (juillet 2003), p. 657-670.

La iniciativa legislativa popular: guía d'ús. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Relacions Institucionals i Participació, 2006. 71 p.

JUNG, Otmar. "Aktuelle Probleme der direkten Demokratie in Deutschland". En: *Zeitschrift für Rechtspolitik*. H. 10 (Okt. 2000), p. 440-447.

KAMPWIRTH, Ralph. "Der ernüchterte Souverän. Bilanz und Perspektiven der direkten Demokratie in den 16 Bundesländern und auf Kommunalebene". En: *Zeitschrift für Parlamentsfragen*. Vol. 34, h. 4 (Dez. 2003), p. 657-671.

LARIOS PATERNA, María Jesús. "La iniciativa legislativa popular: especial referència a la pràctica de la VI legislatura del Parlament de Catalunya". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 6 (octubre 2003), p. 74-93.

LARIOS PATERNA, María Jesús. "La iniciativa legislativa popular en el context espanyol: referència especial a la Llei catalana". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 26-35.

LARIOS PATERNA, María Jesús. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003. 363 p. (Serie IV: monografías; 53).

LEUSCHNER LUQUE, Erick. "Derecho de participación política y democracia". En: *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Núm. 14 (junio 2006), p. 199-219.

"Ley de 1 de julio de 1973, sobre el ejercicio de la iniciativa popular al amparo de la Constitución federal". En: *BLE. Boletín de Legislación Extranjera*. Núm. 112-113 (1991), p. 13-21.

MARCO ABATO, Marcos. "Una aproximación a la participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes". En: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*. Núm. 6 Extraordinario (1998), p. 201-227.

MARTÍN MATEO, Ramón. "La intervención de los grupos de interés en la gestación de las leyes". En: *Corts. Anuario de derecho parlamentario*. Núm. 10 Extraordinario (2001), p. 141-160.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo. "La iniciativa legislativa popular". En: *Las Cortes Generales: jornadas de estudio organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado en mayo de 1985*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, DL 1987. Vol. III, p. 1725-1738.

MERCIER, Anne-Cécile. "Le référendum d'initiative populaire, un trait méconnu du génie de Condorcet". En: *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Núm. 55 (juillet 2003), p. 483-512.

MOLAS, Isidre; PITARCH, Ismael E. "El procedimiento legislativo: 1. El procedimiento común u ordinario: 1.1.2.3. La iniciativa popular". En: *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*. Madrid: Tecnos, 1987. P. 149.

NEDJAR, Didier. "Initiative et référendum aux Etats-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire". En: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*. Núm. 6 (1993), p. 1585-1642.

"Nota de la Secretaría general del Congreso de los Diputados sobre los trámites parlamentarios subsiguientes a la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de una proposición de Ley de iniciativa popular, una vez certificada la obtención del número de firmas de electores exigido por el artículo 87.3 de la Constitución". En: *Revista de las Cortes Generales*. Núm. 36 (1995), p. 183-202.

"Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre el alcance del artículo 15 de la Ley Orgánica 3/1984, reguladora de la iniciativa legislativa popular". En: *Revista de las Cortes Generales*. Núm. 36 (1995), p. 203-212.

PASTOR, Jaime. "El 'déficit social' de la participación política no electoral. Iniciativas ciudadanas y movimientos sociales". En: *Documentación Social*. Núm. 114 (enero-marzo 1999), p. 125-141.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo 20 (2003), p. 63-79.

PÉREZ SOLA, Nicolás. "Algunas propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de iniciativa legislativa popular". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Núm. 84 (1995), p. 481-490.

PINDADO SÁNCHEZ, Fernando. "El desenvolupament del dret a la participació en l'àmbit legislatiu". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 20-25.

PITARCH, Ismael E. "Procediment legislatiu: 4. La iniciativa popular". En: *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1988. Vol. III, p. 201-225.

Projecte de llei de la iniciativa legislativa popular. Barcelona: Direcció d'Estudis Parlamentaris, 2005. 274 p. (Documentació parlamentària; 92).

Proposició de llei sobre la iniciativa legislativa popular: a cura del Servei de Documentació, Biblioteca i Arxiu del Parlament de Catalunya, sota la coordinació de la Direcció d'Estudis Parlamentaris, amb la col.laboració i assessorament dels Serveis Jurídics. Barcelona: El Servei, 1991. 231 p. (Documentació parlamentària; 3).

Proposició de Llei sobre la Iniciativa Legislativa Popular: a cura del servei de Documentació, Biblioteca i Arxiu del Parlament de Catalunya, sota la coordinació de la Direcció d'Estudis Parlamentaris, amb la col.laboració i assessorament dels Serveis Jurídics. Barcelona: El Servei, 1994. 335 p. (Documentació parlamentària; 19).

Proyecto de ley de iniciativa legislativa popular: realizado por Parlamento Vasco, Servicio de Estudios, Biblioteca, Archivo y Documentación. [Vitoria]: Parlamento Vasco, 1986. 297 p. (Documentación parlamentaria = Legebiltzar-agiriak; 6).

PULIDO QUECEDO, Manuel. "Algunas notas sobre la iniciativa legislativa popular, hearings y grupos del trabajo en el parlamento español". En: *Jornadas de Debate sobre Reforma de los Reglamentos Parlamentarios* (1994). [Sevilla]: Parlamento de Andalucía, D.L. 1996. P. 195-201.

PUNSET, Ramón. "La iniciativa legislativa en el ordenamiento jurídico español". En: *Revista de derecho político*. Núm. 14 (1982), p. 57-78.

PUNSET, Ramón. "Iniciativas popular y regional y fase introductoria del procedimiento legislativo". En: *Revista de Estudios Políticos*. Nueva época, núm. 22 (julio-agosto 1981), p. 213-226.

RALLO LOMBARTE, Artemi. "Iniciativa popular, estado autonómico y reforma constitucional". En: *Revista vasca de administración pública*. Núm. 50 (enero-abril 1998), p. 205-223.

RAMÍREZ, Manuel. "La democracia directa y sus formas: el derecho de petición a las Camaras. El referendum. La iniciativa legislativa popular". En: *La participación política*. Madrid: Tecnos, 1985. P. 117-151.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. "La iniciativa popular: una figura importante para una nueva ciudadanía". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 36-41.

SAURA I LAPORTA, Joan. "La iniciativa legislativa popular: present i futur". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 16-19.

SORIANO, Ramón. "La iniciativa legislativa popular: una institución herida de muerte". En: *Sistema*. Núm. 167 (marzo 2002), p. 111-118.

SOTO, Juan Ignacio. "El derecho de iniciativa ciudadana en el ámbito local". En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 42-49.

TRECHSEL, A.H. "Direct democracy in Switzerland: Do elites matter?". En: *European Journal of Political Research*. Vol. 33, n. 1 (Jan. 1998), p. 99-124.

TUDELA ARANDA, José. "Iniciativa legislativa popular y desarrollo de las nuevas tecnologías". En: *Parlamento y nuevas tecnologías: II Jornadas Parlamentarias de la Asamblea de Madrid, sede de la Asamblea, octubre de 2001*. [Madrid]: Asamblea de Madrid, [2002]. P. [97]-116.

VEGA, Pedro de. "Referéndum e iniciativa popular: sus riesgos". En: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985. P. 120-127.

VINTRÓ, Joan [et al.]. “Reflexions sobre la iniciativa legislativa popular des de l’òptica dels agents socials”. En: *Activitat parlamentària*. Núm. 11 (febrer 2007), p. 50-68.

VINTRÓ, Joan; MONER, Josep; GASCH, Josep M. *Participació ciutadana: la utilitat de la iniciativa legislativa popular*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill, 1999. 62 p. (Debats de l’aula Provença; 30).

Fernando Santaolalla López

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES. PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

EL TRANSFUGUISMO EN ALGUNOS PAISES EUROPEOS*

RESUMEN

Se estudia el fenómeno de cambio de grupo político a cargo de un representante popular en diversos países de la Unión Europea, tanto a nivel parlamentario como de las corporaciones locales. La finalidad es comprobar hasta qué punto se trata de algo lícito y las posibles medidas implantadas para impedir los abusos detectados en España. La independencia del representante, consagrada constitucionalmente, es lo que en todos los países estudiados permite este tipo de decisiones.

RESUM

S'estudia el fenomen de canvi de grup polític a càrrec d'un representant popular en diversos països de la Unió Europea, tant en l'àmbit parlamentari com de les corporacions locals. La finalitat és comprovar fins a quin punt es tracta de quelcom lícit i les possibles mesures implantades per a impedir els abusos detectats a Espanya. La independència del representant, consagrada constitucionalment, és allò que en tots els països estudiats permet aquest tipus de decisions.

ABSTRACT

My contribution deals with the phenomenon of changing from a political group to another. It is made by a representative of the popular group in different countries of the European Union at both levels: parliamentary and municipal council level. The goal of this survey is to proof that this kind of behaviour is legal. The survey will also

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación (I+D) del Ministerio de Educación y Ciencia: "Respuestas jurídico constitucionales al fenómeno del tansfuguismo". Referencia SEJ2004-05943/JURI. Programa Nacional del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. 2004 - 2007. Universidad de Alcalá.

pay attention to the measures introduced to prevent the abuses which have been detected in Spain. The independence of the representative, constitutionally established, is what allows this type of decisions in all the countries which have been surveyed.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ALEMANIA
- III. AUSTRIA
- IV. BÉLGICA
- V. FRANCIA
- VI. ITALIA
- VII. PAISES BAJOS
- VIII. SUECIA
- IX. CONCLUSIÓN

I INTRODUCCIÓN

El fenómeno de cambio de grupo político a cargo de un representante popular es un fenómeno sobradamente conocido en España, hasta el punto de haberse acuñado el expresivo término de tansfuguismo para nombrarlo.

Aunque algunas de sus manifestaciones entran en lo propio de lo abusivo, no es algo que sin más pueda descartarse. Se trata de un tema espinoso, donde confluyen varias exigencias constitucionales, no siempre fáciles de armonizar. Tal es el caso del voto ciudadano a un partido político, por un lado, y la reconocida independencia del representante por otro.

El objetivo de las líneas que siguen no es continuar con ese debate teórico, apasionante sin duda, sino dar a conocer la solución o, mejor, la situación imperante al respecto en algunos países de la UE. Todo ello con el propósito de brindar una referencia al debate que sobre el particular sigue existiendo en España.

A tal efecto se expone la situación jurídica y, en lo posible, la fáctica en algunos países europeos. Se han seleccionado países con sistemas parlamentarios muy experimentados y, dentro de ellos, los que por su régimen electoral más parecido guardan con el sistema español. Así, Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Países Bajos son países con sistemas electorales de representación proporcional y con un voto por lista bastante extendido. Se incluye también Francia, a pesar de tener un sistema representativo mayoritario, por la relevancia que siempre tiene para el Derecho español.

Al tiempo, y como el tansfuguismo se plantea en los diversos niveles territoriales representativos (nacional, autonómico y local) se ha procurado incluir una referencia de su situación en estos países tanto en el parlamento central como en los entes locales y, en su caso, regionales.

II ALEMANIA

1. SITUACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

En Alemania no existe norma alguna que prohíba el abandono del propio partido o grupo político por un representante popular. Ni tampoco existe proyecto de limitar o regular este fenómeno. Y ello a pesar de que el sistema representativo alemán es claramente proporcional por listas, si bien estas no son bloqueadas como en España: cada ciudadano dispone de dos votos. Mediante el primer voto cada ciudadano elige al candidato de su preferencia en distritos uninominales; mediante el segundo elige una lista de partido en el (distrito plurinominal) *Land* respectivo. Para el reparto de escaños, primero, a nivel federal se determinan los escaños que corresponden proporcionalmente a cada partido, siempre entre los que hayan superado el cinco por ciento de los votos emitidos. Luego dentro de cada *Land* los escaños se distribuyen proporcionalmente a los votos del partido correspondiente. Finalmente, los escaños dentro de cada lista se atribuyen primero a los candidatos que hubiesen ganado en los distritos uninominales y en caso de no haberlos y para el resto de los escaños ganados se sigue el orden en que los candidatos aparecen en la lista correspondiente.

A pesar de que en definitiva el voto se emite en función del partido político, es posible abandonar, una vez elegido, el partido o grupo con el que se accedió al

Parlamento. La razón yace en la prohibición del mandato imperativo que establece el artículo 38.1 de la Ley Fundamental: *Los diputados del Bundestag alemán representan a todo el pueblo y no están sujetos a mandatos e instrucciones y sólo a sometidos a su propia conciencia (Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen)*. Esta definición constitucional corta de raíz todo intento de presentar al parlamentario como representante de un partido o fuerza política. Su representatividad del conjunto del pueblo hace jurídicamente imposible que alguien le pueda imponer una conducta: al carecer ese pueblo de existencia real, no existe un principio del que derivar un mandato sobre el modo de ejercer su condición. Por si quedase poco claro, se explicita la prohibición de cualquier mandato o instrucción.

De este modo, resulta perfectamente posible, aunque en la práctica no sea muy normal, el abandono del grupo político en el que fue elegido el diputado para incorporarse a otro o para pasar a una situación de no adscrito (*fraktionslose Abgeordnete*). Esta última situación, no estrictamente equiparable a lo que en España llamaríamos el grupo mixto, incluye también a los diputados que fueron elegidos como independientes o que pertenecen a partidos que no alcanzaron la barrera del cinco por ciento de los diputados, que es el requisito para constituir un grupo propio. Por supuesto, el mismo régimen se aplica cuando el abandono obedece a la expulsión por el grupo o partido respectivo¹.

Apenas existen normas sobre los diputados independientes o no adscritos. Sólo se refiere a ellos el artículo 59.2 del Reglamento (GOBT) del Bundestag: *Los grupos parlamentarios designan sus miembros en las comisiones y su portavoz. El presidente designa a los diputados independientes miembros consultivos de las comisiones*. En términos generales, el status de estos diputados independientes es el mismo que el de sus pares integrados en grupos, con la salvedad de que en las comisiones pueden participar con voz, pero sin voto.

Ahora bien, en esta materia tuvo y tiene una relevancia especial la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 13 de junio de 1989 (BverfGE 80, 188 y ss²) en el llamado caso

1 En los datos que figuran en la web del Bundestag <<http://www.bundestag.de/mdb/index.html>> no existe indicación sobre número de estos diputados independientes en las legislaturas 1 a 9. En la legislatura 15 aparecen tres y en la 16 dos.

2 Fuente: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080188.html>>.

Wüppsahl. El diputado Wüppsahl pertenecía al grupo de los Verdes y, en cuanto tal, había sido adscrito a las comisiones de Interior y Jurídica del Bundestag así como a la comisión mixta con el Bundesrat. Sin embargo, en 1988, como consecuencia de sus disputas con su partido político, fue excluido del mismo y del grupo parlamentario. Asimismo se le privó de la pertenencia a las comisiones citadas, amén de otras facultades. A raíz de estos hechos, el diputado Wüppsahl interpuso un conflicto orgánico contra el Bundestag, su presidente y su hasta entonces grupo parlamentario de los Verdes.

El Tribunal Constitucional Federal falló a favor del diputado Wüppsahl, indicando que habían sido lesionados sus derechos derivados del artículo 38.1 de la Ley Fundamental, en la medida que no se le había reconocido la posibilidad de actuar como miembro, con derecho de voz y propuesta, de una comisión del Bundestag.

Pero el tribunal sentó una doctrina cuyos puntos de más relevancia, a los efectos de presente estudio, fueron los siguientes:

a) El *status* representativo de los diputados que se deriva del art. 38.1 de la Ley Fundamental es el fundamento de la condición representativa del Bundestag;

b) Todos los diputados están llamados a participar en el trabajo del Bundestag con los mismos derechos y obligaciones;

c) Los derechos de los diputados no proceden del reglamento parlamentario, el cual debe limitarse a la determinación de la forma y modo de su ejercicio, con la consecuencia de que puede limitarlos en casos concretos pero no eliminarlos;

d) La organización del trabajo parlamentario se basa actualmente en la existencia de grupos parlamentarios, cuya formación obedece al ejercicio libre del mandato de los diputados (art. 38.1 de la Ley Fundamental), con la consecuencia de que la ordenación reglamentaria de las facultades de los grupos tiene que hacerse con la observancia de los derechos de los segundos;

e) La composición de las comisiones, para ser consecuentes con el principio representativo, debe reflejar a pequeña escala la propia del Parlamento;

f) La importancia de las comisiones en el trabajo parlamentario determina que un diputado no pueda ser excluido de las mismas sin que medien poderosas razones funcionales de la institución;

g) Consiguientemente, todo diputado debe tener reconocido el derecho a participar en una comisión, incluyendo el uso de la palabra y la formulación de

propuestas, pero, en cambio, no puede exigirse sin más que ostente el derecho de voto;

h) El uso de palabra por los diputados independientes (*fraktionslose Abgeordnete*) debe calcularse en función de la importancia y dificultad de la cuestión debatida y de la duración del debate correspondiente, e

i) Los diputados independientes (*fraktionslose Abgeordnete*) no tienen derecho a recibir una subvención económica equiparable a la de los grupos parlamentarios.

Como consecuencia de esta sentencia, se han adoptado ciertas medidas en el Bundestag. Así se considera que los diputados independientes no tienen derecho a pertenecer a la Junta de Portavoces (*Ältestenrat*), si bien se entiende que este órgano debe cuidar los intereses de todos los diputados.

Mediante unas directrices de 12 de diciembre de 1991 se ha cuantificado el tiempo de intervención que puede corresponder a estos diputados: en los debates de hasta una hora, disponen de cinco o diez minutos; en las cuestiones actuales tres minutos, y así sucesivamente. No cabe que en la lista de oradores se inscriban estos diputados independientes en modo que igualen o superen el tiempo correspondiente a los grupos pequeños.

Todo diputado y, por tanto, también los independientes pueden formular mociones procedimentales y enmiendas en la segunda lectura de proyectos de ley, pero en lo restante el reglamento del Bundestag limita el derecho de iniciativa a los grupos o a diputados que representen un cinco por ciento de los miembros del Bundestag. Esto último se aplica a las proposiciones de ley, a las enmiendas en la tercera lectura y a las preguntas (*kleine Anfrage*) e interpelaciones (*grosse Anfrage*)³.

En lo tocante a las comisiones, ya hemos señalado que todo diputado tiene derecho a participar en una comisión permanente, pero sin que ello signifique la elección de cuál ha de ser ésta. No obstante, se considera que sus intereses y especialización deben ser valorados a estos efectos. Esta participación, como también se ha dicho,

3 El art. 76 del Reglamento (GOBT) establece que, salvo lo dispuesto en sentido distinto en otros lugares del Reglamento, las iniciativas mencionadas en el art. 75 tienen que ser suscritas por un grupo o el cinco por ciento de los miembros del Bundestag.

no alcanza al derecho de voto, que se mantiene en todo caso para el pleno. De la participación está excluido el caso de las comisiones de investigación y de la comisión mixta prevista en el artículo 53 de la Ley Fundamental.

El diputado independiente no puede escoger su escaño en el salón de sesiones. Normalmente se le adjudica uno en la última fila.

En lo tocante a ayuda financiera, y como ya se ha dicho, el diputado independiente no puede reclamar una dotación equiparable a la de los grupos parlamentarios, pues su estatus es esencialmente distinto, en el sentido de que no aporta la coordinación y dirección de la actividad parlamentaria que es inherente a los grupos. Las ventajas informativas de estos últimos resultan compensadas con los servicios que el diputado independiente puede obtener del Departamento de Estudios.

En el Consejo Federal o Bundesrat no se presenta el problema del transfuguismo. La razón no merece mayor explicación: sus miembros no son elegidos como representantes populares sino designados por los gobiernos de los Länder y están sujetos a una suerte de mandato imperativo procedente de esos mismos gobiernos, en la medida que todos los consejeros de un mismo Land tienen que votar en un mismo sentido. Por tanto, al carecer de toda connotación partidista oficial no existe la base para que pueda presentarse este problema.

2. REPRESENTANTES LOCALES

La prohibición de mandato imperativo y consiguiente independencia formal del representante se observa también en el plano local, al amparo del principio de homogeneidad en concordancia con el artículo 28.2 de la Ley Fundamental: *En los Länder, distritos y municipios existirá una representación del pueblo basada en el sufragio universal, directo, libre, igual y secreto (In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist)*⁴.

⁴ Vid sobre este punto Lucca MEZZETTI "Sistemi elettorali locali e forma di governo nella Repubblica Federale Tedesca" en en *Sistemi elettorali e governo locale* a cura de Silvio Gambino Roma 1991, p. 74 y ss.

Consecuencia de lo anterior es que el concejal alemán, al igual que el diputado, goza de plena libertad jurídica, sin otro límite que el que le oponga su propia conciencia, como también afirma el inciso final del artículo 38.1, citado.

De todos modos, los posibles cambios de grupo por los representantes locales no parecen tener las consecuencias que se producen en España, en el sentido de posibilitar un cambio de mayoría y, consiguientemente, de alcalde y de orientación política de la corporación. La razón estriba en que desde finales del siglo pasado se ha impuesto en los diversos *Länder* la elección directa de los alcaldes, en modo coincidente con lo que también ocurre en Italia. Este sistema refuerza la legitimidad democrática del alcalde, en cuanto producto directo de la voluntad ciudadana y no de acuerdos inter o intrapartidarios⁵. Y, sobre todo, neutraliza e impide cualquier intento de cambiar al titular de la alcaldía mediante una reconfiguración de la mayoría en la asamblea municipal. Dicho con otras palabras, el fenómeno de cambio de grupo no puede obedecer a este tipo de motivación.

III AUSTRIA

También Austria reconoce el principio de libertad del parlamentario, que es lo que legitima el cambio de grupo. En concreto el art. 56 de la Ley constitucional Federal establece que *los miembros de la Asamblea Nacional y del Consejo Federal no están sujetos a mandatos en el ejercicio de su cargo (Die Mitglieder des Nationalrates und die Mitglieder des Bundesrates sind bei der Ausübung dieses Berufes an keinen Auftrag gebunden)*.

Se admite la existencia de diputados independientes, toda vez que el art. 7 del Reglamento⁶ de la Asamblea Nacional exige cinco miembros al menos para formar

5 Vid al respecto F. SOSA WAGNER "Elección de alcaldes en Alemania: sugerente experiencia" en *El Mundo* de 22 de mayo de 2007, p. 4. Este sistema de elección directa del alcalde ya había sido experimentado en Baviera, según relata Fulcro LANCASTER, "I sistema di rappresentanza nei Länder e nei comuni tedeschi" en *Cittadini e rappresentanza in Europa*, a cura de G. RICCAMBONI Milán 1992, p. 66 y ss.

6 *Abgeordnete derselben wahlwerbenden Partei haben das Recht, sich in einem Klub zusammenzuschließen. Für die Anerkennung eines solchen Zusammenschlusses ist die Zahl von mindestens fünf Mitgliedern erforderlich. Abgeordnete, die nicht derselben wahlwerbenden Partei angehören, können sich in einem Klub nur mit Zustimmung des Nationalrates zusammenschließen. Die Ergebnisse der Konstituierung eines Klubs sowie Veränderungen derselben sind dem Präsidenten unverzüglich schriftlich mitzuteilen.*

grupo. Estos diputados independientes pueden provenir de los pertenecientes a partidos que no alcanzan ese número de escaños o bien de los que abandonan su grupo de origen. Según dicho artículo, los nuevos grupos o las variaciones en los mismos deben comunicarse por escrito inmediatamente al presidente de la Cámara.

Estos diputados independientes disfrutan de los mismos derechos y facultades que los demás, con las siguientes excepciones:

— No pertenecen a las comisiones, ya que la composición de las mismas se establece en proporción a los efectivos de los grupos políticos. No obstante, pueden asistir a sus reuniones, salvo que la comisión afectada decida de modo diferente.

— No están representados en lo que podemos llamar la Junta de Portavoces (*Präsidialkonferenz*), pues, en cuanto órgano de gobierno, se integra por el presidente de la Cámara y los portavoces de los grupos.

— En caso de limitarse los turnos de palabra, pueden ver reducida su intervención a no menos de diez minutos.

— En la medida que los despachos se distribuyen proporcionalmente al tamaño de los grupos y luego estos los ceden a sus miembros, reciben el espacio que les adjudique el presidente.

IV BÉLGICA

1. SITUACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

En Bélgica la elección de los representantes se hace mediante un sistema de representación proporcional en distritos plurinominales, (bien que no se haga mediante listas bloqueadas por mor de la existencia de votos nominativos a los componentes de una misma lista)⁷. A pesar de ello tampoco en este país existe norma que impida el cambio de grupo parlamentario. Al contrario, y a pesar de las sucesivas reformas constitucionales, el art. 42 de la Constitución mantiene el principio tradicional de prohibición del mandato imperativo: *Los miembros de las dos Cámaras representan a la Nación y no únicamente a los que los eligen*⁸. Por eso el abandono del propio grupo resulta un acto enteramente lícito.

⁷ Véase un resumen en: <http://www.lachambre.be/kvvcr/pdf_sections/pri/elections/09F-2003.pdf>.

⁸ *Les membres des deux Chambres représentent la Nation, et non uniquement ceux qui les ont élus.*

De hecho, la pertenencia a los grupos no se concibe como imperativa: el art. 11.1 del Reglamento de la Cámara de Representantes afirma que *los representantes pueden constituir grupos políticos*, lo que denota una naturaleza formalmente voluntaria, si bien, en la práctica, generalizada. Es más, según la información que proporciona el propio Parlamento belga⁹, existen representantes oficialmente no pertenecientes a grupos políticos, citándose al efecto el mismo art. 11, en el que se fija un mínimo de cinco diputados para poder constituir un grupo. De esto modo, estos representantes pueden provenir de partidos que no alcanzan ese mínimo o de otros que abandonan su grupo originario.

El representante que abandona su grupo puede incorporarse a otro o mantenerse en esa situación indefinida, de independencia. En el primer caso, el representante disfruta de los mismos derechos que los otros miembros del grupo de acogida: presencia en los plenos, participación en los debates, presentación de enmiendas y voto y, más en concreto, los derechos dependientes de la proporcionalidad, como el número de comisiones al que se puede pertenecer, pertenencia a delegaciones y participación en asambleas parlamentarias internacionales, a lo que se añade la subvención de grupo y disponer de un asistente con título universitario.

Si, por el contrario, dicho representante no se incorpora a otro grupo, sino que se mantiene independiente, entonces mantiene sus derechos de participación en el pleno, con todas las facultades consiguientes, y puede asistir a cualquier reunión de comisión y expresarse en la misma, pero en cambio pierde todo derecho de votar en comisión. Y también pierde todo derecho a beneficiarse de la subvención concedida a los grupos y de contar con un asistente de nivel universitario.

Por lo demás, el fenómeno en cuestión no altera en exceso el funcionamiento de la Cámara, pues aunque la mayoría de sus órganos internos se forman en modo proporcional al número de miembros de cada grupo, esto se hace al comienzo de la legislatura y para el resto de la misma, privando al posible tráfuga de los posibles beneficios que podría obtener en este sentido. Tal es lo que dispone el art. 158.1 del Reglamento de la Cámara¹⁰.

⁹ Vid. <<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/0003/51K0003001.pdf>>.

¹⁰ *Les nominations auxquelles la Chambre est appelée à procéder parmi ses membres, à l'exception de celles relatives au Bureau, se font à la représentation proportionnelle des groupes politiques. Cette représentation proportionnelle des groupes politiques est fixée sur la base du nombre de sièges obtenus par ces mêmes groupes après chaque élection de la Chambre des représentants. La Chambre détermine, sur proposition du Bureau, le nombre de places à attribuer à chaque groupe politique dans chaque cas.* El subrayado es obviamente nuestro.

En el Senado se aplica la misma regla, si bien el art. 76.4 de su Reglamento¹¹ admite una redistribución de puestos. Pero esta última se reserva para los casos en que los cambios impliquen una alteración profunda de la relación de fuerzas.

Por lo demás, cinco o más representantes independientes pueden acordar en un momento dado formar un grupo parlamentario, para lo cual sólo se exige que cuente con un proyecto político conjunto. En ese caso, el nuevo grupo disfruta de todos los beneficios establecidos con carácter general, con la salvedad ya recogida de no poder influir en los nombramientos realizados para el conjunto de la legislatura.

2. REPRESENTANTES LOCALES

En los ayuntamientos, el peligro de alteración de mayorías y cambio de alcalde como consecuencia de defecciones en los grupos políticos se conjura mediante una solución parecida a la vista en el Parlamento y, sobre todo, mediante la garantía legal de la estabilidad de los cargos ejecutivos.

En efecto, en el sistema belga municipal existen, además de la asamblea municipal, el alcalde o burgomaestre y los escabinos, todos ellos con funciones ejecutivas.

Pues bien, en Valonia el alcalde o burgomaestre es designado por el Gobierno entre los miembros de la asamblea por un periodo de seis años, pudiendo los miembros de ésta formular propuestas en este sentido. El alcalde no pierde su condición más que al causar baja como miembro de la asamblea municipal (Art. L1123, capítulo III, sección 1ª, del Código de la democracia local y de la descentralización, aprobado por Decreto de la Región Valona de 22 abril de 2004¹²). Por su parte, los escabinos —cargos ejecutivos cuyo número varía en función del número de habitantes de cada municipio— son elegidos por la propia asamblea municipal entre sus miembros, exigiéndose ser presentado como candidato por al menos la mayoría de los elegidos de la lista del candidato. Y su mandato también se extiende a un periodo de seis años, de tal modo que un cambio de mayoría en la corporación no puede influir en los escabinos.

11 *Lorsque la composition des groupes politiques subit des modifications qui influencent la représentation proportionnelle, le bureau propose, s'il y a lieu, une nouvelle répartition des mandats.*

12 Fuente: <<http://wallex.wallonie.be/wallexII?PAGEDYN=SIGNTEXT&CODE=189831&IDREV=1&MODE=STATIC>>.

Solución parecida se observa en Flandes. Según el art. 45 del Decreto comunal de 15 de julio de 2005 (*Moniteur Belge* de 31 agosto de 2005¹³) los escabinos se eligen por mayoría absoluta entre los miembros del consejo municipal, y a propuesta de la mayoría de los elegidos concejales en la misma lista que el candidato. Su mandato se extiende a un periodo fijo de seis años, salvo que se hubiese presentado candidato por un plazo menor o casos de dimisión (art. 47). Por su parte, el alcalde o burgomaestre también es designado por un periodo fijo de seis años por el gobierno de la comunidad flamenca entre los concejales. Por tanto, no se contempla la existencia de mociones de censura o similares, que pudiesen ser utilizadas por un tráfuga para influir en la composición de los órganos ejecutivos.

De otra parte, en cuanto a las comisiones internas debe tenerse en cuenta que sus puestos se distribuyen proporcionalmente al número de miembros de cada grupo, considerándose que sólo forman parte de la misma los elegidos en ella, con lo cual no es posible que cambios de grupo suponga repercusión a este efecto¹⁴.

V FRANCIA

1. SITUACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

Aunque con mayor laconismo, el mismo principio de libertad del parlamentario está reconocido en Francia: el art. 27 de la Constitución de 1958 proclama que *todo mandato imperativo es nulo*. De ahí se deduce que el representante popular goza de plena independencia jurídica para el desarrollo de su función, incluida la posibilidad de abandonar el grupo parlamentario correspondiente al partido o lista con el que fue elegido. Comentando este precepto, P. AVRIL y J. GICQUEL afirman que el mandato de diputados y senadores es general —distinto al propio del Derecho civil—, independiente e irrevocable¹⁵.

Incluso la virtualidad formal de un posible mandato de partido se hace todavía más remota, si se tiene en cuenta que los diputados franceses son elegidos en elección

13 Fuente: <<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl>>.

14 Art. 1122-34 del citado Código valón de la democracia local y de la descentralización.

15 Vid *Droit parlementaire* París 1996 p. 29-31. También Jean LAPORTE y Marie-José TULARD *Le droit parlementaire*, París 1986, p. 22.

nes directas y distritos uninominales a dos vueltas (art. 123 del Código electoral). Al no basarse la elección en el sistema de listas, sino en candidatos personales pertenecientes a diversos partidos políticos, pierde todo apoyo la consideración de que el voto se emite a favor del partido que sustenta la lista y no del candidato en particular.

Lo anterior se refleja en el seno de las Cámaras. Así, el art. 19 del Reglamento de la Asamblea Nacional dice que los diputados pueden agruparse por afinidades políticas, pero sin exigir la pertenencia a un mismo partido. La condición esencial para crear un grupo es contar con 20 diputados. Y, sobre todo, el art. 21 viene indirectamente a reconocer la posibilidad de abandono o cambio de grupo, al establecer que *las modificaciones en su composición deben ponerse en conocimiento del presidente de la Asamblea con la firma del diputado interesado, si se trata de una dimisión, con la firma del presidente del grupo, si se trata de una exclusión y con la doble firma del diputado y del presidente del grupo si se trata de una adhesión o adscripción.*

Por lo demás, el fenómeno de cambio o abandono del propio grupo no parece tener consecuencias graves para la estabilidad gubernamental o la permanencia de la mayoría parlamentaria. Primero, porque el sistema electoral mayoritario concede una prima importante en escaños al partido victorioso, de tal modo que el mismo puede permitirse el lujo de sufrir algunas defecciones sin por eso perder su condición mayoritaria. Así, en la nueva legislatura (XIII) inaugurada en junio de 2007, sobre un total de 577 diputados el partido mayoritario (Unión por un movimiento popular) se ha hecho con 314 más 6 asociados¹⁶. Como puede verse, tendría que sufrir muchos abandonos dicho grupo para perder la mayoría absoluta. Segundo, porque el sistema semipresidencialista instaurado, con un ejecutivo sumamente reforzado (nombraamiento del primer ministro y de los ministros, fijación por el gobierno del orden del día, reserva reglamentaria, cuestión de confianza asociada a un proyecto de ley, etcétera) merma las posibilidades de una oposición en el seno de las cámaras que pueda afectar seriamente a la estabilidad gubernamental¹⁷.

¹⁶ Vid al respecto: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/tribun/comm6.asp>>.

¹⁷ Vid. P. AVRIL y J. GICQUEL *Droit ...*, *cit.* p. 86 y s.

2. REPRESENTANTES LOCALES

Las corporaciones locales también poseen un carácter representativo de la población respectiva¹⁸. Sus órganos colegiados (por un lado, consejo municipal y, por otro, consejo departamental o provincial) se eligen por un sistema que, en principio, recuerda al español: elección directa y por sufragio universal. A su vez, estos representantes —consejeros municipales y consejeros generales de departamento— eligen en un segundo momento a los ejecutivos: alcaldes y presidentes de consejos generales departamentales¹⁹. Estos últimos por tanto proceden también de un sufragio indirecto.

Pero, a excepción de lo anterior, las diferencias son de alcance: en los municipios de menos de 3.500 habitantes, los consejeros municipales —equivalentes a nuestros concejales— se eligen por sistema de lista y sufragio mayoritario a dos vueltas, siendo posible la combinación de candidatos de listas diversas (*panachage*)²⁰. Resultan elegidos en la primera vuelta los que obtienen la mayoría absoluta de los votos y siempre que los mismos equivalgan al menos a una cuarta parte de los electores²¹. Si no se alcanza esta mayoría, se procede a una segunda vuelta en la que quedan elegidos los que obtengan más votos. De este modo, cabe suponer la formación de mayorías fuertes y homogéneas en estos municipios.

En los municipios de más de 3.500 habitantes el voto es por listas cerradas, para el conjunto del municipio (excepción hecha de París, Lyon y Marsella), y con sistema representativo fuertemente mayoritario: la lista que haya obtenido la mayoría absoluta de votos en una primera vuelta o la mayoría relativa en una segunda vuelta recibe la mitad de los puestos de concejal. La otra mitad se reparte proporcionalmente

18 Vid en general Y. GAUDEMET *Les élections locales*, París, 1991.

19 Así el art. L2122-4 del Código general de colectividades territoriales dispone : *Le conseil municipal élit le maire et les adjoints parmi ses membres, au scrutin secret et à la majorité absolue. Nul ne peut être élu maire s'il n'est âgé de dix-huit ans révolus.*

20 Vid en este sentido Jean-Bernard AUBY, Jean-Francois AUBY y Rozen NOGUELLOU *Droit de collectivités locales*, PUF, París, 2004, p. 110 y s.

21 En efecto, el Código electoral establece Art. L 252: *Les membres des conseils municipaux des communes de moins de 3500 habitants sont élus au scrutin majoritaire.* Art. L253 : *Nul n'est élu au premier tour de scrutin s'il n'a réuni : 1° la majorité absolue des suffrages exprimés; 2° un nombre de suffrages égal au quart de celui des électeurs inscrits. Au deuxième tour de scrutin, l'élection a lieu à la majorité relative, quel que soit le nombre des votants. Si plusieurs candidats obtiennent le même nombre de suffrages, l'élection est acquise au plus âgé.* Art. L254 : *L'élection des membres du conseil municipal a lieu au scrutin de liste pour toute la commune. Néanmoins, la commune peut être divisée en sections électorales, dont chacune élit un nombre de conseillers proportionné au chiffre des électeurs inscrits, mais seulement quand elle se compose de plusieurs agglomérations d'habitations distinctes et séparées; aucune section ne peut avoir moins de deux conseillers à élire. Chaque section doit être composée de territoires contigus.*

a los votos obtenidos por las distintas listas. Esto último supone que la lista primera también participa en esta segunda adjudicación, con lo que recibe una prima muy fuerte en puestos de concejal.

De este modo, en los municipios, especialmente en los de más de 3.500 habitantes, la mayoría puede ser tan sólida como para poderse permitir algunas defecciones sin que lo mismo afecte a su condición de tal.

Por su parte, el alcalde y el presidente del consejo general departamental son elegidos, como ya se ha dicho, por la asamblea o consejo del correspondiente ente local²².

En el primer caso por mayoría absoluta en dos vueltas y por mayoría relativa en una tercera. Su mandato se extiende a los seis años de la propia corporación. El presidente del consejo general departamental es elegido a doble vuelta por periodos de tres años.

Sin embargo, y al revés de lo que sucede en España, una vez elegidos, alcalde y presidente departamental devienen prácticamente inamovibles, pues no pueden ser destituidos mediante mociones de censura o similares. De este modo, a cambio de sacrificar el principio de responsabilidad política, se evita que posibles bajas en el grupo mayoritario o cambios de grupo puedan traducirse en la destitución de alguno de estos ejecutivos locales.

Este sistema tiene el inconveniente de que se pueden producir situaciones de divergencia entre los ejecutivos y las asambleas respectivas, con el consiguiente bloqueo en la adopción de decisiones, como de hecho ocurre²³.

En último extremo, para evitar situaciones graves de enfrentamiento, el Código general de colectividades territoriales autoriza al Consejo de Ministros a disolver la correspondiente corporación y al prefecto a suspenderla por plazo de un mes²⁴. Medida igual se prevé para el consejo departamental²⁵.

22 Vid al respecto Jean-Bernard AUBY, Jean-Francois AUBY y Rozen NOGUELLOU ob. cit. p. 132-137.

23 Vid al respecto Jean-Bernard AUBY, Jean-Francois AUBY y Rozen NOGUELLOU ob. cit. p. 122 y 142 y s.

24 Su art. L 2121-6 establece: *Un conseil municipal ne peut être dissous que par décret motivé rendu en conseil des ministres et publié au Journal officiel. S'il y a urgence, il peut être provisoirement suspendu par arrêté motivé du représentant de l'Etat dans le département. La durée de la suspension ne peut excéder un mois.*

25 El art. L3121-5 del mismo Código obliga entonces a informar al Parlamento: *Lorsque le fonctionnement d'un conseil général se révèle impossible, le gouvernement peut en prononcer la dissolution par décret motivé pris en conseil des ministres ; il en informe le Parlement dans le délai le plus bref. La dissolution ne peut jamais être prononcée par voie de mesure générale.*

Lo que importa subrayar es que el sistema está organizado de tal forma que el transfuguismo muy poco puede hacer para provocar cambios de alcalde o presidente del consejo general. El precio, como señala Jean Marie BÉCET, es el presidencialismo de los entes locales, con unos órganos colegiados limitados al papel de comparsas²⁶.

VI ITALIA

1. SITUACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

La Constitución italiana recoge el principio clásico de libertad del diputado o senador, que es lo que impide cualquier medida contra el que abandona el propio grupo parlamentario o su disciplina. En concreto, el art. 68 afirma que *Todo miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin estar ligado a mandato alguno (Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato)*.

Esta situación se ha respetado a lo largo del tiempo, a pesar de los cambios sufridos por el sistema electoral. La proporcionalidad pura en el reparto de escaños estuvo vigente hasta que la crisis del sistema de partidos determinó el cambio a un sistema mayoritario parcial por las leyes 276 (Senado) y 277 (Cámara de diputados) de 4 de agosto de 1993. Este segundo sistema suponía en síntesis que las dos terceras partes de ambas cámaras se elegían por un sistema mayoritario en distritos uninominales, mientras que el resto de los escaños se adjudicaban mediante un sistema proporcional por listas. A su vez, este segundo sistema fue sustituido por la Ley n. 270, de 21 de diciembre de 2005, caracterizada por volver a la proporcionalidad²⁷, pero corregida por un complejo sistema de barreras electorales (sólo acceden al reparto las coaliciones de tres listas que obtengan al menos el diez por ciento de los votos a nivel nacional o las listas únicas que alcancen al menos el cuatro por ciento) y primas de mayoría (la coalición o lista más votada recibe el 55 por ciento de los escaños de la cámara).

26 Vid de este autor "Las estructuras locales y su funcionamiento" en Institut International d'Administration publique *Las entidades locales francesas*, París 2001, p. 53 y s.

27 Para una explicación más detenida véase: <<http://www.senato.it/istituzione/29374/29385/84703/84705/genpagsm.htm>>.

La situación de los parlamentarios en relación a los grupos no ha variado a pesar de estos cambios electorales. Según el art. 14 de los reglamentos respectivos de Cámara y Senado, la incorporación a un grupo parlamentario es obligatoria, pero todo diputado o senador puede hacerlo libremente, en el sentido de incorporarse al grupo de su preferencia, aunque no coincida con el del partido político por el que fue elegido. Si no se incorpora a un grupo determinado, por no contar con el mínimo exigido para su formación (20 diputados en la Cámara y 10 senadores en el Senado, si bien en ciertos casos los reglamentos facultan a las mesas para autorizar grupos con menos componentes) o por preferirlo así, queda adscrito al grupo mixto²⁸, solución que es igual a la existente en España. Consecuencia de lo anterior, y al amparo del mismo principio, todo diputado o senador puede abandonar libremente o ser expulsado del grupo parlamentario al que pertenece. En este caso, puede incorporarse a otro grupo distinto, si éste así lo admite, o al grupo mixto. Además, durante el transcurso de la legislatura es posible la formación de nuevos grupos, con tal de que se respeten los requisitos básicos al efecto, como el mínimo de componentes.

Todos los grupos y, consiguientemente, el mixto tienen los mismos derechos, si bien algunas facultades pueden graduarse en función de su importancia numérica. Esta igualdad alcanza a la dotación de locales y subvención financiera²⁹.

Al amparo de estas premisas, el fenómeno de cambio de grupo, conocido como *movilità parlamentare* o movilidad parlamentaria, es un fenómeno de uso muy frecuente³⁰, ampliamente aceptado³¹.

Del siguiente cuadro³², relativo a la XIV legislatura (2001-2006), se desprende fácilmente que los cambios de grupo no son un fenómeno extraño en la vida de la

28 Los apartados 3 y 4 establecen lo siguiente: 3. *Entro due giorni dalla prima seduta, i deputati devono dichiarare al Segretario generale della Camera a quale Gruppo appartengono.* 4. *I deputati i quali non abbiano fatto la dichiarazione prevista nel precedente comma, o non appartengano ad alcun Gruppo, costituiscono un unico Gruppo misto.*

29 Véase al respecto: Carmela de CARO en T. MARTINES y otros *Diritto parlamentare*, Giuffrè Milano, 2005, p. 94 – 109.

30 Véase abundante información al respecto: Beatriz TOMÁS MALLÉN *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, CEPC, Madrid, 2002, p. 118- 145, Salvatore CURRERI, "I gruppi parlamentari nella XV legislatura" en *Quaderni Costituzionali*, n. 3 (sett. 2006), p. 548-551. En estos estudios se muestra cómo los distintos modelos electorales no han supuesto variación significativa en la existencia de cambios de grupo parlamentario.

31 Véase Maria Luisa MAZZONI *Diritto parlamentare* Giappichelli, Turín 2005 p. 114 y s y bibliografía citada en notas anteriores. Una excepción crítica se encuentra en Silvano TOSI y Armando MANNINO *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1999 p. 161-168.

32 Fuente: <<http://legxiv.camera.it/organiparlamentarism/239/260/documentoxml.asp>>. Obsérvese que el grupo mixto se subdivide en componentes o subgrupos, constituidos por diputados de la misma tendencia que no llegan a alcanzar el mínimo para formar grupo propio.

Cámara de Diputados. Destaca el aumento de miembros del grupo mixto, fenómeno que recuerda al de la cámara equivalente española.

| Grupos | Número de miembros al comienzo de la XIV legislatura | Número actual |
|--|--|---------------|
| ALLEANZA NAZIONALE | 99 | 94 |
| DEMOCRATICI DI SINISTRA-L'ULIVO | 137 | 129 |
| FORZA ITALIA | 178 | 167 |
| LEGA NORD FEDERAZIONE PADANA | 30 | 26 |
| MARGHERITA, DL-L'ULIVO | 80 | 80 |
| MISTO | 49 | 64 |
| COMUNISTI ITALIANI | 9 | 10 |
| ECOLOGISTI DEMOCRATICI | — | 4 |
| LA ROSA NEL PUGNO | — | 11 |
| LIBERAL-DEMOCRATICI, REPUBB. NUOVO PSI | — | 6 |
| MINORANZE LINGUISTICHE | 5 | 5 |
| MRE-MOVIMENTO REPUBBLICANI EUROPEI | — | 3 |
| NUOVO PSI | 3 | — |
| POPOLARI-UDEUR | — | 11 |
| RIFONDAZIONE COMUNISTA | 11 | — |
| VERDI-L'UNIONE | — | 7 |
| Diputados no inscritos en ningún componente | 21 | 7 |
| RIFONDAZIONE COMUNISTA | — | 12 |
| UDC UNIONE DEI DEMOCRATICI CRISTIANI E DEI DEMOCRATICI DI CENTRO (CCD- CDU) | 40 | 38 |
| Total | 613 | 610 |

Todo ello confirma la licitud jurídica del fenómeno del tansfuguismo, fenómeno respecto al que no parecen existir proyectos para restringirlo.

2. REPRESENTANTES REGIONALES Y LOCALES

El mismo principio de independencia del representante popular está reconocido en el plano regional y local, como una proyección del precepto constitucional antes mencionado. Pero incluso los estatutos regionales y municipales lo recogen expresamente.

Así, por ejemplo, el art. 29.1 del estatuto de los Abruzos afirma que *cada consejero regional representa la región entera y desempeña sus funciones sin mandato imperativo alguno*³⁴. De ahí que no exista limitación frente al fenómeno de abandono del propio grupo.

El peligro de que el cambio de grupo pueda convertirse en una espita para alterar fraudulentamente la mayoría y, en particular, la composición del ejecutivo regional se ha conjurado mediante la elección directa del presidente regional. Así, el art. 44.2 del estatuto de los Abruzos proclama que *el presidente de la Junta es elegido por sufragio universal y directo simultáneamente a las elecciones al Consejo Regional según lo dispuesto en la ley electoral*³⁵. De este modo, se refuerza enormemente su legitimidad, al deber su cargo a la voluntad de los ciudadanos y no a la confianza del consejo o asamblea regional.

Es cierto que el consejo regional puede destituir al presidente o a toda la junta (órganos ejecutivos), a través de una moción de censura o denegación de una cuestión de confianza. Pero el precio que se fija al efecto es suficientemente alto como para disuadir de cualquier maniobra oportunista: si triunfa una de estas iniciativas queda disuelto el consejo que la aprobó y ejecutivo y legislativo tienen que someterse a nuevas elecciones. Como muestra véase lo que dispone el art. 33.5 del estatuto de

33 No confundir estos consejeros con los homónimos de las Comunidades Autónomas españolas. En Italia se reserva tal denominación para los miembros del Consejo Regional, órgano deliberante y representativo, equivalente *servata distantia* a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

34 Lo mismo, por ejemplo, en los arts. 38.1 de la región de Apulia, 24.1 del estatuto de Calabria, 18.2 del estatuto del Piemonte. Fuente: *Estatutos de las regiones italianas* I, F. Santaolalla (coord.), Senado, Madrid, 2007.

35 Lo mismo, por ejemplo, en los arts. 41.1 del estatuto de la región de Apulia, 33.1 del estatuto de Calabria, 50.1 del estatuto del Piemonte.

Calabria: *La aprobación de una moción de desconfianza contra el Presidente en el supuesto del artículo 37, apartado 2, y la votación negativa de una cuestión de confianza planteada al amparo del artículo 37, apartado 3, llevan aparejadas la dimisión del Presidente y la disolución del Consejo Regional. Los mismos efectos produce la dimisión simultánea de la mayoría de los miembros del Consejo.* Con unas u otras variantes, lo mismo se establece en los estatutos de autonomía de Abruzos, Apulia, Emilia Romagna, Lacio, Liguria, Marcas, Piamonte, Toscana y Umbría. Consiguientemente, la oposición al ejecutivo tiene que pensarse seriamente el recurso a estos instrumentos, antes de lanzarse a una operación de la que puede salir malparada.

En el plano municipal se ha implantado un cortafuego parecido para evitar que la independencia del concejal pueda ser instrumentada al servicio de intereses inconfeables, como el cambio de alcalde por motivos puramente partidistas³⁶. Pero debe quedar claro que, formalmente, no cabe impedir el abandono del grupo político en el que se inscribió el representante electo.

El punto central reside en la elección directa e inamovilidad del alcalde (*sindaco*), medida implantada como parte de la tendencia a favor de sistemas electorales mayoritarios, abandonando el tradicional italiano de proporcionalidad pura³⁷. Según la Ley de 25 marzo 1993, n. 81 *de elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del consejo municipal y del consejo provincial*, hay que diferenciar entre municipios con menos y con más de 15.000 habitantes. En los primeros (art. 5³⁸) cada elector

36 Sobre esta materia puede verse: Silvio GAMBINO "Sistema elettorali, rappresentanza politica e governo locale: osservazioni minime per un dibattito aperto" en *Sistemi elettorali e governo locale* a cura de Silvio Gambino Roma 1991, p. 11 y s.; Antonio AGOSTA "La formazione degli ordinamenti elettorali regionali e locali nel sistema politico italiano" en *Cittadini e rappresentanza in Europa* a cura de Gianni Riccamboni, Milán 1992, p. 115 y ss; Raffaele DE MUCCI "In the byways of Italian Politics. Local elections in the eighties" en *Local Elections in Europe* ICPS Barcelona 1994, p. 113 y ss.

37 Sobre este nuevo sistema puede verse: Adriano CIAFFI *Il sindaco dei cittadini: la riforma elettorale dei comuni e delle province*, Bergamo 1993, especialmente p. 57 y ss; Giovanni MOSCHELLA "Sistema elettorale e forma di governo locale nel disegno istituzionale della Legge 81/93" en *Il Nuovo ordinamento locale* a cura de Carlo Amirante e Albino Saccomanno, Messina 1995 p. 107 y ss, Carlo BACCETTI "Italia Canvis en el sistema electoral: l'elecció directa de l'alcalde" en *Col lecció Món local 2*, ICPS Barcelona, 2001 p. 15 y ss.

38 Su texto es el siguiente:

1. Nei comuni con popolazione sino a 15.000, abitanti l'elezione dei consiglieri comunali si effettua con sistema maggioritario contestualmente alla elezione del sindaco. 2. Ciascuna candidatura alla carica di sindaco è collegata ad una lista di candidati alla carica di consigliere comunale, comprendente un numero di candidati non superiore al numero dei consiglieri da eleggere e non inferiore ai tre quarti. Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti dei consiglieri assegnati. 3. Nella scheda è indicato, a fianco del contrassegno, il candidato alla carica di sindaco. 4. Ciascun elettore ha diritto di votare per un candidato alla carica di sindaco, segnando il relativo contrassegno. Può altresì esprimere un voto di preferenza per un candidato alla carica di consigliere comunale compreso nella lista collegata al candidato alla carica di sindaco

puede votar separadamente al alcalde y, si lo desea, a un candidato a concejal que aparezca en la misma papeleta electoral. Es proclamado alcalde el candidato que más votos recibe y, además, la lista de partido en que aparece recibe los dos tercios de concejales, repartiéndose el tercio restante entre los demás partidos en proporción a los votos recibidos. Por tanto, se refuerza extraordinariamente el principio mayoritario.

En el caso de los municipios de más de 15.000 habitantes el sistema es más complejo, aunque obediente al mismo principio. Según el art. 6, la elección de alcalde se efectúa separadamente pero coincidiendo con la de los concejales³⁹. El elector puede votar por el candidato a alcalde y por la lista que aparece vinculada al mismo o simplemente al primero. Resulta proclamado alcalde el candidato que obtiene mayoría absoluta de votos. Si no se alcanza esta mayoría debe recurrirse a una segunda vuelta, que se celebra dos semanas después, en la que sólo pueden presentarse los dos candidatos que más votos obtuvieron en la primera. En esta segunda votación resul-

prescelto, scrivendone il cognome nella apposita riga stampata sotto il medesimo contrassegno.5. E' proclamato eletto sindaco il candidato alla carica che ha ottenuto il maggior numero di voti. In caso di parità di voti si procede ad un turno di ballottaggio fra i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti, da effettuarsi la seconda domenica successiva. In caso di ulteriore parità viene eletto il più anziano di età.6. A ciascuna lista di candidati alla carica di consigliere si intendono attribuiti tanti voti quanti sono i voti conseguiti dal candidato alla carica di sindaco ad essa collegato.7. Alla lista collegata al candidato alla carica di sindaco che ha riportato il maggior numero di voti sono attribuiti due terzi dei seggi assegnati al consiglio, con arrotondamento all'unità superiore qualora il numero dei consiglieri da comprendere nella lista contenga una cifra decimale superiore a 50. I restanti seggi sono ripartiti proporzionalmente fra le altre liste. A tal fine si divide la cifra elettorale di ciascuna lista successivamente per 1, 2, 3, 4,... sino a concorrenza del numero dei seggi da assegnare e quindi si scelgono, tra i quozienti così ottenuti, i più alti, in numero eguale a quello dei seggi da assegnare, disponendoli in una graduatoria decrescente. Ciascuna lista ottiene tanti seggi quanti sono i quozienti ad essa appartenenti compresi nella graduatoria. A parità di quoziente, nelle cifre intere e decimali, il posto è attribuito alla lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale e, a parità di quest'ultima, per sorteggio.8. Nell'ambito di ogni lista i candidati sono proclamati eletti consiglieri comunali secondo l'ordine delle rispettive cifre individuali. A parità di cifra, sono proclamati eletti i candidati che precedono nell'ordine di lista. Il primo seggio spettante a ciascuna lista di minoranza è attribuito al candidato alla carica di sindaco della lista medesima.

³⁹ Los 5 apartados más relevantes de este artículo son los siguientes:

1. Nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, il sindaco è eletto a suffragio universale e diretto, contestualmente all'elezione del consiglio comunale.2. Ciascun candidato alla carica di sindaco deve dichiarare all'atto della presentazione della candidatura il collegamento con una o più liste presentate per l'elezione del consiglio comunale. La dichiarazione ha efficacia solo se convergente con analogha dichiarazione resa dai delegati delle liste interessate.3. La scheda per l'elezione del sindaco è quella stessa utilizzata per l'elezione del consiglio. La scheda reca i nomi e i cognomi dei candidati alla carica di sindaco, scritti entro un apposito rettangolo, al cui fianco sono riportati i contrassegni della lista o delle liste con cui il candidato è collegato. Ciascun elettore può, con un unico voto, votare per un candidato alla carica di sindaco e per una delle liste ad esso collegate, tracciando un segno sul contrassegno di una di tali liste. Ciascun elettore può altresì votare per un candidato alla carica di sindaco, anche non collegato alla lista prescelta, tracciando un segno sul relativo rettangolo. 4. E' proclamato eletto sindaco il candidato che ottiene la maggioranza assoluta dei voti validi. 5. Qualora nessun candidato ottenga la maggioranza di cui al comma 4, si procede ad un secondo turno elettorale che ha luogo la seconda domenica successiva a quella del primo. Sono ammessi al secondo turno i due candidati alla carica di sindaco che hanno ottenuto al primo turno il maggior numero di voti. In caso di parità di voti tra i candidati, è ammesso al ballottaggio il candidato collegato con la lista o il gruppo di liste per l'elezione del consiglio comunale che ha conseguito la maggiore cifra elettorale complessiva. A parità di cifra elettorale, partecipa al ballottaggio il candidato più anziano di età....9. Dopo il secondo turno è proclamato eletto sindaco il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi. In caso di parità di voti, è proclamato eletto sindaco il candidato collegato, ai sensi del comma 7, con la lista o il gruppo di liste per l'elezione del consiglio comunale che ha conseguito la maggiore cifra elettorale complessiva. A parità di cifra elettorale, è proclamato eletto sindaco il candidato più anziano di età.

ta elegido el que obtiene más votos. Además, los concejales se distribuyen entre las listas en proporción a sus votos, con la particularidad de que la lista vinculada a un candidato proclamado alcalde en la primera vuelta se le atribuye un sesenta por ciento de los puestos de concejal si alcanzó al menos el cincuenta por ciento de los sufragios. Dentro de cada lista los puestos se distribuyen en la forma siguiente: primero los candidatos a alcaldes que no fueron elegidos tales y segundo los candidatos a concejal por el orden de sufragios personales recibidos.

También por elección directa y en forma parecida a lo anterior se elige al presidente provincial (art. 8).

La estabilidad en el cargo de alcaldes y presidentes provinciales se procura mediante un “blindaje” equivalente al antes visto para presidentes regionales: la destitución lleva aparejada la disolución del órgano que la adopta, con el riesgo consiguiente para sus promotores de perder su condición en la nueva elección. Concretamente, el art. 52 del Decreto legislativo de *18 agosto 2000, n. 267, texto refundido de las leyes sobre el ordenamiento local*, exige que la moción de censura contra un alcalde o presidente provincial se apruebe por mayoría absoluta y votación nominal. De resultar aprobada, quedan disueltos los consejos correspondientes⁴⁰.

VII PAISES BAJOS

1. SITUACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS

También en los Países Bajos está reconocida la independencia y libertad del parlamentario: el art. 50 de su Constitución dispone que *el Parlamento representa a todo el pueblo de los Países Bajos*, y el art. 67.3 añade que *los parlamentarios no estarán*

⁴⁰ Transcribimos el texto de dicho artículo:

1. Il voto del consiglio comunale o del consiglio provinciale contrario ad una proposta del sindaco, del presidente della provincia o delle rispettive giunte non comporta le dimissioni degli stessi. 2. Il sindaco, il presidente della provincia e le rispettive giunte cessano dalla carica in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti il consiglio. La mozione di sfiducia deve essere motivata e sottoscritta da almeno due quinti dei consiglieri assegnati, senza computare a tal fine il sindaco e il presidente della provincia, e viene messa in discussione non prima di dieci giorni e non oltre trenta giorni dalla sua presentazione. Se la mozione viene approvata, si procede allo scioglimento del consiglio e alla nomina di un commissario ai sensi dell'articolo 141.

vinculados por mandatos o instrucciones al emitir sus votos. De ahí se desprende que ninguna persona u organización puede limitar la actuación de los representantes populares.

Respecto a la cuestión concreta de cambio de grupo parlamentario, debe comenzarse por señalar que, en principio, los diputados elegidos en la lista de un mismo partido se incorporan *ope legis* a un mismo grupo (*fractie*), tal y como establece el art. 11 del reglamento de la Segunda Cámara (*Tweede Kamer*) o cámara baja⁴¹. Sin embargo, está contemplada la posibilidad de que un mismo grupo se escinda o que se fusione con otro. Respecto a lo primero no se establecen límites o condiciones, lo que da a entender que puede producirse por la sola voluntad de sus miembros. Basta a tales efectos la decisión de un diputado, pues según ese mismo artículo puede haber grupos con un único miembro. Lo único exigible, al amparo del art. 12⁴², es la división de los fondos o subvenciones en proporción al número de miembros que incorpora cada fracción resultante.

Por tanto, los datos anteriores demuestran la legitimidad del abandono del grupo en que se fue elegido. A lo anterior debe añadirse que los diputados de la Segunda Cámara son elegidos mediante un sistema de representación proporcional por listas (secciones P5 y P6 de la Ley Electoral de 28 septiembre de 1989). De hecho, ha habido cambios de grupo parlamentario sin mayores consecuencias.

2. REPRESENTANTES LOCALES

Los mismos principios se aplican y, por tanto, las mismas consecuencias se obtienen en las instituciones representativas locales. De ahí que el cambio de grupo por parte del representante municipal o provincial sea algo lícito y, de hecho, se ha dado en diversas ocasiones. Incluso en los últimos años parece haberse producido un incre-

41 1. *The members who have been declared elected by the central electoral committee on the same list shall be regarded as a single parliamentary party at the start of the session. If only one member has been elected under a list number, such member shall be deemed to be a separate parliamentary party.*

42 Este artículo establece: 1. *If a split occurs in a parliamentary party and leads to the formation of one or more new parliamentary parties, the funds of the parliamentary parties involved shall be fixed at the amounts to which the undivided parliamentary party would have been entitled, divided in proportion to the number of members involved in the split.* 2. *If a new parliamentary party is formed by merger, the funds of the newly formed parliamentary party may not exceed the amount to which a parliamentary party of the same size as referred to in article 11, paragraph 1, would be entitled.* 3. *To enable obligations to staff of the original parliamentary party to be met, the Presidium may make a temporary arrangement, notwithstanding paragraphs 1 and 2.*

mento, lo que ha suscitado críticas. Sin embargo, no hay legislación prevista para impedir o reducir este fenómeno.

Al revés de lo que ocurre en España, estos cambios no suelen afectar a la estabilidad institucional y, en concreto, a las alcaldías, toda vez que los alcaldes no se deben a la confianza política de la correspondiente corporación, sino que son designados por Real decreto.

El procedimiento es el siguiente: el comisario real – o delegado para cada provincia – realiza una selección de los candidatos al puesto de alcalde, después de que una comisión integrada por miembros de la corporación local determina sus preferencias por dos entre los seleccionados por el primero. Estos candidatos se trasladan al Ministro de Interior el cual eleva a la Reina la propuesta de nombramiento por Real decreto. Aunque normalmente el ministro se atiene a la lista defendida por la corporación, no está obligado a hacerlo y de hecho ha escogido a veces a un candidato distinto.

Este sistema supone que el alcalde se debe a la confianza popular solo indirectamente, ya que formalmente depende del gobierno central. De este modo, los cambios en la composición política de la asamblea local no tienen porqué afectarle. Ahora bien, pueden surgir discrepancias serias entre el mismo y dicha asamblea, en cuyo caso una posible salida es que la segunda proponga a la Reina la destitución del alcalde y su sustitución. En este caso, corresponde al Ministro de Interior la decisión. Aunque este último normalmente sigue la recomendación de la asamblea, no está obligado a hacerlo y, con ello, constituye un filtro o límite frente a abusos y maquinaciones partidistas para cambiar el titular de la alcaldía.

VIII SUECIA

Los miembros del Riksdag sueco disfrutan de un status equiparable al antes visto en otros parlamentos nacionales. Aunque la Constitución no contiene pronunciamiento al respecto, de hecho el parlamentario ostenta una posición de independencia que le permite abandonar el partido con el que fue elegido sin perder su condición de

tal. Igual ocurre cuando el partido lo expulsa de sus filas. Debe tenerse en cuenta que el sistema electoral sueco es de representación proporcional por listas en distritos plurinominales, si bien cabe el ejercicio de voto preferencial a favor de concretos candidatos de una lista específica⁴³.

Estos diputados, no obstante, no pueden constituir un grupo formalmente distinto, si bien pueden en la práctica actuar como si lo tuviesen. La ausencia de reconocimiento formal se traduce en que no reciben ayuda económica o de otro tipo.

Como cualquier otro diputado, el abandonista puede presentar proposiciones de ley y enmiendas, incluidas las relativas a los presupuestos que introduce el Gobierno. Sus derechos de participación en los debates son los mismos de cualquier otro diputado. No obstante, en algunos debates se reconoce a los portavoces de los grupos unos turnos de palabra de mayor duración, que consiguientemente no alcanzan a estos diputados. Pero siempre mantienen la facultad general de expresarse por al menos cuatro minutos.

Los diputados independientes no participan en la distribución de puestos de las comisiones y otros órganos internos, ya que la misma se hace en proporción a la fuerza numérica de cada grupo. No obstante, pueden mantener la pertenencia a la comisión de la que fuesen miembros antes del abandono, si bien es frecuente la renuncia a esto último para no alterar el equilibrio político en las comisiones.

Como ya se ha dicho, estos diputados no reciben las subvenciones o ayudas establecidas para los grupos políticos o partidos políticos.

IX CONCLUSIÓN

Del rápido repaso anterior de algunos países de la UE se deduce la licitud del fenómeno del cambio de grupo parlamentario por un representante popular, incluso aunque se produzca en su versión patológica que en España hemos bautizado como transfuguismo.

⁴³ Vid: <http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_775.aspx>.

En algunos países, se han producido los mismos o parecidos abusos que en el nuestro. A pesar de ello, y también en coincidencia con la actitud española, no se han establecido prohibiciones o restricciones directas, por entender que ello supondría vulnerar un nervio esencial del sistema democrático como es la independencia del representante. Aunque ésta se encuentra de facto muy restringida por el enorme poder de los partidos políticos, se mantiene plena en su dimensión formal, como medio indispensable de garantizar la dinámica propia de un país libre y democrático. La discrepancia, la división y la separación son hechos lícitos e incluso positivos en un Estado de Derecho. No se ve entonces la razón para hacerlos desaparecer del ámbito de las instituciones representativas, las más llamadas precisamente a aportar pautas de comportamiento.

Como toda actividad legítima, la posibilidad de cambio de grupo parlamentario es susceptible de sufrir aplicaciones torticeras. Pero suprimirla o restringirla severamente sería como hacer lo mismo con la libertad de expresión, a cuenta de las injurias, calumnias y deformaciones que ésta puede amparar en la práctica. Los sistemas constitucionales libres admiten el cambio de grupo parlamentario, no por rendir pleitesía a una definición ya vieja, como la prohibición del mandato imperativo, sino por ser la garantía del pluralismo y la discrepancia que debe presidir las instituciones y las fuerzas que las protagonizan (art. 6 CE).

El derecho comparado revela que frente a estas prácticas abusivas solo caben medidas indirectas o soluciones alternativas. Entre las primeras puede citarse la reducción de las subvenciones pensadas para financiar más bien las estructuras partidistas y en atención a la coordinación y economía procedimental que los grupos parlamentarios aportan al trabajo parlamentario. O la no pertenencia necesaria a las comisiones, que pueda afectar a su composición proporcional, y siempre que ello vaya aparejado a la posibilidad de intervenir suficientemente en las deliberaciones plenarios. O el atemperamiento del número y duración de los turnos de palabra. Todas estas medidas han sido aplicadas también en España, en mayor o menor grado. Entre las soluciones alternativas, que pueden contrarrestar los estímulos inconfensables para el cambio de grupo, está la elección directa del alcalde y órganos ejecutivos de los entes locales, que hace de los mismos unos órganos no dependientes de la continua confianza de las asambleas representativas. O la exigencia legal de celebrar nuevas elec-

ciones en el caso de que prospere una moción de censura contra estos órganos. Estas medidas alternativas no han sido ensayadas en España. Sin duda, su implantación es una cuestión espinosa, pues sus ventajas son indisociables de sus desventajas.

Lo que creemos es que el repaso efectuado por diversos países marca los límites de hasta dónde se puede llegar en el tratamiento de este fenómeno, a veces escandaloso, que llamamos transfuguismo.

Esther Serrano Ruiz

LETRADA-DIRECTORA DE ESTUDIOS, DOCUMENTACION Y PUBLICACIONES. PARLAMENTO DE LA RIOJA

EL ESTATUTO DE PERSONAL DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA. CONTENIDO Y SINGULARIDADES

RESUMEN

La incorporación de la autora como funcionaria del Cuerpo de Letrados del Parlamento de La Rioja le ha permitido acercarse al Estatuto de Personal del mismo desde una perspectiva singular: la del jurista que, consciente de su responsabilidad como tal y como funcionaria, no puede mantenerse ajena a un régimen interno que promueve situaciones impropias de un Estado de Derecho. A través del análisis del Estatuto de Personal se manifiesta que, en este caso, la Administración Parlamentaria se automargina de la evolución natural de la sociedad a la que sirve.

RESUM

La incorporació de l'autora com a funcionària del cos de lletrats del Parlament de la Rioja li ha permès acostar-se a l'estatut de personal d'aquest des d'una perspectiva singular: la del jurista que, conscient de la seua responsabilitat com a tal i com a funcionària, no pot mantenir-se aliena a un règim intern que promou situacions impròpies d'un estat de dret. A través de l'anàlisi de l'estatut de personal es manifesta que, en aquest cas, l'administració parlamentària s'automargina de l'evolució natural de la societat a què serveix.

ABSTRACT

The incorporation of the author as a civil servant to the Lawyer Corps in the Parliament of La Rioja has allowed herself to get closer to its Statute of Personnel from a very particular perspective: the one of a jurist who, aware of her responsibility as a lawyer and as a government employee, can't keep indifferent to an internal regime

that promote inappropriate situations in a democracy. It is shown, throughout the analysis of the Statute of Personnel, that in this case the Parliamentary Administration puts itself apart from the natural evolution of the society to which it serves.

SUMARIO

- I. LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA DURANTE LA ETAPA PROVISIONAL
- II. EL ESTATUTO DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA DIPUTACION GENERAL DE LA RIOJA
 - II.1. EL RÉGIMEN INTERIOR DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA
 - II.2. EL PERSONAL AL SERVICIO DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA
 - II.3. LOS FUNCIONARIOS DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA
 - II.3.1. ADQUISICIÓN Y PERDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO
 - II.3.2. SITUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS
 - II.3.3. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS
 - II.3.3.1. DERECHOS ECONÓMICOS
 - II.3.3.2. DERECHOS LABORALES Y SOCIALES
 - II.3.3.3. DERECHOS DE SINDICACIÓN, REPRESENTACIÓN, PARTICIPACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - II.3.4. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA PLANTILLA ORGÁNICA
 - II.3.5. DE LOS DEBERES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS
 - II.3.6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO
 - II.4. LAS RECLAMACIONES Y RECURSOS EN MATERIA DE PERSONAL
 - II.5. LA NORMATIVA SUPLETORIA
- III. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA Y SEGUNDA DEL ESTATUTO DE PERSONAL
- IV. CONCLUSIÓN

I LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA DURANTE LA ETAPA PROVISIONAL

El Parlamento de La Rioja comenzó su andadura en lo que se ha denominado como “Etapa Provisional” (1982-1983), a partir de la extinguida Diputación Provincial. En dicha etapa, no existe propiamente una Administración Parlamentaria. El personal con el que contaba la entonces Diputación General (hoy Parlamento de La Rioja) era el perteneciente a la extinguida Diputación Provincial que fue adscrito mediante acuerdos del Consejo de Gobierno. En efecto, el Consejo de Gobierno autorizó la adscripción a los servicios de la Diputación General (hoy Parlamento de La Rioja) de personal procedente de la extinta Diputación Provincial y que, como se verá, condicionará la Administración Parlamentaria.

El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de septiembre de 1982 autorizó la adscripción de un administrativo, un auxiliar y un subalterno. Posteriormente, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 1 de octubre de 1982 autorizó la adscripción de un administrativo, un auxiliar contratado y un oficial de clínica (*sic!*). También prestaba sus servicios en la Diputación General (hoy Parlamento de La Rioja) un Letrado de la extinta Diputación Provincial que ejercía sus funciones como Secretario General Letrado, al que se uniría más tarde otro Letrado proveniente de la extinta Diputación General, pero sin que fuera adscrito a la misma.

La elección de personal funcionario perteneciente a los Cuerpos Administrativo y Auxiliar con preferencia sobre los Cuerpos Técnicos, así como que se adscribiera personal de la extinta Diputación Provincial no especializado, condicionará el propio desarrollo de la Administración Parlamentaria.

No obstante, hasta la aprobación de dicho Estatuto de Personal, la Diputación General de La Rioja contó con unas Normas de régimen y gobierno interior, aprobadas por la Mesa de la Cámara, en sesión celebrada el día 29 de marzo de 1983 (*Boletín Oficial de la Diputación General de La Rioja*, núm. 9, de 11 de abril de 1983). Las Normas de régimen y gobierno interior tuvieron vigencia, a través de distintas modificaciones hasta la aprobación del Estatuto de Personal, y se aprobaron de conformidad con las atribuciones que correspondía a la Mesa, recogidas en el Reglamento Provisional de la Diputación General, en particular, en lo referente a la

atribución en materia de régimen interior. En la norma primera 2.a), al referirse a las competencias de la Mesa se decía: “2. En particular, corresponde a la Mesa: a) Cuanto concierne al régimen de personal de la Cámara. Sus decisiones se ajustarán a las directrices y normas contenidas en el Estatuto de Personal que apruebe el Pleno”. Era clara la intención de los responsables de la Diputación General de La Rioja de dotar a la Administración Parlamentaria de un Estatuto de Personal aprobado por el Pleno, con las connotaciones que ello conlleva desde el punto de vista de las fuentes del derecho: el Estatuto de Personal tiene valor y fuerza de ley. Junto a las Normas de régimen y de gobierno interior subsistía un Acuerdo de la Mesa de la Diputación General de La Rioja sobre las condiciones de empleo del personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, de 30 de julio de 1986, que fue derogado con la entrada en vigor del Estatuto de Personal.

Ahora bien, si era clara la intención de aprobar un Estatuto de Personal aprobado por el Pleno, resulta extraño que se optara por una cooptación de personal sin formación universitaria y proveniente, en su mayoría de los Grupos C y D de la Administración. Llama la atención que no se optara por adscribir personal más cualificado y proveniente de los Grupos A y B de la Administración. Sobre todo porque tal decisión será uno de los factores determinantes del devenir de la Administración del Parlamento de La Rioja. No menos sorprendente resulta el análisis de las Normas de régimen y de gobierno interior de la Diputación General de La Rioja. La norma tercera hace referencia a la organización de los servicios de la Diputación General a través de la Secretaría General, teniendo en cuenta el personal que se había adscrito. La organización que estableció las Normas de régimen y de gobierno interior de la Diputación General, fue la que sigue: La Secretaría General que constituía la Administración de la Diputación General, y a cuyo frente se situaba el Secretario General Letrado, se estructuraba en cuatro servicios: Los Servicios Jurídicos, los Servicios Administrativos (que a su vez se estructuraban en las Unidades de Régimen Interior, Contratación, Personal y Mantenimiento), los Servicios Técnicos (compuestos por las Unidades de Publicaciones, Biblioteca, Archivo y Documentación y Mecanización e Informática) y, los Servicios Económicos.

Los Letrados se integraban en los Servicios Jurídicos y asumían, de conformidad con la norma quinta, 2 las jefaturas de los Servicios Jurídicos y Económicos. Del Secretario

General dependían los servicios Administrativos y Técnicos. Entre las funciones que asumían los Letrados estaba la del asesoramiento técnico-jurídico a las Comisiones y respecto a sus Mesas y Ponencias; la redacción de los correspondientes informes, dictámenes y actas, recogiendo los acuerdos adoptados; preparar el guión para facilitar los debates en el seno de las Comisiones y el Pleno, la asistencia al Pleno, Mesa o Junta de Portavoces cuando fueran requeridos y sustituir al Secretario General en sus ausencias, así como cuantas funciones fueran delegadas por el Secretario General.

El personal con que contaba la Diputación General configuró una Administración peculiar por cuanto no fueron pocas las veces que tuvieron que acudir a solicitar la intervención de Letrados de las Cortes Generales en las distintas labores de asesoramiento técnico-jurídico. Pero, además, siguiendo el modelo del Consejo de Gobierno se crearon las Jefaturas de Negociado en las cuales se situaba a un funcionario con la categoría de administrativo de la extinta Diputación Provincial, y las Jefaturas de Grupo en las cuales se situaba a un funcionario con la categoría de auxiliar, incluso en el caso del auxiliar contratado y, por tanto, no funcionario. Dichas Jefaturas de Negociado y de Grupo servirán posteriormente, cuando se apruebe el Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja, para que unos se integren en el Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio, y los otros, en el Cuerpo Administrativo. Eso sí, la Disposición Transitoria Segunda (3 y 4) del actual Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja (hoy, Parlamento de La Rioja) prevé que en el caso de que no se reúna el título exigido, bastará con acreditar haber prestado servicios efectivos en cualesquiera Administraciones públicas, órganos constitucionales o estatutarios (quince años para los Jefes de Negociado y cinco años para los Jefes de Grupo). Y, todo ello, a pesar de que, la mayoría de dicho personal, cuando fue adscrito a la Diputación General de La Rioja no era Jefe de Negociado ni Jefe de Grupo. A ello debe añadirse la propia previsión de las Normas de gobierno y de régimen interior de la Diputación General de La Rioja. La norma duodécima se refería al personal procedente de la extinguida Diputación Provincial. Dicha norma hacía referencia únicamente al personal funcionario y no al personal contratado. Pero, además, preveía que dicho personal quedaría definitivamente incorporado a la plantilla de la Diputación General, a plazas de análoga categoría según sus aptitudes o según las

pruebas selectivas realizadas. De ahí que resulte, cuando menos una paradoja que, cinco años más tarde, cuando se apruebe el Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja, se proceda a su incorporación a Cuerpos distintos y en los que la mera prestación de servicios sería suficiente para eludir el título exigido para el ingreso en los Cuerpos de la Administración Parlamentaria. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

La Diputación General de La Rioja que optó por contar con personal no especializado, no sólo encontró esa única dificultad. En el caso de los Letrados, sólo contaba con los servicios de un Secretario General Letrado proveniente de la extinta Diputación Provincial de La Rioja, al que luego se sumaría un segundo Letrado que estuvo poco tiempo en la institución. Esto llevó, tanto al Secretario General Letrado como a la propia Mesa de la Diputación General de La Rioja a intentar cooptar nuevos Letrados para atender las funciones de asesoramiento técnico-jurídico. En primer lugar, se creó una plaza de Letrado por oposición que posteriormente quedaría desierta. Se optó, por cubrir la misma por la contratación de una Letrada que quedará como única Letrada cuando solicite la excedencia el anterior Letrado. Esta Letrada prestará sus servicios hasta la incorporación mediante concurso-oposición de dos nuevos Letrados. La, hasta entonces, Letrada contratada pasará a prestar sus servicios de asesoramiento en el Gabinete de la Presidencia. Posteriormente, uno de los dos nuevos Letrados pasará a la situación de excedencia voluntaria al incorporarse al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, por lo que de nuevo quedará un solo Letrado en la Cámara. En 1991, se incorpora un nuevo Letrado mediante el sistema de concurso-oposición que, inmediatamente vuelve a quedar solo al pasar el entonces Letrado Mayor a la situación de servicios especiales y, luego a la situación de excedencia voluntaria. Durante esta época, también se acudió a la contratación de otra Letrada. En el año 1995, la Mesa de la Diputación General aprobará las bases rectoras de la convocatoria por oposición libre de una plaza de Letrado, de la que deberá desistir por Acuerdo, el día 5 de marzo de 1997, como consecuencia del reingreso de un Letrado de los provenientes de la extinta Diputación Provincial. Por último, no será hasta el año 2005, cuando de nuevo se convoque por oposición libre una nueva plaza de Letrado al servicio del Parlamento de La Rioja, que pasará a ser ocupada por quien suscribe estas líneas. La incorporación de Letrados a la Administración Parlamentaria ha resultado complicada. De hecho, han

sido los Letrados de la Cámara los que han presentado más pleitos ante la Administración Parlamentaria. Hoy en día, el Parlamento de La Rioja cuenta con dos Letrados en servicio activo y dos Letrados en situación de excedencia voluntaria.

La Administración Parlamentaria ha ido creciendo en número de funcionarios aunque siguiendo las líneas marcadas por los comienzos de la institución. Así, en la última Plantilla del Personal del Parlamento de La Rioja para el año 2007, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 201, de 6 de marzo de 2007 cuenta con un total de 2 funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Letrados; 6 funcionarios pertenecientes al Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio (entre los cuales se encuentran dos funcionarios provenientes de la extinta Diputación Provincial, posteriormente adscritos a la Diputación General de La Rioja), mientras que no hay ningún funcionario perteneciente al Cuerpo Técnico, Escala Superior, ni nunca lo ha habido a lo largo de la vida de la institución; 7 funcionarios pertenecientes al Cuerpo Administrativo (entre los cuales se encuentran dos funcionarios provenientes de la extinta Diputación Provincial, posteriormente adscritos a la Diputación General de La Rioja); 9 funcionarios pertenecientes al Cuerpo Auxiliar y dos auxiliares administrativos en régimen de personal laboral temporal; y, 7 funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Ujieres, dos de ellos conductores. Este elenco de funcionarios y personal laboral, presta sus servicios en la Administración del Parlamento de La Rioja. Aparte, estaría el personal del Gabinete de la Presidencia.

II EL ESTATUTO DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE LA RIOJA

El Pleno de la Diputación General de La Rioja, en sesión celebrada el día 11 de marzo de 1988, aprobó el texto definitivo del Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja.

La autonomía funcional que corresponde, por su propia configuración jurídica, a los Parlamentos autonómicos se ha proyectado en una Administración propia y singular. El reconocimiento de autonomía administrativa sobre el personal al servicio de los Parlamentos tiene un primer reconocimiento constitucional en referencia a las Cortes

Generales. El artículo 72.1 de la Constitución dice que las Cámaras “establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales”. En desarrollo de esta previsión, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en su reunión conjunta, aprobaron el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie B, núm. 73, de 31 de marzo de 2006). Este mismo reconocimiento se encuentra recogido en el artículo 18.3 del Estatuto de Autonomía de La Rioja que dice: “El Parlamento fijará su propio presupuesto y el estatuto de su personal”. Y el artículo 164 del Reglamento del Parlamento de La Rioja (aprobado por el Pleno del Parlamento, en su reunión celebrada el 20 de abril de 2001. *Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie A, núm. 95, de 18 de abril de 2001) dice: “Los servicios del Parlamento se ordenarán de acuerdo con las normas de régimen y gobierno interior que elabore y apruebe la Mesa. Cuando estas normas constituyan el Estatuto de Personal del Parlamento deberán ser aprobadas por el Pleno”.

El Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, se encuentra dividido en doce capítulos (De los órganos competentes en materia de personal, Del Registro de personal, Del personal de la Diputación General de La Rioja, De los funcionarios de la Diputación General de La Rioja, De la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, De las situaciones de los funcionarios, De los derechos de los funcionarios, De la provisión de puestos de trabajo y plantilla orgánica, De la Junta de Personal, De los deberes e incompatibilidades de los funcionarios, Del régimen disciplinario, y, De las reclamaciones y recursos en materia de personal) ordenados en artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, seis Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

II.1. EL RÉGIMEN INTERIOR DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA

El artículo 164 del Reglamento del Parlamento de La Rioja hace referencia al Estatuto de Personal y a las normas de régimen y gobierno interior del Parlamento de La Rioja. Ambas normas se diferencian por el órgano competente para su elaboración y aprobación. En el primer caso, en el del Estatuto de Personal, el órgano competente para su aprobación es el Pleno; y, en el caso de las normas de régimen y gobierno interior, la Mesa de la Cámara.

El Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja no ha sido objeto de modificación hasta la fecha. Lo primero que llama la atención es la denominación adoptada en referencia a la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja, lo que produce, en la práctica una indudable confusión entre los términos Diputación General y Diputación Provincial, ya extinta. Ahora bien, aunque no se ha optado hasta la fecha por una modificación del Estatuto de Personal, que, como es sabido, exige la aprobación por el Pleno, sí existen diferentes Acuerdos de la Mesa que, en virtud del artículo 3 de dicho Estatuto, han procedido a desarrollar, interpretar e integrar el mismo. Los Acuerdos de la Mesa de desarrollo del Estatuto de Personal están referidos a diferentes materias como son vacaciones, el calendario de días inhábiles, retribuciones, anticipos reintegrables, prestaciones sociales complementarias, medidas de seguridad e higiene en el trabajo, formación profesional y jornada. Los Acuerdos de la Mesa de integración del Estatuto de Personal están referidos a dos únicas materias: Las Normas de suplencia temporal de las funciones de la Junta de Personal del Parlamento de La Rioja, y el Acuerdo sobre indemnizaciones como incentivo a la jubilación anticipada. Por último, sólo hay un Acuerdo de la Mesa de interpretación del Estatuto de Personal referido a las licencias.

El régimen interior se completa con tres tipos de normas de diferente contenido: Las normas de organización de la Secretaría General, recogidas en el Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría del Parlamento de La Rioja, aprobado por Acuerdo de la Mesa de la Cámara en sesión celebrada el 10 de noviembre de 2006 y publicadas trascurridos casi cuatro meses (*Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie C, núm. 200, de 6 de marzo de 2007); las Normas de utilización del sistema informático del Parlamento de La Rioja, aprobadas por Acuerdo de la Mesa de la Cámara, de 17 de febrero de de 2006 (*Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie C, núm. 157, de 27 de febrero de 2006) y las Normas de funcionamiento del Servicio de Archivo, Biblioteca y Documentación, aprobadas por Acuerdo de la Mesa de la Cámara, en sesión celebrada el 20 de enero de 1997 (*Boletín Oficial de la Diputación General de La Rioja*, Serie C, núm. 56, de 27 de enero de 1997), que como peculiaridad son las únicas normas de régimen interior que regulan el funcionamiento de uno de los Servicios del Parlamento de La Rioja.

Con relación a los órganos competentes en materia de personal, dice el propio artículo 2 del Estatuto de Personal que serán la Presidencia, la Mesa y el Letrado Mayor, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Cámara, en el Estatuto de Personal y en el Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de su Secretaría. Corresponde por tanto, a la Mesa de la Cámara el desarrollo, interpretación e integración del Estatuto de Personal, al Letrado Mayor de la Cámara velar por su ejecución, y a la Junta de Personal participar en el ejercicio de las anteriores competencias en la forma prevista en el propio Estatuto de Personal.

II.2. EL PERSONAL AL SERVICIO DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA

De forma somera, conviene señalar que el personal funcionario al servicio del hoy Parlamento de La Rioja se integra en cuerpos únicos, como ocurre en el modelo diseñado por el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las Cortes Generales, su personal no presta servicio en la Cámara y en la Junta Electoral General propia. En el sistema diseñado por el legislador autonómico riojano sólo el Letrado Mayor de la Cámara es el Secretario de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma como dispone la Ley 3/1991, de 21 de marzo, de Elecciones a la Diputación General de La Rioja. Todo ello, sin perjuicio de que, el artículo 11 de dicha Ley electoral, establece que la Diputación General pondrá a disposición de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma de La Rioja los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones.

El personal eventual se integra en el Gabinete de la Presidencia para la asistencia directa y de confianza al Presidente, siendo su nombramiento y separación libre por parte del titular al que prestan sus servicios, y cesando automáticamente cuando éste cesa. Al personal eventual se le aplica el mismo régimen previsto para los funcionarios con algunas peculiaridades en referencia a su nombramiento, separación y cese; sus retribuciones son fijadas por el Presidente, oída la Mesa de la Cámara y, en cuanto a las funciones a desempeñar, el artículo 7.2.c) del Estatuto de Personal prevé que “en ningún caso, el personal eventual podrá ocupar puestos de trabajo ni desempeñar funciones propias de los funcionarios de la Diputación General de La Rioja (hoy Parlamento de La Rioja)”. El régimen jurídico del personal eventual se encuentra regulado en la Resolución de la Presidencia, de 12 de enero de 2005, sobre concre-

ción del Régimen Jurídico del Personal Eventual al servicio de la Cámara y determinación de la organización, régimen interno y gobierno interior del Gabinete de la Presidencia (*Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie C, núm. 77, de 19 de enero de 2005). En materia del régimen jurídico de dicho personal, llama la atención que las retribuciones básicas quedan recogidas en dicha Resolución y, en particular, la referencia a la retribución por antigüedad. A este respecto, dispone dicha Resolución que la retribución por antigüedad será “la que, en su caso, estuviera percibiendo en concepto de trienios o análogos, al tiempo del nombramiento, por razón de la condición de funcionario o contratado laboral fijo al servicio de un órgano público, una vez debidamente acreditada. La retribución por antigüedad comprenderá también los trienios o análogos cuyo vencimiento se produzca durante el período en que se presten servicios en el Gabinete de la Presidencia, los cuales deberán acreditarse en forma debida”. Resulta paradójico que se atribuyan trienios al personal eventual y que los servicios prestados en el Gabinete de la Presidencia se computen para el percibo de nuevos trienios, sobre todo si se tiene en cuenta que no se trata de personal funcionario y, por tanto, su asimilación al mismo es, cuanto menos, dudosa. Todo ello teniendo en cuenta que el propio Estatuto de Personal prevé que las retribuciones serán fijadas por el Presidente oída la Mesa y que la aplicación del Estatuto de Personal será aplicable en la medida en que no se oponga a la naturaleza de sus funciones.

El personal laboral es contemplado en el Estatuto de Personal de forma residual. El propio Estatuto de Personal no hace referencia alguna a personal laboral, sino a “personal contratado”. Así, el artículo 9 dispone que el personal contratado esté vinculado al Parlamento de La Rioja en régimen de Derecho laboral. Además, con carácter taxativo se establece que el personal contratado sólo podrá ocupar, con carácter temporal, “plazas vacantes dotadas presupuestariamente en plantilla, para ejercer tareas administrativas que no respondan a necesidades permanentes o para realizar estudios y proyectos concretos o trabajos específicos no habituales”. Dicho personal es contratado por el Presidente, previo acuerdo de la Mesa y a propuesta del Letrado Mayor, y la contratación exige idénticas condiciones a las previstas por el Estatuto para el acceso a la plaza de funcionario, salvo que la Mesa determine otros criterios en función de la naturaleza de las funciones a desempeñar. Asimismo, se prevé la posibilidad de contratar servicios de carácter profesional o de asesoramiento a los

órganos de la Cámara que, en ningún caso, tendrá la consideración de personal contratado.

Por último se refiere el Estatuto de Personal al personal adscrito. En el artículo 8 del Estatuto de Personal se prevé que la Cámara pueda solicitar “de la Administración del Estado en La Rioja” la adscripción a su servicio, de personal perteneciente a Cuerpos de funcionarios de dicha Administración para el desempeño de funciones de seguridad. Dicho personal dependerá directamente del Presidente y del Letrado Mayor de la Cámara en lo relativo al desarrollo de sus funciones. Este precepto, prácticamente similar al artículo 3 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales permite que las labores de Seguridad en la sede del Parlamento de La Rioja sean prestadas por miembros del Cuerpo Nacional de la Policía, mediante la adscripción realizada por la Delegación del Gobierno en La Rioja. No obstante, dicha prestación de servicios no se realiza, en el caso del Parlamento de La Rioja de forma continuada, sino que, en períodos vacacionales debe recurrir la Administración Parlamentaria a contratar servicios de vigilancia privada.

II.3. LOS FUNCIONARIOS DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA

El personal funcionario del Parlamento de La Rioja se integra en Cuerpos únicos, con una sola excepción, el Cuerpo Técnico dividido en dos Escalas. El personal funcionario no queda encuadrado en ningún Grupo o Nivel, tal y como se establece en la Administración Pública de la Comunidad de La Rioja y en la estatal. Ello es consecuencia, indudablemente, del personal que en su día fue adscrito de la extinta Diputación Provincial. Los Cuerpos de funcionarios de la Administración del Parlamento de La Rioja son los siguientes: Cuerpo de Letrados, Cuerpo Técnico, Cuerpo Administrativo, Cuerpo Auxiliar y Cuerpo de Ujieres.

Una especial mención, dada sus peculiaridades merece el Cuerpo Técnico en el que se diferencian dos Escalas: Escala de Técnicos Superiores y Escala de Técnicos de Grado Medio. Ahora bien, no existe norma alguna en el Estatuto de Personal que haga referencia a cuáles sean las funciones que se atribuyen a una u otra Escala. Por ello, debe entenderse que la única diferencia entre ambas Escalas viene definida por la titulación universitaria, ya sea de Licenciado Universitario o Diplomado

Universitario u otro título equivalente. Así, el artículo 21 en sus apartados 2 y 3 hace referencia a la convocatoria para el ingreso a las distintas Escalas del Cuerpo Técnico, determinando que deberá especificarse en la misma la posesión del título de Licenciado o Diplomado u otro equivalente requerida para el desempeño de las funciones. Todo ello teniendo en cuenta que, en ningún momento se definen cuáles son dichas funciones a desempeñar por cada una de las Escalas del Cuerpo Técnico. Ahora bien, si el ingreso en el Cuerpo Técnico determina, con independencia de la Escala por la que se accede, la vinculación a un único Cuerpo, el de Técnicos, ello supone que la Administración podría atribuir funciones correspondientes a Titulados Universitarios Superiores a personal funcionario perteneciente al Cuerpo Técnico Escala de Grado Medio. Sobre todo cuando los puestos de trabajo pueden ser modificados mediante la correspondiente plantilla orgánica de los servicios del Parlamento, cuyo proyecto de plantilla orgánica es elevado por el Letrado Mayor a la Mesa, a quien corresponde su aprobación.

Esta circunstancia deja un amplio margen de discrecionalidad a la Administración y, en particular, a los órganos competentes en materia de personal. Así, entre las peculiaridades que destacan en el Parlamento de La Rioja está la del Servicio de Archivo, Biblioteca y Documentación, único Servicio de la Cámara que cuenta con unas normas de funcionamiento. Dichas normas guardan una práctica identidad con las Normas del Servicio de Biblioteca, Archivo y Documentación del Parlamento de Cantabria. No obstante, a diferencia del Parlamento de Cantabria, las funciones de la Jefatura del Servicio se atribuyen en el caso del Parlamento de La Rioja a un funcionario del Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio. Todos los Parlamentos autonómicos que cuentan con los Servicios de Archivo, Biblioteca y Documentación sitúan al frente de los mismos a funcionarios pertenecientes al Cuerpo Técnico Superior. Ello es consecuencia de las propias previsiones que establece el Estatuto del Personal de las Cortes Generales respecto al Cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios, en la que es preciso para su ingreso hallarse en posesión del Título de Licenciado, modelo que fue seguido por la mayoría de las Administraciones parlamentarias. No obstante, en el Parlamento de La Rioja se da una singularidad y es que se crea el Servicio de Archivo, Biblioteca y Documentación, como dice literalmente el Acuerdo de la Mesa de la Cámara, de 20 de enero de 1997, y, posteriormente, se adscribe a dicho Servicio personal perteneciente a diferentes Cuerpos funcionariales. En concreto, un funcio-

nario perteneciente al Cuerpo Técnico Escala de Grado Medio, un funcionario perteneciente al Cuerpo Administrativo y un funcionario perteneciente al Cuerpo Auxiliar.

En la opción por la que se optó con la creación de dicho Servicio se pone de manifiesto la discrecionalidad con la que puede proceder la Administración a la hora de definir las funciones del Cuerpo Técnico en sus dos Escalas y la adscripción a nuevos puestos de trabajo, modificando las circunstancias por las que se ingresó en dicha Administración. A ello debe añadirse que la Administración del Parlamento de La Rioja nunca ha contado con Técnicos Superiores, ni ha permitido la posibilidad de tenerlos. Frente a las mayores necesidades con las que se enfrentan los Parlamentos de contar con servicios técnicos especializados, la Administración del Parlamento de La Rioja ha optado por unos servicios técnicos integrados en su mayoría por funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Administrativo y Auxiliar que, sin ánimo de menospreciar sus tareas, no están cualificados para el asesoramiento técnico que se exige hoy en día en las labores parlamentarias. En una sociedad cada vez más compleja, la Administración no puede dar la espalda a la realidad. La labor de los parlamentarios requiere una mayor cualificación profesional de los funcionarios que prestan sus servicios a la Administración. Sabido es que en una democracia representativa no se exige a los representantes del pueblo que cuenten con una formación profesional adecuada a las funciones parlamentarias a realizar. Son, por tanto, los funcionarios de las Administraciones parlamentarias quienes deben suplir las carencias de estos parlamentarios mediante el asesoramiento técnico profesional. La necesidad de que los Parlamentos cuenten con un conjunto de medios personales y materiales necesarios para el cumplimiento de sus fines, deriva lógicamente de la misma naturaleza de las funciones que están llamados a desempeñar. Se trata de una obvia exigencia funcional que se reviste en la actualidad de una evidente vertiente política y que ha sido objeto de debate al analizar la crisis del Parlamento. La ampliación de los medios materiales y humanos de los Parlamentos constituye un medio ineluctable de superación de dicha crisis.

II.3.1. Adquisición y pérdida de la condición de funcionario

El Capítulo Quinto del Estatuto de Personal se refiere a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario. Con carácter general, se establece que el acce-

so a la condición de funcionario al servicio del Parlamento de La Rioja se realizará “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, con estricto respecto al principio de igualdad, mediante convocatoria pública, libre y oposición o concurso-oposición”. Al igual que en el Estatuto del Personal de las Cortes Generales se establecen unos requisitos genéricos que deben cumplir los aspirantes que deseen participar en las pruebas de selección que sean convocadas para los distintos Cuerpos de funcionarios del Parlamento de La Rioja, así como los específicos requeridos en el Cuerpo funcional al que deseen optar. Dichos requisitos generales son:

- a) Poseer la nacionalidad española.
- b) Ser mayor de edad.
- c) Estar en posesión de la titulación correspondiente o en condiciones de obtenerla en la fecha que se determine en el plazo de presentación de solicitudes.
- d) No haber sido separado del servicio mediante expediente disciplinario, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas.
- e) No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las funciones correspondientes.
- f) Cumplir los requisitos exigidos en la convocatoria.

El acceso a los distintos Cuerpos de funcionarios, exige cumplir, además unos requisitos específicos que son los referentes a la Titulación:

- a) Cuerpo de Letrados: Título de Licenciado en Derecho.
- b) Cuerpo Técnico, Escala Superior: Título de Licenciado Universitario, especificándose en la correspondiente convocatoria la titulación universitaria superior requerida para el desempeño de las respectivas funciones.
- c) Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio: Título de Diplomado Universitario u otro equivalente, especificándose en la correspondiente convocatoria la titulación universitaria de grado medio o equivalente requerida para el desempeño de las respectivas funciones.
- d) Cuerpo Administrativo: Título de Bachiller Unificado Polivalente, Formación Profesional de segundo grado u otro equivalente.
- e) Cuerpo Auxiliar: Título de Grado Escolar, Formación Profesional de primer grado u otro equivalente.
- f) Cuerpo de Ujieres: Certificado de Escolaridad o equivalente.

Una peculiaridad de la Administración del Parlamento de La Rioja se establece en su artículo 20 mediante una regulación distinta de los Tribunales que deben enjuiciar las pruebas de acceso a la condición de funcionario, según las plazas requieran titulación universitaria superior o no. La diferencia fundamental es que en el primer caso formarán parte del Tribunal un Catedrático Universitario y un funcionario de las Cortes Generales, especialista en la materia, propuesta por aquélla. En el caso de plazas que no requieran titulación universitaria superior se sustituyen los anteriores por dos funcionarios del propio Parlamento de nivel igual o superior al exigible para las pruebas, propuesto por la Junta de Personal.

La condición de funcionario, se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

- a) Superación de las pruebas selectivas y del período de prácticas. (El personal que haya superado las pruebas selectivas será nombrado como funcionarios en prácticas por un período de seis meses, en el cual tendrán la plenitud de derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la condición de funcionarios. El cese en la relación de servicios sólo podrá producirse por decisión motivada de la Mesa de la Cámara, a propuesta del Presidente, previo informe del Letrado Mayor y oída la Junta de Personal. En todo caso, deberá ser comunicada con una antelación de dos meses).
- b) Nombramiento conferido por el Presidente de la Cámara.
- c) Juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, Estatuto de Autonomía de La Rioja, obediencia a las leyes y ejercicio imparcial de sus funciones.
- d) Toma de posesión dentro del plazo de un mes a contar desde la notificación del nombramiento.

La condición de funcionario se pierde por las siguientes causas: fallecimiento, incapacidad sobrevenida, por renuncia, pérdida de la nacionalidad española, sanción disciplinaria de separación del servicio, pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargos públicos impuesta por sentencia judicial firme, y jubilación forzosa o voluntaria. El régimen de adquisición y pérdida de la condición de funcionario es el mismo que el descrito en el Estatuto del Personal del Parlamento de La Rioja, con una peculiaridad respecto a la jubilación forzosa o voluntaria. En el

Estatuto del Personal de las Cortes Generales la jubilación forzosa o voluntaria aparece como una causa de cese de la condición de funcionario, mientras que en el Estatuto de personal al servicio del Parlamento de La Rioja dicha causa produce la pérdida de la condición de funcionario y no su cese.

II.3.2. Situaciones de los funcionarios

El Capítulo Sexto se refiere a las situaciones en que pueden hallarse los funcionarios de la Diputación General de La Rioja que son las de servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria, expectativa de destino y suspensión de funciones. La excedencia para el cuidado de hijos no ha sido recogida en el Estatuto de Personal. No obstante, entre los motivos que causan la excedencia voluntaria se prevé literalmente: “d) Con ocasión del nacimiento de cada hijo y para atender a su cuidado por tiempo no superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento de aquél. (...)”. El artículo 21 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales ya recogía entre las situaciones de los funcionarios la de excedencia para el cuidado de los hijos, al que ahora se incorpora también el cuidado de familiares. La diferencia fundamental con la regulación establecida en el Estatuto de Personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja, es que, durante el período de permanencia en esta situación no le serán computables al funcionario, a efectos de ascensos, ni trienios ni derechos pasivos. En el artículo 21 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales se prevé que el período de permanencia en esa situación será computable a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos. Así, las situaciones de los funcionarios son las que siguen:

- a) Servicios activos: cuando ocupan plaza correspondiente a la plantilla orgánica o se les haya sido conferida una comisión de servicios por período no superior a un año.
- b) Servicios especiales: cuando les haya sido conferida una comisión de servicios superior a un año; cuando accedan a cargos políticos o de confianza de cualesquiera de las Administraciones o de cualquier organismo autónomo; cuando sean elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional, o cuando sean elegidos por el Parlamento de La Rioja para formar parte de órganos estatutarios o de relevancia estatutaria y cualquier otro cuya elección corresponda a la cámara; cuando sean adscritos a

los servicios de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, órganos estatutarios o de relevancia estatutaria; cuando accedan a la condición de parlamentario europeo, Diputado, Senador, miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, Alcalde, Presidente de la Diputación Provincial o Foral, Presidente o Consejero de Cabildos o Consejos Insulares; cuando accedan a cargos políticos de representación popular, y cuando cumplan el servicio militar o prestación sustitutoria equivalente. En estos casos, los funcionarios conservan durante el tiempo de permanencia en esta situación todos sus derechos salvo el sueldo personal, que sólo lo percibirán en el caso en que renuncien al correspondiente al cargo o función para el que hubieren sido designados. Los funcionarios deberán incorporarse a su plaza en tiempo no superior a treinta días una vez desaparecida la causa que dio lugar a dicha situación.

c) Excedencia voluntaria: cuando no tomen posesión o no soliciten el reingreso desde su cese en la situación de servicios especiales; cuando pasen a la situación de servicio activo en otro Cuerpo de funcionarios (del propio Parlamento, Cortes Generales, Asambleas Legislativas de otras Comunidades Autónomas, Administración de Justicia, Administraciones públicas, etc.); cuando así lo soliciten en interés particular por tiempo superior a un año e inferior a diez; con ocasión del nacimiento de cada hijo y para atender su cuidado por tiempo no superior a tres años. Nada se dice, sobre cómo debe realizarse el reingreso al servicio activo, tan sólo que el funcionario pasará a la situación de expectativa de destino cuando cese en la situación de excedencia voluntaria y sea imposible obtener el reingreso al servicio activo.

d) Expectativa de destino: los funcionarios se hallan en situación de expectativa de destino en los casos en que sea imposible obtener el reingreso al servicio activo cuando cese en las situaciones de excedencia voluntaria o suspensión firme. En dicha situación, los funcionarios tendrán derecho a percibir sus retribuciones básicas y el complemento familiar, así como el abono del tiempo que permanezca en dicha situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

e) Suspensión de funciones: el funcionario declarado en situación de suspenso queda privado temporalmente del ejercicio de sus funciones y derechos inherentes a su condición. La suspensión podrá ser provisional o firme, quedando el funcionario privado de todos los derechos inherentes a su condición durante el tiempo de cumplimiento de la sanción o de la pena.

Como regla general, en lo que se refiere al reingreso, se establece el siguiente orden de prelación: Primero, los funcionarios en expectativa de destino; en segundo lugar, los funcionarios suspensos; y, en tercer lugar, los excedentes voluntarios. La Administración del Parlamento de La Rioja opta así por no recoger las políticas sobre conciliación de la vida familiar y laboral, al equiparar la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos con otras causas que poco tienen que ver con aquella. Ahora bien, llama la atención, sin embargo, que se haya permitido, y por tanto compatibilizado, las funciones de Concejal de Ayuntamiento con las propias de los funcionarios del Parlamento. El Estatuto de Personal prevé en el artículo 27.1.f) que los funcionarios se hallarán en situación de servicios especiales “f) Cuando, accediendo a otros cargos políticos de representación popular, así lo declare expresamente la Mesa de la Cámara a solicitud del interesado”. Por su parte, el artículo 60, apartado g) prevé que los funcionarios estarán obligados “a actuar con absoluta imparcialidad política en el cumplimiento de su función y abstenerse de actuación política dentro de la cámara”. De una lectura de ambos preceptos, a mi juicio, debe entenderse que no debería en ningún caso permitirse que funcionario alguno de la Cámara pudiera compatibilizar el ejercicio de sus funciones con las de Concejal electo. Pero, además, el propio artículo 62.1 en su segundo párrafo prevé que la condición de funcionario es incompatible con el desempeño de determinadas actividades en el sector público, entre los que se cita la actividad desarrollada por los miembros electos de las Corporaciones Locales. Y, el propio artículo 66.1 señala que la Mesa sólo podrá autorizar una segunda actividad en el sector público por razones de notorio interés público.

No puede entenderse el notorio interés público que existe en la actividad de un Concejal que además es funcionario de una Administración parlamentaria. A ello debe añadirse que la imparcialidad de la Administración podría ser puesta en entredicho si se tiene en cuenta que dichos Concejales lo son por su presentación en unas listas electorales y en las listas electorales de un determinado partido político. Entiendo que el Estatuto de Personal debería ser aplicado con estricto cumplimiento del principio de imparcialidad política, impidiendo que los funcionarios de dicha Administración puedan compatibilizar sus funciones con las de miembros electos de Corporaciones Locales.

II.3.3. Derechos de los funcionarios

Los derechos de los funcionarios en situación de servicio activo, con carácter general son:

- a) A desempeñar alguno de los puestos de trabajo que correspondan al Cuerpo al que pertenezcan.
- b) A percibir las retribuciones correspondientes.
- c) A la dignidad personal y profesional.
- d) A la carrera, entendida como ascenso y promoción.
- e) A una adecuada protección social.
- f) A vacaciones y licencias.
- g) A la seguridad e higiene en el trabajo.
- h) A la libre sindicación.
- i) A la huelga.
- j) A los restantes previstos en el Estatuto de Personal.

Podemos diferenciar entre tres grupos distintos de derechos de los funcionarios públicos, para analizar alguna de las peculiaridades que existen en el Estatuto de personal al servicio de la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja. Estos cuatro grupos de derechos serían: derechos económicos, derechos laborales, derechos sociales y derechos de sindicación, representación, participación y negociación colectiva.

II.3.3.1. Derechos económicos

Los funcionarios en servicio activo tendrán derecho a percibir las siguientes cantidades económicas:

- a) **Retribuciones Básicas:** que consisten en el sueldo igual para todos los funcionarios que pertenezcan a un mismo Cuerpo y Escala; la retribución por antigüedad por cada tres años de servicio activo en el Cuerpo o Escala y las pagas extraordinarias que serán dos al años efectivas en los meses de junio y diciembre.
- b) **Retribuciones complementarias:** remuneran distintos conceptos. En primer lugar, aquellas retribuciones que tienen carácter profesional o derivado del ejer-

cicio de la actividad funcional y que remuneran el nivel del puesto de trabajo, las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo y el régimen de plena dedicación. En segundo lugar, aquellas retribuciones que se perciben en función de la situación personal del funcionario y, en particular, atendiendo a las cargas familiares que deba atender. En tercer lugar, aquellas retribuciones que gratifican los servicios prestados por los funcionarios fuera de la jornada normal y siempre que no impliquen la asistencia a las reuniones de órganos parlamentarios.

c) Retribuciones extraordinarias: que retribuyen gastos y disminuciones patrimoniales que el funcionario sufre o abona por razón de servicios extraordinarios.

En relación con las anteriores se establece un único límite, y es que no podrá existir una diferencia superior a la proporción de uno a tres entre las retribuciones básicas de los funcionarios de los Cuerpos que las tengan menores y mayores, respectivamente. La determinación de las retribuciones es acordada por la Mesa, oída la Junta de Personal. Junto a los anteriores, hace referencia el Estatuto de Personal a los anticipos sobre las retribuciones, que se ha desarrollado por el Acuerdo de regulación de la concesión de anticipos reintegrables a funcionarios del Parlamento de La Rioja, adoptado por la Mesa de la Cámara en sesión de 4 de febrero de 2000 (*Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie C, núm. 31, de 17 de febrero de 2000). En dicho Acuerdo se establece que dicha concesión de anticipos corresponde a una Comisión constituida por un miembro de la Mesa, el Letrado Mayor y el Presidente de la Junta de Personal, y siempre que se ajuste la petición a los criterios y supuestos previstos en la misma.

II.3.3.2. Derechos laborales y sociales

A los funcionarios del Parlamento de La Rioja se les concede una serie de derechos similares al resto de los trabajadores como son:

a) Vacaciones, permisos y licencias: que se concretan en vacaciones retribuidas de un mes por cada año natural o de veintidós días hábiles naturales. Dichas vacaciones, de conformidad con el Acuerdo de la Mesa de desarrollo del Estatuto de Personal, sobre vacaciones del personal al servicio del Parlamento, adoptado en reuniones de 14 de febrero de 2003 y de 17 de marzo

de 2003 (Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 172, de 21 de marzo de 2003) serán ampliables a partir del cumplimiento de quince años de servicios. Las vacaciones deberán ser solicitadas ante el Letrado Mayor que elevará a la Mesa de la Cámara la propuesta de programa de vacaciones. Los permisos y licencias previstos son por matrimonio, en caso de embarazo, por nacimiento de un hijo o enfermedad grave o fallecimiento de un pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de actitud, para la realización de estudios en materias directamente relacionadas con el Derecho parlamentario, por traslado del domicilio, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y para realizar funciones sindicales ya sean de formación o de representación, para la participación en campañas electorales cuando el funcionario participe como candidato, durante el tiempo que dure ésta, por razones justificadas, para asuntos personales sin justificación, y por asuntos propios sin retribución alguna. Estos permisos y licencias han sido objeto de interpretación en el caso de las enfermedades del funcionario que le impidan el normal desarrollo de la función y en el caso de nacimiento de un hijo o enfermedad grave de un familiar. Dicha interpretación se recoge en el Acuerdo de la Mesa de 17 de marzo de 2003 sobre introducción de texto complementario en el acuerdo de 14 de febrero de 2003, sobre interpretación de los puntos 1 y 4 del artículo 34 del Estatuto de Personal (*Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja*, Serie C, núm. 172, de 21 de marzo de 2003). Llama en todo caso la atención la forma en que se produce dicha interpretación. En efecto, el Estatuto de Personal dispone en su Disposición Adicional Primera que la reforma del Estatuto se verificará con sujeción al procedimiento seguido para su aprobación. De conformidad con dicho precepto, la introducción de un texto complementario no puede ser tildado de interpretación, sino de modificación, aunque se trate de derechos que puedan favorecer a los funcionarios. Esta es sin duda, otra de las peculiaridades del Estatuto de Personal del Parlamento de La Rioja, que le ha permitido sobrevivir sin modificación alguna desde el año 1988.

En todo caso, la concesión de las anteriores licencias corresponderá al Letrado Mayor, salvo en los casos en que se dispone que la concesión corresponde a la Mesa y que

son los relativos a la realización de estudios de materias directamente relacionadas con el Derecho parlamentario, y, en el caso de las licencias para la realización de funciones sindicales de representación del personal.

b) Reducción de la jornada: la jornada queda determinada en el artículo 61 como uno de los deberes cuyo cumplimiento corresponde a los funcionarios. No obstante, en el Acuerdo sobre jornada del Personal al servicio del Parlamento de La Rioja, adoptado por la Mesa el 30 de marzo de 2007 (Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 209, de 16 de abril de 2007), se recogen una serie de supuestos en los que puede ser reducida dicha jornada. Llama la atención que dicho Acuerdo de la Mesa se refiere a diferentes materias, regulando incluso permisos y licencias no recogidos en el Estatuto de Personal. De nuevo, al socaire del desarrollo del Estatuto de Personal, se vuelve a producir, a mi juicio una nueva modificación del Estatuto de Personal por procedimiento distinto al previsto en el mismo. Así, se refiere al derecho de las funcionarias embarazadas para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto; por lactancia de un hijo menor de nueve meses; por razón de guarda legal de un menor de seis años o disminuido físico, o por incapacidad del cónyuge, padre o madre que conviva con el funcionario; y, en los casos de embarazo y adopción. Resulta paradójico que un Acuerdo sobre jornada regule materia tan diversa. Asimismo, llama la atención que la licencia por embarazo y adopción sea por un período distinto, y menor en el segundo de los casos, y que además, nada se diga sobre el acogimiento. Estas peculiaridades, ponen de manifiesto como la Administración Parlamentaria ha creado una realidad distinta al devenir de la sociedad actual. Sobre todo en lo referente a las políticas de igualdad y conciliación de la vida familiar y profesional. La concesión de las mismas corresponderá al Letrado Mayor.

c) Ayudas sociales de carácter complementario: prevé el Estatuto de Personal que la Mesa de la Cámara acuerde otro tipo de ayudas de carácter social. Dicha previsión se ha materializado en el Acuerdo de la Mesa de 23 de febrero de 2007, de actualización del acuerdo de 1 de marzo de 2006, sobre prestaciones sociales complementarias (Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 203, de 8 de marzo de 2007). En dicho Acuerdo se recogen ayudas sociales de distinto contenido como son ayudas asistenciales para tratamiento odontológicos, ortodóncicos, prótesis dentales, adquisición de gafas y lentes, adquisición de audífo-

nos o material ortopédico, no cubiertos por la Seguridad Social. Ayudas para minusválidos, ayudas para el estudio de los hijos y ayudas para el estudio del personal, limitadas a la obtención del título que permita al interesado el acceso al Cuerpo o categoría inmediatamente superior y a la renta de la unidad familiar del funcionario que se trate. De este modo las ayudas para minusválidos, para el estudio de los hijos y para el estudio del personal queda limitada a los Cuerpos Administrativo, Auxiliar y al de Ujieres. Además, de nuevo se debe llamar la atención respecto a los beneficiarios de dichas ayudas. Entre dichos beneficiarios se encuentran los jubilados, huérfanos, viudos, cónyuges e hijos que, “viviendo a sus expensas” (sic), realicen alguno de los estudios contemplados en el acuerdo o padezcan minusvalías. Por tanto, tendrían acceso a las mismas los funcionarios jubilados y que han perdido la condición de funcionarios del Parlamento y a los que no resulta de aplicación el Estatuto de Personal.

II.3.3.3. Derechos de sindicación, representación, participación y negociación colectiva

El Estatuto de Personal sólo se refiere, con carácter general, a la libre sindicación, a la huelga y al derecho de representación a través de sindicatos y asociaciones profesionales legalmente constituidas. No obstante, la única forma que se arbitra para la participación en la determinación de sus condiciones generales de trabajo y negociación colectiva es a través de la Junta de Personal. A la Junta de Personal se refiere el Capítulo Noveno. En el sistema diseñado por el Estatuto de Personal llama la atención que exista un reconocimiento del derecho de representación de los funcionarios públicos, pero que la participación sólo pueda realizarse a través de la Junta de Personal. De esta forma dice el Estatuto en su artículo 58 que “(...) la Junta de Personal ejercerá la representación colectiva de los funcionarios de la Diputación General de La Rioja”. A este respecto debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 121/1991, de 1 de julio, afirmó que era posible introducir ciertas variaciones o adaptaciones normativas en atención a las peculiaridades estatutarias del personal al servicio de las Cortes Generales, dentro del respeto a la Constitución y, en principio, también a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en tanto que norma de desarrollo directo del derecho fundamental de libertad sindical. No obstante, la regulación establecida por el Estatuto de Personal del Parlamento de La

Rioja puede ser limitativa de derechos. Prueba de ello es que sólo puede participar en la determinación de las condiciones generales de trabajo la Junta de Personal integrada únicamente por funcionarios del Parlamento de La Rioja. De este modo, quedan excluidos de la participación los sindicatos más representativos en los términos establecidos en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Mucho menos resultaría aplicable la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Así las cosas, la participación del personal del Parlamento de la Rioja en la determinación de sus condiciones de trabajo se llevará a cabo por la Junta de Personal.

Respecto a la negociación colectiva, nada se dice en el Estatuto de Personal, ni se arbitra forma alguna en que la misma deba llevarse a cabo, tampoco se hace referencia a cómo y quién debe constituir la Mesa negociadora. Respecto a la Mesa negociadora se ha optado, en la práctica y sin que exista norma escrita al respecto, por un curioso sistema en el que participan por la Administración Parlamentaria un miembro de la Mesa delegado para los asuntos de personal, el Letrado Mayor y los miembros de la Junta de Personal. Aunque quien suscribe estas líneas desconoce si todos los miembros de la Junta de Personal participaban o no.

La Administración del Parlamento de La Rioja es, probablemente, la única Administración en la que no se encuentra constituida Junta de Personal alguna desde el año 2004, fecha en la que la Mesa convocó las últimas elecciones sin que se presentara candidatura alguna. En ausencia de dicha Junta de Personal, la Mesa de la Cámara, por Acuerdo de 17 de junio de 2004, aprobó las Normas de suplencia temporal de la Junta de Personal (Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 63, de 23 de junio de 2006). Ahora bien, a mi juicio, resulta discutible el título que habilita a la Mesa de la Cámara a dictar dichas Normas. Así, dispone el artículo 1.2 de dichas Normas que las mismas “se dictan en ejercicio de las potestades organizativas atribuidas a la Mesa del Parlamento por el artículo 28.1.a) e i) del Reglamento de la Cámara y por el artículo 2.1 del Estatuto de Personal al servicio del Parlamento de La Rioja”. El artículo 28 del Reglamento del Parlamento, en los dos apartados recogidos en la norma, se refiere respectivamente, a la función de la Mesa para adoptar cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo y el régimen y gobierno interiores de la

Cámara y a cualesquiera otra función que le encomiende el Reglamento y no atribuida a un órgano específico. Por su lado, el artículo 2.1 del Estatuto de Personal dice que las competencias en materia de personal se ejercerán por la Presidencia y la Mesa y por el Letrado Mayor, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento, Estatuto de Personal y Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de su Secretaría.

Parece, cuando menos, que hubiera sido más adecuado que las competencias que se atribuye la Mesa de la Cámara para regular estas normas se hubieran fundamentado en el artículo 3 del Estatuto de Personal que le atribuye el desarrollo, interpretación e integración del Estatuto. En todo caso, a mi juicio, el que el personal del Parlamento de La Rioja hubiera optado por no presentar candidaturas a la Junta de Personal, no habilitaba a la Mesa de la Cámara para dictar normas al margen del propio Estatuto de Personal. A ello debo añadir que el propio Estatuto de Personal establece en su Disposición Adicional Cuarta qué normativa debe aplicarse supletoriamente. Por lo demás, las funciones de la Junta de Personal han sido sustituidas por un mero trámite de audiencia a los funcionarios.

II.3.4. La provisión de puestos de trabajo y la plantilla orgánica

La provisión de puestos de trabajo se inspirará en los principios de mérito, capacidad y antigüedad, correspondiendo al Letrado Mayor su propuesta previa consulta de la Junta de Personal. La provisión de puestos de trabajo se prevé para las Direcciones, Jefaturas de Servicio, de Área y demás puestos de trabajo. La propuesta del Letrado Mayor será verificada por la Mesa. Nada se dice sobre como debe ser convocada la provisión de plazas. Ahora bien, la Disposición Adicional Cuarta prevé que supletoriamente se aplicará, en tanto no contradiga al Estatuto de Personal, la legislación sobre función pública dictada por la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja; en su defecto, la vigente sobre el personal al servicio de las Cortes Generales y, en último lugar, la legislación general de funcionarios civiles del Estado. En cualquiera de las normas citadas el sistema ordinario para la provisión de dichas plazas será el de concurso.

Tampoco se dice nada en relación a si la propuesta de nombramiento del Letrado Mayor es obligatoria o facultativa. Al no decirse nada al respecto debe entenderse que la misma debe producirse con ocasión de vacante en el puesto a cubrir. El Estatuto de Personal establece en su artículo 54 que la titularidad de una plaza de funcionario no será excusa para el desempeño de otras adicionales que puedan encomendárseles de otro puesto de trabajo dentro de su jornada siempre que aquéllas y aquél se encuentren dentro de las propias de su Cuerpo o, interinamente, hasta en tanto sea cubierta la vacante.

En relación a los puestos de trabajo vacantes en el ámbito de las Cortes Generales, el artículo 36.3 dispone que el Secretario General del Congreso de los Diputados o el Letrado Mayor del Senado podrán, en caso de necesidad, proceder a cubrir los puestos vacantes en la Cámara de forma transitoria durante un plazo máximo e improrrogable de un año, con otro funcionario del Cuerpo o Cuerpos al que dicho puesto estuviese asignado. Dicho precepto resulta aplicable al Estatuto de Personal del Parlamento de La Rioja supletoriamente de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta. Ello obligaría al Letrado Mayor a proceder a la provisión del puesto vacante en el plazo máximo de un año. Estaríamos, por tanto, en presencia de una obligación impuesta al Letrado Mayor y no de una facultad de libre disposición.

En el caso del nombramiento del Letrado Mayor se prevé que será nombrado por la Mesa, a propuesta del Presidente, de entre los funcionarios del Cuerpo de Letrados. Los Directores serán nombrados de entre los Letrados. No obstante, la condición de Letrado Mayor llevará implícita la de Director de Asistencia Técnico-Parlamentaria. Los Jefes de Servicio serán nombrados entre los funcionarios pertenecientes al cuerpo Técnico, determinándose en el Reglamento de Régimen Interno y Gobierno Interior de la Secretaría la Escala a la que, dentro del mencionado Cuerpo, deben pertenecer los funcionarios titulares de las Jefaturas de Servicio. La provisión de las Jefaturas de Servicio y la determinación de la Escala dentro del Cuerpo Técnico, presenta una peculiaridad en la Administración del Parlamento de La Rioja. El artículo 12.1 del Estatuto de Personal al referirse a las funciones del Cuerpo Técnico, no diferencia entre funciones de la Escala Superior y la Escala de Grado Medio. Así, con carácter general dice: “Corresponde al Cuerpo Técnico el desempeño de las funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo, asumiendo, a tal efec-

to, la titularidad de los órganos y puestos de trabajo correspondientes”. A mi juicio, la única forma de determinar si un funcionario del Cuerpo Técnico realiza y, por tanto, asume competencias de una u otra Escala es por las funciones que debe realizar y por similitud con otras Administraciones. Ese es el criterio que debería ser determinante para adscribir a un funcionario a una u otra Escala. Ahora bien, sólo uno de los servicios de la Cámara cuenta con sus propias Normas de funcionamiento. El Servicio de Archivo, Biblioteca y Documentación es el único que cuenta con dichas Normas y en él se atribuyen funciones al Jefe de Servicio que, en el resto de Administraciones Parlamentarias, son atribuidas a Técnicos Superiores.

Por lo demás, la provisión de los Jefes de Área se efectuará entre funcionarios del Cuerpo Administrativo, lo que en la práctica conlleva que todo funcionario del Cuerpo Administrativo es, además Jefe de Área. Sin que exista norma alguna que defina que debe entenderse por Áreas y cuáles sean sus funciones dentro de los Servicios administrativos de la Cámara. Los Auxiliares de Área y las Secretarías Particulares se proveerán entre funcionarios del Cuerpo Auxiliar. Otra particularidad de esta Administración es que no existen Secretarías Particulares y por tanto, los Auxiliares que prestan sus servicios en el Registro de la Cámara asumen esa función respecto a los Letrados. El nombramiento de Ujier Mayor y Ujieres especializados encargados de planta se llevará a cabo entre los funcionarios del Cuerpo de Ujieres, aunque, hasta la fecha tampoco existe nombramiento alguno de Ujieres especializados encargados de planta.

Respecto al cese, dice el artículo 53 del Estatuto de Personal que el Letrado Mayor, los Directores, Jefes de Servicio y Área y Ujier Mayor cesarán por voluntad propia, pérdida de la condición de funcionario, pase a situación distinta a la de servicio activo, imposibilidad para el desempeño del cargo o decisión del órgano que los nombró.

El Estatuto de Personal se refiere únicamente a la plantilla orgánica de los servicios de la Cámara en un solo artículo. El artículo 55 dice que corresponde al Letrado Mayor, previo informe de la Junta de Personal, elevar a la Mesa de la Cámara, a los efectos de su aprobación, el proyecto de plantilla. Este precepto establece dos límites, uno temporal, de conformidad con el cual el proyecto de plantilla orgánica se

elevará para cada ejercicio presupuestario. El segundo límite, se refiere al contenido material. Así, la plantilla orgánica debe contener:

- a) Relación de puestos de trabajo.
- b) Adscripción al Cuerpo y Escala que corresponde.
- c) Nivel de puesto de trabajo a efectos del complemento de destino.
- d) Calificación del puesto de trabajo a efectos del complemento específico, con aclaración de la causa o causas que la motivan.
- e) Régimen de jornada a efectos del complemento de dedicación.
- f) Funciones que corresponden a cada puesto de trabajo.

Cualquier mero observador, en una lectura de la última Plantilla de personal para el ejercicio presupuestario de 2007 (Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, Serie C, núm. 201, de 6 de marzo de 2007), aprobada por Acuerdo de la Mesa de 23 de febrero de 2007, podría determinar que no se cumplen las prescripciones anteriores. Y todo ello, sin tener en cuenta que, el presupuesto para el ejercicio de 2007 se aprueba en el último trimestre de 2006 y la plantilla orgánica no se presenta y aprueba hasta iniciado el primer trimestre del año 2007.

II.3.5. De los deberes e incompatibilidades de los funcionarios

El Estatuto de Personal se refiere a los deberes e incompatibilidades de los funcionarios en el Capítulo Décimo. El régimen establecido respecto a deberes e incompatibilidades es similar al resto de las Administraciones Parlamentarias. Así, las obligaciones de los funcionarios son:

- a) Guardar acatamiento a la Constitución, Estatuto de Autonomía y resto del ordenamiento.
- b) Cumplir la jornada de trabajo.
- c) Estricto, imparcial y diligente cumplimiento de las obligaciones propias del puesto o cargo que ocupen, colaborando con sus superiores y compañeros y cooperando en la mejora de los servicios.
- d) Guardar estricta reserva respecto a los asuntos que conozcan por razón de su cargo.
- e) Tratar con la consideración debida a sus superiores y subordinados, Diputados regionales y al público.

- f) Cumplir las órdenes legalmente emanadas de sus superiores jerárquicos.
- g) Actuar con absoluta imparcialidad política en el cumplimiento de su función y abstenerse de actuación política dentro de la Cámara.

Respecto a las incompatibilidades, con carácter general, los funcionarios del Parlamento de La Rioja no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí o mediante sustitución de un segundo puesto en el sector público. A estos efectos se consideran actividades realizadas en el sector público las recogidas en el artículo 62 (las desarrolladas por los miembros electos del Parlamento Europeo, Cortes Generales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales; por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes así como, de las entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social). En todo caso, no se podrá recibir una remuneración con cargo a los presupuestos del sector público o que resulte de la aplicación de arancel, ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles. La realización de cualquier actividad profesional pública o privada con las excepciones previstas en el artículo 64 del Estatuto de Personal requiere el previo reconocimiento de la compatibilidad de la segunda actividad. Quedan exceptuadas de la necesidad de obtener el reconocimiento de la compatibilidad las actividades particulares que en el ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados; así como las correspondientes a las siguientes actividades:

- a) Administración del patrimonio personal o familiar.
- b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado que no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año.
- c) La participación en tribunales calificadoros de pruebas selectivas para el ingreso en el Parlamento de La Rioja u otros entes públicos.
- d) La participación del personal docente en tribunales para exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente corresponda en la forma establecida.
- e) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas.

- f) La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social.
- g) La colaboración o asistencia a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.
- h) La actividad tutorial en los Centros Asociados de la Universidad Nacional a Distancia.

Queda terminantemente prohibido el ejercicio de determinadas actividades para los funcionarios en servicio activo. Así, con carácter general, los funcionarios del Parlamento de La Rioja no podrán invocar o hacer valer su condición pública para el ejercicio de actividad mercantil, industrial o profesional; y además, no podrán realizar en ningún caso:

- a) Actividades privadas o de carácter profesional, en los asuntos que estén interviniendo, hayan intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón de su puesto.
- b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas Públicas o Privadas cuando la actividad esté directamente relacionada con el Parlamento de La Rioja.
- c) El desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden en Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios o con participación o aval del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.
- d) La participación superior al diez por ciento en el capital de Empresas o sociedades a las que se refiere el supuesto anterior.
- e) El ejercicio de actividades privadas lucrativas, mercantiles, profesionales o industriales, siempre que pudiera comprometer la imparcialidad o independencia del funcionario, o impedir o menoscabar el cumplimiento de sus funciones.
- f) El asesoramiento a Partidos Políticos, Grupos Parlamentarios, Sindicatos o Asociaciones Empresariales o a cualquier tipo de grupo o asociación que tenga relación directa con las funciones parlamentarias.
- g) La intervención profesional en los recursos de inconstitucionalidad contra leyes de la CA de La Rioja.
- h) La intervención profesional en recursos contencioso-electorales de cualquier clase.

- i) La intervención profesional, procesal o no, contra el Parlamento de La Rioja, salvo que se actúe en defensa de los propios intereses y derechos profesionales.
- j) El asesoramiento a personas públicas o privadas en la elaboración de proyectos de Ley o textos, normativos o no, que deban ser aprobados por el Consejo de Gobierno de La Rioja para su remisión al Parlamento o que se encuentren en trámite de discusión parlamentaria, así como la actividad de publicación sobre las materias afectadas por tales circunstancias.
- k) Las actividades privadas que requieran la presencia del interesado durante un horario superior a la mitad de la jornada normal semanal de trabajo.

Con carácter excepcional la Mesa de la Cámara podrá autorizar, por razones de notorio interés público una segunda actividad en el sector público a tiempo parcial y por duración determinada. Finalmente, quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que resulte incompatible con arreglo al Estatuto de Personal con el que estuviera desempeñando deberá optar por uno de ellos dentro del plazo de posesión y, a falta de opción en el plazo señalado, se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en el que viniere desempeñando.

II.3.6. Régimen disciplinario

El Capítulo Decimoprimerο bajo la rúbrica “Del Régimen disciplinario” dispone que sólo habrá lugar a responsabilidad administrativa por la comisión de faltas disciplinarias derivadas del incumplimiento de sus deberes y de acuerdo con el Estatuto. Las faltas pueden ser:

- a) *Leves*: Se impondrán por el Letrado Mayor de la Cámara y no darán lugar a instrucción de expediente, debiendo, en todo caso oírse al presunto infractor. La sanción podrá consistir en apercibimiento por escrito o pérdida de uno a cuatro días de remuneración y prescriben al mes.
- b) *Graves*: Se impondrán en virtud de expediente instruido al efecto, que constará de los trámites de pliego de cargos, prueba y, en su caso, propuesta de resolución, debiendo permitir al funcionario formular las alegaciones en los mismos. El acuerdo de incoación del expediente disciplinario en las faltas graves y muy graves, corresponderá en todo caso a la Mesa que designará como Instructor al

Letrado Mayor o a uno de los Letrados y un Secretario de entre los funcionarios del Parlamento. Serán sancionables con la pérdida de cinco a veinte días de remuneración o con la suspensión de funciones de hasta seis meses de duración. Prescribirán a los dos años.

c) *Muy graves*: Se consideran como faltas muy graves el incumplimiento del deber de acatamiento a la Constitución y al Estatuto de Autonomía; toda actuación en ejercicio de funciones públicas que suponga cualquier tipo de discriminación; toda acción constitutiva de delito doloso y sancionada con pena igual o superior a prisión menor; el abandono reiterado del servicio; la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales; la publicación o utilización indebida de secretos oficiales declarados así por Ley o clasificados como tales; la notoria falta de rendimiento cuando comporte inhibición en las tareas encomendadas; la violación de la neutralidad o independencia política; el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades; la obstaculización, en ejercicio de funciones del ejercicio de libertades públicas y derechos individuales; la participación en huelgas prohibidas expresamente por la Ley; el incumplimiento del deber de atender los servicios esenciales en caso de huelga; la realización, abusando de las funciones atribuidas, de actos limitativos de la libertad de expresión; y, la sanción por comisión de tres faltas graves en el período de un año. La imposición de una falta muy grave requiere la incoación del correspondiente expediente disciplinario en los mismos términos que para las faltas graves. La imposición de las sanciones corresponde a la Mesa de la Cámara. Si bien, las sanciones de suspensión de funciones y separación del servicio sólo podrán imponerse previo informe de la Junta de Personal y mediante acuerdo que reúna la mayoría absoluta de los miembros de derecho de la Mesa de la Cámara. Las faltas muy graves consistirán en la suspensión de funciones de seis meses a seis años. Las faltas muy graves consistirán en la suspensión de funciones de seis meses a seis años o la de separación de servicio, y prescribirán a los seis años.

Este Capítulo establece unas reglas generales para la imposición de las sanciones previstas:

- a) Las penas se impondrán y graduarán de acuerdo con la intencionalidad del autor, la perturbación del servicio que provoque y la reiteración o reincidencia.
- b) No podrá imponerse una sanción disciplinaria por los mismos hechos que

hubieran dado lugar a una condena penal de conformidad con el “principio de non bis in idem”. En caso de condena en sede penal de pena privativa de libertad, el funcionario quedará en situación de suspensión por todo el tiempo que dure la condena; pero si tuviese personas a su cargo, éstas tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas correspondientes al funcionario.

c) Las anotaciones en las hojas de servicios relativas a sanciones impuestas podrán cancelarse a petición del funcionario, transcurrido un período equivalente al de prescripción de la falta y cuando no se hubiere incoado nuevo expediente que dé lugar a sanción. La cancelación surte plenos efectos, incluidos los de apreciación de reincidencia.

d) Si el instructor apreciase que la presunta falta reviste caracteres de delito deberá ponerlo en conocimiento de quien hubiese ordenado la instrucción para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal y con suspensión de las actuaciones.

Por último, si el órgano competente para incoar o instruir el expediente disciplinario tuviese conocimiento de haberse iniciado un procedimiento judicial penal por los mismos hechos, decretará la suspensión de las actuaciones hasta que recaiga sentencia judicial. Si ésta no impusiese pena, la autoridad ordenará el archivo de las actuaciones.

II.4. LAS RECLAMACIONES Y RECURSOS EN MATERIA DE PERSONAL

El Estatuto de Personal dedica un único artículo a las reclamaciones y recursos en materia de personal. El artículo 81 sólo determina qué resoluciones son recurribles y ante quien debe interponerse el recurso y el plazo para su interposición. De conformidad con el modelo diseñado en el Estatuto de Personal las resoluciones, en materia de personal serán recurribles:

- a) Las dictadas por el Letrado Mayor, ante la Mesa de la Cámara.
- b) Las dictadas por la Mesa de la Cámara ante el mismo órgano.

El recurso se interpondrá en el plazo de un mes y se entenderá tácitamente desestimado por el transcurso del mismo tiempo. Contra los acuerdos de la Mesa de la Cámara que resuelvan reclamaciones en materia de personal, cabrá recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de La

Rioja, que deberá interponerse en el plazo de dos meses desde su notificación. Asimismo, se aplicará en esta materia, con carácter supletorio, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

II.5. LA NORMATIVA SUPLETORIA

El Parlamento de La Rioja establece en esta materia un sistema peculiar. El Estatuto de Personal al servicio de la Diputación General de La Rioja (hoy Parlamento de La Rioja), en su Disposición Adicional Cuarta dice: “La normativa contenida en el presente Estatuto es de aplicación preferente a cualquier otra. Supletoriamente, en tanto no la contradiga, será aplicable la legislación que, sobre función pública, sea dictada en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en su defecto, la vigente sobre personal al servicio de las Cortes Generales y, en último lugar, la legislación general de funcionarios civiles del Estado”. Se trata de una disposición que no sólo se refiere a la aplicación supletoria de otra normativa, sino que establece un sistema de prelación en lo que se refiere a dicha aplicación supletoria y de normas muy distintas. Pero, además, supone la aplicación de una normativa correspondiente a muy diferentes ámbitos: el autonómico, el correspondiente a las Cortes Generales, y el estatal. Ello puede conllevar en la práctica, y en lo que no contradiga a dicho Estatuto, que al personal de la Administración parlamentaria riojana le resulte aplicable una normativa distinta según el caso que se trate.

Un sistema parecido establece el Estatuto de Personal de las Cortes de Castilla-La Mancha, cuya Disposición Adicional Segunda dice: “La normativa contenida en el presente Estatuto es de aplicación preferente a cualquier otra; supletoriamente, en tanto no la contradiga, se aplicará la legislación sobre Función Pública de Castilla-La Mancha y, en su defecto, la legislación general del Estado, correspondiendo a la Mesa de las Cortes su desarrollo normativo”. Por último, en el caso de la Asamblea Regional de Murcia se prevé, en la Disposición Adicional Cuarta¹, la adaptación de las normas supletorias a aplicar a las particularidades de la Administración parlamentaria.

¹ El Estatuto de Régimen Interior y del Personal de la Asamblea Regional de Murcia, en su Disposición Adicional Cuarta dice: “Para lo no regulado de forma expresa por la presente normativa estatutaria, se aplicarán supletoriamente y con las convenientes adaptaciones a las particularidades de la administración parlamentaria, en lo que atañe al personal de la Asamblea Regional, las prescripciones de la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia, así como las disposiciones que la desarrollen, y, en su defecto, la legislación estatal vigente en esta materia”.

III LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA Y SEGUNDA DEL ESTATUTO DE PERSONAL

La Disposición Transitoria Primera determina la integración de los funcionarios de carrera de la extinguida Diputación Provincial. Estos funcionarios de carrera ya quedaron adscritos, mediante distintos Acuerdos del Consejo de Gobierno, a la Diputación General de La Rioja y, por tanto, ya tenían la consideración de funcionarios. Por esta razón, es incomprensible que esta norma haga referencia a una situación que ya fue abordada en el pasado. Prueba de ello son las Normas de régimen y de gobierno interior de la Diputación General de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*Boletín Oficial de la Diputación General de La Rioja*, núm. 9, de 11 de abril de 1983). Es necesario transcribir literalmente la norma duodécima, para darse cuenta de la trascendencia de dicha Disposición Transitoria Primera. Dice la norma duodécima, bajo la rúbrica “Del personal procedente de la extinguida Diputación Provincial”: “Los funcionarios de carrera procedentes de la extinguida Diputación Provincial, adscritos o incorporados al servicio de la Diputación General por decisión de la Mesa en virtud de las facultades que le concede el artículo 22 del Reglamento Provisional de la Cámara –y, con anterioridad, el 3 del Reglamento del Congreso de los Diputados, por aplicación supletoria-, quedarán definitivamente incorporados a la plantilla de la Diputación General, a plazas de análoga categoría o a las que —dentro de esa categoría—, a juicio de la Mesa, correspondan a sus aptitudes o, en su caso, a las pruebas realizadas.

Dicho personal mantendrá los derechos que, hasta su adscripción o incorporación, les correspondían como funcionarios de carrera de la extinta Diputación Provincial (disposiciones transitorias novena del Estatuto de Autonomía de La Rioja y sexta del Reglamento Provisional)”.

Queda claro que el proceso de adscripción a la Diputación General de La Rioja, hoy Parlamento de La Rioja ya se había producido para los funcionarios de carrera y, por tanto, ya habían adquirido la condición de funcionarios de la Diputación General de La Rioja. Por ello, no puede entenderse que la Disposición Transitoria Primera haga mención a una situación ya resuelta por la propia Institución Parlamentaria en las Normas de régimen y de gobierno interior de la Diputación General de La Rioja. El

propio precepto aparece plagado de incoherencias y errores. Así, se hace mención a funcionarios de carrera, cuando no todo el personal que fue adscrito a la Diputación General de La Rioja tenía esa condición. Entre el personal que se adscribió por Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 1 de octubre de 1982, consta que se adscribió un auxiliar contratado. Pero, además, en la Disposición Transitoria Primera se dice literalmente que dichos funcionarios de carrera, adquirirán la condición de funcionarios de la Diputación General de La Rioja. Este precepto deja sin resolver qué ocurría con el personal adscrito y que no tenía la condición de funcionario de carrera de la extinguida Diputación Provincial. Tampoco justifica la aplicación de un régimen excepcional a una serie de funcionarios y no al resto que ya prestaban sus servicios en la institución como funcionarios por oposición libre convocada al efecto, algunos desde el año 1983.

Este régimen excepcional y, a mi juicio, contrario a Derecho dispone unos privilegios para un determinado grupo de funcionarios con nombres y apellidos. Así, mientras que a los Letrados que prestaban sus servicios en la Diputación General de La Rioja se les exigía para ocupar plaza de Letrados reunir el requisito de titulación de Licenciado en Derecho, a los administrativos y auxiliares no sólo no se les exigió ninguna titulación, sino que fueron promovidos a los Cuerpos Técnico, Escala de Grado Medio y Administrativo, de conformidad con la Disposición Adicional Segunda (apartados 3 y 4)². En el caso del ascenso de los administrativos al Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio se exigió que fueran funcionarios de carrera y que ocuparan plaza de Jefe de Negociado al servicio de la Cámara. Mientras que en el caso del ascenso de los auxiliares al Cuerpo Administrativo no se exigió la condición de funcionario de carrera dado que, la Diputación General de La Rioja, contaba entre su personal con un auxiliar contratado al que también se quiso beneficiar de este régimen excepcional.

² La Disposición Transitoria Segunda (apartados 3 y 4) dice:

“3. Quedarán integrados en el Cuerpo Técnico, Escala de Grado Medio, de la Diputación General de La Rioja, aquellos funcionarios de carrera que, a la entrada en vigor del presente Estatuto, ocupen plaza de Jefe de Negociado al servicio de la Cámara, siempre que reúnan el requisito de titulación exigido en el mismo o, en su caso, acrediten haber prestado, al menos, quince años de servicios efectivos a cualesquiera Administraciones públicas, órganos constitucionales o estatutarios.

4. Quedarán integrados en el Cuerpo Administrativo de la Diputación General, aquellos funcionarios que, a la entrada en vigor del presente Estatuto, ocupen plaza de Jefe de Grupo al servicio de la Cámara, siempre que reúnan el requisito de titulación exigido en el mismo o, en su caso, acrediten haber prestado, al menos, cinco años de servicios efectivos a cualesquiera Administraciones públicas, órganos constitucionales o estatutarios”.

La situación creada por dichas Disposiciones Transitorias ha propiciado la fosilización de la Administración parlamentaria, la renuncia a servicios técnicos especializados y a contar con un personal adecuado que pueda cumplir con sus funciones de acuerdo con su formación. El Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 31/2006, de 1 de febrero, se ha pronunciado frente al personal que accede a la condición de funcionario de carrera, aun sin titulación específica, vulnerando la normativa básica del Estado en materia de función pública. En el fundamento jurídico quinto, párrafo segundo dice el Alto Tribunal: “Es obligado reseñar, sin embargo, que ya hemos señalado en ocasiones anteriores que la posibilidad de que puedan integrarse en un determinado cuerpo funcionarios que carecen de la titulación exigida para el mismo «está en franca y patente contradicción con dos normas básicas estatales (arts. 22.1 y 25 de la Ley de medidas ya mencionada), cuya calificación como tales se hace en el pórtico de la misma (art. 1). No es ya que *in claris non fit interpretatio*, sino que la mera yuxtaposición de textos muestra su incompatibilidad. En efecto, el sistema general parte de dos principios rectores al respecto, uno la consideración de los títulos académicos como criterio taxonómico para clasificar los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios (art. 25 de la Ley básica) y otro que la exigencia de la promoción interna del personal se haga respetando esos títulos (art. 22.1)» (STC 388/1993, de 23 de diciembre, F. 2.)”.

IV CONCLUSIÓN

La Administración Parlamentaria nace ante la necesidad que tienen los Parlamentos de contar con un conjunto de medios personales y materiales necesarios para el cumplimiento de las funciones que están llamados a desempeñar. Es sin duda el principio de autonomía parlamentaria el que dota a los Parlamentos de independencia a la hora de determinar con qué tipos de servicios técnicos y jurídicos quiere dotarse. Ahora bien, cuando la Administración parlamentaria se niega la posibilidad de dotarse de personal cualificado por las rémoras del pasado, dotándose de un Estatuto de Personal que no responde a una realidad cambiante; en la que la capacidad y el mérito deben ser principios irrenunciables, la Administración está condenada a la fosilización y a la perpetuación de privilegios que poco tienen que ver con la sociedad a la que sirven. La autonomía parlamentaria se transforma así en una suerte de bastión

ajeno al Derecho. La Administración Parlamentaria debe dotarse de normas que garanticen los principios de transparencia, eficacia, eficiencia y economía. Que permitan contar con un personal cualificado, seleccionado conforme a los principios de mérito y capacidad. Si en un sistema democrático cualquier ciudadano tiene reconocido el derecho a acceder a las funciones de representación, no puede negar la Administración Parlamentaria ese derecho a través de un personal no cualificado, renunciando a los servicios técnicos y anclado en normas del pasado. Los representantes de los ciudadanos ven limitadas sus tareas parlamentarias cuando no cuentan con personal especializado que les asesore técnica y jurídicamente.

María Vicenta García Soriano
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA. ESTUDI GENERAL

LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (de Enrique Belda Pérez-Pedrero, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003)

Cuando se escoge una obra para realizar una reseña puede deberse a distintos motivos, los más frecuentes: su reciente aparición y su calidad y, a ser posible, que aúne ambas características. El libro que nos ocupa se publicó por el Congreso de los Diputados en el 2003 por lo que no puede decirse del mismo que acaba de ver la luz, pero sí que es de una notable calidad, por ello, tras haberlo leído con detenimiento considero que no puede dejarse pasar por alto su publicación y, a dar noticia del mismo, dedicaré las próximas líneas, pues, la literatura existente sobre el tema escogido, la presidencia del Congreso, no se caracteriza, precisamente, por su vastedad. Amén de algunos artículos que abordan la figura del Presidente de las Cámaras, son pocas las monografías escritas al respecto. Un clásico es desde que, en el año 1987 apareciese, la monografía *Los órganos de gobierno de las Cámaras legislativas: Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el derecho parlamentario español*, del profesor Torres Muro y precisamente también en el año 2003, las Cortes Valencianas publicaron mi libro, *La Presidencia de las Asambleas Legislativas. Un estudio comparado*. Es, por consiguiente, la obra del profesor Belda un libro que, sin lugar a dudas, puede calificarse como necesario.

Esta monografía, que tiene como finalidad abordar el cargo constitucional y que pretende un análisis en el que prime lo que en la actualidad aporta dicha presidencia al funcionamiento de las instituciones así como las tendencias que puedan caracterizar al cargo en el futuro, está organizada en seis capítulos, cinco de los cuales se dedican íntegramente al Presidente del Congreso y, el último, a la traslación del estatuto de la presidencia a los demás presidentes de Asambleas territoriales de España. Se cierra con unas conclusiones y con varios apéndices.

En el primer capítulo, rotulado “Introducción y fuentes de estudio”, el profesor Belda inicia el análisis del estatuto jurídico de la presidencia del Congreso de los Diputados a partir de cuatro tipos de fuentes: las de carácter normativo-positivo (la Constitución, el Reglamento del Congreso de los Diputados y otras fuentes como las resoluciones de la presidencia); las de identidad consuetudinaria, la jurisprudencia y, por último, la doctrina científica que ha teorizado sobre el comportamiento, alcance y significación de este órgano en el conjunto del sistema político. Al respecto señala que, si bien la presidencia es una pieza esencial en el funcionamiento del Congreso desde todos los puntos de vista, representativo, normativo, directivo o garantista, el Reglamento del Congreso no lo refleja por cuanto este órgano unipersonal carece de un capítulo específico como sí que les dedica a la Mesa, Junta de Portavoces, etc., y, lo que resulta más incomprensible, la inexistencia de conceptos definitorios de los rasgos esenciales del cargo o de una más correcta delimitación de su estatuto y responsabilidad.

En el capítulo segundo, bajo la rúbrica “Perfil de la institución política y referencia histórica” se estudia la presidencia española dentro de las tipologías doctrinales más extendidas y las características propias de este órgano en la Constitución de 1978. Destacamos el ingente esfuerzo realizado por el autor para que, de forma clara, el lector pueda disponer de toda la información relativa a las distintas clasificaciones de las presidencias parlamentarias, organizándolas en relación con distintos parámetros que han sido aplicados al efecto: presidencias fuertes-débiles, presidentes líderes o árbitros, presidencias politizadas o despolitizadas, etc. En el caso de la presidencia del Congreso, se nos dice que el funcionamiento de la Cámara demanda la continua permanencia de la voluntad de las fracciones a través de representantes que transmitan su sensibilidad en los diversos actos de organización de los trabajos parlamentarios y en el funcionamiento de la sede, por ello el Presidente es representante de la Cámara, ejerce sus funciones propias junto con otras que necesitan, dependiendo de cuáles sean, el auxilio, participación o visto bueno del Pleno, la Mesa o la Junta de Portavoces. La nota distintiva de la presidencia es que ésta huye de un control externo porque está al frente de estos otros órganos.

El capítulo tercero, lo dedica al acceso al cargo de Presidente, porque el autor considera que los análisis referentes a los cargos públicos representativos han de comen-

zar necesariamente por el estudio de la forma de acceso a la función que cada uno ha de ejercer. Con carácter preliminar subraya que la presidencia recae sobre un cargo público representativo que desempeñará dos tareas públicas de base constitucional dotada, cada una de ellas, de su correspondiente estatuto, y cuyos contenidos serán convergentes en algunas fases. El primer requisito para optar a la presidencia es ostentar la condición de Diputado electo y, aunque el Reglamento del Congreso omite un procedimiento de presentación de candidaturas, sí que establece otras exigencias para obtener el puesto, así como unas mayorías determinadas. Resulta interesante, en este capítulo, leer una de las diversas propuestas de *lege ferenda* que nos brinda el profesor Belda a lo largo de toda la obra. A saber: en una próxima reforma del Reglamento sería preciso considerar la necesidad de carácter previo de la prestación de acatamiento (y formalización de declaraciones) para el perfeccionamiento del cargo, pues, considera ilógico que el Diputado que se presenta a Presidente no haya adquirido la condición plena de miembro del Congreso.

En relación con las funciones de la presidencia, en el capítulo cuarto, resulta muy de agradecer que el autor nos aporte una clasificación propia a partir de un patrón que toma en consideración la esencia de la mayoría de clasificaciones propuestas hasta el momento y que se cimienta, fundamentalmente, en la agrupación de los actos presidenciales por sus efectos: lo que él denomina actos de relevancia interna y actos de relevancia externa. Así, entre las facultades presidenciales pertenecientes al segundo grupo se encuentran la intervención de este órgano en la investidura y el nombramiento del Presidente del Gobierno (en la que, en opinión del autor, que sólo compartimos matizadamente, el Presidente tiene escaso protagonismo pero más que el Monarca y su papel se circunscribiría a garantizar el perfecto ensamblaje entre la propuesta del Rey y la realidad numérica de la Cámara), el refrendo del acto regio de disolución especial de las Cámaras, la mediación ante peticiones informativas de la Cámara al Gobierno, o la garantía de diputados "ad extra". Por lo que respecta a las facultades de la presidencia de relevancia interna se mencionan la presidencia de la Diputación Permanente, los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de la Cámara o la de dirección de debates y actividades conexas, (dentro de las cuales se engloban un conjunto de atribuciones que el autor detalla pormenorizadamente dando muestra, una vez más, del alto grado de conocimiento del funcionamiento de la institución), las facultades encaminadas a hacer cumplir el Reglamento, las de interpreta-

ción y las de suplencia, deteniéndose especialmente en el análisis de las resoluciones presidenciales. En este punto, el profesor Belda deja clara cual es su posición respecto a la valoración de esta facultad y sostiene que ha de discreparse de las opiniones que atribuyan a las resoluciones de la presidencia el objetivo de garantizar derechos de las minorías como finalidad primordial. Aborda, asimismo, las actuaciones de la presidencia derivadas de sus facultades de administración y policía.

El último de los capítulos, que se dedica íntegramente a la presidencia del Congreso, se centra en el análisis su estatuto, en concreto, en los aspectos referidos a la naturaleza de su cargo, condiciones de ejercicio y cese. Considero de especial interés, en este capítulo, tanto la exposición de los aspectos en que la condición de Presidente de la Cámara Baja influye negativamente (en algunos casos, también señalados, lo hace de manera positiva confiriéndole ciertas ventajas) en la actividad representativa del Diputado fruto de tanto de la constatación de lo que ocurre en la práctica como de una concienzuda reflexión sobre la relación representativa, cuanto los epígrafes dedicados al cese en las funciones de la presidencia y la valoración sobre la posibilidad de llevar a cabo la remoción presidencial.

Como hemos señalado, el capítulo sexto se refiere a otras presidencias de Asambleas representativas, en concreto al Senado y a la Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Se trata de un capítulo, tal vez, demasiado breve si comparamos con los anteriores si bien es cierto que, lo único que el autor pretende, es señalar la posibilidad de hablar de un solo tipo de presidente de asamblea parlamentaria en España y del alto grado de “simpatía” que mantienen las distintas regulaciones. A ello le siguen unas “Conclusiones” en las que, en aras de una mayor claridad, se pueden encontrar agrupadas todas aquellas conclusiones parciales que se han ido extrayendo a lo largo del trabajo.

Por mi parte, para finalizar, quisiera destacar un mérito más de esta obra y es que en la misma el lector interesado por la materia puede encontrar un estudio de la Presidencia del Congreso por alguien que no la aborda sólo desde el punto de vista teórico sino que ha vivido, desde su condición de Diputado del Congreso, el funcionamiento cotidiano de la institución por todo lo cual el libro constituye, sin duda, una importante aportación al estudio del derecho parlamentario.

