

Estudios de Deusto

Vol. 61/2 Julio-Diciembre 2013

Sumario

Monográfico: La crisis económica y su impacto en el ordenamiento constitucional

Presentación

Emanuele Rossi,
Patricia Rodríguez-Patrón

The Impact of the Financial Crisis on the Constitutional Form of Government and Democracy. Some Lessons from Italy

Andrea Simoncini

El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica

Luis E. Delgado del Rincón

Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos

Asunción de la Iglesia Chamorro

Derechos fundamentales en tiempos de escasez. A propósito de la Sentencia del TSJ de Galicia 293/2013, de 12 de abril

Pablo Nuevo López

La división provincial española: antecedentes, evolución y estado actual

Marc Tarrés Vives

Estudios

Unión Europea: hacia una Política Exterior y de Seguridad verdaderamente común

Joaquín Bordonado Fortuny

La reforma constitucional y la nueva gobernanza económica de la Unión Europea

Josu De Miguel Bárcena

El requisito de la especial trascendencia constitucional: "decidir no decidir"

Yessica Esquivel Alonso

Gestión forestal, necesidad naval y conflictividad jurídico-institucional: la Monarquía Hispánica y las instituciones vascas en la Edad Moderna

Alfredo José Martínez González

La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios

Aranzazu Pérez Moriones

Efectos causados por un legislador compulsivo en el principio constitucional de seguridad jurídica. El ejemplo de las amplificadas tasas judiciales

Eduardo Sánchez Álvarez

Aspectos de la indemnidad en la Constitución española de 1978

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notas

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIAL-NET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

Fundada en 1904
Segunda época. Vol. 61/2
Desde su fundación vol. 91
(Fasc. 131)
Julio-Diciembre 2013

Bilbao
Universidad de Deusto
2013

Director:

Ignacio M^a Beobide Ezpeleta (Universidad de Deusto)

Secretario:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Consejo de Redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg); Iciar Basterretxea Moreno (Universidad de Deusto); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra); Lela P. Love (Cardozo Law School); Giuseppe Martinico (CEPC); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University); Demetrio Velasco Criado (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège)

Consejo Asesor:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto); Vito Breda (Cardiff Law School); José Ramón Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto); Ken Fox (Hamline University); Inmaculada Herbosa (Universidad de Deusto); Miodrag Jovanovic (Universidad de Belgrado); Francisco Marcos (IE Law School); Hassan Qaqaya (UNCTAD); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe University); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto); Martín Oudin (Université François Rabelais-Tours); Carlos Romero Rey (Tribunal Supremo); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa..... 45 €

Número suelto..... 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - E48080 Bilbao

Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

Sumario

Monográfico: La crisis económica y su impacto en el ordenamiento constitucional

Emanuele ROSSI, Patricia RODRÍGUEZ-PATRÓN, <i>Presentación</i>	13
Andrea SIMONCINI, <i>The Impact of the Financial Crisis on the Constitutional Form of Government and Democracy. Some Lessons from Italy</i>	15
Luis E. DELGADO DEL RINCÓN, <i>El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica</i>	43
Asunción DE LA IGLESIA CHAMARRO, <i>Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos</i>	69
Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Derechos fundamentales en tiempos de escasez. A propósito de la Sentencia del TSJ de Galicia 293/2013, de 12 de abril</i>	81
Marc TARRÉS VIVES, <i>La división provincial española: antecedentes, evolución y estado actual</i>	87

Estudios

Joaquín BORDONADO FORTUNY, <i>Unión Europea: hacia una política exterior y de seguridad verdaderamente común</i>	103
Josu DE MIGUEL BÁRCENA, <i>La reforma constitucional y la nueva gobernanza económica de la Unión Europea</i>	135
Yessica ESQUIVEL ALONSO, <i>El requisito de la especial trascendencia constitucional: «decidir no decidir»</i>	173
Alfredo José MARTÍNEZ GONZÁLEZ, <i>Gestión forestal, necesidad naval y conflictividad jurídico-institucional: la Monarquía Hispánica y las instituciones vascas durante los austrias</i>	201
Aranzazu PÉREZ MORIONES, <i>La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios</i>	261
Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ, <i>Efectos causados por un legislador compulsivo en el principio constitucional de seguridad jurídica. El ejemplo de las amplificadas tasas judiciales</i>	297
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Aspectos de la indemnidad en la Constitución española de 1978</i>	327

Notas

- Abdelhamid ADNANE, *El «estado de suspensión fáctica» del Estado social autonómico* 369
- Jorge PÉREZ ALONSO, *Auge y ocaso del constitucionalismo gaditano* 385

Recensiones

- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus Democracia representativa*, por Roberto Rosino Calle 397
- Arturo CALVO ESPIGA y María A. PEÑIN GONZÁLEZ, *Constitucionalismo y protección penal del matrimonio*, por David Berrocal Rengel 401
- Carlos Javier MOREIRO GONZÁLEZ, *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*, por María Pilar Canedo Arrillaga 405

Table of Contents

Special Issue: The economic crisis and its impact within the Constitutional Legal Order

Emanuele ROSSI, Patricia RODRÍGUEZ-PATRÓN, <i>Presentation</i>	13
Andrea SIMONCINI, <i>The Impact of the Financial Crisis on the Constitutional Form of Government and Democracy. Some Lessons from Italy</i>	15
Luis E. DELGADO DEL RINCÓN, <i>The Welfare State and the fragility of the social rights in times of economic crisis</i>	43
Asunción DE LA IGLESIA CHAMARRO, <i>Economic crisis and strengthening of the regulatory powers of the Executive</i>	69
Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Fundamental rights in times of shortages. Some considerations dealing with the Judgment 293/2013, 12 April (TJS Galicia)</i>	81
MARC TARRÉS VIVES, <i>Spanish provincial division: History, Evolution and Current status</i>	87

Studies

Joaquín BORDONADO FORTUNY, <i>European Union: To a really common Foreign and Security Policy</i>	103
JOSU DE MIGUEL BÁRCENA, <i>Constitutional reform and the new Economic Governance of the European Union</i>	135
Yessica ESQUIVEL ALONSO, <i>The requirement of the special Constitutional significance: «decide not to decide»</i>	173
Alfredo José MARTÍNEZ GONZÁLEZ, <i>Forest management, naval need and legal-institutional conflict: the Hispanic monarchy and the Basque institutions during the Habsburgs</i>	201
Aranzazu PÉREZ MORIONES, <i>The needed review of the effectiveness of parasocial omnilateral shareholder agreements</i>	261
Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ, <i>Effects caused by a compulsive legislator in the juridical safety. The example of the amplified judicial taxes</i>	297
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Aspects of indemnity in the Spanish Constitution of 1978</i>	327

Notes

- Abdelhamid ADNANE, *The «State of factual suspension» of the welfare autonomic state* 369
- Jorge PÉREZ ALONSO, *Rise and fall of the constitutionalism of Cádiz* 385

Book reviews

- Ignacio Álvarez Rodríguez, *Democracia equilibrada versus Democracia representativa*, by Roberto Rosino Calle 397
- Arturo Calvo Espiga y María A. Peñín González, *Constitucionalismo y protección penal del matrimonio*, by David Berrocal Rengel 401
- Carlos Javier Moreiro González, *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*, by María Pilar Canedo Arrillaga 405

MONOGRÁFICO:
LA CRISIS ECONÓMICA
Y SU IMPACTO EN
EL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL

(Coord. por Emanuele Rossi y
Patricia Rodríguez-Patrón)

Presentación

Bajo la coordinación de

Emanuele Rossi

Universidad de Pisa

y

Patricia Rodríguez-Patrón

Universidad Autónoma de Madrid

El 22 de marzo del presente año tuvo lugar el VII Encuentro hispano italiano de constitucionalistas, bajo el título «La crisis económica y su impacto en el ordenamiento constitucional». El lugar de celebración fue, en esta ocasión, el Aula Magna Histórica de la *Scuola Superiore Sant'Anna*, de la Universidad de Pisa.

Las ponencias en torno a las cuales se desarrolló el debate en dicho Encuentro se distribuyeron en dos sesiones. La primera de ellas se inició con la exposición del profesor Luis E. Delgado del Rincón acerca los derechos sociales en tiempos de crisis, siendo comentada posteriormente por la profesora Elisabetta Catelani, desde la perspectiva italiana. La segunda sesión corrió a cargo del profesor Andrea Simoncini, quien ofreció una aproximación italiana al impacto de la crisis financiera sobre la forma de gobierno constitucional y la democracia. El comentario a sus reflexiones correspondió a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón, que se refirió, en clave exclusivamente española, a la incidencia de la crisis en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Traemos a esta sección monográfica parte de los frutos cosechados en el Encuentro, acogiendo el ofrecimiento que nos ha brindado la Revista *Estudios de Deusto* y –muy especialmente– su secretario, Luis Gordillo, a quien debemos agradecer una vez más su generosidad. En concreto, constituyen este volumen las ponencias de los profesores Andrea Simoncini y Luis E. Delgado del Rincón, así como los textos de algunas intervenciones que tuvieron lugar durante la reunión académica. Esperamos que las reflexiones aportadas por los autores resulten tan interesantes para el lector de esta revista como lo fueron en su momento para los participantes en el seminario.

The Impact of the Financial Crisis on the Constitutional Form of Government and Democracy. Some Lessons from Italy

Andrea Simoncini
Professore Ordinario
Universidad de Florencia

SUMMARY: Introduction.—1. The theories.—2. My view.—3. The decline of contemporary European constitutionalism: «return to the Statuto»?—4. Impact on parliamentary forms of government. 4.1. Flexibilisation of the system of legal sources. 4.2. Flexibilisation of the regulation of economic policy. 4.3. Flexibilisation of the role of the President of the Republic.—5. Effects on regionalism. 5.1. Flexibilisation of the constitutional division of powers between central state and regions.—6. The economic crisis and democracy. 6.1. Loss of trust in democratic institutions.

INTRODUCTION

1. THE THEORIES

Many of the theories on the current conditions of national constitutional states and of the European Union may be summarized thus: *the present economic crisis is clearly impairing the soundness of the guarantees and limits provided by constitutional law (at both national and European levels).*

More specifically, the efforts to remedy the devastating effects of the crisis led to the adoption of measures, and the creation of institutions (at both national and European levels) which –in concrete terms– did not fall within the scope of constitutional legitimacy, or at least raised serious doubts on the «principle of constitutional rigidity»¹. As a consequence, today national and European institutions are in fact governed by «rules» or subjected to «authorities» that are different from, or external to, the very constitutional system that established them.

This analysis usually yields two possible scenarios.

The first may be defined the «resilience of constitutional structures». In this case, once the «*extra ordinem*» stage has ended, the powers return within «*ordinem*». The priority is to focus on solving the crisis by addressing its

¹ F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Naples, Jovene, 2012, *passim*.

economic-financial causes, seeking to curtail its duration and therefore its distorting effects, rather than on issues of constitutionality.

The second is the scenario of «irreversible deformation»: the damage done by the *extra ordinem* phase is irreversible and thus tends to produce stable results.

In this case, the priority is to focus on legal-institutional aspects and to establish «counter-measures» to avert the disappearance of both constitutional rigidity and constitutional values.

A sort of «third position», encompassing elements of both scenarios discussed above, was recently proposed: a «*ius-stitium*» (Agamben², Cartabia), the creation of a «temporary constitutional law», a constitutional amendment that establishes a different regime in times of crisis. Guarantees are therefore not entirely forgone, but those which are not essential are attenuated; thus, the emergency phase which, in the first and second cases above, would simply «*non habet legem*», is governed at least to some extent.

2. MY VIEW

The following observations presume a different starting point.

Indeed, I believe that the current economic crisis *is not the cause* of the damage suffered by constitutional systems.

I believe that the causes of these transformations or deformations pre-date the 2008 economic crisis, and are due to reasons that are much deeper and more structural than the urgent need to establish *extra-ordinem* measures and institutions to fight the financial crisis, which by now has also heavily affected sovereign debts.

In my opinion, if the crisis has had a role, it was that of «accelerating» this structural decline or of «triggering» latent tensions. It acted upon the *magnitude* of phenomena, therefore, but not on their quality.

However, the crisis did «add» a specific contribution in one respect. It introduced a new factor into the complex evolution of contemporary (national and European) constitutional systems: the *crisis of the overall legitimacy* of public institutions, of their *reliability*. I will come to this later.

A non-secondary consequence of my theory is that, while making every effort to resolve the financial crisis is clearly necessary and unavoidable, the path to be taken is neither that of *resilience* nor that of *irreversible deformation*. Rather, efforts must be focused on the deep and structural causes of constitutional law's current crisis, to avoid that the corrections –formulated on the basis of the emergency– wreak worse damage than the actual evils.

² G. AGAMBEN, *State of Exception*, trans, Chicago, Chicago Univ Press, 2005, *passim*.

3. THE DECLINE OF CONTEMPORARY EUROPEAN CONSTITUTIONALISM: «RETURN TO THE STATUTO»?

If we wish to strike at the real core of the crisis of contemporary constitutionalism, in my view the phenomenon that we are witnessing may be defined as a progressive *flexibilisation* of existing constitutions.

I will not use the term «deconstitutionalisation» (although it may perhaps be more appropriate), because in many cases there is no express or implied repeal. Constitutional texts remain in force – indeed, they proliferate; and what disappears is the «normative added value» that characterizes constitutions, or at least contemporary «rigid» constitutions.

To reprise an expression from Italian history, it may be said that we are witnessing a sort of «return to the *Statuto*»³, i.e. the loss of the distinctive trait of post-totalitarian, post-WWII constitutions as against liberal constitutionalism: their superiority to the law and to the acts undertaken by public powers.

Post-totalitarian constitutionalism is based on the notion that there is a superior law (a higher law) to ordinary laws and administrative acts⁴. Therefore, liberal rule of law was not only enriched with an additional hierarchical rank, but rather with a new *dimension*, different and superior to legality: *constitutionality*. All public powers, including the Parliament, must observe this insurmountable «measure».

I believe that these qualities, that have characterized post-WWII national constitutions over recent decades, have been showing increasing signs of failure; there has been a growing *adjustability* of constitutional norms as against other (not necessarily only public) sources of law.

This process has multiple causes, which are not always of equal significance. In any case, all predated the 2008 financial crisis and are therefore logically independent of it. As I have already mentioned, in many cases the crisis was an «amplifier», a «trigger», but since a scientific consideration of the matter should strive to identify the root and incidental causes of a given phenomenon –and seek to distinguish between the two– I will discuss at least some of the structural causes.

First, I will describe some of the effects of the «flexibilisation» of our constitutions, focusing on two areas which are used to identify the content of constitutions: the *form of government* and the *form of state*.

³ This expression is taken from the title («*Torniamo allo Statuto*») of an article published by Sidney Sonnino, a Deputy of Parliament of the Destra Storica party, on 1 January 1897 in the publication entitled *Nuova Antologia*. In that article, he expressed the hope of returning to observe the Statuto, the first constitution of the Italian Kingdom issued in 1848 and which, unlike the current republican Constitution of 1948, is *flexible*, i.e. is freely amendable by ordinary legislation.

⁴ Whether, on a Kelsenian perspective, this law is deemed superior in legal terms as *Grundnorm* within a hierarchical legal system, or whether in Schmittian terms it is considered a political act of supreme decision on the unity of the State, or, finally, whether it is considered the «supreme law of the land», as per the North American legal tradition.

My analysis will not explicitly extend to the other typical area of constitutional law, i.e. the protection of fundamental rights. This issue would require a different analysis. However, it may be recalled that the protection of fundamental rights depends not only on the Charters which expressly enshrine them, but also on the constitutional limitation of public powers; in this sense, the following observations will also be relevant to rights.

4. IMPACT ON PARLIAMENTARY FORMS OF GOVERNMENT

4.1. Flexibilisation of the system of legal sources

What constitutionalists mean by *form of government* is surely, by definition, the least rigid part of a constitution. In relation to the core of this notion, i.e. the relationship between Parliament and Government, jurists concur that the Italian «founding fathers» only established a very concise and essential statement of some fundamental «boundaries», leaving ample space to conventions, customs and constitutional practice⁵.

However, one aspect of the form of government that has always been well-defined in the Constitution is the «system of legal sources», i.e. the regulation of the «form» of parliamentary laws, of legislative initiative and of the procedure for approving legislation, of all other primary legal sources within the system (the principle of the «limited number» of primary sources) and, finally, of the Government's power to issue primary and secondary legislation. Legal scholarship has always supported this observation with the conviction that studying the system of legal sources is one of the few indicators that can shed light on the actual evolution of a country's form of government, especially for those having parliamentary systems⁶.

As may be known, these «norms on norm-making» are the only part that Hans Kelsen deemed worthy of being called a real «constitution», as they concern the procedures and conditions for a legislative act to be *valid* and thus *existent*, in Kelsenian terms.

Therefore, especially if a temporal perspective on this part of our constitution is adopted, I believe it possible to state that much regulation on the system of primary legal sources may now be considered «deconstitutionalised».

The two clearest examples of this are the decree-law and the legislative decree; both of these legislative powers of the Government have in practice evolved well beyond the schemes establishing them (in Articles 76 and 77 of the Constitution).

⁵ L. ELIA, *Governo (forme di)*, XIX, Milan, Giuffrè, 1970, pp. 634 et seq.

⁶ For an account of the influence of the Constitutional Court on the form of government by means of its case-law on sources, see A. Simoncini, *Corte e concezione della forma di Governo*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica* a cura di V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO, Turin, Giappichelli, 2005, pp. 239 et seq.

In practice, since 2008, this deviation has not undergone any particular qualitative evolution.

	XIII (from 9/5/1996 to 29/5/2001)		XIV (from 30/5/2001 to 27/4/2006)		XV (from 28/4/2006 to 28/4/2008)		XVI (from 29/4/2008 to 13/03/2013)	
	Total	Monthly average	Total	Monthly average	Total	Monthly average	Total	Monthly average
Laws	906	14.93	686	11.64	112	4.66	384	6.79
Leg. decrees	378	6.23	288	4.89	114	4.74	223	3.94
Decree-laws	204	3.36	216	3.66	48	2	118	2.09

Regardless of the reference to the «current exceptional situation of international crisis and market instability» made in the preamble of the decree-laws adopted during the crisis⁷, they are similar in content to many urgent decrees issued before.

It is equally certain that on this front, the current government has even managed to give rise to new forms of «violation» of the constitutionally-established system of legal sources.

By way of example, I will mention only one significant episode. The «*salva-Italia*» («Italy-saving») decree-law imposed an extraordinary tax on the financial activities covered by the «*scudo fiscale*» («tax shield»). The tax had to be paid by 16 February 2012, and the payment procedure had to be established by the Italian Revenue Agency with an official decision. However, the Agency published this procedure only on 14 February 2012, two days before the deadline; in light of the (justified) panic of banks, intermediaries and other subjects affected by the tax, the Ministry of Economy, which in Monti's technical government coincided with the President of the Council of Ministers (until Minister Grilli took over), published the following communication on 15 February:

«The Ministry of Economy and Finance states that in light of the objective operational difficulties expressed by the financial intermediaries obliged to pay the tax on the activities covered by the tax “shield” [...], the established deadline of 16 February will be postponed, *with the earliest possible legislative provision*.

This provision will state that the payments that are not made before the date of the entry into force of the prorogating provision *will not constitute a payment violation.*» (emphasis added).

Therefore, a press release «having force of law» (one could say!), from which two significant pieces of information emerge: first, the notion of the

⁷ See for example the Decree-Law 22 June 2012 No. 83 «Urgent measures for the Country's growth».

legislative amendment being inserted in the «earliest possible legislative provision» appears almost to prove the absolute interchangeability of all primary normative instruments available to the government (which in turn confirms the old image of the decree-law as a «speed train» to which an indefinite number of wagons may be attached). The second is the pledge to “disapply” the fiscal penalties for failure to pay taxes; a pledge which the government took by means of a press release.

The crisis is hardly relevant here; the notion that the Government is the «lord of the sources» (to recall the image portrayed by Marta Cartabia at a recent convention)⁸, a notion that is increasingly gaining strength, responds to an evolutionary trend present in many European forms of parliamentary government, with an increasingly pre-eminent role of the executive over the legislative. This may not be so in the United Kingdom, where it has indeed always been true, but rather in other parliamentary or, to an even greater extent, semi-presidential governments.

The trend is to reverse the fundamental assumption of parliamentary regimes that the Parliament is the sole body with legislative power, and the Executive may exercise such power only in exceptional cases: today, we increasingly see Governments that enjoy parliamentary majorities, usually guaranteed by strongly majoritarian electoral systems, and wield a sort of *undifferentiated primary normative power*, free from limitations and procedures, and which can assume the form most suitable or appropriate to individual decisions (decree-law, legislative decree, bill, secondary legislation of deregulation).

What caused this evolution?

It is impossible to undertake a detailed analysis here; I will limit myself to some notes.

First, it is intrinsically difficult for rigid constitutions to ensure the observance of their provisions on issuing laws and acts having force of law; we might define this as an *inevitable* weakness of the constitutional review of legislative acts for formal flaws. Indeed, unlike substantive flaws, which affect one or more norms, formal flaws act like a «cluster bomb»: the parent measure’s unconstitutionality is transmitted in a chain reaction to all the norms approved on its basis, which are usually copious and important (such as the decree-laws on which entire financial operations are based⁹). G. Zagrebelsky realistically observes that constitutional judges very often hesitate to

⁸ M. CARTABIA, *Il governo signore delle fonti? Introduzione*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 9 *et seq.*

⁹ On this last point see N. LUPO, *L’omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D’ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCLEIN, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 419 *et seq.*

annul norms with only formal, and not also substantive, flaws; and they only annul formally flawed laws if they are also substantively flawed¹⁰.

However, I believe that there are two other, more structural, reasons, that explain this *flexibilisation*.

First, the growing value of the «*time*» factor in lawmaking.

The case of decree-laws in Italy is a clear example: today, timeliness in lawmaking is usually more important than its content. To reach a late decision is very often tantamount to not deciding.

It is undeniable that many of our parliaments' procedural rules are still fundamentally linked to the model of the principal normative act: law enacted by Parliament. This must be approved article by article, subjected to a final vote, and examined by a commission and then by the entire House. This basic structure, inherited from liberal parliaments, was transposed unchanged into our Constitution and into Parliament's internal regulations.

The structure certainly worked well as long as the function of Parliaments was mainly one of discussion (within consociational political contexts), but from a certain moment –the great geopolitical changes of the early 1990s, and the introduction of obligatory policies of economic convergence at European level during the same period– that is, since the dialogue function was replaced by the notion of a «deciding democracy»¹¹ in which it became necessary to ensure efficiency and coherence in government directions especially on decisions of an economic nature, this structure began to show its limitations. Decree-laws, capable of immediately entering into force, became the only instrument available for timely decisions.

It cannot be denied that in recent years, the Constitutional Court has shown greater sensitivity to the issue of decree-laws and formal reviews for constitutionality; judgments no. 171 of 2007, 128 of 2008 and especially 22 of 2012 display a significant change in approach compared to the acquiescence previously shown, especially in relation to the «manifest extraneousness» of modifications made by Parliament. However, the difficulty of voiding the entire decree-law and delegating legislation for failure to fulfil the conditions established in Articles 76 and 77 of the Constitution is still well-entrenched. Indeed, the practice of issuing «urgent» decrees, which is now –paradoxically– the principal lawmaking procedure in Italy, is not substantially affected by these judgments¹².

¹⁰ In this connection, although considered less effective, see the pre-emptive review for constitutionality (such as that operated by the French *Conseil Constitutionnel*), performed prior to the law's entry into force and appears to be more incisive (for an account of the French experience see P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo: le esperienze italiana e francese a confronto*, Turin, Giappichelli, 2002, passim).

¹¹ This is the expression used by the then President of the House of Representatives LUCIANO VIOLANTE, in the Premise to *Modificazioni al Regolamento della Camera dei deputati*, Camera dei Deputati, Rome, 1998, p. XI.

¹² A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la seconda svolta*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giu-*

However, I wish to highlight that the meagre tenure of the constitutional system of legal sources is a phenomenon that does not concern only national constitutional law; a similar trend is taking place on the European level.

It is indeed clear that some of the most significant recent decisions at European level –such as the adoption of the European Stability Mechanism and the related European Stability Facility– were taken by means of international treaties between some of the EU members, rather than through usual sources of European law such as regulations and directives.

As highlighted by Bruno De Witte¹³ with reference to a recent important case, during an Ecofin meeting, following the approval of a European regulation to create the European Financial Stabilisation mechanism, the European Council of Ministers of Economy and Finance «changed register» and the 17 Eurozone countries adopted a decision obligating those very states to create a European Financial Stability Facility. This decision was entirely foreign to European law and taken on the basis of a measure of international law, and was then named Decision of the Representatives of the Governments of the Euro Area Member States Meeting within the Council of the European Union.

As may be known, pursuant to this measure, other EU Member States adopted, approved and ratified additional international treaties, always beyond the scope of European law (although their application and their observance was ensured by EU bodies such as the Commission and the Court of Justice): the ESM Treaty (comprising 17 upon 27 Member States) and the Fiscal Compact (25 out of 27 Member States).

As De Witte recalled, this tendency too, of failing to observe the system of sources established by the EU treaties, is not a recent occurrence that can be ascribed to the crisis.

For example, one may consider the Schengen Treaty of 1985 and 1990, or the Social Policy Agreement, concluded as a treaty alongside the Maastricht reform. Both of these measures excluded the United Kingdom.

The entire so-called –before the Amsterdam and Lisbon Treaties– Third Pillar constituted an area of essentially international/European law existing alongside European law.

In this case too, the crisis cannot be considered a specific cause, but rather only an intensification of a phenomenon that was already unfolding: the low tenure of the system of European sources.

What are the reasons for this? A great deal of space would be required for an exhaustive answer. However, there are surprising analogies with the reasons found within the Italian constitutional system.

dici, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Torino, Giappichelli, 2011, p. 15 *et seq.*

¹³ B. DE WITTE, *The use of International Law in the framework of the Economic Union: Reasons and Consequences* (unpublished).

First, at the European constitutional level too – a level at which, as may be known, supranational and intergovernmental «characters» have always had to confront each other – once the supranational nature had reached its highest fulfilment with the creation of the Euro and the enlargement to 27 Member States, a powerful intergovernmental counter-force emerged. Indeed, executive power in Member States are regaining a great deal of strength despite efforts to counter this force with a more thorough realization of the principle of subsidiarity.

But there is a further issue – again, raised by De Witte – that is naturally continuous with the causes of the great proliferation of urgent decree-making in Italy: why did the Eurozone states, on the same day that the EU Council adopted a regulation on the European Stability Mechanism, adopt the European Financial Stability Facility with an act of international law?

As may be known, the latter is an executive agreement, i.e. an immediately enforceable international agreement that enters into force when signed by governments, without need for ratification on part of national parliaments; with this type of agreement, a private company under Luxembourgish law was created¹⁴, the 17 Member States of the Eurozone being its shareholders. Immediately after, the same states adopted a series of agreements to establish their voting rights within the company.

What was the purpose?

To effectively guarantee payment of the Eurozone states' debts, it would have been necessary to amend the Lisbon Treaty (to overcome the ban established in the European treaties on European institutions guaranteeing for or taking on the debts of Member States); therefore, it would have been necessary to launch a long and complex Treaty amendment process, according to a timeframe that the financial markets would never have observed. Yet, it was necessary to provide an immediate response to the markets' requirements; hence the need for a legal act that could immediately enter into force, and to create a «private» entity – belonging to the states – that could operate from the very next day. As may be known, it was only after this immediate act that the abovementioned amendment to the Lisbon Treaty was adopted; and, later, that the treaty on the European Stability Mechanism, which stabilized and inherited the European Financial Stability Facility, was created.

As further confirmation of the convergence of European and national constitutional law in terms of the «flexibilisation» of systems of legal sources, the recent European Court of Justice judgment in *Pringle* (Case C-370/12) must be mentioned. In that case, the Luxembourg court had to ascertain the compatibility of Decision 2011/199/EU of the European Council of 25 March

¹⁴ http://www.efsf.europa.eu/attachments/efsf_articles_of_incorporation_en.pdf.

2011 with the Treaty system. The Decision amended Article 136 TFEU to enable adoption of the ESM¹⁵ following a simplified procedure.

The Court rejected the questions raised by the Irish Supreme Court and held that the Decision was legitimate. In light of the extraordinary emergency faced by Europe and of the need for interventions such as the Fiscal Compact and the ESM, there could be no doubt as to the outcome of the case. Nevertheless, many of the issues highlighted by the Irish Court raise significant perplexities.¹⁶

4.2. Flexibilisation of the regulation of economic policy

Another aspect of the constitutionally-established form of government which has apparently become «flexible» is that of decisions on economic and monetary policy.

I do not think that there is much need for examples in this regard; since the very beginning of the European single market, the ownership of decisions on matters of economic and monetary policy has been less and less national.

In this case too, the early 1990s are the crucial moment. The Maastricht Treaty and the decision to create the single currency, the European System of Central Banks and the genesis of the European Central Bank are the steps of a substantive «Europeanisation» of political decisions on economic and monetary matters.

Moreover, in this context too, it can be said that the «rigidity» of constitutions in granting power to national states' various organs has gradually «faded» as economies have become globalised; the urgent need for coordination and for supranational direction of economic policies is not, therefore, a phenomenon that can be ascribed to the 2008 crisis.

First with the Maastricht Treaty and its famous parameters, then with the single currency, Member States – especially Italy – began to understand

¹⁵ Article 1 of Decision 2011/199 states the following:

«The following paragraph shall be added to Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union:

“3. The Member States whose currency is the euro may establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole. The granting of any required financial assistance under the mechanism will be made subject to strict conditionality.”»

¹⁶ Indeed, the possibility of modifying the TFEU by means of the simplified form of «decision» adopted by the Council is relevant only to modifications that do not regard Part I of the Treaty, while the provision that Eurozone Member States may introduce a «stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the Euro area as a whole» is, frankly, difficult to bring under Part II of the Treaty. Likewise, I find it difficult to refrain from acknowledging that this provision ends up extending the EU's competences (another condition which is excluded if the simplified procedure is to apply). Finally, I consider significant the objection that in monetary issues, the Union has exclusive competence. This excludes, therefore, Member States from concluding international treaties, while both the ESM and the Fiscal Compact are, as we know, precisely that.

that the means through which they usually financed their internal economies (debt and devaluations) were no longer available.

Some may argue that this does not actually amount to “flexibilising” the Constitution, as it was already a consequence of Italian membership of the European Union. The situation would thus fall squarely within a normal relationship between European and internal law.

However, in this field, the economic crisis itself led to a conspicuous leap in the quality of the «supranationalisation» of economic policies.

Indeed, here too, the most significant measures adopted at the European level are not measures of European law, but rather international treaties. I shall not examine the Treaty on the ESM, but rather the other convention, between 25 of the 27 Member States of the EU, adopted to complement it – the Fiscal Compact.

In this connection, two important elements must be highlighted.

First, as we have already mentioned, after Maastricht and the single currency, debt and the monetary lever had already been conclusively attracted into the sphere of European governance; only the fiscal lever remained in the hands of Member States. With the Fiscal Compact Treaty, fiscal policy too is subject to supranational coordination. The “Europeanisation” of economic policy is therefore complete.

Second, with a decidedly problematic provision in terms of legal sources, the Treaty establishes that:

«[t]he rules set out in paragraph 1 shall take effect in the national law of the Contracting Parties at the latest one year after the entry into force of this Treaty through provisions of binding force and permanent character, **preferably constitutional**, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to throughout the national budgetary processes» (emphasis added).

But to fully comprehend the legal and institutional dynamics surrounding the implementation of this Treaty, its history must be examined.

The Fiscal Compact was adopted on 2 March 2012 and entered into force on 1 January 2013; it was ratified in Italy with Law No. 114 of 23 July 2012. The balanced-budget constitutional amendments required by the Treaty were introduced by means of Constitutional Law No. 1 of 20 April 2012 (entitled Introduction of the balanced-budget principle into the Constitution); given that the procedure for enacting a constitutional law in Italy is decidedly complex¹⁷, one may ask how was it possible to approve a constitutional law only one month after the Treaty was signed and (even!) before it was ratified and entered into force.

The answer lies not in a European or international legislative act, but rather in a simple letter, sent privately on 5 August 2011 from the then Presi-

¹⁷ Article 138 of the Italian Constitution: Laws amending the Constitution and other constitutional laws shall be adopted by each House after two successive debates at intervals of not less than three months, and shall be approved by an absolute majority of the members of each House in the second v

dent of the European Central Bank Jean Claude Trichet and the Governor of the Bank of Italy Mario Draghi (who later succeeded the former in chairing the ECB) to the President of the Council of Ministers Silvio Berlusconi¹⁸. In this letter, they asked Italy to «urgently strengthen the reputation of its sovereign signature» and to this end required the adoption of certain measures deemed to be absolutely undelayable (liberalisation of local public services and professional services, review of the collective bargaining system and of the labour market, anticipation of the balanced budget to 2013 through spending cuts, interventions on the pensions system, public employment expenditure cuts, a clause for automatic reduction of public deficit and monitoring local expenditure).

The letter continues:

«In light of the seriousness of the financial markets' current situation, we deem it crucial that all of the actions listed above [...] be adopted as soon as possible through decree-law, followed by a parliamentary ratification within September 2011. A constitutional amendment to make budgetary rules more stringent would also be appropriate», continued Draghi and Trichet. «There is also the need for a strong commitment to abolishing or fusing intermediate administrative structures (such as the provinces, or *Province*)».

Thus, it is to «implement» –to use an euphemism– this private letter, signed by two central bankers, that Italy commenced the constitutional amendment resulting in Constitutional Law No. 1 of 2012.

In this case, the flexibilisation of the constitutional system reaches a symbolic apex, if it is considered that two entirely «technical» organs, that represent the banking system and the European institutions, literally «instructed» the government and the Parliament on the way forward, even going so far as to specify the means (the decree-law and the constitutional amendment) and the *timeframe* within which to act.

It cannot be doubted that the amendment of Article 81 of the Constitution and related Law No. 243 of 2012 implementing the balanced budget are one of the economic crisis' most recent and significant effects on the constitutional system of powers and competences.

I do not wish to undertake here a detailed examination of this reform and its differences (however important) from the parallel amendment of the Spanish Constitution.

I will simply note that the reform confirms the trend of, on one hand, the definite strengthening of the role of the Executive in economic-financial decisions (although the creation of the Independent Budget Office in Parlia-

¹⁸ For the complete letter, see *Corriere.it*, Trichet e Draghi: un'azione pressante per ristabilire la fiducia degli investitori, http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0ting.00-ae06-4da866778017.shtml?fr=correlati, 20 May 2013, 2011.

ment may be an interesting innovation) and, on the other, the consolidation of the increasingly unavoidable link with European institutions on these issues.

4.3. Flexibilisation of the role of the President of the Republic

The last part of the form of government affected by *flexibilisation* that I wish to discuss is the President of the Republic's role. Much has been said in recent months about the President. Some commentators used the events of the last two years of Napolitano's presidency to state that in fact, we have shifted towards a «quasi semi-presidential» system; see the famous «King Giorgio» headline in the *New York Times*¹⁹.

Now, those who are familiar with the position of the President of the Republic within the Italian Constitution know that it is much less clearly defined than it may seem.

In particular, the constitutional space occupied by the role of the President is of «variable geometry»: in «ordinary» times, when political life carries on without particular turbulence, the President tends to fade into an almost «symbolic» figure, but in times of crisis, the President recovers all his powers which, it must be recalled, have their roots in royal powers.

For this reason, rather than only «one» President of the Republic, our constitutional system has had several different Presidents, each of whom interpreted his role in different ways.

Still, it cannot be doubted that in the five years between 2008 and 2013, Giorgio Napolitano's approach brought the constitutional role of the President well beyond the positions gained even by the most active and expansive presidencies.

I refer in particular to the appointment of Senator for life Mario Monti as head of the current Government, and to the evolution of what is traditionally defined as the presidential power to express views.

In creating the Monti government, President Napolitano appeared to appoint a veritable «President's government», setting the topics, the agenda and –it may legitimately be inferred– the composition of the Cabinet.

The crisis of the government that led to the premature end of the 16th Legislature began with the Chamber of Deputies's vote of 11 October 2011 to reject Article 1 of the General National Financial Report. The next day, President Napolitano declared that «the undeniable manifestation of severe tensions within the government and the coalition, with the consequent uncertainties on the adoption of the required or announced decisions» raised «questions and concerns having indubitable institutional impact²⁰».

¹⁹ See R. DONADIO, *From Ceremonial Figure to Italy's Quiet Power Broker*, in *New York Times*, http://www.nytimes.com/2011/12/03/world/europe/president-giorgio-napolitano-italys-quiet-power-broker.html?_r=1&hp, 20 May 2013, 2011.

²⁰ Press release of the President of the Republic, 12 October 2011.

The political situation that had emerged was completely unsustainable, in terms of international credibility; for this reason, Italy experienced what I consider to be a unique event, regardless of its inventive history of government crises: the resignation of the government, subject to a «condition precedent». On 8 November 2011, after a meeting with President Napolitano, the President of the Council of Ministers Berlusconi announced that he would resign as soon as the law on financial stability was approved. However, the credibility of the President of the Council was already too damaged; for this reason, the next day, the President of the Republic, «*acting as Head of State*», released a communication which is worth quoting:

«In light of the pressure on Italian government bonds on the financial markets, which today reached alarming levels, as Head of State I deem it necessary to clarify the following, so as to clear any ambiguity or misunderstanding:

1) There is no uncertainty concerning the choice of the President of the Council Berlusconi to resign from the Government which he currently leads. This decision will be effective as soon as the law on financial stability for 2012 has been approved.

2) On the basis of agreements between the Presidents of the Senate and of the Chamber of Deputies and the majority and opposition parliamentary groups, the law on financial stability will be approved in a few days.

3) Consultations will then be held immediately by the President of the Republic to solve the government crisis.

4) Therefore, shortly, either a new government will be formed, and will be capable of taking all further decisions required with the confidence of the Parliament, or Parliament will be dissolved so as to immediately commence the electoral campaign, which will take place in a brief time frame.»

This is a veritable power of «government» wielded in times of crisis. In my opinion, this is unprecedented, even in light of the varied practices hitherto followed by Italian Presidents.

The other area in which I believe that a clear «demarginalisation» of the constitutional role of the President of the Republic has taken place is his power of «*free*» communication (i.e. communications not made through formal expressions of opinion to the Chambers of Parliament as per Article 66 of the Constitution). In recent years, the number of official communications issued by the Quirinal has grown exponentially²¹. These include not only communications on strictly institutional issues – such as the abuse of

²¹ Between April 2012 and March 2013, over 680 official press releases were published on the Quirinal's website.

emergency decrees²², but also more general ones, on political-economic matters. While the power of communication is a clear sign of the President's «diffuse» political responsibility²³, as opposed to his lack of political responsibility narrowly construed – I believe that recent practice shows an increasingly active President, fully within the circuit of political decisionmaking²⁴, and who is capable of tangibly influencing and directing the choices made by the Government and the Parliament²⁵. It is not a coincidence that – for the first time in the history of the Republic – the possibility of Napolitano's re-election has surfaced in these very days.

5. EFFECTS ON REGIONALISM

5.1. Flexibilisation of the constitutional division of powers between central state and regions

As mentioned above, in times of economic crisis, an evident process of *flexibilisation* has affected not only the form of government, but also the form of state (the relationship between the central state and local autonomies).

I believe that this context too supports my view that the causes of the current phenomena are not to be found in the crisis, but rather that the crisis led to the «explosion» of dynamics that have actually been unfolding for a long time.

The economic crisis is surely making the constitutional norms on the division of powers between the central state and the regions more flexible; and, in particular, making the boundary between state and regional powers extremely transient, if not outright uncertain, in favour of the state.

A paradigmatic example is the «social card», upon which the Constitutional Court decided in Judgment No. 10 of 2010. Due to the serious economic crisis, the state issued a measure –the social card– to grant a «purchasing card» to citizens in extremely difficult economic conditions so that they could meet at least their basic food needs.

The regions challenged the decree on the grounds that it infringed their exclusive powers in matters of social services and their financial autonomy;

²² One of the most important cases is surely the press release of 23 February 2012 which summarizes the problems relating to the conversion of decree-laws into laws by including parliamentary modifications which are inconsistent with the individual decree-law's content. The press release was «inspired» by the abovementioned Judgment No. 22 of 2012 of the Constitutional Court, which, for the first time, voided provisions inserted in a decree-law by the Parliament during its examination of the related conversion bill.

²³ On this issue, see, in general, the studies of M.C. Grisolia, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milan, Giuffrè, 1986, passim.

²⁴ T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico ed alle sue fonti*, Turin, Giappichelli, 2012, p. 242 et seq.

²⁵ O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un'interpretazione della forma di governo italiana*, Naples, Jovene, 2010, passim.

the latter was threatened by the fact that a restricted fund had been created for a subject that fell within the regions' competences.

The significance of this decision – and of later related ones – is that the Court explicitly acknowledged that the case concerned social assistance, and displayed awareness of how this provision contrasted with its settled case-law against the use of restricted funds for social policies managed by the central government (e.g. nurseries). However, the Court's reasoning was equally explicit in stating that the current situation is exceptional, extraordinary and urgent «due to the situation of international economic and financial crisis that in 2008 and 2009 also affected our Country»; a crisis that thrust a part of the population in a condition of «extreme need». The circumstances are such that the state's exclusive competence enshrined in Article 117(2)(m) of the Constitution (on guaranteeing basic levels of social and civil rights), which is usually fulfilled by establishing «minimum standards and levels», may be expanded and thus provide the basis for a detailed intervention²⁶.

When «primary rights» are involved, the state may intervene by directly granting «specific aid», and go beyond simply setting structural levels «*if it is unavoidable, as in the case before us, due to peculiar circumstances and situations such as an exceptionally adverse economic situation*» (emphasis added).

Thus, at a first glance, it may seem that the economic crisis is to blame for the *flexibility* of the state's legislative power established in Article 117(2)(m). In both its literal and logical-systematic formulation (especially in light of the power of substitution enshrined in Article 120 of the Constitution), this competence certainly does not mean that the state is granted a «*passerpartout*», a power to intervene in all regional competences – a situation often confirmed by the very Court.

But can we really be sure of this?

Or has the flexibility introduced by the 2001 reform been a «structural» element of the state/region division of powers from the very beginning?

By way of example, I will limit myself to mentioning «cross-cutting» issues (such as the environment, competition, basic levels of assistance, etc.), in relation to which the Court has always acknowledged the state's power to «intervene» in regional matters, albeit only on certain aspects.

The issue of the so-called «*chiamata in sussidiarietà*», or flexible subsidiarity, through which great elasticity in the division of powers is recognized.

The alternating processes of «dematerialisation» and «rematerialisation» in allocating powers, that inevitably led to an expansion of the competences of the central state as against the periphery²⁷.

²⁶ E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 164 et seq.

²⁷ R. BIN, F. BENELLI, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2009, pp. 1185 et seq.

And we cannot fail to mention the case-law of European derivation that, since Judgment No. 126 of 1996, has constantly affirmed that “in derogation from what has been said on the observance of the internal constitutional framework of powers, European law may, for reasons related to the European Union’s organization, legitimately establish its own implementing forms. Therefore, national law that derogates from the framework of the usual constitutional distribution of internal powers, with the exception that fundamental and mandatory constitutional principles must be observed”.

Therefore, also in respect of the social card, the crisis may have exacerbated the symptoms of the ongoing disease, but the *cause* of the pathology is to be found elsewhere. Where? Again, the issue appears very complex; I believe that mainly two factors are decisive.

The first factor is of a technical-formal nature; the very technique of dividing powers «by subject» (exclusively and concurrently) has shown an intrinsic flexibility, due to its inevitable «jurisdictionalisation». When the spheres of power are distinguished by means of lists of objects, values, functions, subjects, these are affected by the inevitable semantic «flexibility» of any legislative provision and, ultimately, shift the real definitional power to the final judge of competences, the Constitutional Court²⁸. A recent interesting example is that of the cuts on expenditure for the regional political system, imposed by the «local authority-saving» decree-law (*decreto «salva-enti»*)²⁹. A judgment issued by the Constitutional Court held that all regions must observe the decree³⁰.

The second factor is political: to be able to function, a composite state –whether federal or regional– presupposes a real «*physiological*» difference between local and national levels of political direction.

By «*physiological*» distinction, I mean that in a composite state, differentiating between the centre and the periphery yields positive results when the differences between localising and centralising pressures are related to actual political-cultural differences and a general shared constitutional framework; thus, when political-institutional, and not only judicial, tools exist for the resolution of any conflicts that may arise.

This position was expressed in the famous Federalist Paper No. 10, in which James Madison himself warned against factionism as a fatal flaw of democracy, and stated that a large federal republic would be the antidote to this very risk³¹.

²⁸ As noted by S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello stato regionale*, Turin, Giappichelli, 2012, p. 289: «paradoxically, the reaction to the fragmentation of competences has led to a situation in which the State has been granted more competence, in some sectors, than it actually wishes to exercise: thus, a dissociation takes place –for example on the subject of the environment– between substantially absolute entitlement to the subject and “discretionary” attribution of the legislative competence to regions».

²⁹ Decree-law of 10 October 2012, No. 174.

³⁰ Judgment No. 198 of 2012.

³¹ On this point, A.J. Bellia, *Federalism*, Aspen Publishers, 2011, p. 18.

Without one of these two elements (difference or unity), the system cannot find a balance between centrifugal and centripetal forces; the history of all composite state systems shows that the centralistic force ultimately prevails, to the detriment of local autonomies.

The case of Italy is paradigmatic. We experienced a first period (1970s-1990s) in which regionalism was dominated by national parties and was substantially the same as the selection process used by the national political classes. Regions were not the «gymnasiums» for the creation of a new and different political class, as had been envisaged by the constituent fathers; rather, they were local «segments» of a unitary political career, which was ultimately managed by the strength and centrality of national parties. This phase was followed by another, starting from the 1990s, in which national parties suffered a crisis and «hyper-autonomist» forces emerged to question the basic constitutional framework within which regionalism had developed (the contemporary idea of the confederation between the four northern regions is but the most recent step in this direction).

What do these two stages have in common? It is the push to strengthen the «centre»: in the first stage, this occurred due to the absence of differentiation; in the second, to an «excess» of the same. The economic crisis has thus filtered into the crisis of regionalism, which has deep roots, further «exacerbating» tensions especially by placing the financial crisis of the social state at the centre of debate.

Indeed, we should not forget that state finances' risk of default is having a dramatic effect especially on the cuts to public health expenditure, which, as may be known, constitute a very significant proportion of regional budgets.

6. THE ECONOMIC CRISIS AND DEMOCRACY

6.1. Loss of trust in democratic institutions

Above, I have argued that the most evident elements of crisis in our constitutional system of powers are to be ascribed to a structural decline and not to the economic emergency.

In this second part, I wish to highlight some factors of the crisis which I believe are to be attributed *specifically* to the economic-financial crisis that has been affecting the world, and therefore Europe, since 2008.

My argument can be summarized thus: since 2008, *citizens have been progressively and inexorably losing faith in the capacity of democratic institutions to represent and defend the collective interests for which they were created.*

In other words, we are witnessing a real collapse in the «reliability» of public powers, despite the fact that these are subject to constitutional discipline and are democratically legitimated.

It is almost as if constitutional representative democracy, the political form created after the totalitarian experiences of the last century, can no longer ensure a true correspondence between “governors and governed”.

To illustrate my theory, I will examine some empirical data gathered by Eurobarometer in July 2012³².

Figure 1 shows the trend in the opinion of the national economic system: a heavily negative opinion as from the economic crisis of 2008 is evident, and, I would say, predictable.

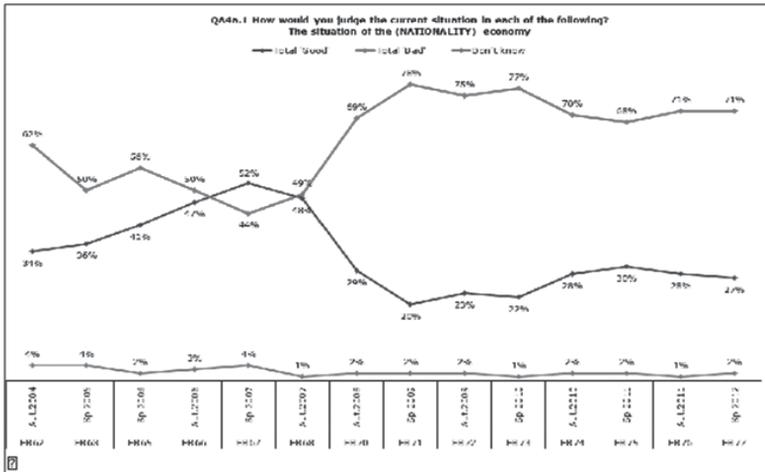


Figure 1 (Source: Eurobarometer)

However, I believe that the judgment on the current situation divided by countries, shown in Figure 2, is much more surprising and significant.

³² http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb77/eb77_en.htm

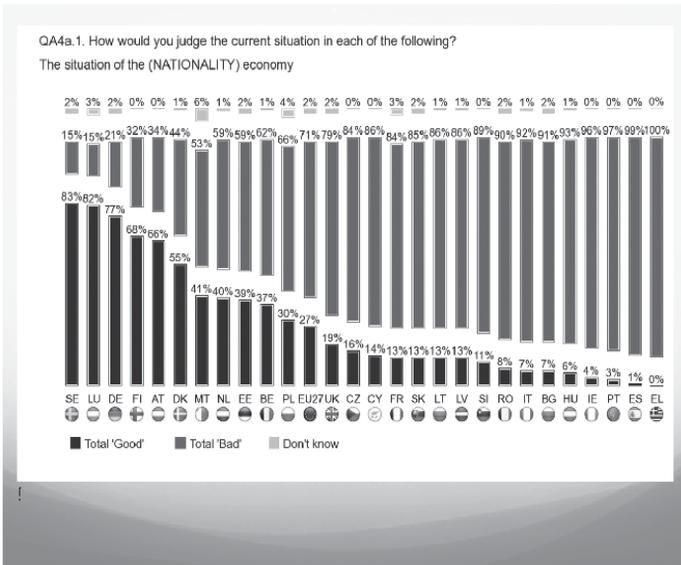


Figure 2 (Source: Eurobarometer)

The current differences between the Member States of the European Union in evaluating the economic situation are startling.

In Sweden, Luxembourg and Germany, *over two thirds* of the population believe that the situation is excellent. In any case, in Finland, Austria and Denmark *over half* the population believes that the situation is entirely good.

But this happens only in 6 states out of 27; in the remaining 21 upon 27, the exact opposite is true.

And if we consider the negative part of the graph, in 17 out of 21 states, over two thirds of the population believe the opposite; that is, that the situation is entirely negative.

We are thus before a divided and unbalanced Europe on the issue of the economic-financial crisis; a Europe in which the general aggregate negative opinion (71% «total bad») derives from the arithmetic average between three states with an enthusiastic opinion and nine states in which discontent exceeds 89%!

Therefore, a first conclusion that can be drawn from these examinations is that the crisis definitely does have an impact, which however is not the same for everyone.

The immediate consequence of this opinion is the decrease in trust in national and *European* institutions.

Figure 3 shows the aggregate trend from 2004 to today.

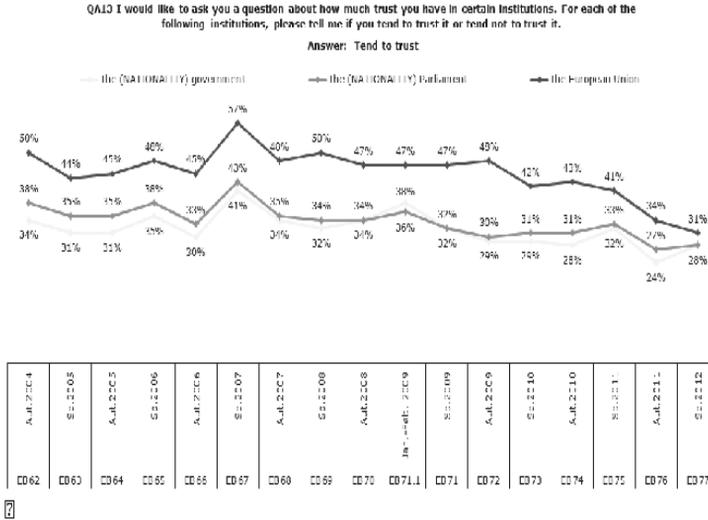


Figure 3 (Source: Eurobarometer)

As may be seen, trust in European institutions has always been higher than trust in national parliaments and governments, peaking in spring 2007 (when the Union enlarged to 27 Member States), while from the beginning of the economic crisis, in 2008, a slow decline began, until 2011 (in five years, seven points were lost), to collapse between 2011 and spring 2012 (in just over a year, ten percentage points were lost). There was a substantial convergence with the levels of trust (or rather, *mistrust*) in national institutions.

In other words, today, two-thirds of European citizens lack trust in European and national institutions.

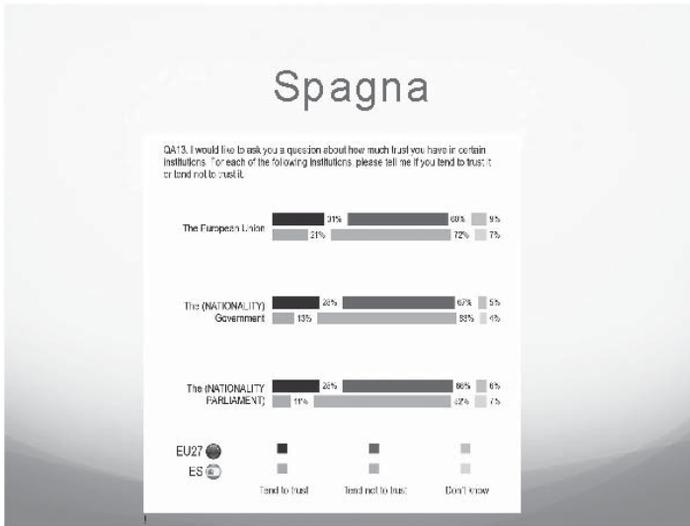
If we consider some individual country data, the results are alarming:
For example, Italy:

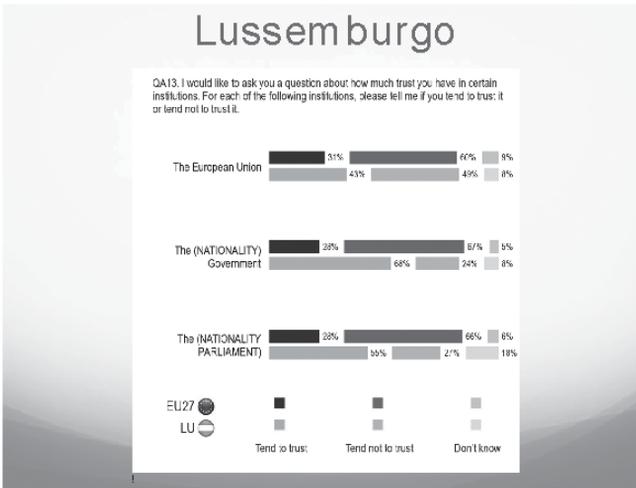


79% of interviewees does not trust the Government, 84% does not trust the Parliament; but the news that 62% does not trust European institutions is truly surprising, in light of the fact that in 2004 trust in European institutions exceeded 70%.

But let us examine the data on other European countries: Greece, Spain, Germany, Luxembourg, and Finland.







Two key observations may be drawn.

First, in the opinion of citizens, all public institutions have lost reliability.

However, whereas this observation may be considered *structural* in relation to national institutions before the crisis, I believe that it is possible to state that the «disaffection» for European institutions is an entirely new phenomenon. The rejection of the Constitutional Treaty certainly revealed difficulties and differences within the European Union on fundamental questions

such as its overall structure and nature. But at least on the technical level, European institutions had always enjoyed a relatively greater positive opinion than that on national institutions. Today, this is no longer the case; European institutions, accustomed to the technical strength of their decisions, must face the problem of regaining credibility and reliability, just like national institutions.

The second observation appears to be a paradox.

In the countries where the economic situation is considered better (Germany, Sweden, Luxembourg), citizens trust their own government and parliament more than they do European institutions; this means that the positive conditions of their economy are mainly attributed to national, and not to European, institutions.

Instead, in those countries where the economic situation is considered bad, citizens have very little trust in institutions in general, but they have more trust in European institutions than in their own governments and parliaments.

Therefore, Euroscepticism as a general attitude is growing, but, paradoxically, it grows more where the situation (economically at least) is better; this confirms that in these cases, there is greater trust of national institutions rather than European ones.

This data surely cannot be a source of comfort for Brussels institutions.

CONCLUSION

The current crisis as an opportunity to rethink the foundations of legal-constitutional systems?

It could be said that this article has painted too pessimistic a picture of the tenure of constitutional democracies, due to its emphasis on structural factors of crisis that were exacerbated by new shocks due to the economic-financial crisis. It could also be stated that the present age, if no longer the age of constitutions –destined to be obsolete– is however the great age of *constitutional judges*, of constitutional (especially supranational) courts, which remain the bulwark that defends the law against public power, which has always sought to reject all fetters.

There is no doubt that the judicial source of constitutional law is increasingly substituting itself to political sources, but it would be a serious mistake to think that the concrete implementation of constitutional law is of concern to judicial power alone.

Indeed, while in the context of the protection of *subjective* constitutional rights (Modugno) it is certain that judges have significant power and are usually more effective than the «rights policies» that have often been invoked (Weiler), in the context of the limitation of powers vis à vis fundamental freedoms, or in of the definition of powers, the role of judges is extremely weak. It is sufficient to examine how the Italian Constitutional Court «was

subjected to» the constitutional reform of 2001 –on the powers of the state and regions– and unwillingly found itself in the position of supplementing the absence of implementing legislation with its own case-law, which was often perceived as oscillating and debatable.

Reflecting on the crisis of trust in European- and national-level political institutions brings us back to the first part of our analysis. Indeed, there is a commonality between the loss of «rigidity» of national and European constitutions and the low trust in the circuit of political decision-making overseen by those Constitutions.

In this connection, it is necessary to recall what Alessandro Pizzorusso effectively clarified³³: the «*legal superiority*», in hierarchical terms, of post-WWII rigid constitutions has always been in «the expression of a *more intense political will* contained in these documents, as against ordinary legislation» (emphasis added); that is, constitutions have always enjoyed a sort of political added value because they express choices, values and a common good upon which social coexistence may be constructed.

Therefore, a crisis in «trust» cannot avoid having repercussions, sooner or later, on the legal «superiority» of constitutional sources.

BIBLIOGRAPHY

- AGAMBEN, G., *State of Exception*, trans, Chicago Univ Press, Chicago, 2005.
- ANGELINI, F. - BENVENUTI, M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Naples, Jovene, 2012.
- BELLIA, A. J., *Federalism*, Aspen Publishers, 2011.
- BIN, R. - BENELLI, F., *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2009.
- CALZOLAIO, S., *Il cammino delle materie nello stato regionale*, Giappichelli, Turin, 2012.
- CARTABIA, M., *Il governo signore delle fonti? Introduzione*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Giappichelli, Torino, 2011.
- CHESSA, O., *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Naples, 2010.
- CORRIERE.IT, *Trichet e Draghi: un'azione pressante per ristabilire la fiducia degli investitori*, in 2011, http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml?fr=correlati.
- DONADIO, R., *From Ceremonial Figure to Italy's Quiet Power Broker*, in *New York Times*, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/12/03/world/eu->

³³ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, p. 11.

rope/president-giorgio-napolitano-italys-quiet-power-broker.html?_r=1&hp.

- ELIA, L., *Governo (forme di)*, XIX, Giuffrè, Milan, 1970.
- GRISOLIA, M. C., *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Giuffrè, Milan, 1986.
- GROPPI, T. - SIMONCINI, A., *Introduzione allo studio del diritto pubblico ed alle sue fonti*, 2nd, Giappichelli, Turin, 2012.
- LONGO, E., *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, 1, 2010.
- LUPO, N., *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCLEIN, Milano, Giuffrè, 2012.
- PASSAGLIA, P., *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo: le esperienze italiana e francese a confronto*, Giappichelli, Turin, 2002.
- PIZZORUSSO, A., *Delle fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1977.
- SIMONCINI, A., *Corte e concezione della forma di Governo*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica* a cura di V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO, Giappichelli, Turin, 2005.
- SPERTI, A., *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la seconda svolta*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Giappichelli, Torino, 2011.

RESUMEN: Este artículo analiza el impacto de las medidas adoptadas en el contexto de la lucha contra la crisis económica en los sistemas de gobierno en general y el italiano en particular. Concretamente, se realiza una crítica de la mutación del sistema de gobierno derivada de los mecanismos de implementación de estas medidas.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional, crisis económica, medidas de austeridad, sistema de gobierno.

ABSTRACT: This article analyzes the impact of the anti-crisis measures within the systems of government in general and the Italian case in particular. Specifically, the author criticizes the mutations operated within the Italian system as the result of the implementation mechanisms of the anti-crisis measures.

KEYWORDS: Constitutional law, economic crisis, austerity measures, system of government.

Recibido: 24.07.2013
Aceptado: 02.09.2013

El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica¹

Luis E. Delgado del Rincón
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. Estado social, crisis económica y derechos sociales.—2. La «reserva de lo posible» y el principio de prohibición de retroceso social o de irreversibilidad de los derechos sociales.—3. Un derecho especialmente debilitado: el derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares.—4. A modo de conclusión.

1. ESTADO SOCIAL, CRISIS ECONÓMICA Y DERECHOS SOCIALES

El surgimiento de la forma del Estado social supuso la intervención del Estado en los ámbitos social y económico para promover la justicia social y garantizar la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos. Algunas de las propuestas innovadoras de este modelo de Estado son el reconocimiento y defensa de determinados derechos como el derecho a una educación universal y gratuita, el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia sanitaria, o también la creación de una organización económico-política que sea capaz de asegurar la protección de la tercera edad o la tutela frente a determinados infortunios, como el desempleo². En definitiva y como es sabido, se crean, con

¹ Este trabajo es el resultado de una ponencia invitada que se impartió el día 22 de marzo de 2013, en el Congreso sobre *La crisi economica ed i suoi riflessi sull'ordinamento costituzionale*, organizado por la Scuola Superiore Sant'Anna, Istituto DIRPOLIS y la Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza. El trabajo se ha realizado también en el marco de los Proyectos de investigación DER2008-00185/JURI, sobre Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (2008-2012) y VA005A10-1, sobre Integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León, concedido por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (2010-2012). El texto que se presenta para su publicación tiene su origen en el utilizado para la exposición oral, aunque se le ha incorporado la bibliografía correspondiente y se han ampliado y actualizado algunos de los argumentos e informaciones que contenía. Aún así, mantiene algunas licencias propias de la versión oral originaria.

² Acerca del Estado social, sus fines y la interacción entre el Estado y la sociedad en esta forma de organización política, *vid.*, entre otros, GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, Obras Completas*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 1599-1619; ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,

esta forma de Estado, un nuevo tipo de derechos, los derechos sociales o derechos de prestación, que se conciben como instrumentos necesarios en manos de los poderes públicos para garantizar las condiciones precisas en virtud de las cuales la libertad e igualdad sean reales y efectivas (arts. 3.2 y 9.2 y de las Constituciones italiana y española (CE).

Los derechos sociales son una categoría heterogénea y compleja que comprende diversas realidades, que se descompone en múltiples figuras jurídicas con sus correspondientes técnicas de protección. La mayoría de ellos atribuye a sus titulares la facultad de reclamar del Estado determinadas prestaciones, las cuales están relacionadas con las condiciones por las que el individuo se inserta en la sociedad (aunque existan excepciones como los derechos laborales, esto es, los derechos de huelga y de libre sindicación, o el derecho al medioambiente)³.

Es cierto que los derechos sociales constituyen una manifestación de la igualdad real y de la justicia material, pero también lo serán de la libertad y de la democracia. Así, la educación, la protección de la salud, o el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social son condiciones necesarias (aunque no suficientes) de la libertad. En otras palabras, los derechos sociales no sólo son una exigencia del Estado social sino también de un Estado de derecho (de unos poderes públicos sometidos al Derecho, a las normas constitucionales reconocedoras de los derechos sociales) y de un Estado democrático (puesto que sin derechos sociales efectivos no hay verdadera ciudadanía, sino una sociedad de castas)⁴.

Madrid, 1986, pp. 13-15, 77 y ss.; GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 29-44; del mismo autor *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 149-156; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, pp. 143-147.

³ Sobre la categoría de los derechos sociales en la forma de Estado social, *vid.*, en general, COSSIO DIAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 121 y ss.; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social...», *ob. cit.*, pp. 154-161; CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 148-164; COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 19-64; Díez PICAZO, L. M^a., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 68-70 y 511 y ss. y CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 35 y ss.; y también del mismo autor, «Derechos sociales». En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 21-26.

⁴ Cfr. REY MARTÍNEZ, F., «Derribando falacias sobre derechos sociales». En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 634. Acerca del significado jurídico y de la interrelación entre las cláusulas del

A diferencia de los derechos civiles, de los derechos de libertad individual, que son directa e inmediatamente exigibles ante los tribunales desde su reconocimiento en la norma constitucional (sin necesidad de mediación alguna); los derechos sociales solamente serán tutelables judicialmente a partir de su desarrollo legislativo.

La razón de esta diferencia radica en que, para los derechos civiles, la Constitución es capaz, por sí misma, de identificar suficientemente su contenido (las facultades que lo integran) y de tutelar los ámbitos de autonomía y libertad de los ciudadanos frente a la acción de los poderes públicos. Sin embargo, la Constitución no puede especificar en qué forma los poderes públicos pueden intervenir en la sociedad para reducir las desigualdades sociales; es decir, no puede concretar el contenido de las prestaciones sociales en favor de los ciudadanos, ya que ello depende inevitablemente de la coyuntura económica y de cómo sea valorada ésta por la mayoría gobernante.

Desde este punto de vista, los derechos sociales no serían derechos fundamentales en sentido estricto, ya que, de un lado, carecen de un «contenido esencial» (constitucional) resistente a la acción del legislador y, de otro, porque no son tutelables de forma inmediata ante los tribunales⁵.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, los derechos sociales son derechos fundamentales porque albergan dimensiones de libertad, igualdad

Estado social, Estado democrático y Estado de derecho, *vid.*, entre otros, GARCÍA Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., pp. 1619-1635; GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social...*, ob. cit., pp. 199-216; COSÍO DIAZ, J.R., *Estado social...*, ob. cit., pp. 35-42; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social...», ob. cit., pp. 140-142 y 151-154; CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho...*, ob. cit., pp. 119-144; PÉREZ ROYO, J., «Estado social de derecho», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I. *Organización general y territorial del Estado* (dir. Manuel Aragón Reyes; codir. César Aguado Renedo), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 191-194; ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1», *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*, (dirs.: Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel; coords.: Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes), Fundación Wolters Kluwer, Toledo, 2009, pp. 33-36.

⁵ En general, sobre la eficacia jurídica y garantías de los derechos sociales en el Derecho español, cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social...», ob. cit., pp. 157-161; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2001), pp. 110-113; REQUEJO PAGÉS, J.L., «Derechos de prestación», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III. *Organización general y territorial del Estado* (dir. Manuel Aragón Reyes; codir. César Aguado Renedo), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 76-78; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 121-132; TENORIO, P. «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo digno». En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 260-272 y CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos...*, ob. cit., pp. 65-94, y del mismo autor «Derechos sociales...», ob. cit., pp. 38-43.

y democracia; sin perjuicio de que se admita que algunos de ellos requieren prestaciones públicas y que, como tales, dependen de los recursos económicos disponibles y de las prioridades de gasto fijadas por la mayoría política de turno. Para este sector doctrinal, todos los derechos, también los derechos de libertad cuestan dinero. Exigen, por ejemplo, el mantenimiento de un sistema de orden público, o la creación de unos tribunales y la dotación de unos medios personales y materiales. Incluso precisan de una previa configuración legal. En definitiva, cuando se afirma que los derechos sociales están condicionados por lo económicamente posible, dicha condición no sólo es aplicable a los derechos sociales, sino también a los civiles⁶.

En la Constitución española, para hacer más visible la cláusula del Estado social, se procedió a una enumeración amplia de los derechos sociales. Ésta se recoge en el capítulo III del Título I, bajo la rúbrica de los «principios rectores de la política social y económica». La desactivación como verdaderos derechos fundamentales se deduce de lo establecido en el art. 53.3 CE, cuando dice que dichos principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Solamente «podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen». Se construyen así como derechos de configuración legal. Otro problema sería el que resulte de la inactividad total del legislador para elaborar una ley que dote de contenido a los principios rectores reconocidos en la Constitución, respecto del cual nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros como el portugués, no ha previsto un mecanismo de control de constitucionalidad por la omisión total del legislador⁷.

⁶ Vid., entre otros, REY MARTÍNEZ, F., «Derribando falacias sobre derechos sociales...», ob. cit., pp. 638-639; COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como...*, ob. cit., pp. 85-89; ESCOBAR ROCA, G., «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud», *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, pp. 111-114 y la obra dirigida por este autor *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012; SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis». En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 5-6: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php). Otros autores prefieren hablar de los derechos sociales como derechos en «permanente minoría de edad» o «derechos fundamentales *in fieri*», CASCAJO CASTRO, J.L., «Derechos sociales...», ob. cit., pp. 23 y 36-38; o de la existencia de unos derechos que son más fundamentales que otros («fundamentalidad gradual»), atendiendo a su mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador, BASTIDA FREIJEDO, F. J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?». En Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 105 y 138 y ss. (http://www.feje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_SOCIALES_Y_PONDERACION.pdf)

⁷ Sin perjuicio de que en algunos casos se haya recurrido por el Tribunal Constitucional a la utilización de sentencias aditivas, apreciando una inconstitucionalidad por omisión con vulneración del principio de igualdad. Al problema de la injerencia del Tribunal

Ahora bien, de lo expuesto en el art. 53.3 CE no puede desprenderse que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales sea irrelevante o que carezca de toda eficacia jurídica. Por el contrario, de su proclamación constitucional puede deducirse la siguiente eficacia jurídica:

En primer lugar, poseen una eficacia interpretativa, ya que las normas constitucionales que los reconocen pueden ser utilizadas por los jueces como criterio interpretativo de las leyes que otorgan prestaciones. En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en temprana jurisprudencia, declaró que el art. 53.3 CE impide considerar a los principios del Capítulo III del Título I «como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6).

En segundo lugar, posibilitan el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo, pudiendo declararse inconstitucional una ley que se oponga frontalmente a la declaración de un derecho social, tal y como se define e identifica en la Constitución (por ejemplo, una ley que prevea un régimen privado de la Seguridad Social, cuando la Constitución establece en el art. 41 un «régimen público» de Seguridad Social)⁸. También, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha considerado a los principios rectores como posible canon o medida de validez de la ley.

Actualmente, el contexto socioeconómico y la situación de crisis económica existente, agudiza, si cabe aún más, la crisis del Estado social. Conviene recordar que comienza a hablarse de crisis del Estado de bienestar a partir de los años setenta del siglo pasado, con la crisis del petróleo que provocó una disminución del crecimiento y un aumento de la inflación y el desempleo en los países europeos, los cuales, hasta esa época, habían experimentado un periodo de crecimiento y estabilidad económica, que les permitió ampliar las prestaciones sociales a los ciudadanos. Desde entonces, se ha detenido ese proceso de expansión continua del Estado social, que se hace más patente a partir del momento en que aumenta la preocupación por controlar el déficit y la deuda pública, y cuando los Bancos centrales, en detrimento de los Gobiernos, asumen el control de la política monetaria precisamente para controlar la inflación. No obstante, y aunque desde hace décadas comienzan a conocerse los límites del Estado de bienestar, éste aún pervive, hasta el punto de que las cifras de gasto en

Constitucional en la actividad del legislador (innovando el ordenamiento jurídico), habría que añadir también el de su incidencia en el principio de la estabilidad presupuestaria. *Vid.*, sobre el particular, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «Límites económicos de los derechos sociales». En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 309-312.

⁸ Acerca de este ejemplo concreto, cfr. MERCADER UGINA, J.R., «Artículo 41», *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*, (dirs.: Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel; coords.: Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes), Fundación Wolters Kluwer, Toledo, 2009, pp. 1044-1045, que lo define como garantía institucional.

prestaciones sociales, lejos de haber descendido, han aumentado considerablemente, entre otros motivos, por el envejecimiento de la sociedad y la disminución de la población activa, con el riesgo de quiebra del sistema de protección social (una sanidad cada vez más cara y un mayor número de pensiones)⁹. A lo que ha de añadirse el aumento del nivel de desempleo que exige, a su vez, una mayor financiación para atender más situaciones de desamparo.

Aún así, puede que estemos asistiendo actualmente a una nueva situación como consecuencia del tipo de crisis económica en la que nos hallamos inmersos. Crisis que comenzó siendo financiera, a causa de la falta de mecanismos de supervisión, y que luego se trasladó a la economía real. En poco tiempo, el Fondo Monetario Internacional pasó de recomendar a los Gobiernos que adoptasen políticas de estímulos fiscales a amenazarles con la intervención si no aplicaban unas drásticas políticas de austeridad. La consecuencia ha sido la implantación progresiva de tajantes recortes de prestaciones sociales¹⁰.

En España, donde el gasto social había aumentado claramente en los últimos años y donde incluso se habían reconocido nuevas prestaciones sociales –algunas sin anclaje constitucional, aunque sí estatutario– como las relacionadas con la atención a la dependencia (el cuarto pilar del Estado de bienestar) o las rentas mínimas de inserción, se dictan varios Decretos leyes, en los que para reducir el déficit, incorporan medidas como el aumento de la carga tributaria, el copago para la satisfacción de ciertas prestaciones sociales, la disminución de los salarios de los empleados públicos, o la congelación de las pensiones. La fuerte destrucción de empleo está provocando un elevado déficit en la Seguridad Social que impide revalorizar las pensiones. Para garantizar la sostenibilidad del sistema, el Gobierno ha aprobado y enviado a las Cortes un proyecto de ley de reforma de las pensiones que vincula la actualización anual de las pensiones a la evolución de los ingresos y gastos del sistema de Seguridad Social y no al Índice de Precios al Consumo (IPC); lo que redundará en una pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas y en una disminución del consumo¹¹.

⁹ Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social...», ob. cit., pp. 147-148 y BILBAO UBILLOS, J.M^a., REY MARTÍNEZ, F. y VIDAL ZAPATERO, J.M., *Lecciones de Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 172-173.

¹⁰ Cfr. BILBAO UBILLOS, J.M^a., REY MARTÍNEZ, F. y VIDAL ZAPATERO, J.M., *Lecciones de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 173.

¹¹ El proyecto de ley reguladora del factor de sostenibilidad y del Índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social contempla sustituir el IPC, como coeficiente de actualización de las pensiones, por otro elemento que tendrá en cuenta la inflación y la evolución de los ingresos y gastos del sistema, con un incremento mínimo del 0,25%, en situaciones de dificultad económica, que podrá recuperarse, en situaciones de bonanza, hasta un máximo del IPC más el 0,25%. Cfr. la página web de la Moncloa, viernes, 27 de septiembre de 2013: (<http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Resumenes/2013/270913-consejo.htm>).

En otras palabras, el objetivo de reducción del déficit (España ha llegado, en 2012, al 6,7, todavía lejos de alcanzar los objetivos fijados por el pacto de estabilidad en la Unión Europea)¹² ha conllevado importantes restricciones en las partidas de gasto de los presupuestos públicos. Estas restricciones presupuestarias vienen impuestas no sólo por el volumen de déficit sino también por su composición, propia de la coyuntura actual de crisis económica. En este sentido, ha caído considerablemente la actividad productiva, y aún más el empleo, descienden los ingresos al tiempo que se eleva el gasto provocado por la necesidad de cubrir las prestaciones por desempleo. Todo ello deja muy poco margen a la financiación de programas de gasto destinados a satisfacer otras prestaciones sociales. Dentro del panorama europeo, en España, la contracción económica descrita es especialmente intensa porque, a la crisis financiera internacional, se ha sumado una devastadora crisis del sector inmobiliario, con un gran volumen de deuda privada que lastra pesadamente la reactivación del crédito¹³.

En resumen, el diagnóstico de la crisis del Estado social, agravada por la crisis económico-financiera de escala mundial y con una clara repercusión en los derechos sociales, podría caracterizarse, entre otros, por los siguientes factores que conforman una alteración sustancial de las condiciones estructurales de dicho modelo de Estado:

1) Existencia de unos alarmantes niveles de paro (casi seis millones de personas en España a finales de 2012: el 26,02 % de la población laboral activa, con un 55,12 % de paro juvenil)¹⁴ y dependencia de un número elevado de personas (cada vez mayor) de las políticas de asistencia social del Estado y de la beneficencia de algunas instituciones privadas (Caritas, Cruz Roja o el Banco de Alimentos). Esta situación está dando lugar a la aparición de bolsas de pobreza entre la población, hasta ahora desconocidas, con el peligro de exclusión social de algunos sectores de la sociedad y, por consiguiente, del aumento de la desigualdad social (en 2012, el 21,1 % de la población español

¹² *Reuters España*:

(<http://es.reuters.com/article/businessNews/idESMAE92501L20130306>).

¹³ Acerca de estas restricciones presupuestarias para reducir el déficit, *vid.*, en general, VAQUER CABALLERÍA, M., «Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad». En *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pp. 75-76; PRESNO LINERA, M.A., «Introducción: lo esencial de la crisis sigue siendo invisible». En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 7-10: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php) y CARRILLO, M. «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social». *Revista catalana de dret públic*, nº 46 (2013), pp. 49-50.

¹⁴ Diario *ABC*, de 21 de febrero de 2013, según los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) hecha pública por el Instituto Nacional de Estadística (INE): (<http://www.abc.es/economia/20130124/abc-datos-paro-empleo-201301240903.html>).

la malvive por debajo del umbral de pobreza)¹⁵. En este sentido, algún autor ha advertido del riesgo de que pueda crearse un caldo de cultivo para el surgimiento de lo que ha denominado como una especie de «Apartheid Social»¹⁶.

2) Paradójicamente, como consecuencia de la crisis económica-financiera, el Estado ha tenido que inyectar, con cargo a sus presupuestos generales, cantidades significativas de dinero público a entidades bancarias (desde el año 2008 y hasta octubre de 2012, el Estado español, según una respuesta del Gobierno a una pregunta parlamentaria, ha aportado 52.548 millones de euros)¹⁷; o acudir a discutibles medidas como la concesión de incentivos fiscales (cuando no amnistías) a iniciativas privadas o particulares. Todo ello en detrimento de la disminución de la capacidad económica del Estado para afrontar la protección social de crecientes necesidades de la población y de asegurar la efectividad de los derechos sociales, de los derechos a prestaciones públicas.

3) La progresiva marginalidad social que está generando la crisis económica incide también en la seguridad pública, originando un aumento de la criminalidad y una vulneración de algunos derechos fundamentales. Esta situación ha llevado a algunos Gobiernos (como el español), con el apoyo de un sector de la opinión pública, a impulsar una reforma de la legislación penal para endurecer las penas o introducir nuevas medidas de seguridad, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad y compatibilidad con el sistema de los derechos fundamentales (custodia de seguridad, prisión perpetua o prisión permanente revisable).

4) La escasez de recursos destinados a la atención de crecientes necesidades sociales, ha dado lugar también a que los poderes públicos establezcan tratamientos diferenciados entre colectivos sociales vulnerables, excluyendo del acceso a determinadas prestaciones a ciertos grupos como, por ejemplo, el de los extranjeros irregulares. Incluso puede advertirse la aparición de algunas conductas políticas xenófobas que critican el gasto público destinado a satisfacer necesidades básicas de los extranjeros, cuando los nacionales están demandando cada vez mayores prestaciones del Estado.

Estos factores ponen de manifiesto la densidad y eficacia jurídica limitada de la cláusula constitucional del Estado social, porque siendo una cláusula finalista que persigue una sociedad más justa e igualitaria, depende para la consecución de sus fines de diferentes opciones y de circunstancias políticas y económicas.

¹⁵ Cfr. *El Huffington Post*, de 22 de octubre de 2012, de acuerdo los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre las condiciones de vida de los españoles: (http://www.huffingtonpost.es/2012/10/22/el-211-de-los-espanoles-p_n_1999689.html)

¹⁶ Vid. DE SOUSA SANTOS, B., *Reinventar a Democracia*, Gradiva, Lisboa, 1998, pp. 17-19, citado por SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones...», ob. cit., p. 7.

¹⁷ Cfr. PRESNO LINERA, M.A., «Introducción: lo esencial de la crisis», ob. cit., p. 11.

2. LA «RESERVA DE LO POSIBLE» Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO SOCIAL O DE IRREVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La satisfacción de los derechos prestacionales por los poderes públicos exige de estos una dotación de determinados medios materiales, personales y financieros. Se trata de derechos que tienen una dimensión económicamente relevante y que, por ello, dependen de los recursos disponibles y de las prioridades de gasto fijadas por los gobernantes de turno. El coste económico de los derechos sociales, que también se extiende a los derechos civiles, se relaciona con la denominada cláusula de la «reserva de lo posible», o con la escasez de recursos disponibles. Cláusula que se erige en un límite a la efectividad de los derechos sociales.

De acuerdo con esta noción de «reserva de lo posible», procedente del Derecho alemán¹⁸, la efectividad de los derechos sociales depende de la capacidad económica, financiera y presupuestaria del Estado, así como de la disponibilidad real de los recursos materiales y humanos, sin perjuicio de que puedan existir derechos sociales a prestaciones que sean económicamente neutros, en el sentido de que la satisfacción de las prestaciones pueda condicionarse al pago de tasas y precios públicos.

En situaciones de crisis económica, la disminución de los recursos disponibles para atender las prestaciones sociales hace necesario un debate público sobre el uso y destino de los recursos escasos. De ahí que corresponda a los poderes públicos la carga de demostrar la falta de recursos necesarios para facilitar a los ciudadanos prestaciones sociales, así como también la elección de la mejor forma de aplicar los recursos públicos escasos, esto es, la opción por una eficiente aplicación de los gastos.

En ocasiones, los poderes públicos pueden encontrarse con dificultades para establecer y fijar las prioridades de gasto, llegando incluso a distribuir los sacrificios de forma desigual entre los ciudadanos, con el consiguiente perjuicio para aquellos que se encuentren en posiciones vulnerables.

A título de ejemplo, puede citarse el Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. En él se aprueban, como reformas necesarias y urgentes y por exigencias de cumplimiento de los objetivos de déficit público, nuevos y numerosos recortes de derechos sociales e incrementos de impuestos, todos ellos establecidos sin apenas negociación política ni social: eliminación de una paga extraordinaria de los empleados públicos, suspensión de derechos colectivos y también de derechos de atención a situaciones de dependencia, rebajas de la protección por desempleo y subidas del Impuesto sobre el Va-

¹⁸ Sobre el origen alemán de la expresión «reserva de lo posible» (asociada a la noción de escasez y de la disponibilidad de recursos), especialmente a partir de comienzos de los años setenta, cfr. SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones...», ob. cit., pp. 12-13 y la bibliografía citada.

lor Añadido, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en menor grado) y de los Impuestos Especiales. Eso sí, según se dice en la norma, sin menoscabo de la prestación de los servicios públicos esenciales. En contraste con estas medidas de recortes sociales y subida de impuestos, se aprueban también algunas normas, como el Real Decreto ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento (1.782.770.890 euros), con los argumentos de evitar la «pérdida de empleos altamente cualificados y de capacidad exportadora de nuestra industria», o «para reforzar la imagen de España como socio fiable en los consorcios internacionales».

La «reserva de lo posible» es, pues, una categoría que opera como una especie de mandato de optimización de la eficacia de los derechos sociales, imponiendo al Estado el deber de promover las condiciones óptimas para asegurar la efectividad de las prestaciones públicas y tratando de preservar los niveles de protección ya alcanzados. Aspecto que conecta con otro problema, el del retroceso o no de las conquistas sociales, el de la reversibilidad o no de las normas reconocedoras de derechos sociales.

Para un sector de la doctrina, el principio de la irreversibilidad de los derechos sociales o de prohibición de retroceso de las conquistas sociales conecta con el principio de seguridad jurídica. Constituye una garantía de protección de los derechos sociales -y de la propia dignidad humana-, que cobra actualidad en tiempos de crisis económica, al poder invocarse frente al legislador cuando introduzca medidas de supresión o de restricción de prestaciones públicas ya existentes. Trata de preservar un mínimo existencial o un contenido esencial de los derechos sociales a prestaciones ya adquiridas¹⁹.

Desde este sector doctrinal se reivindica una eficacia negativa de los derechos sociales, concebidos así como derechos subjetivos de defensa, en virtud de los cuales podría reclamarse judicialmente una prohibición de intervención o de eliminación de determinadas posiciones jurídicas ya consolidadas. La garantía de prohibición del retroceso social tendría por objeto preservar el bloque normativo –constitucional e infraconstitucional– de los niveles de eficacia de los derechos sociales ya consolidados²⁰.

Uno de los argumentos que se alegan para fundamentar la irreversibilidad (o no regresividad) de los derechos sociales es la cláusula de progresividad prevista en el art. 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. Mediante ella se impone a los Estados

¹⁹ Vid. SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones...», ob. cit., pp. 18-21 y las aportaciones de la doctrina portuguesa a través de autores como Gomes Canotilho y Vital Moreira. También COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como...*, ob. cit., pp. 93-94 y 113-115, particularmente sobre el alcance de la aplicación de la prohibición de la regresividad.

²⁰ Cfr. SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones...», ob. cit., pp. 18-19 y COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como...*, ob. cit., pp. 112-113.

parte (setenta signatarios) la progresiva realización (y protección) de los derechos sociales que se reconocen en el Pacto: «Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

No obstante, desde esa posición doctrinal, se admite también la posibilidad de introducir ajustes, e incluso restricciones, a los derechos sociales mediante acciones legislativas, al igual que sucede con los derechos civiles y políticos, para salvaguardar otros derechos fundamentales e intereses constitucionales²¹. Ahora bien, es preciso que toda medida restrictiva de los niveles de protección social se someta al correspondiente control de constitucionalidad a través de los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad y de respeto al núcleo esencial (mínimo «existencial») de los derechos sociales.

Algunos de los casos que, en el ámbito del Derecho comparado, pueden citarse como ejemplo de la aplicación del principio de prohibición de retroceso en materia de derechos sociales (aunque no siempre hagan referencia expresa al mismo y sí al control de las medidas legislativas restrictivas de derechos sociales) son las decisiones del Tribunal Constitucional de Portugal 509/2002, de 19 de diciembre (*ingreso social de inserción*) y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 9 de febrero de 2010 (*legislación Hartz IV*) y de 18 de julio de 2012. En el primer caso, el Tribunal portugués declara la inconstitucionalidad -por violación del principio de prohibición de retroceso- de un Decreto de la Asamblea de la República portuguesa que sustituyó un antiguo ingreso social mínimo garantizado por un nuevo ingreso social de inserción, excluyendo del beneficio a las personas con edades entre 18 y 25 años. La exclusión del ingreso social de inserción a las personas de esta franja de edad, sin prever algún tipo de protección social similar, supone, a juicio del Tribunal, un retroceso en el grado de realización ya alcanzado del derecho a la Seguridad Social, hasta el punto de violar el contenido mínimo de ese derecho. En la sentencia del Tribunal Federal alemán, de 9 de febrero de 2010, el Alto Tribunal declaró inconstitucionales la reforma de algunas normas del Código de Protección Social, al entender que los métodos de cálculo (no las cuantías) de algunas prestaciones sociales ordinarias (alimentación, vestido, ajuar doméstico..) y las reducciones aplicadas a ciertos colectivos (menores y jóvenes), no garantizaban un mínimo existencial o vital digno. El Tribunal entendía también que el legislador no había observado un procedimiento transparente, al no mostrar de forma clara y accesible a los ciudadanos los criterios utilizados para establecer el nivel de las prestaciones sociales. En la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 18 de julio de 2012, se declaró inconstitucional el valor de la prestación

²¹ *Ibidem.*

pecuniaria que se asignaba, mediante una ley específica, a los demandantes de asilo en Alemania, con el argumento de que la prestación no aseguraba el citado mínimo existencial o vital²².

Los partidarios de este principio de prohibición de retroceso o de regresividad en materia de derechos sociales, consideran que aunque no sea posible conseguir una prohibición absoluta del retroceso social, el principio es un instrumento jurídico idóneo para reducir el impacto de la crisis económica sobre los derechos sociales, asegurando un mínimo existencial, un nivel mínimo de igualdad de oportunidades.

En España, la mayoría de la doctrina es contraria al principio de prohibición de retroceso social o de irreversibilidad de las conquistas sociales. Su admisión impediría la gobernación y la viabilidad del Estado. De ahí que quede en manos del legislador la oportuna corrección de situaciones que sean eventualmente insostenibles por circunstancias socioeconómicas²³.

El Tribunal Constitucional español, cuando se le ha planteado la cuestión directa o indirectamente, tampoco ha aceptado el principio de la irreversibilidad de las conquistas sociales. Algunas de las decisiones en las que se pronuncia sobre esta cuestión son las siguientes:

En la STC 97/1990, de 24 de mayo, al interpretar el art. 50 CE, cuando alude a las «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas», el Tribunal recuerda que el concepto de «pensión adecuada» «no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales».

En relación con el derecho a la seguridad social, del art. 41 CE, al que el Tribunal lo concibe como una garantía institucional (STC 37/1994, de 10 de febrero), se establece que «es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17 y 128/2009, de 1 de junio, FJ. 4). Para el Alto Tribunal, su garantía «no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido» (STC 37/1994), admitiendo por tanto su reversibilidad por el legislador.

²² Sobre las decisiones citadas de los Tribunales Constitucionales portugués y alemán puede verse el trabajo de SARLET, I.W., «Los derechos sociales a prestaciones...», ob. cit., pp. 15 y 22. De la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 9 de febrero de 2010 y de la amplia reforma del Código de Protección Social (la denominada legislación Hartz IV) se ocupa ampliamente TENORIO, P. «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales», ob. cit., pp. 274-298.

²³ Cfr., al respecto, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «El Estado social...», ob. cit., pp. 174-175.

Con arreglo a la doctrina y jurisprudencia citadas, el legislador gozará de un amplio margen de apreciación para revisar, restringir e incluso suprimir prestaciones sociales configuradas legalmente al amparo de los derechos sociales reconocidos en la Constitución. Ahora bien, conviene matizar que aunque el margen del legislador es amplio, no es absolutamente ilimitado. Ya que, como también ha manifestado el Tribunal Constitucional, a propósito de los arts. 9.2 y 35 CE, «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3). La expresión «sin razón suficiente», es clave para interpretar el párrafo de esta sentencia, de tal manera que se admitiría una reversibilidad de las conquistas sociales, una introducción de medidas restrictivas de los derechos sociales (siempre que la realidad económica lo imponga) y siempre que la reversión sea fundada, razonable y no arbitraria o discriminatoria.

En este sentido, cualquier ley que restrinja o rebaje el nivel de prestaciones fijado en otra ley anterior constituye una intervención sobre el derecho, sobre su contenido, por lo que será necesario justificar la medida restrictiva acudiendo a la dogmática de los derechos fundamentales (respeto del contenido esencial constitucional y del principio de proporcionalidad). En estos casos, es al legislador al que corresponde (en los preámbulos de las normas) argumentar de forma detallada la utilización de las medidas restrictivas, evitando acudir única y exclusivamente al manido argumento de «la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público» (Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, ya citado) o al «principio de estabilidad presupuestaria» (reserva de lo posible). Si se utiliza este argumento, habría de explicarse ampliamente por qué no existen recursos y dónde se destinan los que se tienen.

En otras palabras, ha de exigirse al legislador que cuando imponga recortes sociales, recortes de prestaciones públicas, para la consecución de determinados fines constitucionales, como el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE, acuda a la motivación de la decisión adoptada y al principio de proporcionalidad, que es susceptible de control judicial. Y ello con el objeto de evitar que la decisión se adopte de forma irracional o arbitraria (art. 9.3 CE), respetando, en todo caso, el lugar que ocupan los derechos sociales en el sistema axiológico-normativo de la Constitución, a la que, por otro lado, están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), y que les obliga, además, a promover la efectividad de la igualdad y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

Los principios de igualdad en sentido material y de interdicción de la arbitrariedad pueden desplegar un papel importante en el control de la constitucionalidad de la justificación de las medidas legales de recorte de prestaciones públicas. A los límites sobre la amplia discrecionalidad del legislador en materia de derechos sociales se refiere una sentencia reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 14 de febrero de 2012. En ella se declara la inconstitucionalidad de determinadas normas del Estado

de Hesse sobre remuneración de profesores, por vulneración de lo que el Tribunal llama «principio de alimentación» (como manutención o sustento) de los funcionarios públicos y que forma parte de la garantía institucional de la función pública proclamada en el art. 33.5 de la Constitución alemana. Según la elaboración que ha hecho de este principio el Tribunal Constitucional alemán, el empleador debe cuidar del bienestar del funcionario público y de su familia y mantenerlo adecuadamente de acuerdo con su rango, con la responsabilidad de su puesto de trabajo y la importancia que tiene para la sociedad en general la función pública que desempeña, y en correspondencia con el desarrollo de las circunstancias económicas y financieras generales y el nivel medio de vida²⁴.

3. UN DERECHO ESPECIALMENTE DEBILITADO: EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

Como ya se ha mencionado, la actual coyuntura económica y la falta de recursos públicos para atender debidamente las prestaciones sociales, ha hecho que se hayan introducido por vía legislativa recortes en algunos de los derechos sociales básicos: sanidad, educación, servicios sociales o atención a la dependencia. Sin olvidar también el efecto demoledor que sobre el derecho a la vivienda está produciendo la crisis económica. En efecto, son miles las personas que al haber perdido su empleo no pueden afrontar el pago del préstamo hipotecario o el alquiler de la vivienda, dando lugar a la ejecución hipotecaria y al desahucio. Tanto la pérdida del empleo como de la vivienda están originando un problema social de extraordinaria importancia. En España, el año 2012 se ha cerrado con un número próximo a las 78.000 ejecuciones hipotecarias, situación previa al desahucio. Desde el año 2007 y hasta finales de 2012, las cifras rondan los 400.000 procedimientos de ejecución hipotecaria²⁵.

²⁴ La referencia a esta sentencia de la Corte Federal alemana la tomamos de VAQUER CABALLERÍA, M., «Derechos sociales, crisis económica...», ob. cit., pp. 91-92, cuya jurisprudencia puede resultar interesante al aplicar una doctrina similar a la manejada por el Tribunal Constitucional español sobre el control del legislador, «no ya a los recortes en los servicios públicos sino a los recortes en las remuneraciones de los servidores públicos», que también se han realizado en España. Recientemente, el Tribunal Constitucional portugués, en la sentencia 353/2012 de 5 de julio, ha declarado inconstitucional la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos durante los años 2012, 2013 y 2014. Sobre esta decisión pueden verse los comentarios de VILLALBA LAVA, M., en *Diario La Ley*, nº 7907, 23 de julio de 2012; también en internet: (<http://pdfs.wke.es/9/2/7/4/pd0000079274.pdf>) y de GUILLÉN CARRAU, J., «El I Constitucional portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, junio 2013: (http://www.fundacionmgimenezabad.es/imagenes/Documentos/Cuadernos/5_cuadernos_junio2013.pdf).

²⁵ Cfr. el Diario *El País* de 30 de octubre de 2012 y de 7 de febrero de 2013, según los datos aportados por la Asociación Hipotecaria Española (AHE), que los ha extraído del Consejo General del Poder judicial: (<http://economia.elpais.com/economia/2012/10/30/>)

Los recortes sociales están afectando especialmente a algunos colectivos vulnerables como el de los extranjeros, y en particular a los que se encuentran o devienen en situación administrativa irregular²⁶. Veamos algunas consideraciones sobre el derecho a la asistencia sanitaria de este colectivo y las restricciones que al mismo se han establecido mediante la norma del Decreto ley. Efectivamente, el Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, además de introducir para los nacionales unos medidas de copago y prepago de algunas prestaciones sanitarias (farmacéutica, ortoprotésica y transporte sanitario no urgente), ha privado del derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros mayores de edad que no tengan permiso de

actualidad/1351613419_1_10881.html). De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), 23.000 personas se encuentran sin hogar, de las que 10.513 (el 45,7 %) son extranjeras, siendo la pérdida del trabajo el principal motivo por el que dichas personas se han quedado sin hogar. Debido a la privación de bienes materiales básicos, como la vivienda, se coloca a un número importante de familias en situaciones de extrema vulnerabilidad y de exclusión social. Resulta necesario acometer de forma urgente medidas específicas que contraresten este problema social. Algunas se han adoptado, no sin cierto retraso, con los Decretos Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios sin recursos y 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Se ha aprobado también la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta ley trata de complementar las medidas establecidas en las normas anteriores, perfeccionando y reforzando el marco de protección a los deudores hipotecarios que, por circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial. Entre las medidas que contiene destacan las siguientes: 1) la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad: las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales, o las víctimas de violencia de género; 2) se limitan los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, a tres veces el interés legal del dinero, prohibiéndose además la capitalización de dichos intereses; 3) se mandata al Gobierno para que impulse, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a las personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Acerca de otras medidas adoptadas por algunos poderes públicos para reducir los efectos destructivos sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), algunas controvertidas jurídicamente, como el alquiler forzoso de viviendas vacías a instancia de la Administración pública, *vid.* CARRILLO, M. «L'impacte de la crisi sobre els drets...», *ob. cit.*, pp 65-68.

²⁶ *Vid.* al respecto el trabajo de APARICIO WILHELM, M., «Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas». En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php).

residencia y que no acrediten la condición de asegurado²⁷. Solamente recibirán asistencia sanitaria en los casos de atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (conceptos de difícil interpretación y concreción jurídica) y de atención durante el embarazo, parto y postparto (modificación del art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). Antes de la reforma introducida por el Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reconocía el derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros (en las mismas condiciones que los españoles) por el mero hecho de estar inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual, esto es, con independencia de su situación legal administrativa²⁸.

A los extranjeros irregulares y a otras personas que no reúnan la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, se les ofrece la posibilidad de suscribir un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, siempre que cumplan determinados requisitos (acreditar la residencia efectiva en España durante al menos un año, estar empadronados en algún municipio español y no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título). Además se les exige el abono de 60 euros de cuota mensual, cuando «el suscriptor tiene menos de 65 años» y de 157 euros, «si el suscriptor tiene 65 o más años». Aun cuando a primera vista el precio no es muy elevado, la mayoría de los inmigrantes irregulares apenas

²⁷ Con la introducción en el Real Decreto-ley de la categoría de «asegurado», se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se mantiene, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social.

²⁸ En general, sobre el derecho a la salud de los extranjeros, *vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: ARBELÁEZ RUDAS, M., «Los derechos sanitarios de los inmigrantes». En Aja, Eliseo, Montilla, José Antonio y Roig, Eduard (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 482-493; ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S., «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes». En Aja, Eliseo (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 437-462; ARBELÁEZ RUDAS, M., «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LOEX». En Boza Martínez, Diego, Donaire Villa, Francisco Javier y Moya, David (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 61 a 72; JOVER GÓMEZ FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOLO CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 170 y ss.; AJA, E., *Inmigración y Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 379 y ss. y DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «Los derechos sociales de los extranjeros. En Matia Portilla, Francisco J., (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 301-344 y «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril». *Revista de Estudios Políticos*, nº 162, 2013 (en imprenta).

podrá afrontar el pago de esas cuotas, al encontrarse en condiciones económicas precarias. Por otro lado, la implantación de este tipo de convenios especiales, sin modulación alguna según los recursos de los destinatarios, podría considerarse una barrera económica que condiciona el ejercicio del derecho a la salud a un colectivo vulnerable, como es el de los inmigrantes irregulares. El convenio especial cubre las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, pero no las de la cartera común suplementaria (farmacéutica, ortoprotésica y transporte sanitario no urgente)²⁹.

Creo que las reformas de la legislación de extranjería y sanidad (por el calado y entidad de la materia) introducidas por el Decreto ley 16/2012, deberían de haberse llevado a cabo mediante un proyecto de ley del Gobierno, tramitándose en las Cortes por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia y no acudiendo a la norma extraordinaria del Decreto ley; de la que, por otro lado, y a consecuencia también de la crisis económica y de la necesidad de introducir reformas urgentes, se está haciendo un uso desmedido por el Gobierno (28 en el año 2012)³⁰. Mediante la norma del Decreto ley se

²⁹ Cfr. el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Esta norma publicada en el BOE de 27 de julio de 2013 (con entrada en vigor el día 1 de septiembre de 2013), se dicta en cumplimiento de lo previsto en el art. 3.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto (que aludía a una Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

³⁰ Esta utilización abusiva y desproporcionada por el Gobierno del Decreto-ley constituye una alteración del equilibrio institucional que en materia de fuentes (de producción normativa) ha de existir entre el Parlamento y el Gobierno, hasta el punto de que el Gobierno se ha convertido en el «señor de las fuentes». Vid. CARTABIA, M.: «Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici»: (publicado en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/cartabia.pdf>). También en «Il governò signore delle fonti? Introduzione». En *Gli atti normativi del governò tra Corte costituzionale e giudici*. M. Cartabia, E. Lamarque y P. Tanzarella (dirs.), Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9 y ss.). En Italia puede apreciarse igualmente cómo en los últimos años se ha incrementado de modo desmesurado la publicación de Decretos-leyes: 114 en el periodo del 28/4/2006 al 28/4/2008 y 118 del 29/4/2008 al 13/3/2013. Datos extraídos de la ponencia presentada por el profesor Andrea SIMONCINI, «Crisi economica e suoi riflessi sull'assetto delle competenze», al Congreso sobre *La crisi economica ed i suoi riflessi sull'ordinamento costituzionale*, organizado por la Scuola Superiore Sant'Anna, Istituto DIRPOLIS y la Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza (22 de marzo de 2013), datos que evidencian, en opinión del profesor Simoncini, la preeminencia del poder ejecutivo sobre el legislativo en la evolución de la forma de gobierno parlamentaria. CARRILLO, M. «L'impacte de la crisi sobre els drets...», ob. cit., pp 56-60, expone cómo la «desbocada dinámica de afrontar las medidas jurídicas contra la crisis hace abstracción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el decreto ley»; que, por regla general, se ha mostrado «muy flexible en relación con el juicio jurídico que corresponde hacer en cada caso sobre el presupuesto de hecho habilitante del art. 86.1 CE (en caso de extraordinaria y urgente necesidad)». Aunque, como expresa este autor, la permisividad jurisprudencial que se atribuye al Go-

limita considerablemente el debate parlamentario en el Congreso de los Diputados y una participación más amplia de todos los grupos parlamentarios. Afecta al principio de división de poderes y demás principios esenciales del Estado de Derecho. Por el contrario, la utilización de la vía del proyecto de ley hubiera permitido la introducción de enmiendas parciales o la presentación de un texto alternativo. Incluso podrían haberse evitado la mayoría de los setenta y tres errores que contenía la norma (de diez artículos) y que fueron corregidos posteriormente en el Boletín Oficial del Estado (por cierto, algunas correcciones fueron de fondo y no meramente gramaticales). Por otro lado, no ha de olvidarse, como ha recordado el Tribunal Constitucional, que el ejercicio de esta potestad legislativa excepcional por el Gobierno «supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno y constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa» (STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4).

Las restricciones que sobre el derecho a la sanidad de los inmigrantes irregulares establece el Decreto ley 16/2012 constituyen un paso atrás en una conquista social consolidada, una regresión normativa en el disfrute del derecho. Ni el Preámbulo de la norma ni el debate parlamentario de convalidación contienen una argumentación suficiente que justifiquen las medidas limitadoras introducidas sobre el derecho a la sanidad de los inmigrantes irregulares (a diferencia de lo que se hace con otras medidas como las relacionadas con la prestación farmacéutica o los recursos humanos). De forma muy somera, y de pasada, se acude única y exclusivamente al socorrido argumento de la

bierno sobre el juicio de oportunidad, no legitima la utilización indiscriminada de los decretos leyes. La «fecundidad» y «feracidad» normativa para dictar Decretos-leyes parece que se ha extendido también en España a algunas Comunidades Autónomas, como pone de manifiesto, para las Islas Baleares, BLASCO ESTEVE, A.: «Gobernar por decreto-ley» (publicado en <http://www.diariodemallorca.es>). Comparto la crítica que este autor realiza sobre la utilización habitual e indiscriminada que se está haciendo de los Decretos-leyes, hasta el punto de convertirse «en un modo alternativo de gobernar», en una «alteración inadmisibles de las relaciones entre el órgano máximo del poder ejecutivo» y «el órgano de representación popular o poder legislativo», que es el que «expresa directamente la voluntad del titular de la soberanía». «La gravedad de la situación económica y la respuesta a la misma no deben hacer olvidar las garantías constitucionales y estatutarias ni los fundamentos del Estado de Derecho». Me sumo también a las críticas formuladas por DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., «Los Decretos-leyes autonómicos en España: una aproximación crítica», *Osservatorio sulle fonti: (Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013), pp. 5-6, 18-19 y 26, cuando considera que el Decreto-ley autonómico se ha convertido en algunas Comunidades Autónomas en un instrumento legislativo ordinario, desplazando incluso al Parlamento en su tarea de legislar; o cuando reconoce «la laxitud con la que se está interpretando el presupuesto de hecho habilitante o la indiscriminada aprobación de Decretos-leyes sea sobre disposiciones con rango de ley o reglamentario», por no hablar también de las dificultades para controlar la constitucionalidad de estas disposiciones autonómicas con fuerza de ley, sobre las que puede consultarse también la obra de DONAIRE VILLA, F.J., *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2012.

coyuntura económica: «la grave dificultad económica por la que atraviesa el sistema sanitario público, con una alta morosidad y en insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias».

El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria es un derecho social, de carácter prestacional, regulado en el art. 43 CE (dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución). Por su naturaleza, el legislador goza de amplia libertad para configurar su contenido, de acuerdo con los recursos económicos disponibles y las prioridades de gasto. Incluso puede tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa de los extranjeros en España, y exigirles la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio del derecho. Ahora bien, si se tiene en cuenta que estamos ante un derecho que tiene una clara conexión con el derecho a la vida e integridad física de las personas, del art. 15 CE, podría considerarse un derecho constitucional materialmente fundamental y de titularidad universal. Y ello, de acuerdo también con lo previsto en los arts. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es un derecho que, además, guarda una relación estrecha con la dignidad humana y que tiende a igualar a todas las personas en derechos por su condición de seres humanos. Por estas consideraciones, el legislador de urgencia, en el Decreto ley 16/2012, debiera de haber argumentado de forma explícita y suficiente por qué ha restringido, por motivos económicos y también por razón de la nacionalidad y de su situación administrativa, el derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares.

Algunas Comunidades Autónomas (el Parlamento de Navarra y los Consejos de Gobierno del Principado de Asturias y de la Junta de Andalucía) han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto ley 16/2012. El Tribunal Constitucional, cuando examine los recursos, habrá de valorar si las medidas restrictivas introducidas por el legislador de urgencia, por motivos económico-presupuestarios, respetan o no su contenido esencial, y si superan o no el principio de proporcionalidad y sus criterios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, cuando el Tribunal Constitucional resuelva los recursos es probable que haya mejorado la situación económica del país y superado las dificultades que afectan al sistema sanitario público; desapareciendo, por tanto, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que sirvieron de fundamento al legislador para adoptar las medidas limitadoras del derecho.

Desde el punto de vista competencial, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una cierta uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pue-

den adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias.

De este modo, conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en sanidad, han ido surgiendo también diversos regímenes jurídicos sanitarios³¹. En otras palabras, se ha creado un sistema público sanitario que no es igual en todo el territorio del Estado, aunque, por medio de

³¹ Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en el Estatuto de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de todas las personas (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley, y dentro del marco de las competencias que, en materia de sanidad, productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en las normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Como es sabido, en relación con la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, el Tribunal Constitucional ha manifestado que aquellos preceptos de los Estatutos de Autonomía en los que se reconocen derechos o principios rectores de la política social y económica, estos han de estar conectados con una materia que haya sido adquirida como competencia autonómica en el Estatuto, y que para que tengan plena eficacia jurídica y sean exigibles directamente ante la jurisdicción ordinaria es necesario que el legislador autonómico regule su régimen jurídico (SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 16). Sobre los derechos estatutarios y su naturaleza jurídica existen ya numerosos trabajos en la doctrina, pueden destacarse entre otros: FERRERES COMELLA, V., BIGLINO CAMPOS, P. y CARILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9 y ss.; DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.^a, «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006, pp. 63 y ss.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, 2007, pp. 33 y ss.; DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.^a, «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, 2007, pp. 63 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, F. «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 13, 2008, pp. 13 y ss.; CASTELLÀ ANDREU, J.M.^a y GRAMMOND, S. (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Atelier, Barcelona 2010, pp. 15 y ss.; CÁMARA VILLAR, G., «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 57 y ss.; VILLAVEDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 105-137; TORRES MURO, I., «Derechos sociales y Comunidades Autónomas». En *Constitución y Democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III, Universitas, S.A., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 3539 y ss. y también en este Libro homenaje, BARCELÓ, M., «La azarosa vida de los derechos

la legislación básica, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de todos los ciudadanos (art. 149.1, 1º y 16º CE), ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios³². Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado. Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria cuyos beneficiarios serían los residentes que tuvieran la condición de asegurado³³. Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho.

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es menor pues comprendería solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación.

sociales. Del cuestionamiento de su regulación autonómica a la supuesta inevitabilidad de su restricción», pp. 3513 y ss.

³² La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, bis, ter y quáter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril). ESCOBAR ROCA, G., «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud...», ob. cit., pp. 139-140 y «El derecho a la protección de la salud». Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria, ob. cit., pp. 1123-1124, expone cómo el catálogo de prestaciones que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, regulado en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, conforma el contenido del derecho de protección a la salud y se proyecta sobre el concepto de salud por el que opta el art. 43 CE.

³³ Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8, *quinquies*, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (ex art. 149.1.16 CE). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho)³⁴.

Consideramos que del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares.

Las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar por normas autonómicas el Real Decreto-ley 16/2012³⁵. Así, existe un primer grupo de Comunidades Autónomas como Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que, desde el 1 de septiembre de 2012, el Gobierno autonómico aplica de forma estricta el Real Decreto-ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad.

Un segundo grupo de Comunidades Autónomas estaría constituido por aquellas Comunidades que anunciaron, desde un primer momento y a través de sus representantes políticos, la voluntad de no aplicar estrictamente el Real Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares o, dicho de otro modo, ampliando subjetiva y objetivamente la prevista en la norma estatal. En este grupo se incluirían Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Incluso algunas de ellas reaccionaron frente al Decreto-ley 16/2012 interponiendo un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos (Asturias y Andalucía). Desde los Gobiernos de algunas de estas Comunidades Autónomas, y a través de la Consejería competente en materia de sanidad o salud, se han elaborado normas autonómicas (la mayoría de ellas instrucciones internas que en algunos casos ni siquiera se publican oficialmente) en las que se establece el acceso de los inmigrantes irregulares a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico

³⁴ Véase, en este sentido, la STC 136/2012, de 19 de junio (FJ 5).

³⁵ Una información más amplia y detallada sobre la reacción de las Comunidades Autónomas frente al Real Decreto-Ley 16/2012 y las normas dictadas por estas en su ejecución y desarrollo, puede verse en nuestro trabajo: DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes ...», ob. cit. (en imprenta).

en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Para ello, se les otorga un documento acreditativo o una tarjeta especial (que puede ser provisional, susceptible de prórroga), aunque para su obtención se exige el cumplimiento de determinados requisitos como el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma (que difiere de unas Comunidades a otras), o no superar una cuantía de ingresos determinada.

Existiría todavía un tercer grupo de Comunidades Autónomas compuestas por aquellas Comunidades que han desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Así, en algunas de ellas (Castilla y León y Valencia) se han adoptado determinadas instrucciones o circulares por órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria en las que se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. Sin perjuicio de que se establezca también la posibilidad de que surjan situaciones de facturas impagadas, al no poder abonar su importe los inmigrantes irregulares por carecer de recursos económicos suficientes. De ahí que se contemple en esas normas que las facturas se satisfagan con cargo a los servicios sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales. A partir del 1 de septiembre de 2013, fecha en que entra en vigor el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, las Consejerías competentes en materia de Sanidad, a través de los órganos competentes, proponen a las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud la firma de un convenio especial para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma.

Dentro de este tercer grupo, otras Comunidades Autónomas (Galicia, Navarra y Canarias), a través de órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria, han dictado también normas autonómicas (instrucciones o circulares internas), en las que se prevén programas de salud pública o de carácter social y/o se habilitan procedimientos para la elaboración de un registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico.

Se condiciona también el acceso a dichos programas y documentos acreditativos a que los inmigrantes irregulares cumplan determinados requisitos como el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, el no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria.

El Gobierno de la Nación ha presentado ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias contra los Gobiernos Vasco y Navarro, al haber dictado unos Decretos (114/2012, de 26 de junio y 117/2012, de 31 de octubre, respectivamente), en los que se ampliaba la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Decreto ley 16/2012. El Gobierno

considera que algunas de las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado y contradicen la legislación básica estatal en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE). En el caso del Decreto Vasco, el Gobierno de la Nación solicitó, asimismo, la suspensión de la norma. El Tribunal ha resuelto el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto del Gobierno Vasco, en concreto, los que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Decreto ley 16/2012, entre los que se encuentran los inmigrantes irregulares. El Alto Tribunal, ponderando los bienes jurídicos y los posibles perjuicios económicos o que para la salud pública e individual pueden derivarse del levantamiento o no de la suspensión del Decreto, establece de forma clara que «el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado» (FJ 5).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La crisis económica que desde hace unos años están atravesando los países del continente europeo -que afecta con mayor intensidad a los del sur-, está agravando la crisis de la forma del Estado social y alterando sustancialmente alguno de sus elementos constitutivos como es el reconocimiento y efectividad de los derechos sociales. Según se ha dicho, algunos de los efectos de esta crisis económico-financiera, como el incremento desmesurado del paro o la inyección por el Estado de importantes cantidades de dinero público a entidades bancarias, están produciendo una disminución de la capacidad económica del Estado para afrontar la protección social de las crecientes necesidades de la población, en detrimento de una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos. En definitiva, la situación de crisis económica está generando determinados problemas que ponen de manifiesto la eficacia jurídica limitada de la cláusula del Estado social, porque siendo una cláusula finalista que persigue una sociedad más justa e igualitaria, depende para la consecución de sus fines de diferentes opciones y circunstancias políticas y económicas.

Los derechos sociales tienen una dimensión económicamente relevante, su efectividad depende -en virtud de la denominada cláusula de la «reserva de lo posible»- de la capacidad económica, financiera y presupuestaria del Estado. Se trata, por tanto, de una cláusula que puede erigirse en un límite a la efectividad de los derechos sociales. En situaciones de crisis económica, los poderes públicos, particularmente el legislativo, la utilizan de forma recurrente para justificar medidas restrictivas de derechos sociales. Desde posiciones doctrinales contrarias a la adopción de estas medidas limitadoras se opone el principio de irreversibilidad de los derechos sociales como

instrumento jurídico idóneo para reducir el impacto de la crisis económica sobre los derechos sociales, asegurando así un mínimo existencial, un nivel mínimo de igualdad social. Adhiriéndonos a la posición mayoritaria de la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consideramos que la admisión del principio de irreversibilidad de las conquistas sociales impediría la gobernación y la viabilidad del Estado. De ahí que sea necesario que el legislador disponga de la facultad de corregir situaciones (revisar o restringir prestaciones sociales) que sean eventualmente insostenibles por circunstancias socioeconómicas. Ahora bien, aunque el margen de actuación del legislador es amplio, no es absolutamente ilimitado, siendo igualmente necesario que toda medida restrictiva de los niveles de protección social se someta al control de constitucionalidad a través de los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad y de respeto al núcleo esencial (mínimo «existencial») de los derechos sociales. En otras palabras, ha de exigirse al legislador que cuando imponga recortes sociales, para la consecución de determinados fines constitucionales, como el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE, acuda a la motivación de la decisión adoptada y al principio de proporcionalidad, que es susceptible de control judicial.

Los recortes sociales están afectando especialmente a algunos colectivos vulnerables como el de los extranjeros, y en particular los que se encuentran en situación administrativa irregular. El Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, que modifica la legislación sanitaria de extranjería, ha privado del derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros mayores de edad que no tengan permiso de residencia y que no acrediten la condición de asegurado, salvo en los casos de atención en urgencias por enfermedad grave o accidente y de atención durante el embarazo, parto y postparto. Ni el Preámbulo de la norma ni el debate parlamentario de convalidación contienen una argumentación suficiente que justifiquen las medidas limitadoras introducidas sobre el derecho a la sanidad de los inmigrantes irregulares. A este colectivo se les ofrece la posibilidad de suscribir un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, mediante el pago de unas cuotas y siempre que se cumplan determinados requisitos. Aun cuando las cuotas no son elevadas, la mayoría de los inmigrantes irregulares apenas podrá afrontar el pago de esas cuotas, al encontrarse éstos en condiciones económicas precarias.

Las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar por normas autonómicas el Real Decreto-ley 16/2012. Así, mientras unas Comunidades Autónomas lo aplican de forma estricta; otras no lo aplican, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad; e incluso existen otras Comunidades Autónomas que han desarrollado mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Nos encontramos así ante una situación de heterogeneidad normativa, con normas autonómicas de diverso y desigual contenido,

algunas de ellas de carácter provisional (instrucciones y circulares), al estar todavía pendientes de ulteriores desarrollos normativos. Esta situación de heterogeneidad normativa puede dar lugar a un no deseable «efecto llamada», a un desplazamiento de los inmigrantes irregulares desde aquellas Comunidades Autónomas que no les conceden el acceso a las prestaciones sanitarias adicionales a otras Comunidades que sí se las ofrecen, a pesar incluso de la exigencia de ciertos requisitos como el estar empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma por un periodo de tiempo determinado.

RESUMEN: En este trabajo el autor expone cómo el contexto socioeconómico actual y la crisis económica en la que nos hallamos inmersos está agudizando la crisis del Estado social. Se hace un breve diagnóstico de la crisis de este modelo de Estado y de su incidencia sobre uno de sus elementos estructurales, los derechos sociales. El autor se ocupa también del examen de la denominada cláusula de la «reserva de lo posible», como límite a la efectividad de los derechos sociales, y de su conexión con otro problema, el de la reversibilidad o no de las normas reconocedoras de derechos sociales. Los recortes sociales están afectando especialmente a algunos colectivos vulnerables como el de los extranjeros irregulares. En este artículo se analiza también la restricción que sobre el derecho a la asistencia sanitaria de este colectivo se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril y la diferente ejecución que de él han realizado algunas Comunidades Autónomas.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, crisis económica, irreversibilidad de los derechos sociales, inmigración.

ABSTRACT: In this paper the author discusses how the present socio-economic context and the economic crisis in which we find ourselves is exacerbating the crisis of the welfare state. It makes a brief diagnosis of the crisis of the model of state and their impact on its structural elements, social rights. The author also deals with the examination of the clause called «possible reserves», as a limit to the effectiveness of social rights, and its connection with another problem, reversibility or otherwise of social rights laws. The welfare cuts are affecting some groups especially vulnerable as irregular foreigners. This article also analyzes the restriction on the right to health care for this group was carried out by Real Decreto-ley 16/2012, of April 20, and the different implementing it have been some Comunidades Autónomas.

KEYWORDS: Social rights, economic crisis, irreversibility of social rights, immigration.

Recibido: 20.07.2013

Aceptado: 02.09.2013

Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos

Asunción de la Iglesia Chamarro
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

SUMARIO: Introducción.—**1.** Decreto y crisis: dos términos emparentados.—**2.** Prodigalidad del decreto-ley a nivel estatal en los periodos de crisis y debilidad del control.—**3.** Reciente incorporación los decretos-leyes autonómicos y profuso despegue en el contexto de crisis.—**4.** Consideraciones de cierre.

INTRODUCCIÓN

En el seminario italo-español del Grupo de Turín celebrado en Pisa en la Scuola Superiore Sant'Ana el pasado 22 de marzo de 2013, uno de los puntos del debate fue la crisis económica y su reflejo en el ordenamiento constitucional. Me centro aquí en la cuestión de las fuentes de producción normativa, pues creo que no es excesivo decir que esta ha sido una de las dimensiones constitucionales de la crisis económica. En efecto, los órganos y procedimientos por los que el Derecho se produce, es decir, que legisle el Gobierno o el Parlamento, con sus respectivos procedimientos de adopción, conciernen y comprometen el modo en que el poder político se ejerce, y reflejan la realidad del sistema político. En tal sentido, que las fuentes del Derecho son expresión del sistema constitucional en su plasmación real.

Es cierto que desde hace tiempo en los sistemas parlamentarios los Ejecutivos han dejado de ser «ejecutivos» en el sentido literal del término aplicado a su papel en la producción normativa de cuño decimonónico, es decir, ejecutores de la potestad normativa primaria del Parlamento. El Estado Social trastocó los esquemas, admitiendo el liderazgo del Gobierno y su posición casi hegemónica en la función legislativa, primero con el protagonismo absoluto en la iniciativa, donde el Parlamento trabaja en la mayoría de los casos sobre la ratificación perfecta de un texto remitido por el Gobierno, pero también con el recurso cada vez con más holgura a los sustitutivos de la ley formal: decreto-ley y decreto-legislativo; el primero atendiendo a la urgencia y el segundo previa delegación parlamentaria. En efecto, desde hace décadas, son los gobiernos los impulsores de la acción política en el orden legislativo. Así, el decreto en sus distintas manifestaciones, sea como sustitutivo de la ley o en el ejercicio de

las potestades reglamentarias, ha pasado a la primera línea de las fuentes del Derecho como un instrumento normativo de primera fila¹.

Instalados ya en esta tendencia, aún hay que advertir que en los últimos años, la crisis económica ha ensanchado todavía más el espacio ocupado por los Gobiernos en ese papel normador, produciendo una suerte de «ejecutivización» del Derecho. Más en concreto, en referencia a España, los Gobiernos –nacional y autonómicos– vienen esgrimiendo «el actual contexto de crisis económica» como justificación automática para integrar la exigencia del presupuesto de hecho habilitante en la legislación de urgencia por decreto y, así, han terminado por sustituir al legislador parlamentario, que va al arrastre de aquellos en la fase de tramitación posterior del texto del decreto-ley como proyecto de ley. Con respecto a los últimos años resulta notable el incremento del número de decretos leyes a nivel estatal, y en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con esta herramienta, también estos empiezan a configurarse como recurso normativo habitual.

En estas páginas, después de referirme a la conexión que existe entre los términos decretos y crisis, daré cuenta sucintamente de la práctica elevada al decreto-ley estatal en el contexto de crisis y después de los novedosos decretos-leyes autonómicos que, precisamente, han visto la luz en un contexto de crisis económica que ha favorecido un despegue profuso, sin estar aún resueltas algunas cuestiones de calado que presenta su incorporación, principalmente, la justiciabilidad efectiva de los mismos.

1. DECRETO Y CRISIS: DOS TÉRMINOS EMPARENTADOS

Tanto en un orden semántico como en los usos históricos del decreto las voces «crisis» y «decreto» aparecen conectados. Hoy la situación económica que atravesamos muestra otra vez más dicha relación. En España e Italia es elocuente la lectura de los boletines oficiales, que muestra las cifras de decretos-leyes dictados para paliar las consecuencias de la crisis y aprobar medidas normativas ordenadas a corregir problemas estructurales, medidas presupuestarias, reformas de la administración, del mercado laboral o, en fin, medidas de incidencia directa o indirecta en la gestión de la crisis.

En 1997 publiqué con el título «El gobierno por decreto» el trabajo que fue mi tesis doctoral². Aquél estudio que, osadamente, comenzaba indagando las raíces de etimológicas de la voz «decreto» hasta el sánscrito, me permitió conocer que *decreto* y *crisis*, son voces entre las que hay una conexión etimológica. Permítaseme un recuerdo a lo que señalaba en el aquél trabajo, pues en nada es digresión, sino parte central del discurso. «Decreto» viene

¹ Sin este contexto de crisis económica lo advertía ya FINER, H., *Teoría y práctica del Gobierno moderno* (trad. E. TIerno GALVÁN), Tecnos, Madrid, 1964, pp. 640 y ss. Por mi parte del tema me he ocupado en *El gobierno por decreto*, Pamplona, 1997.

² Cfr. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., *El gobierno por decreto*, Pamplona, 1997, pp. 24 y ss.

del latín *decernere* –*crevi* –*cretum*. Y «*decernere*» es la acción de resolver en un conflicto de intereses o una situación controvertida. Ya en la Roma clásica, *decretum* era la decisión de potestad del magistrado *cum iurisdictione*, y evoca los elementos de acto decisorio prudencial ante una situación controvertida que más adelante sumará a ellos el ser dictado por quien tiene la potestad suprema. Siguiendo con el rastreo de las raíces de la palabra, se encuentra el parentesco entre el verbo latino *cernere* y el griego *krinia* que significa juicio en el sentido amplio de discernimiento o distinción intelectual. Entre las palabras que se forman a partir de este último está *crisis*, entendida como situación de encrucijada. En efecto, el decreto es, ha sido históricamente, un instrumento de ejercicio del poder que emerge especialmente en las situaciones críticas, sea para la adopción de disposiciones generales, sea para las resoluciones de carácter singular o incluso resoluciones materialmente constitucionales o de eficacia *ius fundamental*. Es rica la historia en ejemplos, al menos la de España, pero no exclusivamente, en que el decreto frente a otros instrumentos dispositivos, expresa un poder decisorio de acción directa que, en contraste con la ley, no va precedido de un proceso de deliberación pública, sino que expresa la resolución de quien tiene la máxima autoridad para zanjar y dirimir en la crisis, entendida como encrucijada.

En lo que respecta a los usos del decreto en la historia, hasta bien entrado el siglo XIX, pero episódicamente también hasta nuestros días, el decreto ha servido principalmente como instrumento dispositivo típico de quien ostenta la potestad soberana o de quien, ejerce la potestad resolutoria última. Sin poder entrar más que en este brevísimo recordatorio, me permito rescatar una conclusión que a la vista de los tiempos es de recordar: frente al uso ordinario y hoy más extendido en el plano normativo del decreto como instrumento o fuente secundaria subordinada a la ley, se forma y es históricamente un instrumento dispositivo antonomástico de los periodos de crisis o encrucijada, sea política, social o económica. Por eso, si se hace un rastreo de las utilidades del decreto a lo largo de la historia, más allá de esa que le corresponde habitualmente en el esquema de reparto de los poderes normativos entre Parlamento y Gobierno desde bien entrado el siglo XIX y más en el XX, ley-reglamento, el decreto reaparece en los contextos de crisis casi como expresión de una potestad de resolución última y en su versión más genuina. Decreto y soberanía estaban ligados desde el Antiguo Régimen a los albores del constitucionalismo. Eso explica por qué la Asamblea Nacional Francesa o las Cortes de Cádiz de 1812 se sirvieron de esta fuente del Derecho para vestir sus principales acuerdos³.

Lo anterior no quiere decir en modo alguno, que esta sea la técnica normativa deseable. En absoluto. La ley parlamentaria, fruto de la deliberación

³ Con motivo de los doscientos años de la Constitución gaditana me he referido a esta cuestión en «La revolución constitucional en Cádiz a través de los Decretos de Cortes», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 83, enero-abril, 2012, pp. 241 y ss.

pública, aprobada por el órgano que representa la voluntad popular es una categoría que no puede verse desplazada por las fuentes de la urgencia.

Este texto debe pues verse como un análisis crítico de una realidad de producción normativa en la actualidad que ha de contenerse, aunque se explique atendiendo a la excepcionalidad del contexto.

Volvamos ahora a la cuestión del decreto-ley en la situación de crisis, primero en relación con los decretos-leyes estatales y después, la última novedad en fuentes: los decretos-leyes autonómicos.

2. PRODIGALIDAD DEL DECRETO-LEY A NIVEL ESTATAL EN LOS PERIODOS DE CRISIS Y DEBILIDAD DEL CONTROL

La X Legislatura (2011-) está siendo prolija en lo que a la decretos-leyes se refiere. Si bien es cierto que la función de dirección política que corresponde a los Gobiernos, hace que sean precisamente estos quienes deban tomar el timón⁴ en las situaciones de crisis⁵ conviene advertir la necesidad de límites y controles para evitar que la ausencia de los mismos degeneren. Para resolver la crisis el Gobierno se servirá de aquellos instrumentos que prevé el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el riesgo es el abuso, y no está demás traer al caso aquel adagio latino que rezaba «*abusus non es usus sed corruptela*».

Véanse las cifras. En 2012, se dictaron 26 decretos-leyes, 6 más que en 2011. El incremento de los dictados con respecto a la IX Legislatura es llamativo. La ratio ordinaria está entre 10-12/decretos-leyes al año, que también se vio notablemente superada en la legislatura 1996-2000, en un contexto de crisis económica (en aquella legislatura de crisis y cambio de color político del Gobierno se dictaron 85 decretos-leyes)⁶. Ciertamente, el planteamiento así hecho es puramente cuantitativo y, aunque aquí no pueda hacer un análisis detenido, no se puede dejar de advertir que no es tanto cuestión de números, como de gravedad de las medidas regulatorias y disposiciones adoptadas por decreto-ley, así como la interpretación que se haga del presupuesto de hecho habilitante. Puede suceder, y de hecho se ha dado, que legislaturas con un número inferior de decretos-leyes hayan hecho una utilización inadecuada de los mismos, bien por falta de presupuesto de hecho habilitante, bien por exceso en los límites materiales fijados al decreto-ley o por falta de conexión entre las medidas adoptadas y la situación de urgente necesidad que se invoca como habilitación de la potestad legislativa del Gobierno.

Como es bien conocido, el artículo 86 de la Constitución Española prevé que en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno pueda

⁴ Gobierno deriva del latín *gubernare*: pilotar una nave-, que a su vez, viene del griego *kybernao*. con el mismo significado.

⁵ GÓMEZ LUGO, Y., «Decreto versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomia*, núm. 4, marzo-agosto, 2013, p. 103.

⁶ Fuente: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>

dictar disposiciones legislativas provisionales, con el *nomen iuris* decretos-leyes. Estos decretos-leyes requieren en primer término la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante, que es apreciado discrecionalmente por el Gobierno, pero que ha de justificarse como requisito de su constitucionalidad y que está sometido al control de Congreso de los Diputados en la convalidación parlamentaria (art. 86.2 CE) y, en su caso, al del Tribunal Constitucional a través de los procedimientos de control de constitucionalidad propios de las disposiciones con fuerza de ley. La extraordinaria y urgente necesidad no se ha entendido nunca en nuestro ordenamiento en el sentido de anormalidad constitucional que se corresponda con los Estados de alarma, excepción o sitio del art. 116 sino que es una excepcionalidad de tono menor⁷ y no es equiparable a una situación de imposibilidad absoluta o de vacío de poder. La figura encaja, por tanto, dentro de la normalidad institucional⁸, aunque exige la concurrencia de circunstancias que impiden llegar a atender una necesidad de regulación que pueda esperar a los tiempos parlamentarios⁹.

En efecto, en el desenvolvimiento normalizado de los poderes pueden surgir circunstancias que impidan esperar a los tiempos parlamentarios sin frustrar o limitar los efectos pretendidos con la adopción de la norma con rango de ley. En primer término, corresponde al Ejecutivo la valoración y apreciación de las circunstancias que justifican la alteración del orden normal de ejercicio de las potestades normativas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido «el peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado»¹⁰, aunque no impide el control del Tribunal Constitucional a fin de verificar los casos en los que se haya podido producir un uso abusivo o arbitrario, llegando «a rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad (esta naturaleza) que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Debe además existir conexión entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (STC 31/2011, FJ 4). Por todas es de citar la STC 6/1983, según la cual la necesidad a que se refiere el art. 86 CE puede ser una necesidad relativa para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual y debe

⁷ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 197.

⁸ *Ibidem*, p. 197.

⁹ Sobre el presupuesto de hecho habilitante y la interpretación flexibilizadora del Tribunal Constitucional de la urgencia y la necesidad la bibliografía es abundante. Véase por todos CARMONA CUENCA, A., *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997, en particular, pp. 76 y ss. Por mi parte, me he ocupado del tema en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., *El gobierno por decreto*, Pamplona, 1997, pp. 101-161.

¹⁰ STC 29/1982, FJ 3.

interpretarse como *necesidad relativa* para conseguir los objetivos gubernamentales, cuando la satisfacción de estos requiera una acción normativa que no pueda conseguirse por la vía normal o el procedimiento legislativo de urgencia¹¹.

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente su competencia para fiscalizar el presupuesto de hecho habilitante, analizando los motivos justificativos del presupuesto de hecho habilitante que el Gobierno debe explicitar a través del preámbulo del decreto-ley, en su intervención ante el Parlamento en el debate de convalidación y en los antecedentes de la norma.

Precisamente resultan muy oportunos los pronunciamientos del Alto Tribunal en relación con el presupuesto de hecho habilitante de los decretos-leyes, que deberían tenerse muy en cuenta. En efecto, desde 2007 ha declarado en tres ocasiones la inconstitucionalidad por ausencia de justificación suficiente del presupuesto de hecho habilitante o por falta de conexión entre las medidas adoptadas y la citada situación de urgencia: se trata de las SSTC 68/2007, 31/2011 y 137/2011. Esta jurisprudencia no ha producido un efecto de contención de los decretos-leyes a la vista de las cifras. Y es que la tardanza patológica del Tribunal Constitucional en resolver los recursos, deja esta vía de control terriblemente debilitada en la práctica: ¿quién se ve constreñido por una declaración de inconstitucionalidad que puede llegar diez años después de la aprobación de la disposición?

Por otra parte, el control parlamentario a los decretos-leyes no puede en modo alguno calificarse de eficaz e incisivo. Los decretos-leyes deben ser convalidados en el plazo de un mes en una votación de totalidad en el Congreso de los Diputados. El sistema de gobierno parlamentario se articula como un modelo de colaboración entre poderes más que un modelo rígido de separación y, en consecuencia, si el Gobierno cuenta con el respaldo de su mayoría parlamentaria, como viene siendo hasta la fecha. La convalidación está automáticamente asegurada. Por eso, la convalidación viene siendo un trámite rutinario, donde las disciplinas de los grupos que sostienen al Gobierno operan a la perfección y la intensidad del control es bajísima por no decir nula dado el relegado papel de las minorías parlamentarias¹².

Precisamente estos dos datos, la inoperancia práctica del control de constitucionalidad y del control parlamentario, convierten el decreto-ley en una herramienta que desplaza a la ley parlamentaria, sin la calidad democrática de esta última.

¹¹ STC 6/1983, FJ 5.

¹² Me remito a lo señalado sobre esta cuestión en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. «La convalidación parlamentaria del decreto-ley en España», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 44, 1998, pp. 7-61.

3. RECIENTE INCORPORACIÓN LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS Y PROFUSO DESPEGUE EN EL CONTEXTO DE CRISIS

Los decretos-leyes autonómicos se han incorporado como nueva fuente del derecho en el último proceso de reformas estatutarias llevado a cabo entre 2006 y 2011. Disponen de esta herramienta normativa *express* ocho Comunidades Autónomas, a saber: Valencia, Cataluña, Andalucía, Baleares, Aragón, Castilla-León, Navarra y Extremadura. Se han superado ya con creces el centenar de decretos-leyes autonómicos¹³.

Los decretos-leyes autonómicos tendrán que referir en su historia haber visto la luz en la emergencia en este contexto de crisis económica, que ha permitido a los Ejecutivos autonómicos contar con un instrumento idóneo para políticas de emergencia especialmente en materia económica. Esto podría servir para explicar parcialmente un número elevado de decretos-leyes en estos pocos años, que se concentran especialmente en algunas CCAA. Sin embargo, algo hay también de la inercia de los modos instalados en el ejercicio de las facultades normativas de Gobierno y Parlamento y de arrastre de la *praxis* estatal.

En lo que toca a esta figura novedosa se impone una reflexión general acerca de su oportunidad y un primer diagnóstico de los problemas que la acompañan. Acerca de la constitucionalidad, y no obstante su imprevisión constitucional, la apertura de la norma constitucional a los Estatutos de Autonomía hace posible que a través de estos puedan crearse fuentes del derecho con rango de ley. El sistema de fuentes autonómico se forma «extra-constitutione», como consecuencia del principio dispositivo que preside la Constitución territorial, donde el Estatuto de Autonomía «es fuente *de y sobre* la producción del ordenamiento jurídico autonómico»¹⁴. Sin embargo, en el caso particular del decreto-ley autonómico hay que considerar que es una fuente singularísima, que implica una elusión de la regla general del reparto de las potestades normativas: el Ejecutivo asume la potestad legislativa que corresponde *in origine* a la Asamblea representativa y lo hace espontáneamente –sin delegación previa de la Cámara–. Por eso, si bien es difícil encontrar obstáculos a su admisibilidad constitucional, la regulación tiene que ser muy medida

¹³ De la figura me he ocupado en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., «Los decretos-leyes autonómicos: una aproximación crítica» en *osservatoriosullefonti*, núm. 1, 2013. Otros trabajos de citar son los de HERRÁIZ SERRANO, O., «Teoría y práctica del Decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas Comunidades Autónomas», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm.25, 2011, p. 105-161 y DONAIRE VILLA, F.J., *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.

¹⁴ Cfr. en particular AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 261.

considerando la particularidad del escenario institucional en el que opera¹⁵. Lo extraordinario del decreto-ley como instrumento que quiebra el reparto ordinario de poderes normativos entre Parlamento y Gobierno exige una regulación estricta de los mismos y una previsión suficiente de garantías.

Desde un punto de vista de oportunidad de su incorporación nótese que no ha habido un debate previo a la altura del relieve de la novedad. La doctrina iuspublicista mayoritaria se muestra crítica con la figura¹⁶, pues el argumento de disponer de instrumentos normativos de urgencia para hacer frente a situaciones apuradas que no pueden esperar a los tiempos parlamentarios pierde fuerza en el caso de los parlamentos autonómicos, unicamerales y dotados de procedimientos legislativos de urgencia y de lectura única. Es muy sabido que, en general y salvo que pretendan encargarse de aquello que no les compete o tener un activismo más de apariencia que de eficacia, estos parlamentos carecen de la carga de trabajo de las Cortes Generales y podrían sacar adelante con una celeridad superior cualquier medida. De otro lado, las materias sobre las que pudieran dictarse estas disposiciones es probable que en buena parte sean de competencia estatal o, al contrario, no caigan bajo el ámbito de la reserva de ley. Y en este último caso podría recurrirse a disposiciones de rango reglamentario.

En parte, la inclusión del decreto-ley autonómico refleja la tendencia general al fortalecimiento de los Ejecutivos propia del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁷, en ese camino acentuado que ha llevado a referirse

¹⁵ Así se lo plantean CASTELLÀ ANDREU, J.M. y MARTÍN NUÑEZ, E., «Estatuto de Autonomía y sistema de fuentes autonómico», en CASTELLÀ ANDREU, J. M. y OLIVETTI, M. (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 76.

¹⁶ Cfr. REBOLLO PUIG que califica de «desacierto, innecesariedad e inconveniencia esta novedad, pues potencia a los Ejecutivos frente a las asambleas parlamentarias, mermando las garantías de los ciudadanos por la pérdida del procedimiento legislativo, y avisa de la drástica reducción de acceso a la justicia que comporta la aprobación de normas con fuerza de ley». También MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M., en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Civitas, 2008, pp. 168 y 169. En el mismo sentido de la falta de justificación BIGLINO CAMPOS, en «La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2011, pp. cit., p. 29. La argumentación doctrinal más crítica con la figura es la de BAÑO LEÓN, J.M., y BOIX PALOP, A. que tildan la incorporación de «profundamente regresiva y constitucionalmente más que dudosa» en «El Estatuto Valenciano en el marco de la reforma territorial», en LÓPEZ RAMÓN, F., *De la reforma estatutaria*, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2005, p. 266. También en términos extraordinariamente críticos véase HERRÁIZ SERRANO, O., «Teoría y práctica del Decreto-ley autonómico...», *op. cit.*, p. 108 y ss. y antes CARMONA CONTRERAS, A., «La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos Estatutos de Autonomía: consideraciones críticas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 76, 2006, pp. 15-38.

¹⁷ Para una referencia justificativa general del papel de la decretación legislativa de urgencia en el Estado Social y Democrático de Derecho véase CARMONA CONTRERAS, A., *La configuración constitucional del decreto-ley*, *op. cit.* pp. 47-49. En particular, en rela-

al Gobierno como «señor de las fuentes»¹⁸ ahora llevada a la reproducción a escala autonómica del modelo institucional del Estado.

El decreto-ley autonómico se ha incorporado con un paralelismo notorio al decreto-ley estatal, lo que permite trasladar adaptadas las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales hechas para aquel, que se han olvidado en la configuración de la versión autonómica, que corre el riesgo además de sumar problemas añadidos, especialmente la disminución de la efectividad del control jurisdiccional, como se dirá más adelante.

Procede aquí un apunte de las principales cuestiones problemáticas en relación con los decretos-leyes autonómicos:

1º) Por ser disposiciones de rango legislativo, gozan del privilegio jurisdiccional de la ley. En el caso de las CCAA el problema que presenta la limitada legitimación activa –igualmente teórica y práctica– desde la propia CA para impugnar las disposiciones ante el TC debilita las posibilidades de control. Si ya es conocido como problema en relación con la ley autonómica¹⁹, cuánto más preocupante lo es para una herramienta como el decreto-ley, sin la calidad de la ley, pero con su fuerza. Se genera, además, *de facto* un fenómeno de concentración de poder decisorio del Gobierno, a saber: aquél podrá determinar cómo configurar formalmente –e incluso qué rango dar– a sus disposiciones, comprometiendo el control jurisdiccional. Me estoy refiriendo a la decisión sobre los rangos en la que casi actuaría, *a priori*, con casi plenitud de potestad en la práctica²⁰. Probablemente esta sea una de las cuestiones de mayor gravedad. Que esto viene siendo así se comprueba con la lectura de los boletines oficiales, donde no faltan los casos en que la elección del instrumento normativo –Decreto, Orden o Decreto-ley– ha llegado a hacerse en función de distintos intereses que van más allá de los que determinan las formas en el procedimiento de aprobación de las disposiciones. Si bien no hay reserva reglamentaria y en principio la elevación a rango de ley no

ción con los Estatutos de Autonomía, estos han venido a formalizar la realidad de la evolución de la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas, donde se atenúa el papel de las Asambleas legislativas, de un lado, por el mayor protagonismo de los Ejecutivos y, de otro, por la creciente desconfianza en el sistema representativo y la potenciación de las vías de participación ciudadana. Señala críticamente esta evolución BIGLINO CAMPOS, P. en «La reforma de los Estatutos de Autonomía...», *op. cit.*, pp. 27 y ss.

¹⁸ M. CARTABIA en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/simoncini.pdf>

¹⁹ Véase JIMENEZ ASENSIO, R., *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, en particular pp. 71-106.

²⁰ TORNOS MÁS se refiere a la imposición del «Derecho extraordinario y urgente» como modo de funcionar en las Comunidades Autónomas «de forma poco respetuosa con los principios de técnica legislativa» y llama la atención sobre cómo en las Comunidades Autónomas se ha generalizado el derecho «a la carta» para resolver cuestiones concretas y puntuales, pero no siempre necesarias y urgentes. Otra figura en boga son junta a las leyes los «decretos-leyes de acompañamiento» de prórrogas presupuestarias o los aprobatorios de créditos extraordinarios. Cfr. TORNOS MÁS, J., «Valoración general», *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2012, pp. 45 y 46.

podría objetarse, sí plantea problemas en cuanto que las disposiciones escapan al control de la jurisdicción ordinaria²¹. Quede como noticia que se han dictado ya decretos-leyes con «cláusulas de deslinde» ahora para calificar en el texto qué disposiciones del decreto-ley tienen rango de ley o podrán modificarse incluso por Decreto o simple Orden y no faltan los decretos-leyes con cláusulas deslegalizadoras tan propios de tiempos pasados de nuestra historia preconstitucional.

2º) La segunda cuestión problemática que conviene señalar es la flexibilización en los usos de la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante: la extraordinaria y urgente necesidad. La regulación estatutaria de los decretos-leyes autonómicos fija en términos similares al art. 86 CE el presupuesto de hecho habilitante y es razonable sostener que puede trasladarse con la debida adaptación la jurisprudencia constitucional en la materia. Y si, como hemos visto, la interpretación venía lastrada en sus antecedentes, los decretos-leyes autonómicos han nacido en un contexto de emergencia que en la práctica de los últimos años viene reiteradamente mencionándose como presupuesto implícito, liberador de la carga de justificación del presupuesto en conexión con las medidas. Frente a los excesos, me remito a lo dicho antes sobre la última jurisprudencia constitucional acerca del presupuesto de hecho habitante y la necesidad de justificación del mismo con criterio para la constitucionalidad de los decretos leyes (STC 68/2007, 31/2011 y 137/2011). Esta jurisprudencia sería un buen punto de partida, pero la coyuntura económica está siendo el elemento habilitador estrella, y además se utiliza como frase tipo sin una explicación mayor: «en el actual contexto de crisis económica». Por otra parte, como ya se ha señalado en relación con los decretos leyes estatales: ¿de qué vale un control jurisdiccional que llega con años de retraso?

3º) Los decretos-leyes autonómicos requieren también de la necesaria convalidación parlamentaria en el plazo de un mes o treinta días para perder la provisionalidad. Cabe aquí apuntar exactamente la misma carencia en cuanto al papel que en el control debería corresponder a las minorías parlamentarias, y a la queja del automatismo del procedimiento convalidatorio.

4º) Con la misma idea de restringir materialmente el ámbito del decreto-ley estatal, a nivel autonómico, los Estatutos de Autonomía han establecido materias que quedan vedadas al decreto-ley. Algunos han adaptado a los términos estatutarios la lista del art. 86.1 CE y otros han sumando a los límites materiales algunas materias como las tributarias, los presupuestos o la reforma del Estatuto de Autonomía. El ATC 104/2011, a propósito de los límites materiales ha señalado que el parámetro de control inmediato se encuentra en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de los límites del art. 86 CE que son también competencias. La cuestión será nuevamente, como ha ocurrido con el decreto ley estatal, con la interpretación del alcance de las materias.

²¹ De esto doy cuenta en DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., «Los decretos-leyes autonómicos: una aproximación crítica» en *osservatoriosullefonti*, núm. 1, 2013

En relación con el decreto-ley autonómico sorprende que en general, el bagaje de la experiencia y las observaciones doctrinales formuladas a lo largo de estos años no hayan pesado en su regulación y vayan a reproducirse cuestiones problemáticas bien conocidas y evitables a estas alturas. Es notorio que la crisis ha impulsado una irrupción desmedida del decreto-ley autonómico y se constatan como rasgos de la utilización la laxitud en la interpretación del presupuesto de hecho habilitante y la desordenada aprobación de decretos-leyes sea sobre disposiciones que requieren rango de ley o de rango reglamentario.

4. CONSIDERACIONES DE CIERRE

La crisis ha acentuado el recurso al decreto-ley tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas. Si bien la excesiva ejecutivización puede entenderse en su contexto y a tenor también del papel que al Gobierno corresponde como órgano de dirección política, solo es admisible en la excepcionalidad de la situación con respeto a los límites materiales y con la motivación suficiente que señale la conexión entre el presupuesto fáctico y las medidas adoptadas.

No estamos ante una cuestión menor: la quiebra el modelo de reparto de potestades normativas entre Parlamento y Gobierno no es indiferente al sistema democrático, en cuanto que la calidad democrática de la ley deriva de la elaboración parlamentaria de la misma. Sin poder entrar aquí en mayor detalle, sí conviene advertir la necesaria contención en el uso del decreto-ley, pues una herramienta tan extraordinaria como esta que, más allá de llamadas a la prudencia y refrenamiento de los Ejecutivos, exige revisar y modificar la regulación de los mecanismos de control, en orden a facilitarlos –ampliación de la legitimación activa a las minorías parlamentarias en el caso de las CCAA y reducción de los tiempos de resolución por parte del Tribunal Constitucional– así como mejorar aquellos procedimientos que permitan un control más eficaz en sede parlamentaria.

Y es que, aunque la priorización de la crisis económica haya apartado a un segundo plano la reflexión sobre las formas de producción normativa, aquella –confiemos– terminará superándose, y entonces la excesiva ejecutivización del ordenamiento jurídico que hoy se aprecia deberá corregirse para restablecer la división de poderes en el plano de la creación normativa.

RESUMEN: El contexto de crisis económica se ha traducido en las fuentes del Derecho en un reforzamiento de los poderes normativos de los Ejecutivos en detrimento de la ley parlamentaria. En España, a nivel nacional prolifera la regulación por decreto-ley, que se transforma después en proyecto de ley a tramitar por el procedimiento de urgencia. Y es que la urgencia se ha impuesto en la adopción de medidas normativas. Esto mismo se aprecia también en el ámbito de las Comunidades Autónomas,

donde una de las novedades del último proceso de reformas estatutarias ha sido la incorporación de los decretos-leyes autonómicos (de momento presentes en ocho de las diecisiete Comunidades Autónomas). El objeto es el análisis es poner manifiesto la dilatación del uso expansivo del decreto-ley, tanto a nivel nacional como autonómico, y apuntar los principales problemas que de esto se derivan.

PALABRAS CLAVE: Decreto-ley, Decreto-ley autonómico, Crisis, Fuentes del Derecho, Gobierno.

TITLE: Economic crisis and strengthening of the regulatory powers of the Executive.

ABSTRACT: Within the context of the global economic crisis basic tenets of Spanish Law have experienced extensive reformation. The end result has been a strengthening of the regulatory powers of the executive at the expense of parliamentary law. In particular, at the national level in Spain, we are seeing an unprecedented increase in the number of executive decrees which, once drafted into bills, are processed by emergency procedure. This «emergency» has been imposed in the policy / legislative action. In the recent statutory reform process in the area of the Autonomous Communities, legislative decrees were incorporated in eight of the seventeen Autonomous Communities. The present article focuses principally on the figure of these autonomic Decrees which have come to light in the context of an economic crisis that has led to wasteful use of this legislative resource without its adjusting its function and its guarantees within the Spanish legal system.

KEYWORDS: Decree, Autonomic Decree, crisis, emergency procedure.

Recibido: 23.07.2013

Aceptado: 02.09.2013

Derechos fundamentales en tiempos de escasez. A propósito de la Sentencia del TSJ de Galicia 293/2013, de 12 de abril¹

Pablo Nuevo López
Profesor Agregado de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

SUMARIO: Introducción.—1. Los hechos del caso.—2. Los derechos fundamentales en juego y la ponderación.—3. Valoración de la Sentencia.

INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la actual crisis económica ha afectado enormemente a las arcas públicas, de modo que las diferentes Administraciones se están viendo obligadas a tomar medidas impopulares tendentes a disminuir el gasto público (los llamados «recortes»). Como resultado de dichas medidas, los ciudadanos se encuentran con que prestaciones que hasta este momento proporcionaban los poderes públicos (por la identificación entre Estado social y Estado prestacional o de bienestar) dejan de estar financiadas públicamente. En este contexto, cuando la prestación objeto de restricciones está conectada con algún derecho fundamental se plantea la cuestión de cómo deben operar las medidas dirigidas al ahorro de caudales públicos en relación con la posición de garante de los derechos fundamentales que, de acuerdo con la Constitución, corresponde a los poderes públicos.

Un ejemplo de ponderación en este contexto lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 293/2013, de 12 de abril, que resuelve el Recurso de Apelación interpuesto por don P.L.B. contra la Sentencia 283/2012, de 10 de agosto, dictada en un procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Servicio Gallego de Salud consistente en la no dispensación efectiva del medicamento denominado «SOLIRIS 300 mg.»

1. LOS HECHOS DEL CASO

El demandante, Sr. P.L.B. padece una enfermedad poco común denominada «Hemoglobinuria Paroxística Nocturna». Se trata de una enfermedad rara y de carácter crónico, que consiste en una anemia hemolítica por defecto

¹ Pablo NUEVO LÓPEZ, Profesor Agregado de Derecho Constitucional, Universidad Abat Oliba CEU.

de la membrana del eritrocito. Como consecuencia de esta enfermedad, los afectados por la misma tienen grave riesgo de trombosis fatales o parésicas.

Esta enfermedad puede ser tratada con la dispensa del principio activo denominado «ECULIZUMAB» (que es el que contiene el medicamento «SOLIRIS 300 mg.»), o bien puede someterse a los afectados por la misma a un trasplante de médula ósea. En caso de recurrirse al tratamiento farmacológico se reduce en un 85% la posibilidad de que se produzcan eventos trombóticos, equiparándose prácticamente la supervivencia a la población sana. El trasplante de médula ósea requerido, si bien cura la enfermedad, presenta un riesgo estadístico de mortalidad del 30%.

Pues bien, en el caso del Sr. P.L.B. el Servicio Gallego de Salud, a pesar de disponer de sendos informes médicos que aconsejaban la dispensación del principio activo «ECULIZUMAB» (que es el que contiene el medicamento «SOLIRIS 300 mg.»), no autorizó el tratamiento con dicho medicamento.

Según consta en los Antecedentes de Hecho de la Sentencia objeto del presente comentario, en el Expediente administrativo obraban dos Resoluciones administrativas de la Sra. Presidenta de la Comisión Autonómica Central de Farmacia y Terapéutica; una de 1 de agosto de 2011, que señala que el Sr. P.L.B. no cumplía con los requisitos establecidos normativamente para la dispensación del citado medicamento, y otra de 15 de noviembre de 2011, donde se estima el coste del tratamiento en 377.182 euros el primer año y en 360.984 euros el segundo año y siguientes.

A la luz de estos hechos, considera el TSJ de Galicia que debe resolverse procediendo a una ponderación entre los derechos fundamentales en juego y el interés general del ahorro en el gasto público.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO Y LA PONDERACIÓN

Antes de proceder a realizar la ponderación, y toda vez que el recurso había sido promovido por el procedimiento de protección de derechos fundamentales, el TSJ identifica los derechos afectados.

Para ello, el Tribunal recurre a la teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, asumida por tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981², vinculando la inactividad del Servi-

² Vid. el FJ 5 de la STC 25/1981, de 14 de julio, donde se señala lo siguiente: «En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)».

cio Gallego de Salud con el derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE. Así, considera el TSJ (FJ 4) que el derecho a la vida como fundamento objetivo impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física, deber que se traduce en un derecho subjetivo a recabar amparo judicial frente a toda actuación administrativa, incluso de carácter omisivo³. Y es que, prosigue razonando el TSJ haciendo suya la doctrina del TC en su Sentencia 181/2000 (FJ 8),

«el art. 15 de la Constitución no puede ser considerado como un precepto irrelevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela (...) de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza. La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación» (FJ 4).

Sentado esto, el TSJ conecta el mandato de protección derivado del derecho a la vida, que convierte al Estado en cierto modo en garante de dicho derecho, con el derecho a la salud, el cual es protegido precisamente mediante la prestación farmacéutica⁴, de acuerdo obviamente con las necesidades de los usuarios establecidas por el personal sanitario competente.

Aunque el TSJ de Galicia no lo explicita, parece que considera que el objeto de la discusión –la dispensación del medicamento adecuado para tratar la «Hemoglobinuria Paroxística Nocturna»– es de una entidad tal que determina que no debemos encuadrar los hechos en el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), sino que deba considerarse que afecta al derecho a la vida y a la integridad del art. 15 CE⁵.

Es este derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE el que somete a ponderación con «la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud» (FJ 6). Para enmarcar la ponderación, el TSJ recurre (FJ 7) a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Auto 239/2012, de 12 de diciembre, conforme al cual:

«Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los benefi-

³ Con cita de las SSTC 120/1990, de 27 de junio y 48/1996, de 25 de marzo.

⁴ STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5.

⁵ Si no lo hiciera así no sólo debería cambiar el resultado de la ponderación, sino que estaría vedada la utilización del procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales.

ciarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico. (...)

Para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.1 y 2 CE)» (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles. (FJ 5)».

De modo que, a juicio del TSJ, «resulta patente la relevancia constitucional-fundamental de la presente controversia contenciosa (...) en la medida en que el derecho a la salud individual desde luego también se integra en el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas contemplada en el art. 15» (FJ 8), por lo que teniendo en cuenta que no considera acreditado el ahorro que implicaría la no dispensación estimará la pretensión del Sr. P.L.B.

Y es que la mencionada no dispensación del medicamento conlleva, en opinión del TSJ de Galicia «una vulneración mediata del art. 15», al privar de este modo al recurrente de «la única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada en el mercado farmacéutico», con la consecuencia de no permitirle tener una calidad de vida normal y asimilable a las de las personas sanas (FJ 12).

Realizada esta ponderación, el TSJ dedica los Fundamentos de Derecho 13 a 25 a argumentar cómo en el caso examinado, además de vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 15CE, había problemas de legalidad, anomalías procedimentales y desviación de poder, los cuales incidían en la vulneración del derecho fundamental mencionado, concluyendo con la estimación del Recurso de Apelación y subsiguientemente revocando la Sentencia 283/2012, de 10 de agosto, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela.

En consecuencia, el Tribunal acaba condenando al Servicio Gallego de Salud a la dispensación del tratamiento solicitado (SOLIRIS 300 mg) durante el tiempo que el personal facultativo oficial considere preciso.

3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Más allá del caso concreto, en el que no podemos sino alegrarnos de que una persona obtenga del servicio público de salud el tratamiento que necesita para poder llevar una vida razonablemente normal, la Sentencia es susceptible de algunas críticas de fondo en su argumentación.

En primer lugar, es cuando menos discutible el encuadre del caso en el derecho fundamental a la vida y a la integridad reconocido en el art. 15 CE. Si bien es cierto que una inadecuada protección de la salud puede devenir una vulneración del derecho a la vida, conectar un caso concreto de prestación sanitaria con el citado derecho y no con el derecho a la protección de la salud del art. 43 exige –a mi entender– un mayor esfuerzo argumentativo que el desplegado por el Tribunal. Esto es, habiendo un derecho específico para el objeto de la discusión, al menos *prima facie* es ese derecho y no otro el que debe ser considerado como regla, y sólo como excepción –a la luz de las circunstancias: daño efectivo y actual a la salud, pronóstico médico que haga temer por la vida, etc.– se debe recurrir al derecho a la vida del art. 15.

Es verdad que si no hubiera conectado el asunto debatido con el derecho a la vida el Tribunal habría tenido que desestimar la pretensión por inadecuación del procedimiento, pues no se habría podido tramitar el recurso por el preferente y sumario de protección de derechos fundamentales. Pero por lo que señala el Tribunal en los fundamentos 13 a 23 de la Sentencia parece que había motivos más que suficientes para estimar el recurso sin necesidad de entrar en la afección del art. 15 CE, aparte de que con ello el Tribunal se habría ahorrado un razonamiento a mi entender de difícil justificación.

Porque, y aquí entramos en la segunda de las cuestiones criticables en la presente Sentencia, el Tribunal realiza la ponderación aplicando doctrina del TC formulada en casos abstractos (conflictos competenciales, como en el Auto 239/2012). En efecto, en dicho Auto estaba en discusión el régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que tenía sentido resolver la ponderación atendiendo al carácter incierto del ahorro que una determinada medida suponía para las arcas públicas (ya que el TC consideró que el Abogado del Estado no había podido acreditar el citado ahorro); de manera que al ponderar el derecho a la protección de la salud (garantizado por una norma) y un ahorro hipotético el TC no tuviera problemas en resolver.

En el caso examinado, en cambio, el Servicio Gallego de Salud sí había cuantificado el ahorro derivado de la no dispensación del medicamento solicitado (377.182 euros el primer año y en 360.984 euros el segundo año y siguientes, según informe del 15 de noviembre de 2011). De ahí que, en mi

opinión, no cupiera una aplicación «mecánica» de lo señalado en ocasiones anteriores –para casos distintos– el TC.

Al menos, debería haber incluido ese dato en la ponderación, así como haber tomado en cuenta la posibilidad del trasplante de médula ósea, o alguna alternativa diferente.

Y es que la decisión sobre el destino de recursos escasos (siempre, pero sobre todo en situaciones de grave crisis) requiere de una mirada de conjunto de la que, por su propia naturaleza, carece un Tribunal. Es una decisión que corresponde al poder público, que tiene encomendada la tutela de los intereses generales, estando capacitado para ponderar qué concretos tratamientos médicos y farmacológicos quedan cubiertos por el servicio público de salud y cuáles no, precisamente porque tiene capacidad para decidir sobre el conjunto de los gastos públicos, tomando en cuenta la totalidad de los factores.

Cuestión distinta es que, una vez objetiva el poder público su ponderación en una norma señalando los tratamientos a los que tienen derecho los ciudadanos, no pueda la Administración denegarlos con la excusa del ahorro. Pero esto es un problema de legalidad de la actuación administrativa, de fácil resolución sin tener que convertir a los Tribunales en agentes políticos con competencia presupuestaria para establecer las prioridades de gasto para garantizar –señalando el orden– los derechos fundamentales en tiempos de escasez.

RESUMEN: Este artículo analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 293/2013, de 12 de abril, en la que se discute la conformidad con los derechos fundamentales de la no dispensación efectiva del medicamento denominado «SOLIRIS 300 mg».

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional, crisis económica, medidas de austeridad, sistema de salud, Soliris 300mg.

TITLE: Fundamental rights in times of shortages. Some considerations dealing with the Judgment 293/2013, 12 April (TJS Galicia).

ABSTRACT: This article analyzes the judgment 203/2013, of April 12 of the Superior Court of Galicia (TSJ Galicia) in which the Court deals with the conformity of the non-effective dispensing of a drug called «SOLIRIS 300 mg».

KEYWORDS: Constitutional law, economic crisis, austerity measures, health care system, Soliris 300mg.

Recibido: 03.08.2013

Aceptado: 02.09.2013

La división provincial española: antecedentes, evolución y estado actual¹

Marc Tarrés Vives

Profesor Agregado de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Antecedentes y origen de la provincia. 2.1. La expresión provincia. 2.2. La necesidad de una división territorial racional en el tránsito del Antiguo régimen al Estado liberal. 2.3. La impronta del modelo francés en la división de 1833.—3. La posterior evolución del régimen provincial hasta el franquismo.—4. La Constitución Española de 1978 y la garantía constitucional de la provincia. 5. Presente y futuro de la provincia en el siglo XXI ¿Una nueva división provincial? Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La provincia española se encamina, a escasamente dos décadas, hacia su bicentenario. Enraizada para unos y cuestionada por otros, lo cierto es que el ente provincial por excelencia, la Diputación provincial, aparece en el momento de escribir estas líneas con un futuro más prometedor que el que parecía augurarse hace sólo unos meses. La apenas sostenible situación financiera de nuestras Administraciones públicas, y singularmente las de carácter local, suscitó en estos últimos años un intenso debate que ha terminado por cristalizar en diferentes documentos e iniciativas legislativas que el tiempo se encargará de mostrar su cordura o desacierto. Entre los primeros debe citarse el informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), allí se refiere el anteproyecto, ahora ya Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, aprobado en sede de Consejo de Ministros el pasado 26 de julio de 2013. Pues bien, la CORA refiere que la nueva reforma local va a suponer ni más ni menos que el ahorro de al menos 7.129 millones de euros en el periodo 2013-2015, y tan encomiable objetivo se va a conseguir en gran medida gracias al reforzamiento del papel de las Diputaciones Provinciales y entes equivalentes. Finalidad encomiable que habrá que ver cómo se lleva a la práctica y qué efectos produce.

1. El presente texto, con alguna leve modificación posterior, fue presentado en el marco del seminario italo-español que bajo el título «La crisi economica ed i suoi riflessi sull'ordinamento costituzionale» se celebró en el 22 de marzo en la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa.

El objeto de este trabajo no es, sin embargo, el de abordar las funciones que pueden llevar a cabo las Diputaciones provinciales en ese nuevo escenario, sino ofrecer una panorámica sobre los orígenes y evolución del hecho provincial en nuestro país con una apuesta por un nuevo mapa acorde con la realidad política, económica y social de la España del siglo XXI.

2. ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LA PROVINCIA

2.1. La impronta castellana

Uno de los aspectos clave para comprender la división provincial española de 1833 es conocer que la misma se realiza, en buena medida, a partir de una realidad organizativa y política preexistente conformada en la Corona de Castilla. Siendo así que lo que a finales del siglo XVI se entiende por provincia en tierras castellanas es una entidad reducida en el espacio, aminorada en lo político, y ligada siempre a una realidad urbana. Es así que la provincia castellana se articula a partir de las ciudades con Voto en Cortes teniendo un exclusivo carácter fiscal y careciendo de cualquier función administrativa o judicial.

Una acepción que, como se observará más adelante, no es en absoluto compartida en todos los territorios hispánicos, cuando menos en el Principado de Cataluña. Cuatro son los elementos que permiten sostener esta afirmación sobre la impronta castellana:

1. Todas las ciudades que en Castilla eran capital de provincia en vísperas de la Constitución de Cádiz siguieron siéndolo en la división vigente desde 1833
2. En parte como consecuencia de esto, la dimensión media de las provincias en la meseta acabó siendo el patrón de referencia que se trasladó a otros territorios (Cataluña, Valencia, Galicia, cuyas provincias tomarán al igual que las castellanas el nombre de sus capitales, a diferencia de las provincias vascas y de Navarra). Por tanto, en lugar de fusionar provincias se optó por fragmentar las que eran entonces más extensas.
3. La división de 1833 ofrece una notable singularidad que es la excepción vasca, anómala en relación no sólo en lo geográfico (son las provincias de menor tamaño), sino también en lo fiscal y político. Excepción que se comprende únicamente al ser, al fin y al cabo, parte constitutiva de una realidad que no es otra que la de la Corona de Castilla, de la que, sin duda, fueron las *Provincias* por excelencia.

Todo ello explica que en la España liberal la provincia se conforme como un ente meramente administrativo, subalterno del poder central y sin

poder político alguno, en la línea que había sido la provincia en la Corona de Castilla.

2.2. La necesidad de una división territorial racional en el tránsito del Antiguo régimen al Estado liberal

El segundo elemento indispensable para comprender la división provincial de 1833 es el de su contextualización, es decir el momento en que se produce. Durante el convulso primer tercio del siglo XIX España vive la invasión napoleónica, ve la instauración de una nueva monarquía, sufre una Guerra de Independencia durante la cual se aprueba la Constitución de 1812. Primer texto constitucional en sentido propio que recordemos hace residir la soberanía en la Nación y no ya en el Rey. Tras la guerra se asiste a la vuelta de los Borbones seguida de una revolución liberal que intenta marchar por la senda constitucional pero termina truncada con la entrada de los cien mil hijos de San Luis que dará paso, entre 1823 y 1833, a la llamada década ominosa, tras la cual vendrán dos años de una transición ambigua durante los cuales se implanta de manera definitiva la división provincial.

Pues bien, el tema de la división territorial irá estrechamente ligado a todos y cada uno de estos diferentes avatares hasta que en el momento más insospechado, tras la muerte de Fernando VII y teniendo la regente al mismo jefe de gabinete que el difunto rey –Cea Bermúdez–, su recién nombrado Ministro de Fomento, Javier de Burgos, impulsará un conjunto de decretos que debían dar «una nueva forma a la administración del país». Un personaje singular, Javier de Burgos, tanto o más que la época que le tocó vivir. Subprefecto en la España josefina (de Almería dependiente de Granada), será un hombre especialmente útil al rey deseado para garantizar la compra de deuda española en los mercados financieros internacionales de la época mediante actuaciones a las que no eran ajenas la desinformación y el soborno. Con todo se trata de una figura destacada que sin estar imbuido del espíritu de la Revolución sabrá aplicar las técnicas administrativas napoleónicas que permiten la organización del Estado liberal y sientan ya los fundamentos sobre los que surgiría el Derecho Administrativo. Como se ha escrito fue «nuestro primer ministro tecnócrata» y si bien su etapa a cargo del Ministerio de Fomento fue breve resultó altamente fecunda destacando de ella la división territorial en provincias a través del conocido Real decreto de 30 de noviembre de 1833. En él que quedan dibujadas 49 provincias ya que en el caso de Canarias se trataba entonces de una única provincia con capital en Santa Cruz de Tenerife. A este decreto debe añadirse el anterior de 23 de octubre de 1833, por el que se manda establecer Subdelegados de Fomento (*agentes especiales de prosperidad dotados con fondos de policía*) en «las provincias ya existentes y en las que se formen en la nueva división territorial», y, luego, del mismo 30 de noviembre, el decreto que contiene la detallada Instrucción dirigida a los Subdelegados.

Sin embargo, sería erróneo decir que la división hecha en 1833 —y que perdura hasta día de hoy— aparece ex novo. Por el contrario es el resultado de antecedentes fácticos y normativos muy precisos así como de múltiples estudios y propuestas llevadas a cabo durante las dos décadas anteriores, e incluso antes con la propuesta hecha por Floridablanca.

No procediendo un mayor abundamiento, señalaremos que durante la invasión napoleónica el gobierno de José Bonaparte dictó un decreto de 17 de abril de 1810 por el que se dividió España en 38 prefecturas y 74 subprefecturas. Por su parte, la Constitución de Cádiz reconoce, sin definirla, una división territorial en provincias al prever Diputaciones provinciales dependientes del Jefe político, figura inspirada en su equivalente francés del Prefecto. Pero en cualquier caso el artículo 11 de este bicentenario texto remite a que sea una ley constitucional la que haga la división más conveniente al territorio español, una vez que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan. No hay que olvidar que parte de ese territorio, caso de Cataluña, había sido agregado por Napoleón al Imperio francés.

Esas circunstancias parecerán darse durante el trienio liberal cuando se aprobó la que fue única división provincial aprobada en Cortes mediante el Decreto de 27 de enero de 1822 y acorde con lo previsto en el artículo 11 de la reinstaurada Constitución de 1812. Sin embargo, la división de 1822 va a tener un carácter marcadamente ahistórico (enumeración alfabética de las provincias; cancelación de límites tradicionales de los antiguos reinos; supresión de enclaves provinciales) que lo distingue de la posterior división de 1833 en la que se mantienen anteriores denominaciones o se crean nuevas, caso de Andalucía.

Por desgracia, este decreto, junto al de 3 de febrero de 1823 por el que se aprobaba la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, iban a perder su vigencia con la reinstauración del rey absoluto. Pese a todo, durante los últimos estertores absolutistas se siguió trabajando en la división territorial, singularmente por el ingeniero de Caminos y Canales Agustín de Larramendi, persona clave a partir de 1820 en los sucesivos episodios de elaboración del mapa provincial. Si durante el trienio liberal colaboraría con el cartógrafo de la Marina Felipe Bauzá, posteriormente lo haría con el alto funcionario de Justicia José Lamas Pardo, que a la postre sería ministro universal del pretendiente Carlos María Isidro. Y finalmente, en 1833, de la mano de Javier de Burgos, se convertiría en Director general de Caminos

En síntesis puede afirmarse que la división provincial fue una obra colectiva, de paternidad difusa y múltiple y claramente hermana con los acontecimientos del primer tercio del siglo XIX. Y si bien Javier de Burgos pudo haberse «apropiado» del trabajo ya hecho, no es tampoco menos cierto que había ido siguiendo los trabajos realizados durante el trienio liberal, tal como atestiguan sus artículos publicados en el periódico *El Imparcial*, en donde propugnaba 40 provincias, divididas en cuatro subdelegaciones y cada

una de ellas dividida en cuatro partidos judiciales, porque no nos corresponde tratarlo aquí pero hay que señalar que la nueva división territorial fue de la mano de la no menos necesaria nueva planta judicial exigida por la desaparición de las jurisdicciones señoriales. De igual modo Javier de Burgos escribiría en una exposición dirigida al Rey en 1827 que «hay una multitud de instituciones aplicables tanto a los gobiernos absolutos como a los representativos, tanto a los legítimos como a los usurpadores (...)», siendo la división provincial una de esas instituciones. De Burgos no era, sin duda, un progresista pero sí un ilustrado, de los últimos que quedaban en España, completamente imbuido de los ideales del siglo de las luces.

2.3. La impronta del modelo francés en la división de 1833

Llegados a este punto no es innecesario referir el incuestionable influjo que el modelo racionalista francés tiene sobre los ilustrados españoles en el momento de concebir la división territorial española. Un modelo que, en cambio, para otros, como el historiador catalán Antoni de Capmany, resulta inconcebible atendiendo a que es el apego al propio territorio lo que durante la Guerra de la Independencia se estaba demostrando fundamental para el triunfo de la resistencia.

Es comprensible el terror que en algunos podía despertar el modelo francés que de un plumazo había eliminado las antiguas divisiones y particularidades territoriales del Antiguo Régimen y en su lugar había impuesto la nueva división departamental. Una división por cierto inspirada por un provenzal (el célebre abate Sieyès) y un normando (Thouret, presidente de la Asamblea Constituyente) quienes, siguiendo al pie de la letra las utopías ilustradas elaboraron una división regular y matemática de Francia adoptando como base el número 9, cuadriculando así el territorio en 81 departamentos, de un modo igual a como se pretendía en los nacidos Estados Unidos. Sin embargo, Francia no era, a diferencia del otro lado del Atlántico, un territorio nuevo y virgen aún por explorar y colonizar. Ello obligó a tomar en cuenta la realidad preexistente y en consecuencia, al igual que en España, aflorarían rivalidades urbanas por entender lo que estaba en juego. El resultado fue una división, en 1790, de 83 departamentos que ascendería después, por la incorporación de nuevos territorios, a 90. El mapa final, aunque trazado de manera homogénea y regular no llegaría a la rigidez geométrica de un tablero de ajedrez, y no dejaba de evocar antiguos territorios si bien con el nombre cambiado por apelativos orográficos, hidrográficos, puntos cardinales e incluso evocaciones vitícolas como la de *Côte d'Or*.

Ahora bien, hay que reconocer la existencia de diferencias entre la división provincial española y la departamental:

1. La diferente extensión
2. El no uso de denominaciones geográficas, sino históricas, así como el respeto a límites históricos

3. Y una evolución claramente diferenciada hasta el extremo que la Diputación provincial, a diferencia del consejo departamental, llegará a constituir el punto clave sobre el que se articulará el régimen local.

Por supuesto hay también motivaciones comunes y entre ellas, bien a las claras, una preocupación por una nueva división territorial más racional que permita hacer llegar el poder al último rincón del territorio y, no menos importante, la definitiva supresión de los fueros personales y territoriales en favor de un uniformismo igualitario, así como la abolición de los señoríos jurisdiccionales.

En definitiva, el proceso de división provincial llevado a cabo en el primer tercio del siglo XIX fue el resultado de diferentes factores entre los que destacan:

1. El triunfo de los principios racionalistas ilustrados
2. El desorden y desigualdad existente en la antigua división, particularmente en Castilla
3. La difusión y expansión del modelo departamental francés
4. La abolición de las jurisdicciones señoriales por parte de las Cortes de Cádiz que socava los cimientos de organización territorial del Antiguo Régimen
5. La voluntad de visualizar en el mapa provincial la existencia y realización de un cambio político
6. La lógica de adecuar y modernizar una división administrativa a nuevas realidades urbanas

3. LA POSTERIOR EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PROVINCIAL HASTA EL FRANQUISMO

La organización provincial que nace a partir de 1833 irá desarrollándose en un contexto complicado, el de una guerra, y evolucionando hasta adquirir unas características propias que la diferencian aún más de su pretendido equivalente francés. Entre las disposiciones posteriores al Decreto de 1833 debe destacarse el de 21 de septiembre de 1835 que establece el modo de constituir y formar las Diputaciones a cuyo frente estará la figura del ya entonces llamado Gobernador civil junto con otros representantes estatales y de un Vocal por cada uno de los partidos judiciales en que estuviese dividida la provincia. Es de señalar que en los diferentes textos que irán sucediéndose se utilizan alternativamente la denominaciones de Gobernador civil y Jefe político. Así en la Ley de 8 de enero de 1845, de organización y atribuciones de las Diputaciones Provinciales, reaparece la figura del Jefe político.

Es significativo señalar que la trama provincial de 1845 descansa en tres elementos: el Jefe político, la Diputación provincial y el Consejo provincial, figura de clara inspiración francesa y que tenía un carácter de órgano consultivo y tribunal administrativo y no sólo en materia de régimen local. Es entonces cuando empieza a vislumbrarse el doble papel de la Diputación como

instrumento de la acción estatal en la provincia y de control de los Ayuntamientos, y a la vez se perfila una incipiente consolidación como ente local.

En cualquier caso, la idea principal será la de supervisar a los Ayuntamientos, tal como puede verse en el texto que en esta materia iba a tener mayor vigencia. Se trata de la Ley provincial de 1882 que estaría en vigor hasta el Estatuto provincial de 1925. Ley que en su artículo primero nos da una significativa definición de ella misma al declarar que «el territorio de la Nación española en la Península e Islas adyacentes, se divide para su administración y régimen en provincias». De igual modo, y como señalara Santamaría de Paredes en su Curso de Derecho Administrativo *«la Diputación provincial es un cuerpo de representación popular; al cual corresponde exclusivamente la administración de los intereses particulares de la Provincia, y ejercer funciones del superior jerárquico de los Ayuntamientos»*. Poco más puede extraerse, a fines del XIX, de la obra de este ilustre académico, a la cual no dejaría de serle aplicable la crítica que Tocqueville hacía de otro Curso, el de Macarel, al considerar que *«se afirma en lo que es, sin buscar nunca lo que debería ser»*. Sin embargo, debe señalarse que la cuestión provincial no era en absoluto pacífica en ese momento, habiendo discusiones que iban desde una ampliación del número de provincias a una reducción (ejemplo es la voz división territorial del Diccionario de la administración pública de Alcubilla –1894–), pasando por volver al escenario previo a la reforma de Javier de Burgos. Por no hablar del regeneracionismo que realizó contundentes críticas que van desde las de Joaquín Costa en 1898 a las de Ortega tres décadas después.

La Ley provincial atribuía la administración de la provincia al gobernador, a la Diputación provincial y a la Comisión. El Gobernador era un funcionario nombrado por el Gobierno, mientras que los Diputados resultaban de la agrupación de cada dos partidos judiciales colindantes en un distrito que elegía cuatro diputados, pudiendo votar cada elector a tres candidatos. Todo ello producía como escribiría Posada «una combinación desigual de los elementos burocráticos y representativo». Sin embargo, la Ley municipal de 1877 ya había reservado a la Administración del Estado poderes fundamentales de control sobre los Ayuntamientos a través del Gobernador con sus amplias facultades de intervención. De este modo la Comisión provincial quedaba como la representación ejecutiva de la Diputación siendo sus funciones las de cuerpo administrativo, superior jerárquico de los Ayuntamientos y cuerpo consultivo del gobernador y del gobierno. Finalmente, hay que señalar que la Comisión perdía su condición de Tribunal contencioso-administrativo ya que en lo sucesivo los recursos de los Ayuntamientos contra las decisiones de la Diputación y el Gobernador serían entendidos por los tribunales, y no por las mismas autoridades que dictaron la resolución.

La Ley provincial de 1882, sancionada por Alfonso XII, perduraría durante toda la Restauración hasta la asunción del poder por el Directorio militar presidido por Miguel Primo de Rivera en septiembre de 1923. El nuevo

ciclo político supuso una inicial militarización del aparato administrativo del Estado que llevó a la disolución de todos los Ayuntamientos el 30 de septiembre, mientras que las Diputaciones lo serían durante el mes de enero de 1924.

Dos son los frentes que el Dictador pretende entonces afrontar. De un lado el caciquismo que tenía su origen en los Ayuntamientos y terminaba en los despachos ministeriales; de otro la «cuestión regional». Y dos son las normas que, de la mano de José Calvo Sotelo, pretenden dar respuesta a esos retos. De un lado el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924; de otro el Estatuto Provincial aprobado por Real Decreto-Ley de 10 de marzo de 1925.

El primero, de gran perfección técnica y garantista de la autonomía, quedó frustrado en su aplicación por diversas razones, entre ellas por el mismo intervencionismo en los municipios del gobierno y de los delegados gubernativos. Por su parte, el Estatuto provincial debe ser contextualizado en un escenario en el que la llamada cuestión catalana estaba bien presente en el debate político de la época. En este sentido la Mancomunidad de Cataluña, si bien en un primer momento fue mantenida por el Directorio militar, sufrió la tensión política del momento, alcanzando la misma tal grado que terminó con la disolución de todas las Diputación provinciales de España, salvo las tres vascas y de Navarra, si bien en estos casos la designación de los diputados provinciales sería hecha por los respectivos Gobernadores civiles. El Estatuto Provincial de 1925 supuso «el gravísimo error», en palabras del Profesor García de Enterría, del desmantelamiento de la Mancomunidad de Cataluña a través de su Disposición Transitoria quinta que disponía la liquidación de los servicios mancomunales y la reasunción de sus competencias por las Diputaciones de Tarragona, Lérida y Gerona. En todo caso, el Estatuto provincial reforzó la realidad de la provincia como ente local y mejoraba sustancialmente su financiación. Y es entonces cuando surge la quincuagésima provincia con la división de Canarias en dos provincias mediante el Real Decreto-ley de 21 de septiembre de 1927.

La caída del Directorio y la proclamación de la República supuso un nuevo escenario político no exento de convulsiones en el que el debate territorial cobraría un papel principal. Así lo ponía de relieve la propia Constitución republicana cuando en su artículo 8 decía que el Estado español, «dentro de los límites irreductibles de su territorio actual», «estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía». Vemos, pues, la aparición de un nuevo nivel administrativo, la región, a la que, de hecho, en la legislación primoriverista ya se hacía alguna referencia. Desde luego en el debate territorial de la época el tema de la división provincial no iba a resultar prioritario. Y menos aún en Cataluña donde se iba a poder implantar una división propia –la comarcal– prescindiendo de las provincias.

Al régimen republicano sucede el régimen franquista que en el tema provincial dejaría en sustancia las cosas tal como estaban con anterioridad a

1931, si bien bajo una nueva ley que será la Ley de Bases de Régimen Local de 1945, objeto de ulteriores modificaciones.

4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA PROVINCIA

Es así que llegamos al momento constituyente de 1978, cuando nuevamente el tema territorial se plantará como uno de los más espinosos y siendo el de la provincia uno de los más polémicos, tal como destacara el Profesor S. Martín Retortillo al señalar que durante la elaboración de la Constitución Española de 1978 (CE) llegó a cuestionarse su supervivencia, tratándose en el fondo de una cuestión de poder. Con todo, la provincia obtiene un más que significado papel, en tanto que el artículo 137 sanciona que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas. Gozando todas estas entidades de autonomía para la gestión de sus propios intereses.

Pero además, la provincia, a partir del artículo 141.1 CE, tiene una doble función constitucional:

- Por un lado es una división territorial para el cumplimiento de los fines del Estado:
 - Circunscripción electoral (art. 68.2 para el Congreso y 69.2 para el Senado, si bien en el caso de las provincias insulares la circunscripción será la Isla.)
 - Aunque no lo prevé explícitamente el texto constitucional, la provincia sirve también como órgano territorial de la Administración General del Estado (artículo 29 de la LOFAGE –6/1997–)
 - Incluso, el artículo 158.2 llega a reconocerle, en su caso, como destino de las inversiones articuladas a través del Fondo de Compensación Interterritorial. Si bien dicho precepto haría referencia a aquellas provincias que en su caso no formasen parte de una Comunidad Autónoma. Así se desprende de la legislación del fondo cuando define sus ámbitos territoriales en función de las Comunidades Autónomas.
- Por otro lado, la provincia es una entidad local, dotada de autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137 CE y definida así también en la LRBRL). Tal entidad local viene determinada por la agrupación de municipios, tiene personalidad jurídica propia y es administrada y gestionada autónomamente por una corporación representativa (art. 141.2 CE): la Diputación provincial. En las islas, la institución y administración supramunicipal se denomina cabildo (Canarias) o Consell (Baleares)

Sin embargo, pese a ese explícito reconocimiento constitucional, la provincia ha sido objeto desde entonces de un constante cuestionamiento desde

diferentes frentes. Una cruda realidad que se refleja por ejemplo en un documento importante como fue el Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local de 2005 cuando reconocía que las Comunidades Autónomas han ido buscando su identidad institucional en pugna con el Estado y el mundo local, añadiendo que «*como poderes recién alumbrados, lograron hacerse un hueco entre los dos poderes, encontrando en la provincia un objetivo propicio*».

Era, pues, de esperar que surgiera el conflicto y era lógico que el mismo se ofreciese muy tempranamente en Cataluña. Concretamente en el intento de sustraer competencias de las Diputaciones hacia la *Generalitat*, dando lugar a una importante sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 32/1981, en la que el Alto Tribunal pasaba a afirmar la existencia de una garantía institucional no tanto de la autonomía local como de la Provincia que frente a la «agresión» del legislador autonómico aparece como la institución a proteger. Una polémica incorporación de una categoría que ofrece unos contornos muy claros allí donde nace, en Alemania, y con relación a unas instituciones con unos rasgos claramente definidos que resultan discutibles en el caso del ámbito local español, máxime si atendemos a que la Provincia había sido no una institución portadora de una pretendida autonomía local, sino de la articulación de un Estado centralizado con lo que era lógica la situación de conflicto en el marco del proceso de descentralización política que inauguraba la CE de 1978. Otra cosa es que ciertamente, la provincia aparece y así se va a conformar en el texto constitucional como uno de las instituciones a preservar ante el cambio político.

La STC 32/1981 inicia en lo que se refiere a la provincia una destacada línea jurisprudencial de entre las que destacan otras como la 27/1987 (Diputaciones valencianas) o la 109/1998, referida al Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña. Una jurisprudencia de la que se extraen diversas conclusiones:

- 1) La provincia es una entidad local que goza de autonomía para la gestión de sus intereses.
- 2) La provincia es una institución esencial para asegurar los principios constitucionales, estableciéndose un reducto indisponible para el legislador. Es la garantía institucional que hemos comentado que supone garantizar la existencia necesaria de la provincia como entidad local dotada de personalidad jurídica propia y determinada por la agrupación de municipios.
- 3) La garantía de la autonomía provincial en el ejercicio de sus funciones de cooperación y asistencia a los municipios, considerado como integrante del «núcleo de la autonomía provincial».
- 4) La garantía de una administración autónoma que tenga carácter representativo.
- 5) La configuración institucional de la provincia se difiere desde la Constitución al legislador ordinario que no tiene más límite que el «reducto indisponible o núcleo esencial de la institución garantizada

por la Constitución». Un legislador que será tanto estatal como autonómico, encontrando este último otro límite en la legislación básica estatal. De ahí ese carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales (STC 84/1982, mantenido en la STC 31/2010).

El carácter bifronte del régimen local es un concepto importante por cuanto resulta consustancial al Estado autonómico ya que a diferencia de otros modelos, singularmente de corte federal, en el caso español el Estado «interioriza» la organización local hasta el extremo de hacer del municipio la organización básica del territorio nacional. En otras palabras la ordenación de la Administración local interesa al Estado, con independencia, por supuesto, que esa interiorización pueda hacerse también por parte de las CC.AA. Y esto es lo que hará el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 al crear un nuevo marco de gobierno local intermedio que es la denominada Veguería.

5. PRESENTE Y FUTURO DE LA PROVINCIA EN EL SIGLO XXI ¿UNA NUEVA DIVISIÓN PROVINCIAL?

En nuestra opinión, el presente de la Provincia está hoy plenamente asentado y asegurado jurídicamente. Su existencia pareciera fuera de duda pero en los últimos tiempos, especialmente durante la última campaña electoral de noviembre de 2012, la existencia, o cuando menos las funciones de las Diputaciones provinciales, han sido puestas en cuestión dentro del contexto de reducción drástica del gasto de las Administraciones públicas españolas. Luego se ha visto en ellas, según lo expuesto al inicio de este trabajo, el instrumento para racionalizar el gasto y ejercicio de funciones de ámbito local. A ello no debe ser ajeno que la Administración provincial es la menos endeuda y la que en primera instancia ha acudido en auxilio de centenares de municipios que se hallaban a un paso de la quiebra económica.

A nuestro juicio hay que prestar atención a algunos elementos de reflexión entorno a la Provincia. Atestiguado el carácter local de la misma y visto el destacado papel que debe tener en el ámbito de la cooperación local, debemos centrar nuestra atención en la propia división territorial provincial y las distorsiones político-administrativas que la misma genera actualmente, transcurridos ya más de 175 años desde su implantación.

Efectivamente, sin negar la existencia y permanencia de la provincia no parece muy lógico que el mapa provincial se haya mantenido inalterable durante casi dos centurias, con la única excepción de la creación de una provincia ya hace más de 80 años. Esa inalterada permanencia constituye, sin duda, una excepción en el ámbito europeo. Tanto en Francia, como en Italia (este país ha estado inmerso en una profunda reforma de su régimen provincial) y no digamos en Alemania, ese segundo nivel administrativo que se corresponde con la provincia ha sido objeto de cambios.

Cambios lógicos si atendemos a los propios que sufre un territorio con el paso del tiempo tanto en población, como en infraestructuras y en actividad económica y comercial. Lo que podía ser coherente en el siglo XIX no tiene

porque serlo en el XXI y, con seguridad no lo es. A ello añadamos que el propio mapa provincial ha sufrido tras la CE 1978 unos cambios sobrevenidos que han comportado un triple régimen provincial:

- 1) El de las provincias de régimen común: serían un total de 38
- 2) El de las Comunidades Autónomas (CC.AA) uniprovinciales por mor del artículo 9 de la Ley 12/1983 del proceso autonómico: Cinco, más el territorio foral de Navarra: Seis. Comunidades uniprovinciales donde por cierto ese carácter de la provincia como entidad local garantizada desde la Constitución no habría sido óbice para su desaparición lisa y llanamente.
- 3) El de las tres provincias forales vascas: 3 (excepción histórica, tal como se ha comentado)
- 4) El de las tres provincias insulares: una de ellas uniprovincial y organizadas según cabildos o consejos insulares en un número de 11 entes (141.4 CE), con la peculiar sobrerrepresentación que la CE les asegura en el Senado.

Por otro lado el papel activo que la Constitución otorga a las Provincias en los procesos de iniciativa autonómica ya ha perdido su sentido una vez asentado el mapa territorial autonómico.

Por ello, pasados treinta años de vigencia constitucional e implantación del modelo autonómico habría llegado quizás el momento de reflexionar sobre el mismo y analizar su adecuación en términos de coste beneficio y coherencia política. Coherencia en que si se admite la existencia de comunidades autónomas uniprovinciales que apenas llegan a los 400.000 habitantes, mal se entiende que no sea posible que las provincias de cinco millones y medio puedan dar origen a una nueva provincia cuando haya razones para ello. Razones que van más allá del elemento demográfico como son las geográficas, económicas y de movilidad. Y todo ello desde el más absoluto respeto al texto constitucional que ciertamente garantiza la existencia de un ente intermedio en las comunidades pluriprovinciales.

A nuestro parecer la modificación de los límites provinciales es perfectamente posible sin alterar los términos de la Constitución. Primero porque esa alteración la permite la Constitución mediante ley orgánica 141.1. Segundo porque la Constitución no establece que el número de provincias sea el de cincuenta. No hay ningún número, sólo que deben existir. Que hayan de ser cincuenta es una previsión que se contiene únicamente en el artículo 25 del Texto Refundido de Régimen local (RDLeg. 781/1986), donde se señala que el territorio de la Nación española se divide en cincuenta provincias.

La adecuación de una nueva división provincial del territorio permitiría no sólo adecuarlo a la realidad existente, sino que ofrecería la ventaja de, por ejemplo, enmarcar la división territorial de Cataluña –aspecto de controversia política permanente– en un debate supra-autonómico en el que otras CC.AA posiblemente estarían más que dispuestas a participar. El resultado no dejaría de suponer un aumento del número de provincias –no necesaria-

mente muy superior al actual— que, lejos de suponer una hipertrofia, supondría una mejor adecuación de esta división a la realidad del territorio y junto con las medidas legislativas oportunas permitiría ejercer eficazmente el papel de ente intermunicipal y de cooperación.

Y cabe insistir en que, caso de encontrarnos ante un escenario expansivo, hablar de 75 o incluso 100 provincias no sería ningún dislate, tal como apunta el geógrafo Jesús Burgueño. Ya que es un número perfectamente homologable a los estándares europeos, tal como muestra la Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas utilizadas por la oficina Eurostat de la Unión Europea, donde en el NUTS-3 en que se ubican las 50 provincias, encontramos los 439 Kreise alemanes, los 96 departamentos franceses o las 110 provincias italianas, por no hablar de los 93 distritos que existen únicamente en Inglaterra, dejando al margen Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

Ello lógicamente debería incidir también sobre el régimen de representación de los órganos provinciales cuyo sistema electoral deben conocer al dedillo los partidos políticos pero que es completamente ignoto para la ciudadanía que no sólo desconoce la importancia de los partidos judiciales en este tema, sino que ni tan siquiera sabe de la incidencia del voto municipal en la elección de los diputados provinciales.

Y, por supuesto, el gran otro gran tema que debería tratarse, aunque no necesariamente, sería el del mantenimiento o no de la provincia como circunscripción electoral que, es verdad, obliga a una reforma constitucional pero la misma parece mucho menos problemática a la vista de la acelerada reforma que introdujo una extensa nueva redacción al artículo 135 CE y, por supuesto, por no requerirlo, sin necesidad de referéndum.

Cabe reconocer, sin embargo, que el único lugar donde se ha planteado con insistencia el cambio del mapa provincial ha sido en Cataluña, sin que haya ido más allá de los ambientes políticos y los especialmente sensibilizados en la cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- BURGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
 — *La invención de las provincias*, Madrid, Catarata, 2011.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *La provincia en el sistema autonómico español*, Madrid, Marcial Pons, 1993. CEBREIRO NÚÑEZ, J. I., *Los orígenes de la división provincial en España*, Madrid, INAP, 2012.
- DÍAZ REVORIO, F. J. / BELDA PÉREZ PEDRERO, E., «La provincia y la diputación. Antecedentes, configuración constitucional y algunos argumentos a favor y en contra de su permanencia», *REALA*, núm. 284, 2000, pp. 649-879.
- ESTEVE PARDO, J., *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local (La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España)*, Madrid, Civitas, 1991.

- «La experiencia provincial en Cataluña», en *La provincia en el Estado de las autonomías*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 11-39.
 - «Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local», *REDC*, núm. 31, 1991. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Manuel Azaña. *Sobre la autonomía política de Cataluña* (Selección de textos y estudio preliminar), Madrid, Tecnos, 2005.
- MORÁN ORTÍ, M., «La división territorial de España: 1825-1833», *REALA*, núm. 247, 1990, pp. 567-599.
- MORELL OCAÑA, L., «La concepción constitucional de la provincia como entidad local», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Madrid, Civitas, vol. IV, 1991, pp. 3267-3299.
- ORDUÑA REBOLLO, E. / COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación de Régimen Local*, Madrid, Iustel, 2008.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *La provincia. Pasado, presente y futuro*, Madrid, Civitas, 1991.
- SÁNCHEZ BLANCO, A., *Organización intermunicipal*, Madrid, Iustel, 2006.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, 2006.
- VV.AA., *La provincia en el sistema constitucional* (R. Gómez-Ferrer Morant, dir.), Madrid, Civitas, 1991.

RESUMEN: Este artículo ofrece una panorámica sobre los orígenes y evolución del hecho provincial en nuestro país con una apuesta por un nuevo mapa acorde con la realidad política, económica y social de la España del siglo XXI, a la luz del reciente informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) y las subsiguientes medidas legislativas adoptadas (o en curso) para su implementación.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional, reforma de las administraciones, medidas de austeridad, provincia.

TITLE: Spanish provincial division: History, Evolution and Current status.

ABSTRACT: This article provides an overview of the origins and evolution of the province as a territorial division mechanism in our country arguing for a new map according to the political, economic and social development of the XXI century Spain, in light of the recent report of the CORA and the subsequent legislation passed to implement it.

KEYWORDS: Constitutional law, public sector reform, austerity measures, province.

Recibido: 02.08.2013

Aceptado: 02.09.2013

ESTUDIOS

Unión Europea: hacia una política exterior y de seguridad verdaderamente común

Joaquín Bordonado Fortuny

Capitán de Corbeta

Master en Estudios Estratégicos y Seguridad Internacional

SUMARIO: **1.** Introducción.—**2.** Razones para la comunitarización de la PESC. 2.1. El signo de los tiempos. 2.2. La necesidad de Europa de poder actuar de manera creíble sin la ayuda de los EE.UU.—**3.** Objetivos y prerequisites.—**4.** Los factores que intervienen en la postura de los Estados ante la unión en la PESC.—**5.** Factores endógenos. 5.1. Las diferencias en las culturas estratégicas. 5.2. Intergubernamentalismo frente a federalismo. 5.3. Nivel de acuerdo necesario para tomar decisiones por votación.—**6.** El factor exógeno: atlantismo frente a eurocentrismo. La influencia de los EE.UU.—**7.** Se impone un cambio de paradigma. 7.1. La dificultad de Europa, en general, para razonar en clave planetaria. 7.2. Es difícil armonizar las políticas exteriores debido al peso de la tradición. 7.3. La potenciación de la Defensa europea.—**8.** Herramientas a medida. Las coalitions of the willing llevadas a la permanencia. 8.1. La cooperación reforzada. 8.2. La cooperación estructurada permanente (CEP)—**9.** El peso de la opinión pública. 9.1. Una política exterior común a los 27 miembros de la UE. 9.2. Una política de seguridad y defensa común a los 27. 9.3. La UE debería constituirse en una federación de Estados-Nación. 9.4. Con qué velocidad está sucediendo la integración europea. 9.5. Con qué velocidad desearía Vd. que se produjera la integración europea. 9.6. Cuáles son los dos mayores problemas a los que se enfrenta la UE en la actualidad. 9.7. Me siento más seguro porque mi país es miembro de la UE. 9.8. Conclusiones generales de las estadísticas.—**10.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo inmediato de los pioneros de la construcción europea al finalizar la Segunda Guerra Mundial era hacer materialmente imposible otra guerra entre naciones europeas. Ese fue el fin declarado de la Declaración de Schuman (1951), por la que se proponía lo que se llamó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), cuya teoría subyacente era que ambos materiales son imprescindibles para la guerra moderna, y que si su producción y comercialización están mancomunados entre varios países se hace materialmente imposible una guerra entre ellos. Pero la visión de los *padres fundadores* iba más allá: por medio de la colaboración económica, sería posible conseguir gradualmente la integración política y la unificación de Europa, cosa que constituía su objetivo último (Economou y Metaxas 2011: 6). Los fundadores de la CECA, la CEE y la UEO utilizaron la integración económica, parafraseando a Clausewitz, *como medio de promover sus intereses políticos por otros medios*.

Hoy, superado el riesgo de guerra europea, la lógica detrás de la construcción europea es ya la de la integración política. Europa ha sido el centro del mundo durante buena parte del último medio milenio, principalmente por la ausencia de otra región con niveles comparables de poder agregado¹. Pero la proporción de Europa en la población y en el PIB mundiales disminuyen progresivamente, aunque la Unión Europea siga siendo aún el mayor mercado mundial. Las naciones de Europa, por sí solas, son demasiado pequeñas en poder agregado para poder seguir siendo relevantes a medio plazo. Para evitar caer en la irrelevancia, Europa no tiene otra opción que constituirse en una unión política.

La Unión Económica y Monetaria (UEM) es la plasmación más avanzada de la búsqueda de una unión política de Europa. Pese a conocer actualmente horas bajas, la UEM ha sido un éxito rotundo durante seis años. No pocos autores sostienen que la crisis que vive en la actualidad se debe precisamente a que las facultades mancomunadas no eran las suficientes, lo cual hacía imposible garantizar la coherencia de la política fiscal y económica a través de la Unión. Esta arquitectura funcionó bien en tiempos de bonanza, pero es insuficiente para tiempos de crisis. Por lo tanto, sólo será posible preservar la UEM (que, además de un paso en un proceso de mayor alcance, es ya un fin en sí misma) a base de profundizar en la compartición de soberanía. En resumen, la profundización en la unión política es la única posibilidad para escapar del deslizamiento hacia la irrelevancia de Europa en el mundo multipolar, y para salir de la crisis de la UEM.

La construcción europea ha estado siempre mediatizada (y lo está en particular desde que comenzó la transferencia de soberanía al nivel supranacional de manera significativa, es decir, desde la década de los 90 del siglo pasado) por la discusión sobre si el objetivo final debía ser una verdadera unión política de tipo federal, o bien solamente una unión de carácter intergubernamental, en la cual un organismo supranacional dictara ciertas reglas que limitaran de hecho, pero no de manera fundamental, las competencias de los Estados. La Unión Económica y Monetaria es un buen ejemplo. La adopción del euro como moneda común, y la transferencia de prerrogativas importantes (como la de decidir sobre la devaluación de la moneda) al Banco Central Europeo son características de la corriente federal. La inexistencia de un regulador fiscal común (que si nos atenemos a la lógica del funcionamiento debería ir unida a las anteriores) es exponente de la corriente intergubernamental.

Desde el Tratado de Maastricht, incluyendo el Tratado de Niza, la nonata Constitución Europea y el Tratado de Lisboa, las palabras y las declaraciones institucionales señalan un claro interés por avanzar en el camino federal. Sin embargo, una y otra vez, esas expectativas no llegan a materializarse.

¹ El poder agregado de un país se define como la suma de su tamaño físico, población, dotación de recursos, fuerza militar, estabilidad política y competencia.

Es visible, pues, la falta de coherencia entre las declaraciones de intenciones de los Gobiernos de los países de la UE y la materialización de esas intenciones, en lo tocante a la profundización en la unión². La razón es clara. El núcleo del Estado se articula principalmente en torno a la política fiscal, económica y monetaria, la política exterior y la defensa. La clave del proceso (lo que lo hace potente y a la vez complejo) es que cualquier avance en esta dirección, implica un retroceso equivalente en las atribuciones de cada uno de los Estados que formen parte del proyecto. Ningún Estado cederá atribuciones de su *núcleo duro* si las ventajas de hacerlo no están claras y los riesgos no se consideran aceptables (aunque de hecho la percepción de los riesgos y las oportunidades puede cambiar a través del tiempo precisamente por efecto del proceso en sí)³. La unión voluntaria en una entidad política común de naciones con características similares, pero diferentes, es un proceso muy complejo que nunca hasta ahora se había intentado en la era moderna. Las ventajas de conseguirla (o los riesgos de no hacerlo) están relativamente claros, y son la fuerza que impulsará a las naciones a adherirse a un proyecto tal. Las dificultades de orden práctico, así como los riesgos que es necesario aceptar, son las que impulsarán a la no adhesión. Todo ello mediatiza la actitud de cada nación en particular ante el proyecto según éste va tomando forma.

Por otro lado, como decíamos, se puede argüir que la propia existencia de este proceso puede servir de motivación a los Estados para alinear sus visiones y voluntades de manera que se avance en la unión⁴. Tanto las declaraciones institucionales, como los sucesivos Tratados de la Unión, impulsan a los países a efectuar cambios en su seno, de manera que a efectos prácticos eso supone ya una renuncia a la plena soberanía sobre el asunto de que se trate, puesto que ya existe el público compromiso de las intenciones. Si así sucediera, el ejemplo de unos debería actuar como acicate y como garantía en los demás, que a su vez serían más proclives a cambiar en la misma dirección.

En este trabajo vamos a examinar cuáles son las fuerzas que impulsan a los Gobiernos de la UE a profundizar en la unión política y cuáles son las que les impulsan a mantener su autonomía aun aceptando que Europa está abocada a la unión. Finalmente, exploraremos de qué maneras se puede,

² En un famoso artículo, Christopher Hill hablaba del *capability-expectations gap* (Hill 1993: 306).

³ La teoría del institucionalismo liberal preconiza que eso es así a pesar de que la decisión de los Estados de cooperar entre sí se tome inicialmente según un cálculo basado en el interés nacional. Para una completa discusión de esta teoría, ver Keohane (1984) y Keohane (1999).

⁴ La teoría del social-constructivismo sostiene que la pertenencia al grupo (es decir, la interacción con los demás miembros) cambia gradualmente la esencia de sus integrantes. La pertenencia al grupo no cambia sólo la percepción del interés nacional, sino la naturaleza de éste. Ver Wendt (1999).

apoyándose en las primeras, tratar de allanar (u orillar) las dificultades que ofrecen las segundas.

Este estudio se centrará prioritariamente en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)⁵, y en la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) como manifestación particular de la PESC, en cuanto aspectos parciales de una unión política que incluye muchos otros órdenes de la actividad del Estado. En el curso de este trabajo trataremos de delimitar también qué es lo que buscamos en realidad cuando hablamos de la evolución de la PESC para ser verdaderamente común. Veremos también en qué aspectos no lo es (o sería posible avanzar), y dónde se podría mejorar con mayor garantía de éxito.

2. RAZONES PARA LA COMUNITARIZACIÓN DE LA PESC

La delegación de soberanía en las políticas exterior y de seguridad de un Estado parece casi una contradicción en términos. Sin embargo, hay razones para pensar que este paso radical no es sólo aconsejable, sino quizás imprescindible.

2.1. El signo de los tiempos

Tal como ha señalado la propia Unión Europea, *ningún país es capaz por sí solo de enfrentarse a los complejos problemas de hoy* (Unión Europea 2003: 1, citado por Giegerich 2006: 65). Tampoco las naciones europeas, que por muy desarrolladas y prósperas que sean ya no tienen el tamaño para influir significativamente por sí mismas en cualquier asunto de su elección. Sin embargo, la conveniencia (o la necesidad) de dicha capacidad de influencia siguen estando presentes, ahora como en el pasado. La solución lógica es sumar peso específico entre ellas al objeto de alcanzar una masa suficiente como para que sí pueda influir donde interese.

La coordinación entre los países de la UE para abordar juntos dichos problemas alcanza variados estados de integración, que en el caso particular de la PCSD se ha definido como *intergubernamentalismo intensivo* (Wallace 2000: 33-35, citado por Giegerich 2006: 14). Cada país mantiene su soberanía, pero el nivel de coordinación mutua es muy elevado.

La PESC en general se basa en la cooperación avanzada. Esto no es incompatible con la acción exterior de las naciones por sí mismas, y de hecho una *coalition of the willing*⁶ en sentido usual no deja de ser una suma de decisiones nacionales. Pero es obvio que la capacidad de influencia del grupo, y la imagen que dé al exterior, sólo alcanzarán su máximo potencial en una

⁵ Los antecedentes de la PESC están muy detalladamente explicados en García Pérez (2003).

⁶ Este término, que se podría traducir por *coalición de voluntarios*, se utiliza en general para designar una coalición que tiene un objetivo concreto y limitado en el tiempo. En este trabajo, salvo que se indique otra cosa, lo usaremos para designar una coalición con vocación de permanencia.

verdadera unión de tipo federal donde el órgano de decisión sea uno solo y no una coordinación de varios, por buena que sea.

2.2. La necesidad de Europa de poder actuar de manera creíble sin la ayuda de los EE.UU.

Como trataremos de explicar a continuación, la UE precisa de capacidad de autonomía con respecto a los EE.UU. La UE debe ser capaz de actuar por sí sola donde lo considere necesario y los EE.UU. (o la OTAN) no quieran, o no puedan, implicarse.

Los EE.UU., por su parte, tienden en general a ver en el fortalecimiento de la PESC y de la capacidad de la UE de actuar con autonomía en la esfera internacional un riesgo para su peso relativo en el sistema euroatlántico⁷. No deja de ser una postura lógica y legítima. Sin embargo, por las mismas razones del párrafo anterior, pero aplicadas en sentido contrario, deberían ver en ello también una oportunidad, y en el fortalecimiento de Europa una herramienta que les abre posibilidades en un mundo en el que el mantenimiento indefinido de su nivel de influencia actual es, cuando menos, incierto. También esto lo veremos más adelante.

3. OBJETIVOS Y PRERREQUISITOS

La cuestión general de la que estamos tratando es la profundización en el carácter común de la PESC, donde el límite teórico es la comunitarización absoluta, es decir, la gestión de la PESC directamente por un organismo supranacional autónomo. Desde la perspectiva de los Gobiernos, su actitud sobre este particular estará formada por su percepción sobre los objetivos que se espera conseguir y los riesgos que se está dispuesto a asumir. Este cálculo debe hacerse teniendo en cuenta que la profundización en la PESC en cualquiera de sus facetas presenta oportunidades y riesgos, pero también la decisión consciente de no profundizar en dichas facetas presenta oportunidades y riesgos, que serán en general pero no necesariamente simétricos a los anteriores. En general, los objetivos que se pretende conseguir con la PESC y la PCSD son los siguientes:

- Dar a la UE un instrumento para alcanzar el peso internacional que le corresponde.
- Hacer avanzar el proceso de integración europea.
- Sentar las bases para que la UE acabe teniendo una verdadera política exterior común.
- Coordinar las políticas exteriores de los países de la UE, mientras no se consiga lo anterior.
- Proporcionar un marco para el ajuste de la influencia política relativa dentro de la UE.

⁷ Vilanova y Baqués (2008) y Hunter (2002) tratan esta afirmación en profundidad.

- Proporcionar a los europeos una seguridad adicional de modo que dispongan de una cierta fuerza militar para el caso de que la OTAN (es decir, en la práctica, los EE.UU.) decidiera no implicarse.
- Reaccionar a las constantes quejas norteamericanas sobre el reparto de cargas (*burden sharing*) en la OTAN.
- Proporcionar un incentivo político añadido para la modernización de las fuerzas militares europeas y asegurar que, dentro de lo posible, sigan siendo tecnológicamente compatibles (interoperables) con las norteamericanas, cuya modernización es más rápida.
- Proporcionar a Europa mayor influencia en la OTAN.
- Apuntalar el proceso de ampliación en Europa Central.
- Contribuir a la consolidación de la industria de Defensa europea, proporcionar una demanda añadida de equipamientos militares, y crear un marco político para competir y cooperar con sus contrapartes norteamericanas.

En lo que la PESC toca a la construcción europea, el objetivo último es la federalización de la acción exterior de la Unión. Aceptamos que es un objetivo más bien a largo plazo. Además, la unión resultante no tendría por qué ser unitaria: en muchas áreas podría respetarse la idiosincrasia de los Estados, y aun en otras eso daría mucho mejor resultado. Como veremos, el intergubernamentalismo pudiera incluso demostrarse una solución más eficaz para la gestión de crisis. En cualquier caso, en un asunto tan delicado sólo se debe cambiar de paradigma cuando esté claro que el nuevo ofrecerá mejores resultados que el antiguo. Y de momento el antiguo funciona razonablemente bien.

Para avanzar en la federalización es necesario primeramente armonizar visiones sobre la mayor cantidad posible de asuntos, mediante la generación de agendas comunes a través de aproximaciones de mínimos compartidos. La voluntad de converger y de aproximar debería verse favorecida por razones que luego veremos⁸, que dan razón de ser al esfuerzo por la comunitarización de la política exterior (y de las demás).

4. LOS FACTORES QUE INTERVIENEN EN LA POSTURA DE LOS ESTADOS ANTE LA UNIÓN EN LA PESC

Como ya hemos dicho, la unión de Europa en todos los órdenes estaba ya en la agenda de los *padres fundadores* como objetivo último. En lo tocante a la política exterior, los países de la Unión Europea han publicado repetidamente, y en documentos del máximo nivel, su convencimiento de que la convergencia en esta materia, con vistas a una eventual política exterior común, redundarían en beneficio de todos ellos y de la Unión en su conjunto⁹. Sin

⁸ En esencia, la pérdida de influencia de Europa en particular y del área euroatlántica en general en los asuntos mundiales. *Vid.* epígrafe 6. *infra*.

⁹ La última manifestación importante de este pensamiento se encuentra en el Tratado de la Unión Europea: entre otros, en el Preámbulo, en los Art. 24 y 32. Pero el mismo espíritu se encuentra ya en el Tratado de Maastricht.

embargo, todos ellos caen por debajo de sus propias expectativas y de los objetivos que se marcan a sí mismos en lo referente a la implementación de esta convergencia. No sólo eso, sino que además aparecen diferencias significativas de unos Gobiernos a otros en cuanto a su grado de avance en general, así como en cuanto al grado de avance en ciertas áreas en particular. Se observa, pues, una falta de coherencia entre lo que los Gobiernos acuerdan cambiar (con un compromiso implícito de cada uno de ellos), por un lado, y lo que cada Gobierno acaba efectivamente cambiando (Giegerich 2006: 10). Cosa hasta cierto punto esperable, puesto que hacer declaraciones es relativamente sencillo, pero pasar de las palabras a los hechos encierra mayor dificultad. Esto es así tanto más cuanto más compleja y radical sea la empresa que se quiere hacer realidad. Y la construcción europea, ciertamente, tiene mucho de compleja (puesto que son muchos los aspectos que se deben coordinar), y de radical, puesto que el proceso implica la renuncia voluntaria por los Estados a su soberanía, o parte de ella, en cuestiones que afectan a la propia esencia del Estado.

Se puede decir en general que, en ausencia de una amenaza exterior clara e inminente, la política exterior de los Gobiernos está influida en una gran proporción por factores de política nacional. Esto sucede también para el caso particular de la PESC. Pero es razonable pensar que también el nivel europeo tendrá una cierta influencia en las políticas nacionales. Giegerich explica la mecánica de manera muy clara: *La UE actúa como nivel intermedio entre el nacional y el internacional. La PESC crea metas, aspiraciones y capacidades tanto institucionales como operativas para responder [a las presiones que crea la política internacional] por medio del marco que ofrece la UE. Por lo tanto, la PESC tiene una lógica inherente bien definida, y que puede ser comparada con las culturas estratégicas nacionales. No se produce por sí misma una cultura estratégica común en el sentido de una visión que todos los países comparten, pero sí queda definido un marco de referencia, influido significativamente por la evolución externa, mediante el cual se pueden medir las respuestas de los Gobiernos* (Giegerich 2006: 64).

Vamos a ver a continuación de qué manera influyen en la actitud de cada país la cultura estratégica y la mentalidad. También analizaremos la única influencia exógena digna de mención: la de los EE.UU.

5. FACTORES ENDÓGENOS

5.1. Las diferencias en las culturas estratégicas

Se puede definir la cultura estratégica como la actitud de un Estado en relación con el recurso al uso de la fuerza como instrumento político¹⁰. En general, puede decirse que conviven en el seno de la UE tres culturas estraté-

¹⁰ Para un excelente análisis de los matices del término, ver Giegerich 2006: 36-40.

gicas diferentes¹¹: a) Asertiva, dada a la proyección y relativamente cómoda con el uso de la fuerza, que se da entre otros en Gran Bretaña, Francia, o los Países Bajos; b) Retraída, dada al comedimiento y poco proclive al uso de la fuerza: Alemania, Italia, España, Bélgica o Portugal, entre otros; c) Neutral (Irlanda, Suecia, Finlandia, Malta o Austria). Es un tipo específico de retraimiento, si se quiere, caracterizado por una mayor intensidad.

5.2. Intergubernamentalismo frente a federalismo

Una de las diferencias más profundas en cuanto al futuro de la unión política en la UE se da en torno al régimen de distribución de soberanía que se quiere conseguir. Moravcsik (1998: 67, citado por Wagner 2003: 581) explica la disyuntiva con claridad: la soberanía es *compartida* cuando los Gobiernos acuerdan adoptar las decisiones futuras mediante votación por sistemas diferentes de la unanimidad. En cambio, la soberanía es *delegada* cuando las instituciones supranacionales pueden tomar ciertas decisiones de manera autónoma, sin que deban intervenir una votación o una posibilidad de veto.

Las dos corrientes de pensamiento son las siguientes (Dullien y Torreblanca 2012: 5-6): por un lado, la minimalista, que preconiza el intergubernamentalismo, en la que los Estados son los depositarios últimos de la legitimidad y la democracia, y el traspaso de soberanía que implica la unión política haría necesario paralelamente que se reforzara la presencia de los Estados en el proceso de la decisión en la Unión; por otro, la maximalista, que propone el federalismo, el refuerzo de la capacidad política y la legitimidad democrática de las instituciones europeas ya existentes, en especial el Parlamento y la Comisión. En suma, el objetivo es replicar al nivel de la Unión el sistema nacional de Gobierno y oposición, izquierda y derecha, defensor y aspirante.

Por si esta disyuntiva no fuera suficientemente compleja, Dullien y Torreblanca (2012: 3) arguyen que, complementariamente al debate sobre el carácter de la unión, se deben producir otros dos:

- entre un Gobierno europeo basado en la reglamentación (que daría directrices generales con objeto de hacer converger las políticas nacionales a base de limitar el campo de acción de los Gobiernos) o uno con poderes discrecionales propios (que serían necesarios dada la complejidad e interdependencia de los asuntos públicos).
- entre la representatividad¹² de las instituciones europeas directa o indirecta. En general, las propuestas van desde la elección indirecta de

¹¹ El reparto de países por categorías se puede encontrar por ejemplo en Vilanova y Baqués 2008: 60 y ss.

¹² Además de la legitimación por representatividad, todo Gobierno, y también la UE, busca la legitimidad de resultados (que el público perciba que sus políticas dan el resultado buscado). Es lo que en inglés se denomina, respectivamente, legitimidades de *input* y *output*. Hay quien para el caso particular de la UE señala un nivel adicional de legitimidad, de *throughput*, que podríamos traducir por *de proceso*, basada en el grado de eficacia, responsabilidad (*accountability*), transparencia e inclusividad de los procesos. Sobre el

la Comisión y el Parlamento, como sucede en la actualidad, hasta la elección directa del Presidente de la Comisión, que elegiría a su vez a sus miembros, de tal manera que la Comisión se conformara, en líneas generales, a la visión de los partidos que la apoyan en el Parlamento. Que, a su vez, estaría dotado de más amplias prerrogativas.

La idea subyacente a estas dos disyuntivas adicionales es que, conforme la soberanía va siendo delegada para cuestiones importantes¹³ (de momento, las monetarias y, en parte, la acción exterior; en un futuro próximo, quizás las fiscales y/o bancarias) la Unión va incrementando su carácter federal y la Comisión aumentando sus prerrogativas. Estos cambios afectarán de tal manera a las vidas de los ciudadanos, que gradualmente las instituciones supranacionales estarán necesitadas de mayor legitimidad democrática so pena de ver sus decisiones contestadas, en virtud del conocido principio (aplicado en sentido amplio) de *no taxation without representation*.

5.3. Nivel de acuerdo necesario para tomar decisiones por votación

Otra diferencia de criterio existente, y subsidiaria a la anterior, concierne al nivel de acuerdo necesario para adoptar decisiones por votación. Mientras en algunas cuestiones importantes la soberanía esté compartida (según el criterio de Moravcsik), habrá cuestiones que se deban decidir mediante el voto de cada nación en un órgano colegiado. En particular, y en la actualidad, eso es así para todas las cuestiones relacionadas con la acción exterior, entre ellas las relacionadas con la gestión de crisis y la acción militar, que deben tomarse por unanimidad¹⁴.

Tal como argumenta Wagner, y por las razones señaladas más arriba (como sucede en la OTAN), el cambio de mentalidad necesario para delegar soberanía en cuestiones de respuesta a crisis está hoy en día muy lejano y, además, no está claro que vaya a mejorar las prestaciones del sistema (Wagner 2003). Otros aspectos de la acción exterior, sin embargo, sí que se adaptan más fácilmente a la delegación en una institución supranacional. Éste es, en realidad, el cambio que está operando el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) en no pocos aspectos (Priego 2013: 7-22), como la Política de Vecindad Europea, las relaciones con socios estratégicos (EE.UU., Federación Rusa, China, Brasil, India, Japón, México, Canadá y Corea del Sur), la gestión de los desafíos internacionales del momento (las revueltas árabes,

importante concepto de legitimidad y sus implicaciones, ver Schmidt 2013 y Giegerich y Gross 2006.

¹³ No se trata obviamente de una disyuntiva categórica: no se puede pasar directamente del intergubernamentalismo puro a la federación pura, sino que se va haciendo por asuntos, y dentro de ellos, por etapas, paso a paso.

¹⁴ Los casos exactos en que se aplica cada método de votación están recogidos en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

el proceso de paz árabe-israelí, el programa nuclear iraní, la situación en el Cuerno de África o los sucesos en Mali).

6. EL FACTOR EXÓGENO: ATLANTISMO FRENTE A EUROCENTRISMO. LA INFLUENCIA DE LOS EE.UU.

Se puede decir que durante la guerra fría, las relaciones estratégicas entre las dos orillas del Atlántico se basaban *grosso modo* en un intercambio por el que Europa recibía seguridad a cambio de aceptar el dominio de la visión norteamericana en el conjunto de la OTAN, y los EE.UU. proporcionaban seguridad, y en contrapartida ejercían un cierto dominio sobre el modo en que se articulaba este intercambio. El desarrollo en la UE de una política exterior y de seguridad común (y propia, en el sentido de no necesariamente coincidente con la visión norteamericana) ha suscitado recelos en los EE.UU., puesto que parecía cuestionar ese acuerdo tácito. Los EE.UU. tienden a ver el nacimiento de la PESC como un *juego de suma cero*, en el cual el incremento del peso específico internacional de Europa iría en detrimento de la fortaleza del llamado *vínculo trasatlántico*, de los intereses de los EE.UU., y entre ellos, de la cohesión y eficacia de la OTAN. En efecto, la existencia de la PESC hace plausible que Europa tenga la posibilidad física de actuar en la escena internacional al margen de los EE.UU. (al contrario que sus miembros, que por separado son demasiado pequeños para hacerlo por sí mismos). Al no existir hasta ahora esta posibilidad, los EE.UU. perciben que su influencia sobre Europa disminuye, y además, que se abre la posibilidad de que Europa actúe en alguna ocasión en la escena internacional en un sentido que los EE.UU. no compartan.

Es legítima la preocupación de los EE.UU. Efectivamente, el surgimiento y eventual maduración de la PESC introducen esta posibilidad, que podría ser, como vemos, contraria a los intereses de los EE.UU. Desde este punto de vista, parece que la PESC traerá como consecuencia el debilitamiento del «vínculo trasatlántico». A continuación trataremos de mostrar que no necesariamente tiene que ser así, y además que, bien al contrario, los EE.UU. tienen motivos para ver con satisfacción este proceso.

La posición norteamericana se ha basado en general en el concepto de *la OTAN primero*. Para los EE.UU. (y los atlantistas), las dudas proceden en parte de la tensión inherente a la voluntad de una PCSD y una Europa fuertes, y a la vez la aceptación clara de la primacía de la OTAN como herramienta de gestión de crisis. En opinión de los EE.UU., la OTAN debería tener el *right of first refusal*, según el cual la UE sólo lideraría una operación si la OTAN hubiera decidido primero no implicarse. (Hunter 2002: 146). En cualquier caso, el Art. 42.2 del TUE obliga expresamente a que la PCSD *respete las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros (...)* y sea *compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco*. Más aún, el 42.7 instituye la defensa mutua al estilo del Art. 5 de la Carta del Atlántico Norte, pero advierte de

que los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta. Parece, pues, que este asunto ha sido regulado de manera que queden satisfechas las suspicacias de la corriente atlantista.

Otro eje de la posición norteamericana ha consistido en favorecer el crecimiento de la identidad de defensa europea de tal modo que se evitara la *duplicación de capacidades* entre la OTAN y la UE en la transformación¹⁵ de las Fuerzas Armadas de los países europeos. Pero, como se ha demostrado mientras han estado activas las guerras de Irak y Afganistán, es concebible un momento en el que los EE.UU. se vean imposibilitados de acudir con la entidad suficiente a donde sea necesario para ellos, para Europa o para ambos. Lo cual aconseja que Europa *duplique* ciertas capacidades aunque sea a pequeña escala, al objeto de asegurar una mínima entidad autónoma de la capacidad que pueda ser necesaria en un momento dado, para poder suplir o complementar la disponibilidad norteamericana. Y esa conclusión vale tanto desde el punto de vista europeo como desde el norteamericano.

La hegemonía mundial de los EE.UU. se sustenta en el tamaño de su economía y en el tamaño y nivel de sus Fuerzas Armadas. Sin embargo, este liderazgo global se mantiene a base de un déficit público constante, y que hace que la deuda pública total se sitúe en la actualidad en el 105% del Producto Nacional Bruto, y aumentando a un ritmo elevado.¹⁶ Como indicación, este porcentaje era del 90% en 2011. Este estado de cosas supone un riesgo estratégico, que se podría materializar en caso de acontecimientos adversos de importancia global, como, por citar una posibilidad, una crisis motivada por la inestabilidad del flujo de crudo a través del Estrecho de Ormuz. Y aun en ausencia de un acontecimiento global que desencadene una crisis similar para el caso de los EE.UU., parece difícil que se pueda mantener indefinidamente tanto el déficit como el ritmo de gasto que lo genera. Hay margen para disminuir este último, desde luego: el gasto en Defensa de los EE.UU. era en 2009 el 43% del total mundial (Economou y Metaxas 2011: 22) y bajó del 40% en 2012 por primera vez desde el fin de la Guerra Fría, debido a un descenso del 6% en términos reales¹⁷, principalmente por la disminución en los gastos de guerra. Pero parece plausible que a medio plazo, y por la necesidad de *cuadrar las cuentas*, los EE.UU. se vean obligados a disminuir el gasto en Defensa, y con ello su papel de potencia global. En cualquier caso, (Kennedy 1988)

¹⁵ Transformación de unas FAS propias de la Guerra Fría (tamaño, potencia de fuego, unidades blindadas) a otras más orientadas a las necesidades actuales (carácter expedicionario, interoperabilidad, conexión en red).

¹⁶ <http://research.stlouisfed.org/fred2/series/GFDEGDQ188S> Consultado el 11 de junio de 2013.

¹⁷ http://www.sipri.org/media/pressreleases/2013/milex_launch. Consultado el 27 de mayo de 2013.

las potencias dominantes a través de la Historia sólo han podido mantener su hegemonía mientras su economía pudo sostener los gastos necesarios. Kennedy cita expresamente los casos del Imperio Otomano, la Francia napoleónica y el Imperio español de los Habsburgo. La Historia (Economou y Metaxas 2011: 31) demuestra que la hegemonía no es un monopolio natural.

Es un concepto manido el desplazamiento del centro de poder del mundo hacia Asia, en particular, y el crecimiento económico significativo de una buena parte de África, así como Brasil e incluso México y, como consecuencia, la pérdida de peso específico de los EE.UU. y de Europa en el sistema internacional. 2012 será recordado como el punto de inflexión en que la producción de las economías emergentes superó a la de los viejos países industrializados (Fabry 2013: 6).

Todo ello indica que, a pesar de incurrir en gastos difícilmente sostenibles, el predominio mundial de los EE.UU. que les daba la posibilidad de intervenir solos donde les pareciera conveniente es más cosa del pasado que del futuro. En resumidas cuentas, el acuerdo tácito que sustentaba el reparto de tareas en la comunidad euroatlántica está perdiendo rápidamente sentido para ambas partes. La alternativa abierta por la PESC se sustenta en la idea de que, si Europa fuera autónoma, los EE.UU. ya no tendrían asegurada la influencia en las políticas de su socio, pero a cambio tendrían un socio potente capaz de quitarles parte del peso de ser potencia global. Si, en el futuro, van a necesitar apoyo de otros, parece de lógica inmediata el recurso a la UE para llenar en parte esa función. De hecho, si bien es cierto que una mayor autonomía europea posibilitaría en cierto modo contrariar los deseos de Washington, no debería implicar necesariamente que eso sucediera, entre otras cosas porque en la mayoría de las situaciones posibles los intereses de ambos lados del Atlántico serían coincidentes. Y en todo caso, cualquier otra potencia compartirá con los EE.UU. muchos menos valores y, sobre todo, intereses. La conclusión es que, más que otra cosa, los EE.UU. y Europa están llamados a ser complementarios.

En este sentido, los EE.UU. son conscientes de que una Europa fuerte tiene para ellos más ventajas que inconvenientes, como ya advirtieron Obama con ocasión de la polémica euroescéptica en el Partido Conservador británico en mayo de 2013 («el Reino Unido debería arreglar una relación muy importante antes de romperla por completo»), y su subsecretario de Estado, Philip Gordon («Si Londres abandona la UE o rebaja su papel desempeñado en el bloque, habrá consecuencias negativas en sus relaciones con EEUU»)¹⁸. Pecaría de optimista quien viera en estas declaraciones un cambio de actitud en cuanto a la tradicional prevención de los EE.UU. con respecto a la PESC, pero sí son una señal de que algo está cambiando y, lo más importante, hay razones claras que apuntan a un cambio en esa dirección. Y sobre las cuales

¹⁸ Diario *El Mundo*, ed. Madrid, 20 de mayo de 2013, pg. 32.

se puede cimentar un esfuerzo diplomático europeo dirigido precisamente a cambiar esa percepción negativa en el socio ultramarino.

Por otra parte, la potenciación de la identidad de defensa europea (y la constatación de la necesidad de una cierta autonomía europea) pudieran servir como catalizador para que Europa se decidiera a invertir en Defensa lo que le corresponde. En cualquier caso, si finalmente Europa llegara a asumir su parte en el *burden sharing* del gasto de Defensa en la OTAN, pasaría a tener un grado de autonomía significativamente mayor que el actual. Dicho de otro modo, la inversión en Defensa, la consecución de capacidades militares y la autonomía con que Europa podría ejercer su política exterior con respecto a los EE.UU. son tres magnitudes directamente proporcionales entre sí, que se refuerzan mutuamente.

7. SE IMPONE UN CAMBIO DE PARADIGMA

La realización plena del potencial beneficio que se derivara de la comunitarización de la PESC (y en particular de la PCSD) precisa de un cambio de paradigma en la UE (a niveles nacional y de opinión pública) en ciertos aspectos, entre los que destacan los siguientes: La dificultad de Europa, en general, para razonar en clave planetaria, la dificultad de armonizar las políticas exteriores, debido al peso de la tradición y la potenciación de la defensa europea.

7.1. La dificultad de Europa, en general, para razonar en clave planetaria

La consecuencia es una mala definición de la política exterior tanto a nivel nacional como de la UE, entre la actitud reactiva ante lo que hagan los EE.UU. y la *atrofia diplomática* (Vilanova y Baqués 2008: 53). La ventaja de la postura europea es que es más comedida que la norteamericana. Pero en cualquier caso el mayor defecto de Europa es la general indefinición de las políticas exteriores nacionales y, como consecuencia, de la PESC. Salvo, lógicamente, en los países de cultura estratégica asertiva. Lo cual introduce una dificultad en cierto modo *simétrica* a la primera.

7.2. Es difícil armonizar las políticas exteriores, debido al peso de la tradición

En este sentido, es interesante notar cómo la PESC se ha fortalecido significativamente cada vez que el Reino Unido ha aceptado posturas de corte europeísta en oposición a su tendencia atlantista (como botón de muestra, lo conseguido en la cumbre de Saint Malo, donde se resolvió conseguir para la UE *una capacidad autónoma de acción, apoyada sobre fuerzas militares creíbles, con los medios precisos, y dispuestas a ser utilizadas en respuesta a crisis internacionales*).

Parece que el motivo profundo del Reino Unido en esa ocasión tuvo que ver con la entonces candente crisis de los Balcanes: Europa había sido inca-

paz de hacer nada, y los EE.UU. necesitaban que fuera capaz de gestionar al menos lo que sucediera cerca de ella para poder *delegar* y no tener que ocuparse de absolutamente todo. Pero en ese momento los EE.UU. querían una Europa fuerte... siempre que aceptara la visión norteamericana de las cosas. Una Europa *demasiado* autónoma no convenía. Cambiar eso también necesita un cambio de paradigma, que hemos visto que ya se está produciendo.

Otros habituales atlantistas (Vilanova y Baqués 2008: 61 ss) son Portugal, los Países Bajos, Italia¹⁹, Dinamarca, y los antiguos países de la órbita soviética (cada vez más autónomos, por otra parte). Pero como hemos visto Francia y Alemania, los dos líderes de la corriente europeísta (a la que pertenecen también Bélgica, España o Luxemburgo), tienen culturas estratégicas opuestas, y por tanto difícilmente conciliables. Además, Francia tiene un cierto prurito tendente a oponerse a lo que venga de Washington (lo cual, si bien se mira, no deja de ser una manera de dejarse mediatizar por aquél de cuya influencia se pretende escapar). La historia de Francia es la adaptación tardía a la dura realidad: *La historia de las relaciones internacionales de Francia desde 1919 ha sido el empeño de los hechos objetivos de la vida internacional por no seguir obedientemente la imagen gloriosa* (Chuter 1996: 26, citado por Giegerich 2006: 76). La noción de *excepcionalismo* permea toda la vida política francesa (Giegerich 2006: 77 ss). En este sentido, Francia tiende, aunque por razones diferentes, a compartir la visión norteamericana según la cual una Europa unida es buena en la medida en que se conforme a las expectativas francesas.

Otro punto de desacuerdo es el introducido por los paradigmas de los Estados neutrales, que en la mayoría de los casos (con la notoria excepción, quizás, de Austria) son celosos de su neutralidad y por tanto reacios a apoyar iniciativas que puedan comprometerla, aunque sean colectivas.

Ya hemos visto, sin embargo, cómo por efecto de la PESC la convergencia de las políticas exteriores de los países de la UE ha experimentado avances significativos en ámbitos importantes (Priego 2013).

7.3. La potenciación de la Defensa europea

Una PESC verdaderamente autónoma necesita apoyarse en un elemento militar creíble, cosa que la UE en su conjunto está muy lejos de poseer. De hecho, es evidente que aunque esto sea un hecho conocido los países de la UE son remisos a gastar en Defensa lo que sería necesario para lograr lo que indudablemente desearían lograr. Por lo tanto, por la vía de los hechos, Europa puede ser autónoma, llegado el caso, sólo en situaciones de baja intensidad o que necesiten fuerzas de reducida entidad. Se constata en los últimos años que, ante la disyuntiva entre *manejar* y *enfrentarse a* los conflictos,

¹⁹ Otros (Alecú de Flers 2008: 7) incluyen a Italia entre los europeístas. Nosotros nos decantamos por la opinión de Vilanova y Baqués.

Europa siempre opta por lo primero. Es más, ni siquiera se plantea la opción de optar por lo segundo, por irrealizable.

Para poder ser verdaderamente autónoma, Europa necesitará:

- a. *Un elemento militar provisto de las capacidades que sean necesarias para cada ocasión.*

Obviamente las capacidades necesarias dependen del objetivo, envergadura, localización y duración de la misión. Los países de la UE combinan entre sí Fuerzas Armadas orientadas cada una a capacidades diferentes. En teoría, la entidad de la fuerza que sería posible utilizar es la suma de todo lo que posean los países de la UE relevante a la misión de que se trate. Pero en algunas capacidades que se muestran muy frecuentemente necesarias en el mundo actual, esa suma sigue siendo limitada. Por esta razón, la autonomía europea pasa por aceptar la idea de que para ser capaces de intervenir sola donde se considere necesario, necesita potenciar ciertas capacidades (en general ya identificadas desde hace tiempo), es decir, necesita aumentar la entidad y/o la eficiencia de su gasto militar (Techau 2013, Simón 2013), con lo que eso implica de cambio de mentalidad en la opinión pública de la mayoría de países. Si no estamos dispuestos a eso, entonces la UE deberá reevaluar para qué tipo de situaciones quiere ser autónoma, y rebajar su nivel de ambición declarado. Otra cosa es el nivel de ambición hasta ahora demostrado: de momento, el patrón de comportamiento de la UE se corresponde con el de una pequeña potencia y no con una vocación de influencia en la escena internacional (Toje 2011: 48-55).

En cualquier caso, el presupuesto militar agregado de la UE es ciertamente notable, siendo claramente superior al ruso y al chino. Sin embargo, la percepción por todos los actores (incluidos estos tres) es que el poder militar de la UE es mucho menor, en términos comparativos, que lo que esos números hacen pensar. Quizás el problema no es que los europeos gasten poco, sino que lo que gastan les cunde menos (Andréani et al. 2001: 56, citado por Vilanova y Baqués 2006: 77). Hace años ya que se está intentando aumentar la eficiencia del gasto militar europeo, lo cual es la razón de ser de la Agencia de Defensa Europea (EDA), mediante iniciativas como la identificación de sinergias, la generación de economías de escala y la compartición de programas de I+D.

- b. *Estructuras capaces de decidir que es necesaria una actuación, en qué sentido, y con qué objetivos y limitaciones.*

Por el momento, la opción intergubernamental para la gestión de crisis ha demostrado ser relativamente eficaz, y no está claro que una federalización de esta actividad vaya a dar resultados mejores que los actuales (Wagner 2003). Pero sí es necesario, en aras de la eficacia a largo plazo, efectuar planeamientos de contingencia para decidir a qué situaciones la UE quiere poder responder de manera autónoma. Este planeamiento a medio-largo plazo exige un nivel tan elevado de comunión de prioridades e intereses entre los actores, que precisa, idealmente, de una estructura que supere el intergu-

bernamentalismo y tienda a la comunidad. Esto es parte de los cometidos del SEAE, que ha conseguido que la acción exterior de la UE mejore en coherencia entre las diferentes voces y la voz del Alto Representante, fomentar la colaboración institucional en política exterior, y dotar a la PESC de un componente de continuidad a través del tiempo (Priego 2013: 5-7). Parece lógico pensar que es probable que, con el tiempo, este proceso se auto-realimente, actuando también como un motor de la integración.

Para el resto del planeamiento y ejecución (nivel operacional e inferiores) ya existe una estructura dedicada: el Estado Mayor de la UE. Que, en todo caso, podría necesitar aumentar su tamaño, pero la organización que le permita realizar dichas tareas existe ya.

8. HERRAMIENTAS A MEDIDA. LAS COALITIONS OF THE WILLING LLEVADAS A LA PERMANENCIA

Más allá de la retórica del TUE, el estado actual de la PESC es que todos los Estados miembros se comprometen a un intergubernamentalismo lo más estrecho posible, nada más²⁰. Lo cual sirvió en su momento para convencer a los Estados más celosos de su soberanía en este campo. Los frutos de este marco de actuación han sido muchos, como ya hemos visto.

Existen dos procedimientos previstos para poder profundizar en la integración: la Cooperación Reforzada (CR) y la Cooperación Estructurada Permanente (CEP). Ambos se basan en aceptar que la profundización en la unión se lleve a cabo entre los países mejor dispuestos a ello, y no en todos a la vez obligatoriamente, lo cual como es obvio mejora las expectativas de llegar a algo concreto y que valga la pena. Hacerlo así introduce el riesgo de crear una fractura y, lo que es peor, de institucionalizarla, creando un foso psicológico que ya sería muy difícil salvar. Sin embargo, también podría suceder que la existencia (y, en su caso, el éxito, por limitado que fuera) de esa cooperación reforzada, anime a otras naciones de la UE a sumarse a ella.

Vamos a discutir la adecuación de cada uno de estos dos métodos al objetivo de establecer una Política Exterior y de Seguridad común.

8.1. La cooperación reforzada

El Art. 20.2 del TUE consagra el instrumento de la cooperación reforzada, explícitamente, para *reforzar el proceso de integración*.²¹ El procedimiento está descrito en los Art. 328 y siguientes del TFUE: Debe iniciar el procedimiento un grupo de al menos nueve Estados Miembros, y debe ser una solución de último recurso cuando sea patente que la finalidad persegui-

²⁰ De hecho, el Art. 42.2 regula expresamente que la PCSD *no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros*.

²¹ A partir del Tratado de Lisboa, todas las cuestiones pueden ser objeto de cooperación reforzada, incluidas las de política exterior y seguridad y las relacionadas con el ámbito militar y la defensa.

da por dicha cooperación reforzada *no puede ser alcanzada en un plazo razonable por la Unión en su conjunto*. Puesto que es patente que éste es el caso de la delegación de soberanía en un ente supranacional en lo que respecta a la PESC, esa condición se cumple. En cuanto al mínimo de nueve Estados, la historia de la construcción europea muestra que debería haber bastantes más. Las dos primeras estadísticas del punto anterior muestran que también las opiniones públicas de un buen número de países apoyarían la idea.

En cuanto al objetivo a que se refiere el Art. 329.1 del TFUE, es según hemos dicho la delegación de soberanía en un ente supranacional. A la medida de este objetivo (que es el verdadero avance cualitativo que se quiere conseguir) debe diseñarse el resto de la CR. En cuanto al ámbito de aplicación al que se refiere el Art. 329.1 del TFUE, es en última instancia la totalidad de la PESC. Para facilitar la puesta en funcionamiento de la CR, parece conveniente comenzar por un ámbito más modesto, quizás en alguno de los asuntos donde ya existe buena cooperación. Más tarde, podría ampliarse según se considerara, pero el objetivo primario no es la amplitud, sino la profundidad. El ente supranacional en el que se delegue la soberanía será el Consejo, según lo establecido en el Art. 330 del TFUE; según el mismo artículo, la unanimidad estará constituida por los integrantes de la CR.

Puesto que se trata en última instancia de la comunitarización de la PESC, parece que los Estados que deberían formar el primer núcleo son los de tradición europeísta²². Existe, como decíamos antes, el riesgo de institucionalizar las diferencias con las visiones atlantista y neutral. Pero ya el Art. 328.1 advierte de que los Estados que participen en una CR deben *fomentar la participación del mayor número posible de miembros*, lo cual al fin y al cabo es el objetivo último que se persigue. Ya hemos visto cómo los Tratados contienen provisiones para garantizar el respeto a las posiciones atlantistas. En cuanto a las neutrales, son más difícilmente conciliables, porque por definición el neutralismo y la comunitarización se oponen entre sí. A lo mejor hay que aceptar que los países de tradición neutral no entren nunca en la verdadera PESC, o bien esperar que el tiempo y la influencia del grupo (además la creciente dificultad de mantener el aislamiento en el agitado panorama internacional actual y previsible, y la creciente irrelevancia de la neutralidad en un mundo multipolar²³) vayan limando dicho carácter neutral hasta hacer entrar a esos países en el nivel en que la soberanía se encuentra delegada en el nivel supranacional, porque vean en ello más ventajas que inconvenientes.

Puesto que el objetivo es lograr el acuerdo más amplio posible, es de capital importancia la disposición a ceder. Conviene por lo tanto que los Es-

²² Entre los cuales, por cierto, Francia es un socio poco fiable para este fin, puesto que, pese a su retórica europeísta, tiende a remolonear cuando se trata de ceder soberanía (Molina 2012)

²³ En el cual, por otra parte, pocos defenderán los intereses de los neutrales con más coincidencia que el resto de la UE.

tados del núcleo inicial valoren más la consecución de un acuerdo que la prevalencia del propio punto de vista. Puesto que los Estados de mayor peso son en general más celosos de su propio punto de vista, podría darse el caso de que la mejor solución posible fuera que el núcleo inicial estuviera formado por Estados medianos y pequeños. Si fuera el caso, conviene subrayar que la forja del más amplio consenso posible podría perfectamente compensar la falta de miembros de mucha entidad, siempre que la amplitud del consenso (y por tanto la entidad agregada de los Estados que se adhirieran) fuera significativa. Como etapa posterior, sería esperable convencer paulatinamente a los demás a medida que la iniciativa fuera dando sus frutos.

Es posible que eso no se consiga nunca para todos los países a la vez, pero eso tampoco es imprescindible para lograr la *masa crítica* que permita escapar a la irrelevancia de la UE en el exterior. Lo que sí está claro en todo caso es que si no se comienza el proceso por algún sitio, tampoco se conseguirá nunca comunitarización alguna, y no habrá pues *masa crítica* que evite la irrelevancia.

8.2. La cooperación estructurada permanente (CEP)

Esta posibilidad se creó teniendo en mente específicamente la PCSD. Está recogida en el Art. 42.6 del TUE, y se reserva a aquellos países que *cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes*. El Art. 46 refiere al Protocolo sobre la CEP²⁴, que establece una serie de condiciones que concretan lo anterior. En general incluyen la provisión de unidades de primera línea y rápidamente desplegables, y enumeran una serie de asuntos en que los Estados se comprometen a coordinarse, tales como la interoperabilidad, el carácter desplegable y, significativamente, el gasto en Defensa.

No ha habido aún intentos de avanzar por esa vía ni parece que vaya a haberlos en el futuro próximo. Después de todo, el cumplir criterios más elevados de capacidades implica necesariamente invertir más en Defensa (aparte de que lo consagre el Protocolo), cosa poco acorde con el signo de estos tiempos de crisis. Pero la herramienta existe y está disponible.²⁵

Llegado el caso, la ventaja de la CEP es que no hay un número mínimo de países que deban ponerse de acuerdo para poder establecerla. Y, desde luego, que, como acicate para la mejora de las capacidades de la UE (cosa fundamental para lograr la autonomía, como hemos visto), es enormemente eficaz.

9. EL PESO DE LA OPINIÓN PÚBLICA

En relación con la legitimidad directa cuya importancia hemos visto (Dullien y Torreblanca 2012), y puesto que las transformaciones que estamos

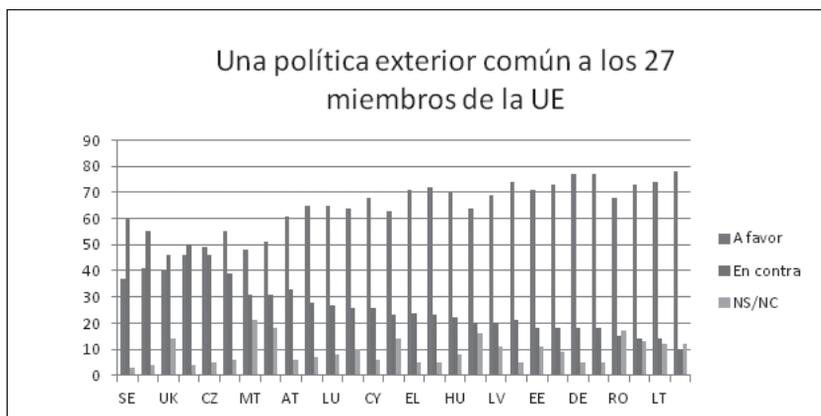
²⁴ Publicado en el Diario Oficial de la UE del 16 de diciembre de 2004.

²⁵ Salvo que la capacidad de contribuir fuerzas rápidamente desplegables debía de poseerse para 2007. No parece lógico, en cualquier caso, que cambiar eso vaya a impedir poner en marcha el procedimiento si todo lo demás se cumple y hay voluntad.

considerando son de gran calado, parece necesario que estén respaldadas por una parte muy mayoritaria de la población. El conjunto de estadísticas que se presenta a continuación ayudará a averiguar hasta qué punto las opiniones públicas son favorables a la progresión en la unión, en general, y en la PESC, en particular. Se ha decidido utilizar las estadísticas del Eurobarómetro por su fiabilidad, que se sustenta en el tamaño de las muestras y en la longitud de la mayor parte de las series estadísticas, así como en la coherencia de cada una de las series a través del tiempo.

El Eurobarómetro proporciona los siguientes datos sobre las opiniones y percepciones de la ciudadanía sobre el proceso de construcción europea. Los datos están referidos a la UE-27²⁶.

9.1. Una política exterior común a los 27 miembros de la UE

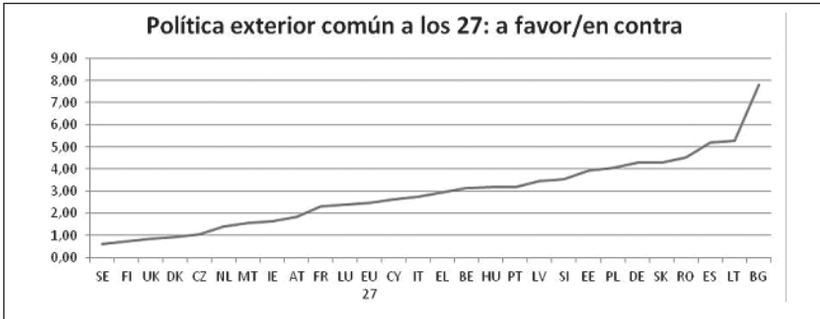


La media europea a favor es relativamente elevada, lo cual sugiere que la idea sería aceptable para la mayoría de europeos.

Se observa además que en la mayor parte de los países la proporción de los que están a favor es bastante similar a la media europea. Los países en los que esto no se cumple se pueden dividir en dos grupos: aquéllos en que los que están en contra superan a los que están a favor (Suecia, Finlandia, el Reino Unido y Dinamarca), y aquéllos en que la proporción a favor es sensiblemente menor que la media, aunque supera a la proporción en contra (la República Checa, los Países Bajos, Malta e Irlanda).

En cuanto a la proporción entre los que están a favor y los que están en contra, ordenada de mayor a menor, queda como sigue:

²⁶ Salvo que se especifique otra cosa, todos los datos que se reflejan en este trabajo están extraídos del último Eurobarómetro estándar publicado (Nº 78, otoño 2012). Los gráficos, salvo que se indique otra cosa, son de elaboración propia.



La media europea está en 2,46. Los que no superan los 3 *a favor* por cada *en contra* son²⁷: Suecia, Finlandia, el Reino Unido, Dinamarca, la República Checa, los Países Bajos, Malta, Irlanda, Austria, Francia, Luxemburgo, Chipre, Italia y Grecia.

La mayoría de los que hemos citado en el gráfico anterior se encuentran también en éste, y en todos ellos se da alguna característica que dificulta la integración europea. Nótese que algunos pueden participar de varias de ellas:

- Países de cultura estratégica intervencionista y asertiva muy marcada, y por lo tanto más celosos de su soberanía (el Reino Unido, Francia, y los Países Bajos).
- Países de tradición atlantista (el Reino Unido, Dinamarca, los Países Bajos e Italia).
- Países de tradición neutral (Suecia, Finlandia, Irlanda y Austria).
- Países donde la integración europea en su conjunto tiene un apoyo relativamente escaso (el Reino Unido, Dinamarca).

9.2. Una política de seguridad y defensa común a los 27



²⁷ Hemos elegido esta proporción porque la mayoría de los *a favor* que representa es suficientemente amplia como para augurar un adecuado respaldo público al proceso.

En todos los países la proporción de *a favor* supera a la proporción *en contra*. Están sensiblemente por encima de la media de *en contra*: Finlandia, Suecia, el Reino Unido, Irlanda, Austria y Dinamarca.

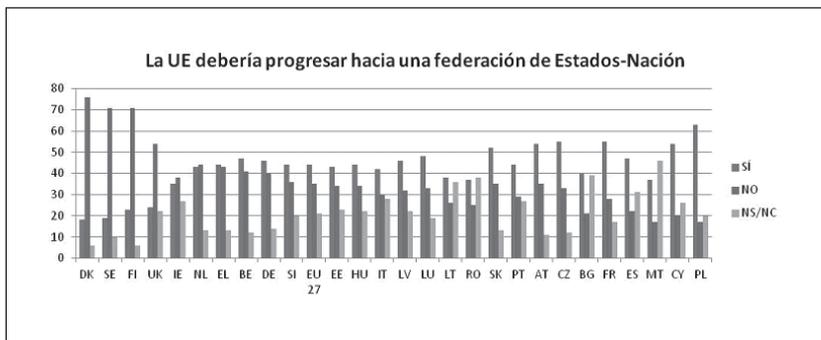
En cuanto a la proporción entre *a favor* y *en contra*, la tabla es la siguiente:



Por debajo de la misma proporción de tres *a favor* por cada *en contra* están Finlandia, Suecia, el Reino Unido, Irlanda, Austria, Dinamarca y, justo por encima, los Países Bajos. Se observan dos cosas:

- una coincidencia significativa en los países menos entusiastas con la pregunta anterior.
- La proposición suscita todavía mayor aceptación que la anterior.

9.3. La UE debería constituirse en una federación de Estados-Nación

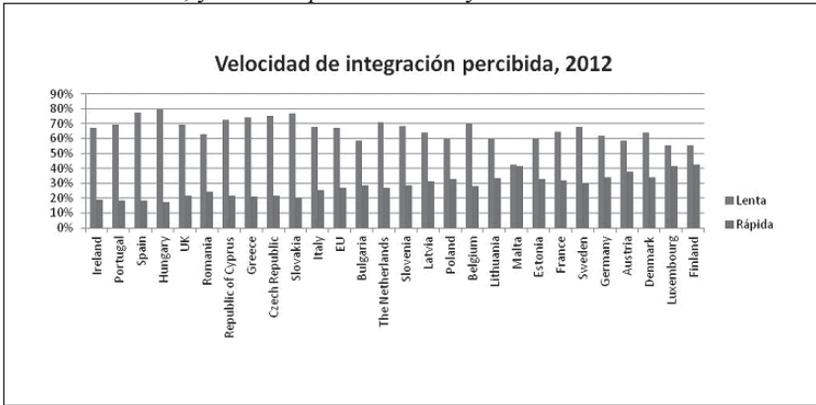


La constatación inmediata es que no existe un respaldo público claro para este proceso si se plantea en términos generales. Se recogen además tasas muy altas de *No sabe, no contesta*.

9.4. Con qué velocidad está sucediendo la integración europea^{28 29},

Pregunta: *En su opinión, ¿cuál es la velocidad actual de la construcción europea? Mire por favor estas figuras. La número 1 está parada, la n° 7 corre tan rápido como puede. Elija la que mejor represente su opinión de la velocidad actual de la construcción europea.*

En el gráfico siguiente, hemos agrupado como *lento* las respuestas 1 a 3 y la mitad de la 4, y como *rápido* las 5 a 7 y la mitad de la 4.

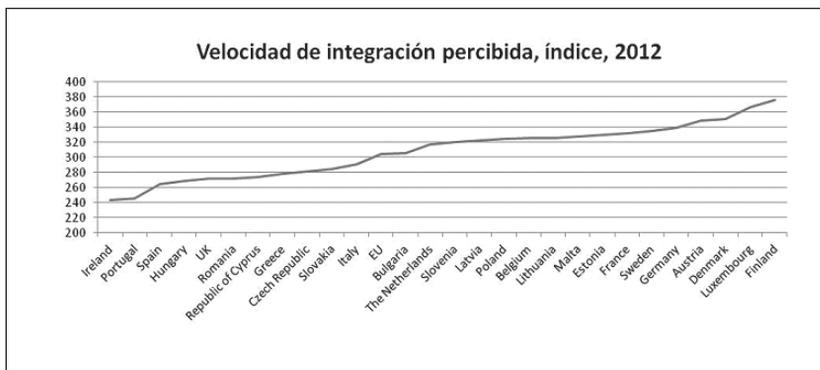


Se puede ver que en general la velocidad percibida es apreciablemente más lenta que rápida.

La siguiente gráfica deriva de los valores utilizados para la anterior, y refleja el orden de los países según un índice calculado de la siguiente manera: Índice = 100*(1*(% respuesta 1)+2*(% respuesta 2) + (...) +7 (% respuesta 7)-100. El índice es lineal, de modo que un 100% de respuestas 1 («no avanza») daría un índice 0, un 100% de respuestas 7 («avanza a máxima velocidad») daría un índice 600, y un 100% de respuestas 4 (en el punto medio) daría un índice 300.

²⁸ Las preguntas 9.4. y 9.5. no proceden del Eurobarómetro estándar, sino del sistema de búsqueda interactiva.

²⁹ Las respuestas a esta pregunta y a la siguiente datan de mayo de 2012, que es la última vez que se hicieron.

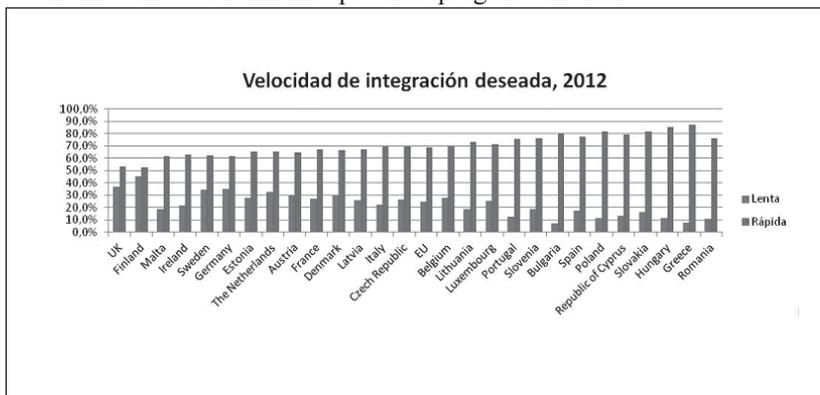


La percepción de la velocidad de la integración es media (índice 300), y está muy progresivamente repartida. No se observa correlación entre la percepción de la velocidad de integración y las estadísticas anteriores.

9.5. Con qué velocidad desearía Vd. que se produjera la integración europea

Pregunta: *¿Y cuál representa mejor la velocidad que Vd. desearía?*

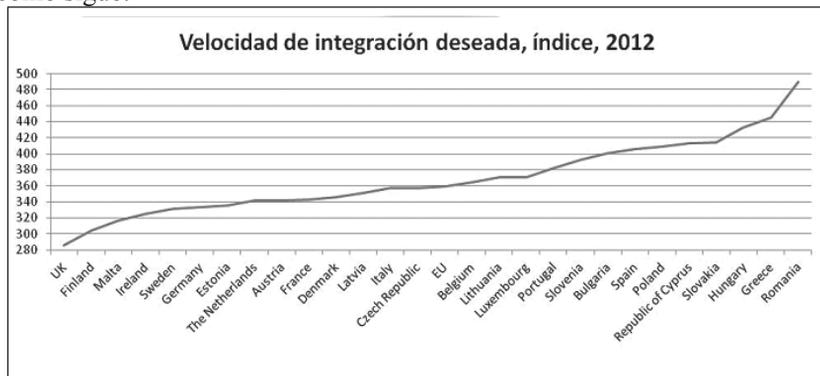
La mecánica es la misma que en la pregunta anterior.



Se puede ver que, curiosamente, la velocidad deseada es más rápida que lenta en todos los países, incluidos los que en las preguntas anteriores se mostraban mayoritariamente reticentes a la profundización en la unión. Esto es tanto más inesperado cuanto que no hay una acumulación de porcentaje alto en la velocidad 1 (no avanzar), a pesar de que no era posible responder que se prefería retroceder en la integración. Se podría pensar si la pregunta sólo iba dirigida a quien hubiera respondido antes que sí quería más integra-

ción, pero la lectura del último Eurobarómetro en que aparecía esta pregunta (el 77, primavera de 2012) muestra que no era así.

El índice según términos equivalentes al de la pregunta anterior, queda como sigue:

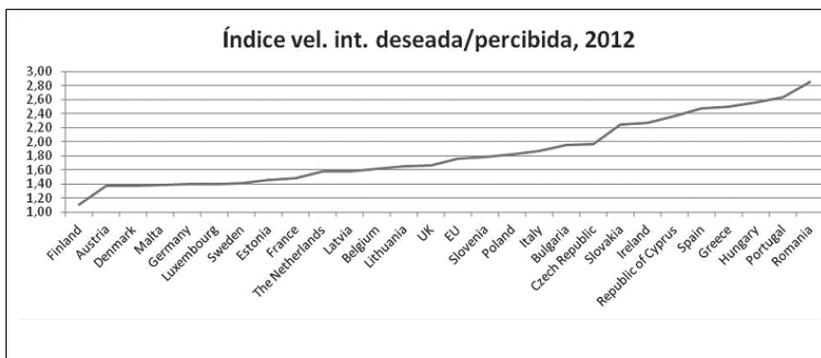


El índice de velocidad deseada para el conjunto de la UE está en 359, que corresponde a una velocidad del 60% de la máxima posible. Sólo en un país (el Reino Unido) la velocidad deseada está ligeramente por debajo de la mitad de la máxima posible.

Se observa una cierta correlación (imperfecta) entre esta estadística y las primeras: el Reino Unido, Finlandia, Malta, Irlanda, Suecia, los Países Bajos, Austria, Dinamarca y Francia están por debajo de la media, lo cual concuerda con las primeras estadísticas. Pero también están por debajo de la media Alemania y Estonia, que en las primeras estadísticas estaban significativamente por encima.

Calculando para cada país la relación entre los índices de la velocidad deseada y la percibida³⁰, resulta lo siguiente:

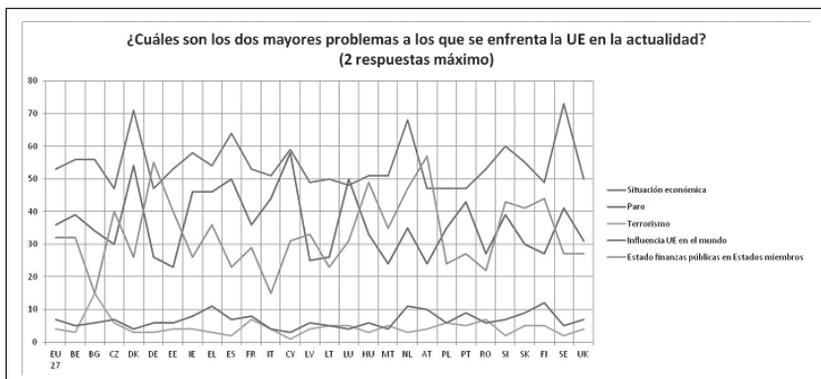
³⁰ Es una simplificación excesiva para poder sacar datos exactos, pero sí permite inferencias «grosso modo», que es lo que se pretende.



Se constata que:

- En todos los casos la velocidad deseada es mayor que la percibida.
- Solamente en Finlandia la velocidad percibida es sensiblemente igual a la deseada.
- El índice de la media europea de la velocidad deseada es el doble del de la percibida.
- No se observa correlación clara entre esta curva y las anteriores.
- Contemplando las tres curvas en conjunto, se observa la siguiente correlación: los países con problemas económicos significativos perciben en general una velocidad de integración lenta, la desean rápida y tienden por tanto a la parte alta de la última gráfica. En los que tienen las cuentas saneadas sucede, respectivamente, lo contrario en cada una de las curvas.

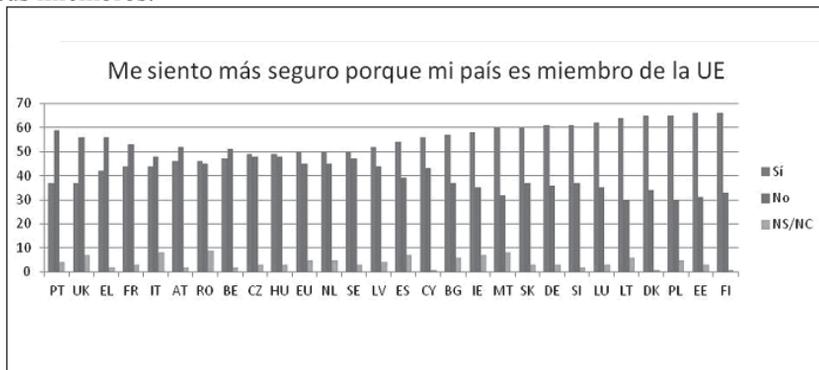
9.6. Cuáles son los dos mayores problemas a los que se enfrenta la UE en la actualidad



La única razón de incluir esta gráfica (en la que no se reflejan todas las respuestas posibles) es mostrar que los objetivos económicos son los que en mayor proporción demanda a la UE la ciudadanía.

9.7. Me siento más seguro porque mi país es miembro de la UE

Esta pregunta es una buena indicación de hasta qué punto la UE se percibe como una alternativa eficaz a la OTAN para proporcionar seguridad a sus miembros.



La media europea está prácticamente igualada entre el «sí» y el «no». Lo cual quiere decir que una parte significativa de la población ve a la UE como un proveedor de seguridad fiable.

Se observa correlación imperfecta entre el «no» y el gasto en Defensa. El Reino Unido, Francia y Grecia están en la parte alta de la tabla. También está Portugal, presumiblemente en virtud de su secular alianza con el Reino Unido.

No se observa correlación entre las respuestas en un sentido o en otro y:

- el grado de atlantismo. Portugal, el Reino Unido e Italia están en un extremo de la tabla, pero los Países Bajos están en la parte media y Dinamarca en el otro. Los antiguos países de la órbita soviética están repartidos por toda la tabla.
- el grado de asertividad de la política exterior. El Reino Unido y Francia están en un extremo, y Alemania cerca del otro, pero Italia está cerca de los primeros, y España en la parte media.
- el grado de neutralidad. Austria está en un extremo, Suecia en la parte media, Irlanda tiende a la parte baja y Finlandia es el último.

9.8. Conclusiones generales de las estadísticas

El apoyo al avance en la consecución de una política exterior y una política de seguridad y defensa comunes es muy elevado, salvo en algunos países concretos.

No existe respaldo público claro a la progresión hacia una federación de Estados-Nación. En cuatro países los que piensan que no se debe progresar en ese sentido superan a los que opinan que sí. Es la única pregunta de las consideradas que recoge una proporción significativa de «No sabe, no contesta».

No obstante la estadística anterior, en todos los países es mayoritaria la opinión de que se debe avanzar en la integración europea. Se percibe una velocidad de integración media, y en todos los países se considera deseable una velocidad igual o mayor.

Una parte significativa de la opinión pública ve ya a la UE como un proveedor de seguridad relativamente fiable.

En cuanto a las variaciones entre países, y con la excepción de las preguntas sobre la progresión hacia una federación de Estados-Nación y sobre los dos problemas más importantes a que se enfrenta la UE, se observa en general una desviación típica moderada, una distribución uniforme entre los valores máximo y mínimo y una coherencia en el sentido de las respuestas dominantes en cada país a cada una de las preguntas. Con eso se tiene una indicación bastante buena de qué ciudadanía son más favorables a la integración.

10. CONCLUSIONES

La parte de Occidente en la actividad mundial disminuye de manera lenta pero perceptible, y paralelamente lo hace su influencia en el sistema internacional. No parece que esa tendencia vaya a hacer otra cosa que acentuarse en el futuro. Eso es especialmente cierto en el caso de Europa, cuyas naciones son además demasiado pequeñas para influir en solitario en todos los asuntos que quisieran. La solución para recuperar influencia pasa por profundizar en la unión política en el seno de la UE, cuyo objetivo último declarado es la delegación de soberanía en un ente supranacional.

No se debe perder de vista que nada en este proceso debe ser *contra* los EE.UU., ni éstos deben ver maniobras contra ellos donde no las haya. En un mundo cuyo centro se aleja de Occidente, la UE y los EE.UU. están *condenados* a complementarse, y cada uno necesita que el otro sea autónomo en el mayor grado posible.

La autonomía con que Europa podría ejercer su política exterior con respecto a los EE.UU., la inversión en Defensa y la consecución de capacidades militares son tres magnitudes directamente proporcionales entre sí y que se refuerzan mutuamente. Por lo tanto, la persecución de la primera implica

aceptar la necesidad de las otras dos, y a la vez puede actuar de revulsivo para perseguirlas.

Por complejidad y por calado de las renunciaciones necesarias, no es realista llegar a la delegación de soberanía mediante un proceso que implique a todos los miembros de la UE a la vez.

La alternativa es intentarlo con un grupo inicial, pero teniendo siempre presente que el fin último es conseguir la adhesión, si no de todos, sí de la mayoría de países. Primeramente porque así lo manda el propio TFUE (Art. 328.1), pero sobre todo porque es la *suma del poder agregado* de los países que participen en esa comunitarización de la PESC lo que dará la medida de la influencia que el grupo va a tener. El grupo inicial debería estar integrado por países de tradición europeísta y de cultura estratégica poco intervencionista, que se presten mejor a esta iniciativa.

Ya existen herramientas que facilitarían el avance hacia esa delegación de soberanía, que en lo tocante a la PESC parece tener respaldo público claro en un buen número de países: la cooperación reforzada y la cooperación estructurada permanente. La primera parece la más prometedora para avanzar en el plano político, pero la segunda es una herramienta muy potente para reforzar el punto débil de la PESC: la escasez de potencia militar.

Sin embargo, el momento actual de crisis parece menos propicio que uno de relativa abundancia, puesto que la prioridad de la opinión pública está volcada sobre los asuntos socioeconómicos, y sería difícil explicar un giro copernicano en otro ámbito sin haber resuelto primero el prioritario. Otra razón para esperar a una época de mayor disponibilidad presupuestaria es que la autonomía en cuestiones de seguridad y Defensa pasa por gastar en ello significativamente más de lo que la mayoría de Europa viene gastando.

BIBLIOGRAFÍA

- ALECU DE FLERS, N., *The provisions on CFSP and CSDP in the Lisbon Reform Treaty: Stumbling blocks or milestones?* Documento de investigación, Jerusalén: International Law Forum, Hebrew University, 2008.
- CHUTER, D., *Humanity's soldier: France and international security, 1919-2001*. Providence (EE.UU.): Berghahn Books, 1996.
- DULLIEN, S., y TORREBLANCA, I., *What is political union?* Policy Brief, Londres (Reino Unido): European Council on Foreign Relations, 2012.
- ECONOMOU, E.M.L., y METAXAS, T., «EU and US security policy from the Cold War era to the 21st century: The institutional evolution of CFSP and the factors that determine the American military supremacy», *Munich Personal RePEc Archive*, 2011.
- FABRY, E., (dir.). *Think global act european IV: Thinking strategically about the EU external action*. París: Notre Europe - Jacques Delors Institute, 2013.

- GARCÍA PÉREZ, R., *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2003.
- GIEGERICH, B. *European Security and Strategic Culture*. Baden-Baden (Alemania): Nomos, 2006.
- GIEGERICH, B., y GROSS, E., «Squaring the circle? Leadership and legitimacy in European Security and Defence Cooperation», *International Politics* 43 (2006): 500-509.
- HILL, C., «The capability–expectations gap, or conceptualising Europe’s international role», *Journal of Common Market Studies* 31, 1993: 305-28.
- HUNTER, R., *The European Security and Defense Policy: : NATO’s Companion — or Competitor?* Santa Mónica (EE.UU.): RAND Corporation, 2002.
- KENNEDY, P., *The rise and fall of the great powers*. Nueva York: Vintage Books, 1988.
- KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and discord in the world political economy*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press, 1984.
- *International Institutions And State Power: Essays in International Relations Theory*. Boulder (EE.UU.): Worldview Press, 1989.
- MOLINA, I., «¿Querer es poder? ¿Qué significan las dos velocidades que propone Merkel para avanzar en la integración europea?», *Real Instituto Elcano*. 8 de junio de 2012. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/Comentario_Molina_Europa_integracion_dosvelocidades (último acceso: 26 de febrero de 2013).
- MORAVCSIK, A., *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*. Ithaca (EE.UU.): Cornell University Press, 1998.
- PRIEGO, A., *Presente y futuro de la acción exterior de la UE*. Documento marco, Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2013.
- SCHMIDT, V., «Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and “Throughput”», *Political Studies* 61, nº 1 (2013): 2-22.
- SIMÓN, L., *No might, no right: Europeans must re-discover military power*. Documento de investigación, Madrid: Real Instituto Elcano, 2013.
- TECHAU, J., «It’s the military, stupid!» 13 de mayo de 2013. carnegieeurope.eu/strategieurope/?fa=51040 (último acceso: 26 de febrero de 2013).
- TOJE, A., «The European Union as a small power», *Journal of Common Market Studies* 49, nº 1 (2011): 43-60.
- UNIÓN EUROPEA. «A secure Europe in a better world: European Security Strategy.» Bruselas, 2003.
- *Eurobarometer Interactive Search System*. http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/step1.cfm (último acceso: 21 de mayo de 2013).

- «Eurobarómetro estándar nº 78 (otoño 2012), anexo.» 2012. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb78/eb78_anx_en.pdf (último acceso: 2013 de abril de 13).
 - «Protocol on Permanent Structured Cooperation established by Article I-41(6) and Article III-312 of the Constitution.» *Official Journal of the European Union*. 16 de 12 de 2004. C310/364-366.
 - «Tratado de la Unión Europea (versión consolidada).» *Diario Oficial de la Unión Europea*. 30 de marzo de 2010. C83 / 13 - 45.
 - «Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea.» *Diario Oficial de la Unión Europea*. 9 de mayo de 2008. C115/47-199.
- VILANOVA, P., y BAQUÉS, J., (coord.). *La crisis del vínculo transatlántico: ¿coyuntural o estructural?* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.
- WAGNER, W., «Why the EU's common foreign and security policy will remain intergovernmental: a rationalist institutional choice analysis of European crisis management policy», *Journal of European Public Policy*, 10:4, 2003: 576-595.
- WALLACE, H., y WALLACE, W., *The institutional setting: five variations of a theme. Policy-making in the European Union*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2000.
- WENDT, A., *Social theory of international politics*. Nueva York: Cambridge University Press, 1999.

RESUMEN: El motor fundamental del proyecto europeo ha sido la integración política como vía para mantener y desarrollar la posición y proyección de los países europeos en el plano internacional de las naciones y facilitar objetivos políticos, económicos y estratégicos a corto, medio y largo plazo. La trayectoria que ofrece hoy la política mundial, en el fondo, muestra que la profundización en el ideal de unión política es el único medio para que, en el futuro, Europa siga teniendo un rol de primer nivel en el marco internacional. Este trabajo analiza esta cuestión y, además, en qué grado y forma la Política Exterior y de Seguridad Común (The Common Foreign and Security Policy) y la Política Común de Seguridad y Defensa (Common Security and Defence Policy) suponen instrumentos necesarios en este sentido.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, unión política, Política Exterior y de Seguridad Común, Política Común de Seguridad y Defensa.

TITLE: European Union: To a really common Foreign and Security Policy.

ABSTRACT: The principal motor of the european project has been the political integration as a way to keep and improve the european countries position and its projection in the international scene and to make possible political, economic and strategic objectives in short, medium und long-term. The path offered by the global policy in the present situation, at bottom, shows that the strengthening in the ideal of a political union is the only way so that Europe in the future can carry on keeping a good rol in the international scene. This article analyses this question and also in

which degree and form the Common Foreign and Security Policy and the Common Security and Defence Policy are necessary instruments in this sense.

KEYWORDS: European Union, political union, Common Foreign and Security Policy, Common Security and Defence Policy.

Recibido: 02.09.2013

Aceptado: 16.09.2013

La reforma constitucional y la nueva gobernanza económica de la Unión Europea

Josu de Miguel Bárcena
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La constitución económica y del proceso de integración europea. 2.1. La reforma del art. 135 CE y la problemática conceptual sobre la constitución económica. 2.2. El sistema competencial de la Unión Europea en materia económica. 2.3. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la constitución económica europea.—3. La recepción del principio de estabilidad presupuestaria en los Estados miembros, con especial referencia a España y Alemania. 3.1. Alemania, la estabilidad presupuestaria y el límite de endeudamiento: filosofía económica y constitucionalización. 3.2. La estabilidad presupuestaria en España antes de la reforma del art. 135 CE.—4. El nuevo art. 135 CE a la luz de la nueva gobernanza económica europea. 4.1. Consideraciones generales en torno a la reforma. 4.2. El principio de estabilidad dentro de un presupuesto europeizado. 4.3. Disciplina fiscal y control del endeudamiento: del art. 135 CE al derecho comunitario. 4.4. Vigilancia y sanción en el marco del principio de estabilidad presupuestaria: el «nuevo» procedimiento de déficit excesivo.—5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

De todos es sabido que en Europa, a diferencia de Estados Unidos, hasta que el constitucionalismo democrático no se afianzó después de la II Guerra Mundial, el instituto de la reforma constitucional no se convirtió en una verdadera garantía jurídica. Sin embargo, se ha destacado que precisamente por ello, la reforma deja de ser el instrumento fundamental para adecuar el texto constitucional a la mutable realidad social y política sobre la que pretende operar, convirtiéndose, por el contrario, en la garantía excepcional, que se yuxtapone a la garantía normal, la justicia constitucional, la cual, a través de la interpretación de la Constitución, es la que efectúa básicamente la operación de adecuar la norma constitucional a la realidad. La reforma de la Constitución queda en cierta medida como un recurso de emergencia, al que hay que acudir cuando no es posible solucionar el problema de que se trate mediante la interpretación constitucional¹.

La razón para ello hay que encontrarla en la importancia que tiene el mantener estables las garantías jurídicas del pacto político que subyace a toda Constitución democrática. La reforma constitucional entra así en el escenario político cuando la excepcionalidad de la situación lo requiere, si bien

¹ PÉREZ ROYO, J., «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986, p. 59.

es cierto que la experiencia alemana e italiana a este respecto, demuestra que puede hacerse un uso razonable y normalizado de las reformas constitucionales como instrumento de mejora de los ámbitos que tradicionalmente regula la Norma Fundamental².

La experiencia de España con la reforma constitucional no ha sido especialmente fructífera. Históricamente, porque nuestro país no ha construido una verdadera cultura constitucional más allá del partidismo o el concepto meramente político (en el peor sentido de la palabra) de Constitución³. No es, pues, hasta 1978, cuando después de una difícil pero exitosa transición política desde la dictadura franquista, cuando se supera la tradición partidista en torno a la Constitución en España (en adelante CE). Ello explica que en sus más de tres décadas de existencia, el instituto de la reforma constitucional haya sido utilizado quizá con excesiva cautela. Reservas que sin duda se refuerzan por el miedo a que el planteamiento de cualquier reforma de la Constitución, por técnica y funcional que sea, pueda llevar a un cuestionamiento del sujeto que la legitima y la forma política que instituye⁴.

Ha sido, sin embargo, en el ámbito de la integración del Estado español en una organización supranacional, esto es, la Unión Europea (en adelante UE), donde nuestra Constitución ha puesto en marcha el instituto de la reforma en dos ocasiones. La primera, como consecuencia de la ratificación del Tratado de Maastricht, en agosto de 1992, después del Dictamen del Tribunal Constitucional, cuando se introdujo la posibilidad de que los ciudadanos comunitarios pudiesen ser elegibles en las elecciones municipales, mediante la reforma del art. 13.2 CE⁵. La segunda, en agosto de 2011 (por lo tanto, también en pleno periodo estival), con motivo de la introducción del principio de estabilidad presupuestaria establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) en el art. 135 CE, en un contexto de grave crisis de confianza de la economía española y comunitaria, y en respuesta a los desafíos planteados por los problemas de nuestra Hacienda para colocar la deuda soberana que provisiona de recursos financieros a España.

² El aspecto decisivo en la consideración de una eventual reforma constitucional ha sido históricamente el factor «tiempo»; al respecto, ver CABO MARTÍN, C., *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 15 y ss. Sin embargo, la globalización impone tener en cuenta el factor «espacio»; ZÜRN, M., «Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions», *European Journal of International Relations*, Vol. 6, núm. 2, 2000.

³ Con los matices necesarios, VARELA SUANZES, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008; y TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico español*, ATOMO, Madrid, 1986.

⁴ Hablamos, obviamente, de las ya seculares tensiones nacionalistas. Al respecto, ver RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las autonomías*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010.

⁵ ARAGÓN, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994.

El objetivo central de este trabajo no será cuestionarnos sobre la oportunidad de la última reforma; tampoco si el proceso político y el procedimiento parlamentario han sido correctos desde la perspectiva del consenso, la transparencia o la participación democrática. Se ha señalado, en este sentido, que la reforma de agosto de 2011 entraría dentro de un «derecho constitucional simbólico», pues su eficacia jurídica es limitada y la remisión a la ley orgánica del art. 135 CE constituye una vía de escape lo suficientemente flexible como para eludir los compromisos alcanzados por nuestro Estado en el marco del derecho originario y derivado de la Unión Europea. Conviene, desde este punto de vista, considerar la reforma no solo desde los condicionamientos planteados en clave interna, sino interpretarla teniendo en cuenta las exigencias, cada vez más profundas e intensas, del derecho comunitario sobre la materia.

Pues bien, en nuestra opinión, la reforma del art. 135 CE y el principio de estabilidad presupuestaria que incorpora tiene una mayor importancia de la que inicialmente se le ha dado. La razón hay que encontrarla en el modelo de constitución económica que pergeñan los Tratados comunitarios y el derecho derivado comunitario, ambos en constante reforma desde Maastricht. Solo desde una consideración aislada de la Constitución, al margen de la potencia integradora⁶ que en los últimos años está mostrando el ordenamiento jurídico comunitario (caracterizado como multinivel o pluralista), puede afirmarse que el principio de estabilidad presupuestaria no va a tener consecuencias jurídicas y políticas en el modelo de constitución económica de la Norma Fundamental española. Cosa distinta es que ello afecte al despliegue del Estado del bienestar en nuestro país, pues ello dependerá, como hasta ahora, de la capacidad de reinención que el modelo de crecimiento económico español y europeo tenga en los próximos años.

Para afrontar nuestro análisis dividiremos nuestro trabajo en cuatro partes. En primer lugar abordaremos, atendiendo a la obligada renovación doctrinal a la que obligan los acontecimientos, el concepto de constitución económica y su evolución desde la perspectiva estatal y supranacional. Nuestra tesis es, a este respecto, que la disposición institucional y competencial del ordenamiento comunitario implica una exposición importante de los elementos constitutivos de la constitución económica nacional, lo que ha permitido interpretar la relación entre ambos sistemas en términos contextuales y dinámicos, al menos hasta que ha estallado la crisis. En segundo lugar, analizaremos el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (origen de la reciente reforma constitucional) desde el punto de vista de los instrumentos del gobierno de la economía (o gobernanza) que han ido construyéndose en las dos últimas décadas en el proceso de integración europea. En la tercera parte, aludiremos a la experiencia en lo referente al momento normativo concreto en el que los

⁶ LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Estados miembros han de aplicar los principios de estabilidad presupuestaria prescritos en la Unión Europea. Para ello, realizaremos un breve análisis tanto de la experiencia comparada, especialmente del caso alemán, como del desarrollo que en nuestro país han tenido tales principios desde que se incorporara al proyecto de moneda única. En último lugar, haremos un juicio abstracto sobre la posible eficacia de la reforma del art. 135 CE, teniendo en cuenta los parámetros de relación entre la Constitución nacional y el derecho comunitario, pero sobre todo los extraordinarios desarrollos que en los últimos tiempos está experimentando la gobernanza económica europea, en el marco de lo que bien puede denominarse como incipiente derecho constitucional de la crisis⁷.

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

La reforma del art. 135 CE supone, antes de nada, la reforma de un elemento de la constitución económica española que ha resultado intranscendente hasta que como consecuencia de la crisis, las instituciones comunitarias y los Estados miembros con mayor peso en la Unión Europea han conminado a los Gobiernos nacionales a cumplir con los requisitos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, como condición para poner en marcha las diferentes formas de rescate en el marco de los problemas con la deuda soberana de países como Grecia, Portugal o España. Puede decirse, en este sentido, que como la mayor parte de las normas incluidas en el Título VII de la CE, el art. 135 ha sido patrimonio de expertos en derecho financiero y hacienda pública⁸.

Ahora bien, resulta innegable, igualmente, que la desatención por los aspectos hacendísticos y financieros de nuestra Constitución, proviene de la falta de interés que en los últimos años ha concitado el concepto de constitución económica. Dejando al margen los estudios primigenios con un sentido verdaderamente constitucional⁹, podría decirse que el interés por las cláusulas económicas que contiene la CE 1978, ha ido decreciendo, a la par que España se integraba precisamente en un espacio jurídico, el europeo, cuyo fun-

⁷ En un sentido más general, EMBID IRUJO, A., *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

⁸ Al respecto, ver HUCHA CELADOR, F. de la, «El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del artículo 135.2 de la Constitución», *Revista española de derecho financiero*, núm. 63, 1989; o GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «Principios constitucionales que informan la deuda pública» en VV.AA., *Gobierno y administración en la Constitución*, Vol. 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 819-849.

⁹ Ver, en este sentido, los estudios comprensivos de JUAN ASENJO, O. de, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988; y el análisis parcial de GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución», en RAMÍREZ, M. (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.

damento último se encuentra precisamente en la construcción de un mercado único a través de una regulación sustantiva que pone esencialmente atención en el derecho público económico¹⁰. Y así, la constitución económica ha ido desapareciendo no solo de los manuales, sino correlativa y lógicamente, de los programas de las asignaturas de derecho constitucional de las Universidades españolas. No interesa, desde luego, alargarse más sobre esta cuestión.

Pero sin embargo, por sí solo, el hecho de la reforma constitucional, tan extraña a nuestra tradición jurídico-política, es motivo suficiente para volver a hablar de la constitución económica en el marco de la reforma del art. 135 CE. Sin embargo, bien puede afirmarse que en las últimas décadas, la consolidación de lo que ha venido a denominarse como constitucionalismo sintético en el marco de la UE¹¹, ha ido transformando algunos aspectos constitucionales económicos que tradicionalmente venían interpretándose como mutaciones aceptables dentro del esquema delineado por nuestra Norma Fundamental¹². La inclusión del nuevo art. 135 CE, implica no sólo el reconocimiento del hecho de la integración de la Constitución Española en un ordenamiento que se está demostrando jerárquicamente superior, sino la prescripción de una forma distinta a como aquella venía entendiendo las relaciones entre el Estado, la sociedad y el mercado.

2.1. La reforma del art. 135 CE y la problemática conceptual sobre la constitución económica

Hacer una aproximación a la problemática sobre la constitución económica requeriría seguramente un trabajo separado al que proponemos. Por lo tanto, a lo largo del texto se irán haciendo apuntes doctrinales sobre una base que conviene tener clara desde el principio. En este sentido, las polémicas en torno a la constitución económica, prácticamente desde su fundación como noción autónoma a caballo entre el derecho público y la economía en la República de Weimar, han sido fundamentalmente dos, aunque en puridad sólo nos interese una¹³.

La primera es si realmente pueden existir, dentro del principio de unidad de la Constitución como norma jurídica producto de una decisión del poder

¹⁰ Lo cual no quiere decir que de forma particular, esta cuestión no haya sido abordada en diferentes trabajos, entre los cuales merece la pena destacar la obra colectiva GARCÍA HERRERA, M.A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.

¹¹ MENÉNDEZ, A.J. y FOSSUM, J.E., *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rowman & Littlefield Publishers, Londres, 2011.

¹² En el contexto de la doctrina española, un acercamiento a esta cuestión, en GARCÍA GESTOSO, N., *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución)*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 331 y ss.

¹³ Sobre esta cuestión, donde se hace un resumen sobre las diferentes posiciones de autores clásicos como Schmitt, Neumann o Heller, ver COCOZZA, F., «Riflessioni sulla nozione di "Costituzione economica"», *Il diritto della economia*, núm. 1, 1992, pp. 71-90.

constituyente, núcleos constitucionales –como las normas referidas a la economía– que en última instancia adquieran autonomía propia y se opongan a los principios fundamentales de la propia Constitución. Esta cuestión, planteada inicialmente por SCHMITT y desarrollada posteriormente por FORSTHOFF, ha sido superada por los teóricos del Estado del bienestar (tanto en Italia como en Alemania) que han venido señalando que la constitución económica no tiene por qué oponerse a la Constitución como un todo. Es más, está prácticamente aceptado que la superioridad de la Constitución política no sólo opera en un posible debate entre la democracia representativa-democracia corporativa, sino que tiene la función de proyectar sus efectos al modelo global contenido en la Constitución¹⁴.

Para nuestros objetivos, resulta más fecundo el debate referido a la conceptualización o definición del término «constitución económica», pues los problemas derivados de la reforma del art. 135 CE, pueden venir determinados por antinomias materiales entre los principios del Estado social (o del bienestar) reconocidos en la CE y los postulados del constitucionalismo regulador comunitario¹⁵. De este modo, por un lado se entenderá, en una definición dominante en nuestro entorno jurídico-cultural, que la constitución económica *describe*, desde un punto de vista *neutral*, las disposiciones de la Constitución formal relativas a las relaciones económicas. Este concepto, utilizado en alguna ocasión por nuestro Tribunal Constitucional¹⁶ remite a la idea de que la constitución económica contenida en la Norma Fundamental no garantiza necesariamente un modelo económico ni lo sanciona, simplemente permite el funcionamiento de todos los *sistemas* que se ajustan a los parámetros constitucionales y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos¹⁷.

Frente a este concepto, aparece la noción sustancial de constitución económica, que presupone la remisión a un modelo constitucionalmente recibido (y así, España, según el art. 1.1 de la Constitución, se constituye en un Estado *social* y democrático de Derecho). Este modelo actúa normativamente, es decir, disciplinando y dotando de coherencia a las normas, no solo constitucionales, impidiendo por tanto su consideración autónoma y hermenéuticamente neutral. Ahora bien, los problemas surgen cuando se trata de caracterizar el contenido sustancial de la constitución económica, pues la historia muestra que entre una economía centralizada y monopolística y una

¹⁴ ЕНМКЕ, H., «Economía y Constitución», *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, p. 376, <http://www.ugr.es/~redce/>

¹⁵ Una aproximación a esta cuestión, en el trabajo de LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2011.

¹⁶ SSTC 1/1982, de 28 de enero; y 36/1981, de 12 de noviembre.

¹⁷ Entre la doctrina española, MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, Vol.1, La Ley, Madrid, 1988, p. 29. En la doctrina alemana, REICH, N., *Mercado y derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 74. BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *ob. cit.*, p. 17, que pone énfasis en la noción de sistema.

pura de mercado hay un trecho tan grande, que incluso podrían ponerse en entredicho los principios del Estado democrático de Derecho.

A pesar de lo que se ha venido señalando, la contraposición entre el Estado social y el Estado mínimo es una operación ideológica en la medida en que resulta difícil identificar formas de poder que hayan articulado de forma ideal ambas concepciones en la práctica. La constitucionalización de los países del Sur de Europa primero (Grecia, Portugal y España), y del Este después (todos los países que formaron parte de la órbita soviética), muestra la incorporación de modelos socioeconómicos en crisis y la ratificación de economías liberales que escapaban, como es lógico, de cualquier forma de planificación política. Y así, como consecuencia de la evolución histórica y del planteamiento de nuevas condiciones impuestas por la globalización y los fenómenos de institucionalización regional, nos encontramos con constituciones económicas que mutan, se van transformando en la búsqueda de una mejor adaptación al medio económico, y por lo tanto de un crecimiento sostenido.

Pese a lo dicho, los recientes acontecimientos provocados por la crisis, invitan a pensar que no es conveniente abandonar por completo la noción sustancial de constitución económica. La constitucionalización de Europa (entiéndase, de la UE), la inserción del derecho comunitario en los ordenamientos nacionales, ha significado la superposición de una nueva constitución material sobre las constituciones económicas formales nacionales¹⁸. De ello hablaremos a lo largo del trabajo. En todo caso, aún adoptando una perspectiva neutralista, que avalase las mutaciones que la integración europea ha producido en las Constituciones nacionales en el ámbito económico, no hay posibilidad de eludir el contenido axiológico (fundado en la construcción de un mercado único) que contienen los Tratados de la UE. Como estamos pudiendo comprobar, la crisis actual está teniendo como resultado una aplicación estricta de los valores y principios contenidos en la constitución económica europea, particularmente en el Título VIII del TFUE: despolitización de las prácticas monetarias, recortes sociales, reformulación de servicios públicos, reconfiguración de los sistemas de pensiones y reforma del mercado laboral, todo ello a golpe de decisión informal del Consejo Europeo y el Eurogrupo y de insinuaciones del Banco Central Europeo (en adelante BCE) a los gobiernos de los Estados miembros con problemas. La reforma del art. 135 CE es la culminación formal de una serie de cambios que obviamente deberán de ser juzgados desde la perspectiva del paso del tiempo y de los análisis constitucionales más sosegados.

2.2. El sistema competencial de la Unión Europea en materia económica

¹⁸ En el caso español, cuestión puesta de relieve hace ya tiempo, por HERRERO DE MIÑÓN, M., «La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, pp. 11-32.

A casi nadie se le escapa que la reciente reforma del art. 135 CE viene provocada por las tensiones en la deuda soberana de nuestro país durante el verano de 2011. Sin embargo, obvio resulta que la nueva disciplina presupuestaria integrada en nuestra Constitución proviene de las exigencias establecidas normativamente en los Tratados comunitarios y en el derecho derivado. Que la reforma ha estado provocada por una crisis de confianza, se colige del hecho de que España no ha sido un Estado especialmente incumplidor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante PEC)¹⁹. Sin embargo, esta ya no es una cuestión que deba preocuparnos en exceso, porque la reforma de la Constitución funciona hacia el futuro, y lo que conviene explicar son las potencialidades de los límites incluidos en el art. 135 CE, desde el punto de vista presupuestario y de capacidad de endeudamiento de un país. El simbolismo de la reforma, su capacidad para constreñir la autonomía institucional de España como Estado miembro de la UE, quedará precisado, fundamentalmente, por la capacidad que las normas comunitarias tengan para desplegar su eficacia sobre el procedimiento presupuestario establecido en el Título VII de la CE.

Para ello, es necesario hacer alguna alusión al marco competencial sobre el que se asienta el PEC en los Tratados comunitarios. El PEC se encuentra regulado primariamente en el Título VIII del TFUE y en el Protocolo nº 12 anejo a dicho Tratado²⁰. Por lo tanto, se encuadra en lo que genéricamente el art. 5 TFUE denomina como competencias de coordinación. Antes de entrar a analizar las competencias en materia económica contenidas en los Tratados, conviene realizar una aclaración general con respecto al sistema competencial de la UE.

A nuestro modo de ver, el principio de atribución reconocido en el art. 5.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) es el principio esencial que rige el reparto de poder entre la UE y los Estados miembros. Esta idea queda reforzada por la exigencia constitucional de que la UE cuente para la adopción de cada acto jurídico con el correspondiente fundamento jurídico, sea expreso o cuando menos deducible en sede interpretativa del derecho comunitario²¹. No es menos cierto, sin embargo, que la tensión entre criterios materiales, fundamentalmente contenidos en la parte que regula las políticas de la UE, y funcionales, vinculados a la definición de las misiones y los objetivos de ésta, ha venido dificultando la actuación del

¹⁹ Así lo pone de manifiesto TAJADURA TEJADA, J., «Reforma constitucional e integración europea», *Claves de razón práctica*, núm. 216, 2011.

²⁰ Amén de otra serie de normas derivadas (fundamentalmente reglamentos) que irán siendo citadas a lo largo del artículo.

²¹ El principio viene siendo afirmado periódicamente por el Tribunal de Justicia de la UE: asunto C-6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964; asunto C-267/95, *Merck v. Primecrown*, Sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 1996.

principio de atribución como instrumento de distribución competencial²². En este sentido, aunque el TFUE introduzca como novedad un modelo de lista o catálogo material al modo federal, la prevalencia del derecho comunitario (transmutada en primacía) y el peso de los objetivos funcionales (art. 3 TUE) siguen siendo elementos decisivos en la relación Estados-UE, ello porque las cláusulas de flexibilidad competencial incluidas en el ordenamiento comunitario tienen como jueces últimos a los propios Estados miembros en el seno del Consejo de Ministros²³. La compleja realidad política y económica supranacional hace imposible dividir las materias en compartimentos estancos, y muy difícil suponer que los Tratados pretendan eludir la existencia de solapamientos regulatorios derivados del ejercicio de competencias distintas.

Esta visión es especialmente fecunda en el ámbito del gobierno de la economía, no solo de la construcción del mercado único. De hecho, autores como GUARINO han venido señalando que lo importante del «eurosistema», entendido éste como el ámbito de relaciones de poder entre los Estados miembros y la UE a partir de la concreción de la moneda única, no es la categorización de competencias, sino la disposición institucional (y en el fondo política) que permite conectar las propias competencias con los objetivos establecidos en los Tratados²⁴.

Como acabamos de señalar, el PEC se encuentra regulado en el art. 126 TFUE y en el Protocolo nº 12 anejo a los Tratados, donde se concretan sus niveles de referencia. Por lo tanto, puede incluirse en el conjunto de competencias denominadas como de coordinación o no regulativas, y que hacen referencia a las políticas económicas y de empleo de la UE (art. 5 TFUE). Genéricamente pueden ser definidas como de apoyo y surgen en los nuevos ámbitos de acción establecidos desde el Acta única Europea y el Tratado de Maastricht. El lenguaje que utiliza el art. 5 TFUE es recurrente pero enigmático: la UE *coordinará* las políticas económicas, sociales y de empleo, con especial atención a los países que forman el euro. Sin embargo, el conjunto de decisiones formales e informales que desde las instituciones europeas se vienen adoptando en los dos últimos años, como resultado de la crisis, parece indicar que nos encontramos ante una categoría competencial que se constituye como un *tertium genus* en el marco de la dialéctica

²² WEILER, J.H.H., «L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità», *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 2000.

²³ En apoyo de esta tesis, QUADRA SALCEDO-JANINI, T. de la, *El sistema europeo de distribución de competencias (Garantías políticas y garantías jurídicas en un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006. Una visión crítica con este punto de vista, en ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia de los conflictos competenciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 407-435.

²⁴ GUARINO, G., *Eurosistema: analisi e prospettive*, Giuffrè, Milán, 2006, en especial pp. 27-60.

constitucional comunitaria, similar en el resultado a los modelos federales comparados (proceso de centralización de las competencias económicas), pero con unos medios y funciones públicas mucho más modestos, lo que provoca una incapacidad manifiesta para acometer con eficacia los problemas que surgen a nivel supranacional (lo que llamamos indeterminación institucional)²⁵.

Se ha señalado, en todo caso, que al situarse fuera del sistema genérico de distribución de competencias de la UE, estamos ante un nivel de intervención política residual, que define la coordinación como una aproximación institucional débil y que por lo tanto sigue atribuyendo a los Estados miembros los elementos sustanciales de la política económica: asignación de bienes y servicios públicos, redistribución de la renta y estabilización y crecimiento económico²⁶. Frente a este enfoque residual, en nuestra opinión el gobierno de la economía europeo adquiriría una gran trascendencia, por lo que a pesar de configurarse como una competencia compartida, aparece con renglones propios en los Tratados, lo que a la vez implica un instrumental normativo e institucional distinto. Nominalmente, la insistencia en el término «coordinación» que hacen los Tratados no debe llevarnos a despiste, al fin y al cabo la propia Constitución española, como otros modelos federales, señala en su art. 149.1.13 que el Estado tendrá competencia exclusiva para dictar las bases y *coordinación* de la planificación general de la actividad económica. Ello ha producido, como bien se sabe, que pese a que los Estatutos de Autonomía califiquen algunas competencias sobre materias de carácter económico como exclusivo y a que el Estado no tenga competencias sectoriales específicas sobre dichas materias, aquél pueda influir siempre sobre la ordenación y el desarrollo de dichas actividades mediante el ejercicio de competencias *horizontales* en este campo de la realidad²⁷.

De este modo, el art. 5 TFUE se presentaría más bien como un título horizontal, funcional o transversal, lo que supone la posibilidad de que la UE afecte, al regular para alcanzar el objetivo de una economía social de mercado competitiva, sectores materiales muy diversos. Sectores que como en el que caso del federalismo, pueden estar regulados a partir de competencias propias y distintas (en muchos de los casos en régimen de exclusividad) de los Estados miembros.

²⁵ Hemos abordado esta cuestión en MIGUEL BÁRCENA, J. de, *El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, Bosch, Barcelona, 2011.

²⁶ Por ejemplo, entre nuestra doctrina, PAREJO ALFONSO, L., «La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión de un Estado “autoritativo”?», *Revista española de derecho europeo*, núm. 32, 2009, pp. 413-467.

²⁷ CARRASCO, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Así, técnicamente, cuando la UE actúa de manera ordinaria o extraordinaria bajo el paraguas del art. 5 TFUE y del Título VIII que lo desarrolla en el mismo Tratado, lo hace bajo los criterios de un esquema competencial compartido o de lo que podríamos denominar como «conurrencia práctica»²⁸. Pero no en el sentido de que los Tratados comunitarios atribuyan a la UE la legislación sobre una materia y los Estados miembros tengan que asumir constitucionalmente la ejecución o el desarrollo de la normativa reguladora de la misma materia: lo que el ente comunitario lleva a cabo es la disciplina de determinados elementos y magnitudes de política macroeconómica, que integra un marco de condiciones generales en el cual deben desarrollarse todas las actividades económicas particulares. Con ello, se concretan los objetivos de política económica general para la zona euro que deben alcanzarse en el ejercicio de las actividades económicas concretas y se prevén medidas con el fin de encauzar el desarrollo de tales actividades al cumplimiento de dichos objetivos. También, obviamente, en el marco del PEC, que es el instrumento concreto del gobierno de la economía comunitaria que más nos interesa analizar a raíz de la reforma del art. 135 CE.

2.3. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la constitución económica europea

El nuevo art. 135 CE no nombra el PEC, aunque resulta obvia su influencia en la reforma constitucional realizada en agosto de 2011. En todo caso, en la mal llamada exposición de motivos de la nueva norma, se señala que «El Pacto de Estabilidad y Crecimiento tiene como finalidad prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona y garantizando una convergencia sostenida y duradera de las economías de los Estados Miembros». Conviene, antes de realizar juicio alguno sobre la compatibilidad del PEC con el régimen constitucional de nuestro país, analizar qué papel juega el PEC en la constitución económica europea, cuál es su origen político y qué objetivos tiene con respecto a los instrumentos del gobierno de la economía planteado en términos supranacionales.

El PEC se encarga de controlar los déficits y la deuda pública de los Estados miembros, es decir, el uso de la competencia presupuestaria que ha-

²⁸ En realidad, con excepción de lo que el TFUE reconoce como competencias exclusivas, o de aquellas competencias compartidas que como la agricultura, se han ido transformando en «exclusividades derivativas» por la profusa regulación realizada en sede comunitaria, todo lo que en el TFUE entra dentro del poder «compartido» entre la UE y los Estados miembros, puede considerarse como una formulación competencial de tipo concurrencial, al estilo del art. 75 de la Ley Fundamental de Bonn. Ello porque el art. 2.2 TFUE se señala claramente que «[...] Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya [...]». Sobre esta cuestión en general, en el ámbito comparado norteamericano, QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

gan los correspondientes gobiernos y parlamentos nacionales. Se constituye como el paradigma de lo que podría denominarse como pretensión de control jurídico de la economía. Como bien se sabe, originalmente la Unión Económica y Monetaria (en adelante UEM) atribuía al BCE la misión de luchar contra la inflación, pero no establecía ningún mecanismo *automático* para limitar el déficit excesivo. Por ello, Alemania presentó la propuesta de suplementar el Tratado con nuevos requerimientos fiscales: una mayor restricción presupuestaria para asegurar que el techo del 3 por 100 del déficit público no sería superado en ninguna fase del ciclo, y la incorporación de un mecanismo de sanción automático en caso de incumplimiento de la norma. Alemania, que fue la impulsora del PEC a través del por aquel entonces ministro de finanzas, T. WAIGEL, explicó que las ventajas de la integración monetaria sólo llegarían si los países miembros mantenían sanas prácticas fiscales, tal y como expresan los arts. 109 y 110 de su Ley Fundamental²⁹. Seguramente, WAIGEL también tenía en mente las teorías del economista MUNDELL, autor intelectual de las áreas monetarias óptimas, y que desde el principio advirtió de la imposibilidad de crear una moneda única con sistemas fiscales diversificados³⁰. Por esta razón, los países que entrasen en la tercera fase del proceso de integración, deberían firmar un «Pacto de Estabilidad para Europa», el cual, sin pretender eliminar la soberanía fiscal de los países, suponía una declaración explícita de su compromiso con la estabilidad presupuestaria como medio para el crecimiento económico y la creación de empleo.

El PEC tiene por tanto, en origen, un claro objetivo de coordinación. En un área donde existe una moneda única y una política cambiaria controlada por una sola institución, el hecho de que la política fiscal sea manejada discrecionalmente por los gobiernos nacionales puede facilitar que los países incurran en déficit, déficit cuyas consecuencias se distribuirían negativamente entre todos los países miembros que comparten la zona euro, tal y como estamos teniendo oportunidad de comprobar en la actualidad³¹. Ahora bien, conviene recordar, en primer lugar, que al margen de que los umbrales del PEC puedan estar más o menos sólidamente fundados en la teoría económica³², resulta evidente que su filosofía expresa un tipo de intervención que vin-

²⁹ BUTI, M., FRANCO, D. y ONGENA, H., «Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 14, núm. 3, 1998, pp. 81-97.

³⁰ Robert Mundell es Premio Nobel de economía desde 1993. Su trabajo sobre las áreas monetarias óptimas puede consultarse en MUNDELL R., «A Theory of Optimum Currency Areas», en KRAUSS, M. (Ed.), *The Economics of Integration*, George Allen & Unwin LTD, Londres, 1973.

³¹ CARRASCO MONTEAGUDO, I. y PARDO GARCÍA, I., «El Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Implicaciones para una Europa ampliada», *Nuevas tendencias en política fiscal (ICE)*, núm. 835, 2007, p. 67.

³² No es la opinión de EICHENGREEN, B. y JEFFRY FRIEDEN, B., «The Political Economy of European Monetary Unification», en EICHENGREEN, B. y JEFFRY FRIEDEN, B. (eds.), *The Political Economy of European Monetary Unification*, Westview Press, Boulder, 2001.

cula la estabilidad con la autonomía del mercado y la disciplina monetaria, mediante el traslado del gobierno de la economía al mero control jurídico de niveles o parámetros macroeconómicos. El cumplimiento de dichos niveles, que pretende asegurarse con la amenaza de sanciones, debería servir por sí solo para mantener unos niveles de crecimiento relevantes.

En general, el PEC sirve a quienes valoran los efectos *crowding-out* de la actividad del Estado frente al sector público, o a quienes defienden que la estabilidad presupuestaria o una adecuada gestión de las finanzas públicas estimula el crecimiento. Esta corriente de pensamiento neoliberal afianza su dominio a lo largo de la década de los años ochenta, por las necesidades de financiación de las administraciones públicas y el elevado desempleo a principios del período, tras décadas de déficit excesivo. En el caso del PEC, estamos por tanto ante una concreción evidente de la teoría de los marcos fiscales, que busca una deliberada limitación de la soberanía parlamentaria en materia presupuestaria y responde a un presunto defecto de los sistemas democráticos: su espontánea inclinación, como resultado de la competencia por el voto, a gastar más de lo que ingresan e incurrir en déficits presupuestarios crónicos³³.

Lo de menos es discutir ahora si el PEC ha sido un instrumento útil para la llamada gobernanza económica de la UE. Desde luego, la sombra de las sanciones no ha evitado el incumplimiento moderado, como es el caso de Francia o Alemania, o flagrante, como ha sido el caso más reciente de Grecia, de los límites de endeudamiento y déficit público establecidos en el mismo. Lo importante es recordar que el PEC se incardina en las competencias de coordinación, lo que en principio implicaría la posibilidad de que los Estados miembros, a través de sus gobiernos, lo llevaran al terreno del consenso intergubernamental, que al menos aseguraría una cierta preponderancia del proceso político en el marco del Consejo de la UE. Sin embargo, la primacía de la política sólo tuvo su virtualidad en el marco del fallido proceso sancionador a Francia y Alemania en el año 2003³⁴. El PEC no contenía fórmulas de flexibilidad para abordar de forma diferenciada las exigencias de las áreas económicas en las que se articula la UE³⁵. Por el contrario, se ha mostrado

³³ BUCHANAN, J., *Democracy in Deficit. The Collected Works of James M. Buchanan: Volume VIII*, Liberty Fund, Indianapolis, 2000.

³⁴ ANGEL, B., «Le Pacte de Stabilité est-il mort?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 476, 2004, pp. 145-150.

³⁵ Decimos no contenía, porque con la nueva reforma de la gobernanza económica publicada en noviembre de 2011, se prevén cláusulas de escape de la aplicación estricta del PEC mediante, por ejemplo, la definición más precisa de las circunstancias excepcionales expresadas tanto en el art. 126.2 a) como en el art. 122.2 TFUE. Y así, se habla de «crisis económica grave en la zona euro o en el conjunto de la UE» o de un «acontecimiento inusitado sobre el que el Estado miembro afectado no tenga ningún control y que tenga efectos considerables sobre la situación de su hacienda pública», como presupuestos para que una desviación significativa de gasto pueda no ser considerada como sancionable desde el punto de vista de los parámetros del PEC. Ambos supuestos en los arts 5.1 y 10.3

como herramienta muy útil a la hora de absorber competencias económicas de las Constituciones nacionales, mediante las constricciones que afectan especialmente a los mecanismos de intervención en la economía de los Estados miembros, esto es, la función presupuestaria y la política fiscal. La limitación de la política presupuestaria nacional a los parámetros macroeconómicos del PEC implica en realidad una limitación global de la constitución económica de los Estados miembros, que a través de la mera coordinación europea aceptan reconfigurar sus políticas públicas y sociales de acuerdo a los niveles de endeudamiento que indirectamente prescribe aquél.

Pero el reemplazo de la política presupuestaria y fiscal nacional, por las reglas económicas prefabricadas del PEC, no sólo demuestra la dificultad de seguir interpretando el reparto competencial entre el Estado y la Unión a través del principio de atribución, sino que revela la precaria legitimidad política del conjunto de la construcción europea en esta materia³⁶. Es cierto que la inclusión de la filosofía del PEC en las constituciones nacionales, tal y como por ejemplo ha hecho España con el art. 135 CE, relaja la tensión producida por la fuga de soberanía presupuestaria que se produce desde el Estado a la UE. Sin embargo, con iniciativas como ésta sólo se resuelve la mitad de la paradoja, pues el problema sigue residiendo entonces en crear un espacio institucional que a nivel europeo refuerce en términos democráticos el propio PEC, y las actuaciones que en base a éste limiten tanto las normas del sistema político comunitario como, ya definido en términos subalternos, el poder institucional nacional.

3. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS, CON ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA Y ALEMANIA

El equilibrio entre los ingresos y los gastos de un presupuesto es cuestión que puede deducirse de las prácticas financieras y hacendísticas de los países desarrollados, desde que a partir de 1970, las sucesivas crisis han ido reduciendo la capacidad fiscal de los poderes públicos para atender las distintas dimensiones de las políticas públicas³⁷. La detracción de recursos del capital y el trabajo, implica en todo caso que esos mismos recursos van a volver a la sociedad en las distintas formas que prevea la propia Constitución y las normas derivadas encargadas de configurar la concertación entre

del Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, reformado por el Reglamento (UE) nº 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011.

³⁶ RIVISECCHI, G., «El gobierno económico en la Unión Europea», *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 139-151.

³⁷ Clásico, en este sentido, el trabajo de O'CONNOR, J., *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin's Press, Nueva York, 1971.

el sistema político y los diferentes subsistemas que tratan de beneficiarse de las prácticas redistributivas. Por lo tanto, la idea de equilibrio presupuestario desplegado en el marco del Estado social o del bienestar era relativa, pues el crecimiento dependía en buena medida de la capacidad de endeudamiento de los poderes públicos y su participación en el ciclo económico. Aún con todo, por ejemplo la Constitución española, cuya constitución económica presentaba ya características de un constitucionalismo social en crisis³⁸, incluyó originalmente una regla procedimental propia de los «marcos fiscales» de los que hablábamos en el epígrafe anterior, pues el art. 134.6 señala que «toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación». Tal disposición, que nuestro Tribunal Constitucional ha consignado a las iniciativas posteriores a la aprobación de la Ley de Presupuestos, ha sido utilizada de manera profusa en legislatura que ha conducido a la reforma del art. 135 CE³⁹.

La filosofía del PEC y del nuevo art. 135 CE es bastante diferente a este planteamiento. Como ya hemos señalado, la idea de imponer unas reglas fiscales y de endeudamiento a todos los Estados que participasen en la UEM, partió de Alemania. En dicho país, el gusto por la contención monetaria, las cuentas públicas saludables y la limitación del endeudamiento, ha sido históricamente algo más que un objetivo político cargado de buenos propósitos. Analicemos esta cuestión con un poco más de detenimiento.

3.1. Alemania, la estabilidad presupuestaria y el límite de endeudamiento: filosofía económica y constitucionalización

La inclusión en el art. 110 de la Ley Fundamental de la frase «El presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos» debe ser observada desde un doble punto de vista. El primero, obviamente, el histórico anteriormente comentado. Acostumbrados a vivir apegados a los acontecimientos, casi nadie recuerda que el modelo de Banco Central independiente y la necesidad de tener unos poderes públicos no endeudados surge en Alemania por el uso que de estas variables se hizo en el periodo de entreguerras. Económicamente, la monetización y el endeudamiento masivo provocaron diversos episodios de hiperinflación producidos por la pérdida del poder adquisitivo destinado a las reparaciones derivadas del Tratado de Versalles y la politización del Reichsbank⁴⁰. En este sentido, no resulta vano recordar que la situación de descontrol económica permitió el ascenso del irracionalismo po-

³⁸ MAESTRO BUELGA, G., *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.

³⁹ Sobre esta cuestión, ver, MARTÍNEZ LAGO, M.A., «El control parlamentario sobre el presupuesto público», *Presupuesto y gasto público*, núm. 48, 2007, pp. 129-143.

⁴⁰ WIDDIG, B., *Culture and Inflation in Weimar Germany*, University of California Press, Berkeley, 2001; y FELDMAN, G.D., *The Great Disorder*, Oxford University Press, 1997.

lítico nazi, que lejos de abandonar las prácticas que venimos reseñando, puso el conjunto de la riqueza alemana al servicio de un proyecto imperialista que utilizaba la planificación económica para alcanzar sus objetivos políticos⁴¹.

Durante este periodo, la Escuela de Friburgo ya venía trabajando sobre un modelo neutro que recondujese las relaciones entre la política y la economía en clave liberal⁴². Aún con todo, el mercado perdió en el ordoliberalismo alemán sus connotaciones de instancia natural ajena a la intervención política, para convertirse en objeto de articulación institucional. Por ello la economía devino en problema constitucional. Problema que la Ley Fundamental de Bonn trató de superar eliminando las prácticas del periodo de entreguerras y limitando los modelos planificados que asomaban en el socialismo real que llamaba prácticamente a su puerta⁴³. Así, en la Constitución alemana de 1949 la economía de mercado aparece ya como la única conciliable y conforme a los principios del Estado de Derecho, constituyéndose en referencia constitucional y en modelo normativo de ordenación de la economía en general.

El modelo de constitución económica alemana se trasladó a la forma en que se concibió el proyecto de integración europea durante bastantes décadas. En el planteamiento ordoliberal, la Comunidad Europea gozaba originalmente de una legitimidad independiente de la propia de las instituciones constitucionales y democráticas de los Estados miembros, en la medida en que las disposiciones de los Tratados prescribían un orden basado en el derecho, cuya función consistía en garantizar las libertades económicas y proteger la libre competencia mediante instituciones supranacionales. Implícitamente, ello implicaba la imposición de límites a la propia Comunidad: sus eventuales políticas económicas discrecionales serían consideradas contrarias al pacto constitucional alcanzado por los Estados miembros fundadores, que incluía la apertura de las economías nacionales (sólo empañada por el pecado original de la Política Agraria Común), la existencia de una serie de normas que prohibían las políticas discriminatorias, y la aceptación de un sistema de libre competencia⁴⁴.

Ciertamente, en las negociaciones del Tratado de Roma, en 1956, habían triunfado las tesis de la economía social de mercado alemanas⁴⁵, lo que suponía el establecimiento del dualismo institucional en lo que respecta a

⁴¹ Baste recordar, en este sentido, el clásico trabajo de NEUMANN, F., *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, FCE, México, 1983, que definió el nazismo como un monopolio capitalista totalitario.

⁴² DI NELLA, L., «La scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo», en VV.AA., *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Milán, 1999, pp. 171-227.

⁴³ EUCKEN, W., «El problema político de la ordenación», en *La economía de mercado*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, pp. 25-80.

⁴⁴ STREIT, M. E. y MUSSLER, W., «The Economic Constitution of the European Community. From "Rome" to "Maastricht"», *European Law Journal*, Vol. 1, núm. 1, 1995, pp. 5-30.

⁴⁵ Sobre este concepto, MULLER-ARMACK, A., «Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social», en *La economía de mercado, ob. cit.*, pp. 81-116.

la constitución económica: el mercado se construiría en Europa, las políticas socioeconómicas permanecerían en los Estados. Se trataba de escapar de formas económicas planificadas, a través de un mayor control estatal en los ámbitos de los fallos del mercado y una política social que hiciese eficiente el desarrollo de los diferentes factores productivos. Sin embargo, el desarrollo del proceso de integración, paralelo a las sucesivas crisis que iban a surgir en el modelo capitalista desde la década de 1970, propició una progresiva aproximación entre los ordenamientos materiales de la UE y de los Estados miembros, cuya culminación fue sin duda el Tratado de Maastricht. El Tratado de la UE supuso la culminación de una serie de procesos normativos provocados por las invasiones del mercado comunitario, la expansión de la constitución antidiscriminatoria formulada por el art. 18 TFUE y la incorporación de ámbitos competenciales por parte de las instituciones europeas a través de mecanismos ya mencionados⁴⁶. No es casualidad que a partir de este momento, vayan surgiendo las diferentes aportaciones doctrinales en torno al constitucionalismo multinivel, que desde la propia Alemania han tratado de interpretar el modo en el que los Tratados comunitarios y las Constituciones nacionales se van entrelazando progresivamente hasta materializar una misma «Unión constitucional»⁴⁷.

La llegada de la UEM, construida a partir del acuerdo alcanzado en Maastricht, obligó, ya lo hemos visto, a establecer mecanismos de estabilización fiscal en el conjunto de la política económica que se desarrollaba en la zona euro. Apareció así el PEC, que era el complemento perfecto para un modelo de constitución económica muy similar a la contenida en la Ley Fundamental de Bonn, pues otorgaba un papel estelar a la estabilidad monetaria, la lucha contra la inflación y las políticas de gasto moderadas⁴⁸. Sin embargo, en el marco de la aplicación de los planes de estabilidad macroeconómica diseñados para integrarse en el euro, Alemania (al igual que Francia) no consiguió cumplir con las expectativas formalizadas en el PEC, y así en el año 2003, la Comisión abrió un procedimiento por déficit excesivo que sólo pudo ser frenado por la acción conjunta de Francia con la propia Alemania en el seno del Consejo de la UE. La crisis se resolvió con una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) puramente procesal, que debilitó la eficacia jurídica del PEC, puso en evidencia el proceso de subordinación del ejecutivo comunitario frente a la voluntad de los Estados miembros y dejó en mal lugar al país que más interés había puesto en articular un sistema

⁴⁶ JOERGES, C., «¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp. 9-53.

⁴⁷ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited?», *Common Market Law Review*, Vol. 36, núm. 4, 1999.

⁴⁸ Baste recordar que el art. 88 de la Ley Fundamental caracteriza materialmente al Banco Central, al señalar que «es independiente y está al servicio del objetivo prioritario de garantizar la estabilidad de los precios».

de sanciones para los miembros de la UEM que no cumplieren con los niveles de déficit y de endeudamiento establecidos en el actual art. 126 TFUE⁴⁹.

Aprovechando la modificación de las relaciones de poder entre los centros principales de decisión política a nivel federal y de *Land* que llevó a cabo, la reforma constitucional del federalismo alemán de 2006 introdujo algunos cambios en la constitución financiera⁵⁰. Particularmente, el nuevo art. 109.5 supuso la inclusión en la Ley Fundamental de los compromisos adquiridos por la República Federal en virtud del PEC para el mantenimiento de la disciplina presupuestaria. El art. 109.5 regula así la responsabilidad que a la Federación, por un lado, y a los Länder, por otro, corresponde ante un eventual incumplimiento de las obligaciones comunitarias, fijando los porcentajes de reparto de las responsabilidades financieras en caso de imposición de sanciones por parte de la UE. En su momento, se criticó la aportación sólo parcial que esta nueva regulación suponía a la pretensión de inclusión de un pacto de estabilidad nacional en la Ley Fundamental, que garantizase no sólo la asunción de responsabilidades en caso de incumplimiento de los límites establecidos al déficit, sino sobre todo que aspirara a regular un conjunto de medidas presupuestarias en el art. 115 LFB (reparto vertical Bund-Länder y horizontal del límite de endeudamiento y sanciones internas en caso de incumplimiento) que permitieran a largo plazo el respeto del actual porcentaje del 3% fijado por la UE⁵¹.

Teniendo en cuenta estas premisas, la segunda reforma del federalismo alemán durante la década de 2010 tuvo como protagonista a la constitución financiera. El paso del tiempo había hecho evidente que el endeudamiento de la Federación y de los Länder era tan elevado que hacía imposible cumplir con las exigencias del PEC. ARROYO GIL ha señalado que si bien ello no era atribuible a la letra de la Ley Fundamental, no era menos cierto que la permisividad de algunas de sus disposiciones sobre el recurso al crédito por parte de las administraciones públicas en nada favorecía la superación de esa situación de grave riesgo para la estabilidad financiera del Estado⁵².

Y así, la reforma de 2009 incluye fuertes límites a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los Länder. De acuerdo con el nuevo apartado 3 del art. 109 de la Ley Fundamental, los presupuestos de la Federación

⁴⁹ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la Sentencia del TJCE del 13 de Julio de 2004», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, 2004, pp. 151-176.

⁵⁰ Sobre la reforma en general, ver ARROYO GIL, A., *La reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52ª Ley de Modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Intitut d'Estudis Autònòmics, Barcelona, 2009.

⁵¹ MÉNDEZ, E., «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, 2006, <http://www.ugr.es/~redce/>.

⁵² ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder de la República Federal de Alemania», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 10, 2010, p. 51.

y de los Länder, por regla general, habrán de confeccionarse excluyendo la posibilidad de acudir a ingresos procedentes de partidas crediticias. Con esta medida se pretende, en realidad, conseguir a medio plazo el objetivo de un presupuesto estructuralmente equilibrado, tal y como demanda el PEC. El propio art. 109.3 permite, de modo similar a las circunstancias excepcionales expresadas tanto en el art. 126.2 a) como en el art. 122.2 TFUE (y ahora el art. 135.4 CE), que la Federación y los Länder puedan acudir a los créditos cuando tenga lugar un desarrollo coyuntural que se aparte de la situación considerada normal o tengan lugar catástrofes naturales u otras situaciones extraordinarias de emergencia, con la condición de que se prevean los mecanismos necesarios para volver de la forma más rápida posible a una situación de equilibrio presupuestario.

El art. 109.3 de la Ley Fundamental ofrece asimismo un visión diferente del concepto de «componente estructural» del déficit si estamos ante la acción financiera de la Federación o de los Länder. Así, la prohibición de acudir al crédito en orden a la confección del presupuesto, por lo que respecta a la Federación también se cumple aun cuando existan determinados ingresos crediticios, y siempre que los mismos no superen el límite del 0,35% del producto interior bruto nominal anual. Sin embargo, a los Länder les es vetado ese componente estructural, pues más allá de las situaciones de necesidad que requieran regulaciones excepcionales, tendrán radicalmente prohibido acudir al crédito en la confección de sus presupuestos.

Por lo que se refiere al art. 115 de la Ley Fundamental, tras reiterar el apartado segundo la previsión ya vista del art. 109.3, relativa a la prohibición general de acudir a los ingresos procedentes de créditos para equilibrar los ingresos y los gastos, se recuerda que no contradicen esta previsión aquellos ingresos crediticios (de la Federación) que no superen el 0,35% del producto interior bruto nominal. Adicionalmente, en el supuesto de que tenga lugar un desarrollo coyuntural que se desvíe de la situación considerada normal, se habrán de tener en cuenta, con igual alcance, tanto los efectos que sobre el presupuesto puedan tener los casos de recuperación como los de recesión económica⁵³. Asimismo, este art. 115.2 de la Ley Fundamental prevé que las desviaciones sobre los límites superiores válidamente fijados más arriba que se produzcan, de facto, en la utilización del crédito, quedarán comprendidas en una «cuenta de control»; en este sentido, los adeudos que superen el umbral del 1,5% del producto interior bruto nominal habrán de reducirse en caso de evolucionar favorablemente la coyuntura económica.

Las reformas del art. 109 y 115 de la Ley Fundamental se han aplicado, según la disposición transitoria del art. 143 d), a partir del año presupuestario 2011. Sin embargo, esta disposición transitoria permite que los Länder, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de di-

⁵³ Seguimos la traducción y comentarios de ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder de la República Federal de Alemania», *ob. cit.*, p. 58.

ciembre de 2019, de conformidad con lo que disponga su normativa válidamente aprobada, puedan desviarse de las prescripciones del art. 109.3 de la Ley Fundamental (prohibición general de confeccionar los presupuestos acudiendo a ingresos procedentes de partidas crediticias). La relajación de esta prohibición constitucional en el caso de la Federación es temporalmente más limitada, ya que sólo podrá desviarse de la prescripción del art. 115.2 durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, debiéndose comenzar, además, a reducir el déficit ya existente a partir del año presupuestario 2011. En ambos casos, las regulaciones de detalle, en especial, los pasos a dar anualmente para proceder a la supresión de los déficits financieros, la supervisión del desmantelamiento de los mismos por parte del recién creado Consejo de Estabilidad, así como las consecuencias que se deriven en caso de no cumplir con ese procedimiento gradual tendente a la eliminación de los referidos déficits, serán establecidas por medio de ley federal⁵⁴.

Con el objeto de complementar la nueva regulación de las deudas estatales, tanto de la Federación como de los Länder, la reforma constitucional de 2009 contiene también una serie de previsiones cuyo fin no es otro que evitar la aparición de situaciones de emergencia presupuestaria. A tal efecto, el nuevo art. 109 a) de la Ley Fundamental remite a una ley federal, la regulación de la supervisión continua del régimen presupuestario de la Federación y los Länder a través de un organismo común de nueva creación, el Consejo de Estabilidad (art. 109 a), que estará integrado por los Ministros de Finanzas de la Federación y de los Länder, así como por los Ministros federales de Economía y Tecnología. Este Consejo vigilará, sobre todo, la ejecución de los presupuestos de la Federación y de los Länder, y, muy en particular, los progresos que realicen los cinco Länder receptores de ayudas a la consolidación a que se refiere el nuevo art. 143 d) de la Ley Fundamental.

3.2. La estabilidad presupuestaria en España antes de la reforma del art. 135 CE

Las Cortes Generales de nuestro país aprobaron en 2001 la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica Complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria⁵⁵, recogiendo en esta última los aspectos de la ley relacionados específicamente con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. El objetivo de ambas fue asegurar la continuidad de la política de rigor presupuestario aplicada hasta entonces, y sobre todo, cumplir con los compromisos adquiridos por España en el marco de la

⁵⁴ ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder de la República Federal de Alemania», *ob. cit.*, p. 61.

⁵⁵ España. Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de diciembre de 2001, nº 298; y Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de diciembre de 2001, núm. 299.

UE, particularmente con el PEC. Ya por entonces, se apuntaban otras razones de índole económica, no solamente presupuestaria, que se han demostrado decisivas a la hora de entender la complicada deriva que ha tomado la economía española a partir de 2007, con la explosión de la crisis financiera⁵⁶.

Sea como fuere, existe consenso al señalar que las normas aprobadas en el año 2001 adoptaron una definición estricta del principio de estabilidad presupuestaria, ya que exigía que cada una de las Administraciones Públicas (Estado, Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos), registrase todos los años una situación de equilibrio o superávit⁵⁷. Los incumplimientos a este principio se consideraban como situaciones claramente excepcionales, que requerían una justificación muy detallada por parte de la Administración que había incurrido en déficit de las causas que las habían originado y un plan de saneamiento financiero para corregir cualquier situación de déficit en un plazo máximo de tres años. Esta definición tenía probablemente la ventaja de la sencillez y transparencia, pero también presentaba debilidades importantes por la falta de credibilidad de un objetivo tan estricto que las propias Administraciones territoriales no compartieron y por la dificultad para hacer compatible el objetivo de estabilidad presupuestaria a medio plazo con la estabilización cíclica a corto plazo de la economía⁵⁸.

La oportunidad de utilizar la política fiscal para estabilizar la economía de un Estado que ha decidido centralizar supranacionalmente los tipos de interés y los tipos de cambio es especialmente importante. Sin embargo, a pesar de que inicialmente el PEC fue concebido para asegurar a los Gobiernos una posición presupuestaria saneada para poder enfrentarse mínimamente a las exigencias derivadas del ciclo⁵⁹, en la actualidad, ello queda, si no descartado, al menos desaconsejado, tal y como se recuerda en la reciente Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (Considerando nº 18)⁶⁰. Sea como fuere, la visión de la política fiscal que tenía el Gobierno que llevó a las Cortes las leyes presupuestarias de 2001 coincidía con la dinámica actual, rastreable en la filosofía de la reforma constitucional alemana de 2009 y en las condiciones econó-

⁵⁶ Sobre éstas, GONZÁLEZ-PARAMO, J.M., «El Estado y las Haciendas Territoriales frente a los retos de la estabilidad presupuestaria», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 66, 2003, pp. 17-40.

⁵⁷ SEBASTIÁN, M., GONZÁLEZ CALBET, L. y PÉREZ QUIRÓS, G., «Estabilidad presupuestaria, equidad intergeneracional y solidaridad internacional», *Hacienda Pública*, Monografía, 2004, pp. 151-172.

⁵⁸ Para hacernos una idea, en la primera liquidación de los presupuestos elaborados de acuerdo con las nuevas normas, diez Comunidades Autónomas incumplieron el objetivo que se les había fijado y más de la mitad de las corporaciones locales presentaron déficit.

⁵⁹ CALMFORS, L., «Fiscal Policy to Stabilise the Domestic Economy in the EMU: What Can We Learn from Monetary Policy», *CESIFO Economic Studies*, Vol. 49, núm. 3, 2003.

⁶⁰ Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011.

micas e institucionales impuestas a los Estados miembros con problemas relacionados con la deuda soberana, de reservar el papel contracíclico de la política fiscal a la actuación de los estabilizadores automáticos⁶¹.

Ello implicaba que las Administraciones territoriales, en un momento de extraordinaria emergencia económica provocada por el dinamismo del sector inmobiliario, tuvieran importantes limitaciones presupuestarias para poner en marcha programas públicos de multiplicación de la demanda agregada y de satisfacción de derechos y prestaciones sociales⁶². De este modo, coincidiendo con el cambio de Gobierno en 2004 y la importancia adquirida por las minorías territoriales en las dos últimas legislaturas, se abandonó la rigidez impuesta por las leyes aprobadas en 2001, y se aprobó una reforma de las mismas cuya mayor novedad consistía en la introducción de un nuevo mecanismo para la determinación del objetivo de estabilidad de las Administraciones públicas territoriales y sus respectivos sectores públicos, apoyado en el diálogo y la negociación. Así, el objetivo de estabilidad de cada Comunidad Autónoma se acordaría con el Ministerio de Economía y Hacienda tras una negociación bilateral, sin perjuicio de que, en última instancia, fuese a las Cortes Generales y al Gobierno a los que correspondiese adoptar las decisiones esenciales sobre la política económica, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución⁶³.

La reforma permitía a las distintas Administraciones territoriales presupuestar déficit durante algunos años, siempre que se hubiera garantizado la estabilidad presupuestaria a lo largo del ciclo y cuando se llevasen a cabo programas de inversión pública que tuviesen por objetivo elevar la productividad⁶⁴. Resulta difícil concretar o valorar si las dificultades de financiación que en la actualidad tiene España, como consecuencia del incremento del déficit, tienen su origen en los cambios realizados en las normas de estabilidad presupuestaria que acabamos de comentar. Sin embargo parece obvio que uno de los objetivos explícitos de la reforma del art. 135 CE es someter a una mayor disciplina fiscal y presupuestaria a las Administraciones territoriales. En este sentido, la Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros antes mencionada, recuerda en su Considerando nº 23 que «Las disposiciones del marco de su-

⁶¹ Paradigma ya puesto en duda, a mediados de la década de 2010, por BUTI, M. y VAN DER NOORD, P., «Fiscal Policy in EMU: rules, discretion and political incentives», *European Commission, Directorate General for Economic and Financial Affairs, Economic Papers*, núm. 206, 2004.

⁶² MAESTRO BUELGA, G., «El vínculo presupuestario comunitario y los Derechos sociales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, p. 193 y ss.

⁶³ España. Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2007, núm. 313.

⁶⁴ UXÓ, J., BARRUSO, B. y RUEDA, N., «Autonomía financiera, estabilidad presupuestaria y política de gasto de las Comunidades Autónomas», *Revista de Economía de Castilla La Mancha*, núm. 8, 2006.

pervisión presupuestaria establecido en el TFUE y, en particular, en el PEC, son aplicables al conjunto de las administraciones públicas, que comprenden los subsectores de la administración central, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las administraciones de seguridad social»⁶⁵.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la reciente sentencia del TC 134/2011⁶⁶ ha abordado la capacidad del Estado para limitar la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, como consecuencia de las normas internas (Ley 18/2001 y la Ley Orgánica 5/2001) que desarrollan el PEC. La Comunidad Autónoma de Cataluña entendió que ambas normas vulneraban la autonomía política y financiera de la Generalitat (arts. 137 y 156.1 CE), establecían un control indebido sobre el Parlamento de Cataluña que también menoscaba la autonomía financiera de la Generalitat de la autonomía local garantizada (arts. 137 y 140 CE) y quebrantaban la suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE). En la sentencia, que no es necesario detallar a fondo, el TC señala que las Comunidades Autónomas tienen libertad para establecer un plan de ingresos y gastos, es decir, el presupuesto, pero dicha libertad no se establece constitucionalmente «con carácter absoluto», señalando que la autonomía financiera de las mismas «no excluye, sin embargo, la existencia de controles, incluso específicos» por parte del Estado, precisamente con el objetivo de cumplir con las exigencias del derecho comunitario⁶⁷.

4. EL NUEVO ART. 135 CE A LA LUZ DE LA NUEVA GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA

4.1. Consideraciones generales en torno a la reforma

Los intensos debates en torno a la rápida e inesperada reforma del art. 135 CE se han centrado en dos cuestiones fundamentales: el procedimiento seguido para llevarlo a cabo y su contenido sustantivo. En cuanto a la primera cuestión, si la reforma se planteó como una exigencia de las instituciones europeas para que el BCE actuase desde aquel momento en adelante para

⁶⁵ En el mismo sentido, los arts. 12, 13 y 14 de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011, pp. 46-47.

⁶⁶ STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 8º.

⁶⁷ Esta afirmación puede insertarse en el marco de las potencialidades horizontales del art. 149.1.13 CE, que permiten al Estado mantener el control sobre aquellos aspectos esenciales de la reproducción del sistema económico; sobre el impacto de esta interpretación en el sistema de descentralización, ver CARRASCO, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, op. cit. y más recientemente, teniendo en cuenta los efectos de la crisis, VIVER PI-SUNYER, C., «El impacto de la crisis económica global en el sistema de descentralización política en España», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 13, 2011.

relajar las tensiones de la deuda española, parece que la urgencia y el procedimiento de lectura única utilizado en el iter parlamentario es plenamente adecuado, una vez alcanzado el consenso entre las dos fuerzas políticas más importantes del país⁶⁸. A este respecto, es preciso recordar que el número de votos alcanzado en el Congreso y en el Senado supera con creces los 3/5 exigidos por el art. 167 CE que regula el procedimiento de reforma. Resulta difícil de aceptar, en este sentido, la afirmación que señala que se ha roto el consenso constitucional en lo que respecta a los nacionalismos periféricos, cuando las enmiendas más importantes planteadas desde el País Vasco y Cataluña nada o poco tenían que ver con el objetivo perseguido por la reforma⁶⁹.

Los cambios en el art. 135 CE plantean sin embargo más problemas desde el punto de vista sustantivo. Se han señalado a este respecto varias cuestiones. La más importante, la que reclama prudencia y sagacidad a la hora de introducir reformas constitucionales, pues cuando se decide elevar al máximo rango normativo un determinado precepto, ha de estar justificado que se trata de materias propias de una Constitución, para que no se produzcan efectos indeseados desde el punto de vista de la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico⁷⁰. En este sentido, la introducción en el art. 135 CE de principios y reglas que traen causa directa de normas comunitarias, puede producir tensiones interpretativas por la sencilla razón de que ninguna otra norma de la constitución económica ha sido convenientemente adecuada a las exigencias particulares o generales del derecho comunitario⁷¹.

Se ha apuntado, también, que la reforma no constituye un ataque al Estado del bienestar. Ello porque el principio de equilibrio presupuestario solo

⁶⁸ Es cierto que el objeto y la importancia de la reforma constitucional no parecen coherentes con los requisitos establecidos por las normas reglamentarias para la utilización de la lectura única («la naturaleza del proyecto o proposición de ley» o cuando «su simplicidad de formulación lo permita»). Sin embargo, la práctica parlamentaria enseña que el factor clave para la fijación del supuesto de hecho del procedimiento de lectura única lo constituye la existencia de consenso político suficiente para lograr el beneplácito de la Cámara, no los supuestos materiales; al respecto, ver GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única», *InDret*, núm. 4, 2007, texto que puede encontrarse en el servidor http://www.indret.com/pdf/470_es.pdf

⁶⁹ En un caso, el reconocimiento del derecho de autodeterminación; en otro, la introducción de límites a la solidaridad financiera interregional; al respecto, ver TAJADURA TEJADA, J., «Reforma constitucional e integración europea», *ob. cit.*, p. 27.

⁷⁰ BLANCO VALDÉS, R., «La reforma de 2011: de las musas al teatro», *Claves de razón práctica*, núm. 216, 2011.

⁷¹ En este sentido se ha señalado que la privatización de los servicios públicos y la tecnificación de los instrumentos de dirección económica provocada por el proceso de integración y su variedad institucional, obliga a buscar nuevos mecanismos y fórmulas que puedan satisfacer con eficacia la necesidad de control democrático de los poderes públicos. ALBERTÍ ROVIRA, E., «La constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, en especial el epígrafe núm. 3.

induciría a la conformación de un nuevo consenso sobre las necesidades y por lo tanto sobre la estructura de gasto de nuestras sociedades. Sobre este tema hay un a priori erróneo que es necesario refutar: el endeudamiento y el déficit estructural no sirven únicamente para financiar el Estado del bienestar, sino para intentar adecuarse al ciclo y concretar fórmulas de crecimiento económico. Es el crecimiento el que genera el empleo, la riqueza y los recursos que son extraídos del mercado para financiar las políticas sociales. Por tanto, el art. 135 CE perfila una nueva economía no financiarizada, de cuyo desenvolvimiento dará cuenta el futuro, pero que en todo caso está destinada a funcionar bien en economías altamente competitivas, con una balanza de pagos saneada y no dependientes del consumo interno, como es el ejemplo de los países nórdicos y Alemania⁷².

Hay una última cuestión que nos gustaría señalar. Más allá de las necesidades políticas o coyunturales, no parece conveniente integrar en la Constitución aspectos del derecho comunitario material a modo de reglas y normas específicas. Ello aunque lo haya hecho previamente Alemania. La primacía del derecho comunitario, con la única salvedad de los contralímites ya establecidos por nuestro Alto Tribunal en el Dictamen 1/2004⁷³, es de obligado cumplimiento para los poderes nacionales, que tienen que poner todos los medios jurídicos necesarios para hacerlo efectivo. La inconveniencia de concretizar con perfiles reglamentarios derecho comunitario es doble. Por un lado, por el dinamismo que ha mostrado éste último desde su aparición, tanto en el plano originario como derivado, lo que puede convertir al derecho constitucional nacional en anacrónico o simplemente erróneo, como ocurre con el art. 135.3 CE, donde se hace referencia a los valores de referencia de deuda del TFUE, cuando estos se encuentran en el Protocolo n° 12 sobre el procedimiento aplicable al déficit excesivo.

Por otro lado, la necesidad de desarrollar el principio de estabilidad presupuestaria, revela un problema relacional con la norma originaria que debe inspirar la ley orgánica que haya de desplegar el art. 135 CE. El parámetro concreto de la ley será la Constitución, el TFUE, el tratado que regulará la nueva unión fiscal y la ingente cantidad de normas derivadas (principalmente reglamentos) que desarrollan el PEC. Dado el curso de los acontecimientos, y los numerosos cambios que sobre la cuestión están teniendo lugar, no es

⁷² Sobre los perfiles de la economía financiarizada que ha conducido a la crisis, ver AGLIETTA, M. y BARREBI, L., *Désordres dans le capitalisme mondial*, Odile Jacob, París, 2007; SACHS, J., *Economía para un planeta abarrotado*, Mondadori, Barcelona, 2008; o SEN, A., «Capitalism beyond the crisis», *The New York Review of Books*, Vol. 56, núm. 5, 2009.

⁷³ Sobre ésta, ver VV.AA., *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

descartable que el legislador español se encuentre con contenidos cuando menos dispares en las normas anteriormente mencionadas⁷⁴.

4.2. El principio de estabilidad dentro de un presupuesto europeizado

El art. 135 CE deberá interpretarse dentro de las nuevas condiciones de gobernanza económica que ha aprobado la UE en noviembre de 2011. Nos referimos al conjunto de normas aprobadas mayormente mediante el procedimiento de codecisión, que conforman lo que se ha venido a denominar como «nueva gobernanza económica europea». Dentro de estas normas, destaca en primer lugar Directiva 2011/85/UE del Consejo, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

La Directiva establece el principio básico de ajuste de los ciclos presupuestarios nacionales a las exigencias procesales y sustantivas del PEC (art. 1). Ello se traduce en tres cambios fundamentales. En primer lugar, el proceso presupuestario nacional tiene que estar enmarcado por unas «reglas fiscales numéricas» de carácter plurianual (art. 3) que fijen los parámetros fiscales dentro de los cuales ha de elaborarse cada ley de presupuestos. Tales reglas fiscales tendrán que tasar los supuestos excepcionales en que los topes fijados en las mismas no sean de aplicación, pero también las consecuencias concretas y específicas de su incumplimiento (Art. 6). En segundo lugar, cada marco presupuestario plurianual ha de elaborarse en torno al Marco Presupuestario a Medio Plazo (arts. 9 y 10), que se extiende al año corriente y los tres sucesivos, y que sólo ha de ser revisado al final del ciclo de cuatro años. Las cifras que contenga este nuevo instrumento, que hasta ahora era el eje sobre el que se había de vertebrar el Programa de Estabilidad o Convergencia nacional, pasan a ser la espina dorsal del proceso presupuestario interno de todos los Estados miembros.

En tercer y en último lugar, el Marco Presupuestario a Medio Plazo nacional habrá de fijar un objetivo de déficit, pero también uno de deuda. Y para ello dará cuenta de las principales partidas de ingresos y gastos, con especificación de los niveles de gobierno en los que se producirán, así como de las principales políticas fiscales y su impacto en la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas. De ello se deriva que el procedimiento presupuestario nacional tendrá un carácter plurianual, en lugar del tradicional y clásico anual. La Directiva es explícita al afirmar que tanto las reglas fiscales como el Marco Presupuestario a Medio Plazo limitan la discrecionalidad del legislador al elaborar el presupuesto anual (art. 10). Ello implica un cambio importante, al trasladar el centro de gravedad desde la ley de presupuestos,

⁷⁴ Por ejemplo, la excepción del art. 135.4 CE, que señala que los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en «situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado», no se encuentra directamente reconocida en el derecho comunitario.

tal y como hace el art. 134 CE, a las normas que fijan un marco presupuestario mucho más amplio.

La Directiva 2011/85/UE también limita la libertad de configuración de las relaciones entre gobierno central y gobiernos regionales y locales, trascendiendo la tradicional autonomía institucional de los Estados Miembros (art. 4 TUE), al exigir que se establezcan mecanismos de coordinación fiscal entre los distintos niveles de gobierno y cauces procedimentales que aseguren que el sector público paraestatal no elude el marco presupuestario. Así se señala explícitamente en el Capítulo IV de la Directiva, donde se regula la transparencia de las finanzas de las administraciones públicas y el ámbito de aplicación global de los marcos presupuestarios⁷⁵.

La europeización del presupuesto nacional queda asegurada porque el Marco Presupuestario a Medio Plazo se enclava en el «Semestre Europeo», instrumento creado por el Reglamento (UE) N° 1175/2011 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1466/97, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

El Semestre Europeo (art. 2 bis) arranca en enero con la fijación de pautas supranacionales (las orientaciones generales de política económica y las orientaciones de política de empleo), prosigue con la presentación de los programas nacionales de estabilidad y convergencia, continúa con la evaluación por parte de la Comisión y del Consejo, atendiendo a criterios macroeconómicos, de estabilidad presupuestaria y de crecimiento económico y concluye con la vigilancia de la ejecución de los planes de estabilidad y convergencia (donde se incluyen los marcos presupuestarios anuales y plurianuales de los Estados). Este nuevo instrumento refuerza la coordinación de las políticas fiscales y de manejo macroeconómico en manos de los Estados Miembros, convirtiendo la coordinación en un ejercicio de vigilancia preventiva. Y ello no solo porque el Semestre Europeo antecede al proceso presupuestario nacional, sino porque los programas de estabilidad y convergencia se convierten en antecedente necesario del presupuesto nacional (art. 4), debiendo el procedimiento presupuestario nacional iniciarse habiendo ya

⁷⁵ Como ya señalábamos páginas atrás, el Considerando núm. 23 de la Directiva establece que «Las disposiciones del marco de supervisión presupuestaria establecido en el TFUE y, en particular, en el PEC, son aplicables al conjunto de las administraciones públicas, que comprenden los subsectores de la administración central, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las administraciones de seguridad social».

sometido la propuesta que el Gobierno lleve ante las Cortes a la opinión de Comisión y Consejo⁷⁶.

4.3. Disciplina fiscal y control del endeudamiento: del art. 135 CE al derecho comunitario

La constitución económica europea impone fundamentalmente control y disciplina sobre los Estados miembros. Se ha entendido que los problemas que presenta el gobierno de la economía en el sistema constitucional multinivel no tienen que ver con la indeterminación institucional, sino con el incumplimiento de los niveles relativos a los estabilizadores automáticos incluidos en el PEC. Independientemente de que ello pueda ser considerado un error⁷⁷, lo importante en estos momentos es interpretar las posibles consecuencias de las reglas concretas del art. 135 CE, teniendo en cuenta el derecho comunitario surgido tras las reformas que venimos citando.

Quizá el elemento más importante del nuevo art. 135 CE es el concepto de «déficit estructural» que contiene su apartado segundo⁷⁸. De su interpretación dependerá que los instrumentos fiscales a nivel nacional sigan teniendo un cierto valor contracíclico, tal y como se pretendió en la reforma de las leyes presupuestarias en España en el año 2007, o que se configuren como simples estabilizadores automáticos, de acuerdo a la filosofía que inspiró su elaboración en el año 2001. En el ámbito de la coordinación y la supervisión europea, parecería que la reforma de noviembre de 2011 se inclina por la primera opción, aunque como veremos en el siguiente apartado, los férreos mecanismos de vigilancia y sanción y el nuevo papel que adquirirán las ins-

⁷⁶ Así, el art. 3.4 del nuevo Reglamento antes citado, señala que «Cada uno de los programas [de estabilidad] contendrá información sobre su estado en el contexto de los procedimientos nacionales, en particular sobre si se ha presentado al Parlamento nacional y sobre si el Parlamento nacional ha tenido oportunidad de examinar el dictamen del Consejo sobre el programa anterior y, en su caso, toda recomendación o advertencia al respecto, y sobre si el programa ha recibido aprobación parlamentaria».

⁷⁷ El economista Paul De Grauwe ha demostrado, con singular agudeza, el error de todo el complejo de reformas iniciado tras la quiebra de Grecia: con la excepción de este país, la mayor parte de los Estados miembros de la zona euro habían tenido un comportamiento fiscal aceptable en el marco de las referencias y parámetros establecidos por el PEC hasta el 2007. Es en el momento en el que los gobiernos tienen que hacer frente a los fallos financieros del sector privado, en el que los ratios de la deuda pública y el déficit se disparan. Por ello, no ha habido tanto un problema de regulación y disciplina, como de falta absoluta de dirección política de la economía, tanto a nivel nacional como comunitario. GRAUWE, P. de, «Fighting the wrong enemy», *VOX. Research - based policy analysis and commentary from leading economist*, 19 de mayo de 2010, <http://www.voxeu.org>

⁷⁸ El déficit estructural es aquél que no incluye los gastos y los ingresos vinculados a las expansiones y a las recesiones del ciclo económico. A título de ejemplo, y según cálculos efectuados por la Comisión Europea, en 2010 el déficit absoluto de España alcanzó el 9,2 % del PIB, pero su déficit estructural fue del 7% del PIB. De igual modo, el superávit absoluto del 2006 fue del 2% del PIB, mientras que el superávit estructural sólo alcanzó el 1,5% del PIB.

tuciones supranacionales (particularmente la Comisión y el BCE), hacen pensar en que la UE apuesta claramente por dar un papel autónomo a los estabilizadores fiscales automáticos dentro del PEC.

Como ya ocurría antes de la reforma, el equilibrio presupuestario se identifica con la consecución del objetivo presupuestario a medio plazo. En el caso de que ese objetivo no haya sido alcanzado aún, el PEC exige que los Estados sigan una trayectoria de ajuste presupuestario que asegure la consecución de ese objetivo. La principal novedad resultante de la reforma es la profundización del concepto de trayectoria de ajuste, de modo que el mismo pierde en buena medida su condición de «principio» y se asemeja ahora a una «regla» de aplicación cuasi-automática. Se afirma así que el objetivo presupuestario a medio plazo tiene que ser tal que permita mantener siempre y en toda circunstancia un margen de seguridad suficiente respecto al valor de referencia en materia de déficit (3% del PIB), de modo que nunca se supere ese valor, incluso cuando haya de hacerse uso de la política presupuestaria contra cíclica para el manejo macroeconómico. De ahí que en términos operativos, el déficit anual no haya de ser superior al 1% del PIB. Este objetivo, como era ya el caso desde la reforma de 2005, se fija sin embargo de forma individualizada para cada Estado miembro.

Al criterio introducido en 2005, codificando los criterios desarrollados en la práctica presupuestaria del PEC, por el que se obligaba a una mejora de al menos un 0.5% del PIB anual en la posición presupuestaria, se une ahora la regla según la cual el nivel de crecimiento del gasto público no ha de superar el potencial de crecimiento a medio plazo de la economía nacional. Por ello, el Consejo y la Comisión, al evaluar la trayectoria de ajuste a partir de la cifra antes citada, deberán examinar si el Estado miembro de que se trate persigue la mejora anual apropiada de su saldo presupuestario *en función del ciclo*, una vez excluidas las medidas puntuales y otras medidas de carácter temporal⁷⁹.

El art. 135.3 CE señala, por otro lado, que «el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el TFUE». Independientemente de la inexactitud provocada por la alusión al TFUE, antes aludida, es importante señalar que la deuda se reafirma como criterio macroeconómico fundamental del PEC, cuestión que tendrá que ser tenida en cuenta por la futura ley orgánica que desarrolle la norma que venimos citando. El Considerando nº 12 del nuevo Reglamento (UE) Nº 1177/2011, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, confirma que el concepto de deuda relevante es aquel que

⁷⁹ Art. 5.1 del Reglamento (UE) Nº 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011, pp. 17-18.

permite determinar la sostenibilidad «global» del gasto público. Es por ello que la Comisión, a la hora de determinar el nivel de endeudamiento de un país, tendrá que considerar el pasivo de cada Estado y su composición desde un punto de vista interno y externo, teniendo en cuenta elementos de distinta naturaleza⁸⁰. La deuda es relevante en el brazo preventivo del PEC en tanto que factor determinante del esfuerzo de ajuste que han de hacer los Estados que no hayan alcanzado aún su objetivo presupuestario a medio plazo⁸¹.

En lo que concierne al brazo corrector del PEC, la deuda adquiere también una importancia autónoma en tanto que la superación del nivel de referencia (o el riesgo de que el Estado pueda asumir o haya ya asumido niveles insostenibles de deuda) puede dar lugar a la apertura de un procedimiento de déficit excesivo o por desequilibrio presupuestario. Tras la reforma se fija además una trayectoria de reducción de la deuda, al exigirse que los Estados cuya deuda sea superior al 60% del PIB reduzcan la misma en una cuantía anual equivalente a 1/20 del exceso⁸². En todo caso, el requisito correspon-

⁸⁰ Desde un punto de vista interno, el art. 2.3 c) del Reglamento (UE) N° 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011, pp. 35-36, señala que la Comisión tendrá en cuenta «la evolución de la situación de la deuda pública a medio plazo, así como su dinámica y sostenibilidad, incluidos, en particular, los factores de riesgo, incluida la estructura de vencimiento de la deuda y las monedas en que esté denominada, el ajuste entre flujos y fondos y su composición, las reservas acumuladas y otros activos financieros; las garantías, especialmente las ligadas al sector financiero, y todos los pasivos implícitos relacionados con el envejecimiento de la población, y la deuda privada, en la medida en que pueda representar un pasivo implícito contingente para el sector público». Desde un punto de vista externo, la misma disposición señala que se tendrá en cuenta la debida consideración a cualquier otro factor que, en opinión del Estado miembro de que se trate, sea pertinente para evaluar globalmente la observancia de los criterios en materia de déficit y deuda y que el Estado miembro haya puesto en conocimiento del Consejo y de la Comisión. En ese contexto, deberá prestarse particular atención a lo siguiente: las contribuciones financieras dirigidas a reforzar la solidaridad internacional y a alcanzar los objetivos de las políticas de la UE, la deuda generada en forma de apoyo bilateral o multilateral entre Estados miembros en el contexto de la salvaguardia de la estabilidad financiera, y la deuda relacionada con las operaciones de estabilización financiera durante las perturbaciones financieras importantes.

⁸¹ Art. 5.1 del Reglamento (UE) 1175/2011: «Respecto de los Estados miembros que se enfrenten a un nivel de deuda que supere el 60 % del PIB o a un riesgo acusado respecto a la sostenibilidad global de su deuda, el Consejo y la Comisión examinarán si la mejora anual del saldo presupuestario ajustado al ciclo, una vez descontadas las medidas puntuales y otras medidas de carácter temporal, es superior al 0,5 % del PIB».

⁸² Art. 2.1 bis del Reglamento (UE) N° 1177/2011: «Si rebasa el valor de referencia, se considerará que la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto (PIB) disminuye de manera suficiente y se aproxima a un ritmo satisfactorio al valor de referencia, de conformidad con el artículo 126, apartado 2, letra b), del TFUE, en caso de que la diferencia con respecto al valor de referencia haya disminuido en los tres años anteriores a un ritmo medio de una veinteaava parte al año como referencia, sobre la base de los cambios registrados durante los últimos tres años respecto de los que se dispone de datos».

diente al criterio de la deuda también se considerará cumplido si las previsiones presupuestarias de la Comisión indican que la reducción exigida del diferencial se producirá en el período de tres años que comprende los dos años siguientes al último año respecto del cual se dispone de datos.

El art. 135.4 CE señala por último que «los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados». En esta línea, el PEC establece nuevas cláusulas de escape o «circunstancias económicas excepcionales», que permiten desviaciones temporales de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo. Se habla, por tanto, de desviaciones en el objetivo presupuestario a medio plazo, no de la superación de los límites de déficit estructural y de deuda pública, que podrían comportar volúmenes distintos, de acuerdo a lo que venimos señalando. Así, a la cláusula individual, definida en el art. 126.2 a) TFUE, se unen otros dos supuestos. El primero se inspira de forma evidente en el artículo 122.2 TFUE, al establecer que un «acontecimiento inusitado sobre el que el Estado miembro afectado no tenga ningún control y que tenga efectos considerables sobre la situación de su hacienda pública» justifica una separación temporal de la trayectoria de ajuste presupuestario o de evolución de la deuda pública⁸³. Tiene, al igual que la cláusula «tradicional» del PEC, el carácter de «excepción» individual, en tanto que el supuesto de hecho de la misma es una situación que afecta aisladamente a un Estado de la UE. El segundo, por el contrario, tiene un marcado carácter colectivo (al contrario que lo establecido por el art. 135.4 CE), al definirse mediante referencia a «crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión Europea» (Artículo 5.1 del Reglamento (UE) N° 1177/2011).

El error del art. 135.4 CE no se limita a la consideración de una excepción de carácter individual (recesión económica) que en el derecho comunitario tiene naturaleza colectiva, sino en el sujeto a quien corresponde la apreciación del supuesto de hecho que avale la «cláusula de escape» en lo relativo al incumplimiento del PEC. En nuestra opinión ello no puede corresponder a las Cortes Generales por mayoría absoluta, sino al Consejo y la Comisión, en el marco de la coordinación y supervisión supranacional de las políticas económicas y presupuestarias que establecen los Reglamentos (CE) 1466/97 y 1467/97. Los Estados miembros tienen la obligación de cumplir con el derecho de la UE, pero a las autoridades comunitarias la función de controlar y sancionar que esa obligación se haya hecho efectiva. La contradicción es más patente, en la medida en que el tratado de estabilidad, coordinación y

⁸³ Una exégesis de dicho artículo, a raíz de la crisis, en LOUIS, J.V., «Guest editorial: the non-bailout clause and rescue packages», *Common Market Law Review*, Vol. 47, núm. 4, 2010, pp. 971- 986.

gobernanza, otorga competencias al TJUE sobre la coordinación, supervisión y vigilancia de las normas derivadas del PEC.

4.4. Vigilancia y sanción en el marco del principio de estabilidad presupuestaria: el «nuevo» procedimiento de déficit excesivo

Resulta evidente que la eficacia del principio de estabilidad presupuestaria y de las normas que regulan el PEC, depende en buena medida de la capacidad de control sobre el gasto que se produce en el balance entre las diferentes Administraciones, no solamente territoriales, que hay en el Estado. Ya hemos visto que esta es una cuestión que preocupa especialmente a la UE, razón por la cual la Directiva 2011/85/UE conminaba a los Estados a velar por que el alcance de las obligaciones y procedimientos establecidos en los marcos presupuestarios nacionales se extienda debidamente a todos los subsectores de las Administraciones públicas (Considerando nº 24). En este sentido, es importante recordar que las reformas alemanas sobre la cuestión, desde el año 2006, han puesto especial atención a la forma en que se repartirán las cargas por incumplimiento de los parámetros del PEC y a los órganos que corresponderá la supervisión del régimen presupuestario en todos los niveles políticos.

Así, el art. 135.5 CE señala que la futura ley orgánica desarrollará la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera, regulando la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones, la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada nivel político en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Las opciones aquí son diversas: recurrir a un órgano político, como ha hecho Alemania (Consejo de Estabilidad) en el que participen los distintos responsables en materia financiera del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, o constituir una autoridad central e independiente a la que se le encomiende la supervisión de todos los presupuestos de una manera técnica⁸⁴. En tal caso, serían expertos los que desde un punto de vista no partidista estudiarían las condiciones de las cuentas públicas y el efecto del ciclo económico sobre las mismas⁸⁵.

Sin embargo, el mayor problema vendrá de la capacidad de ejecución de los controles y las sanciones, dentro de un Estado descentralizado en el que la Administración central no cuenta siempre con instrumentos directos para hacer aplicar de manera efectiva las políticas económicas y financieras, como

⁸⁴ Como postula TAJADURA TEJADA, J., «Reforma constitucional e integración europea», *ob. cit.*, p. 24.

⁸⁵ FERNÁNDEZ -VILLAVERDE, J., «Las reglas fiscales y la Constitución», *El País*, 26 de agosto de 2011.

es lo propio en el federalismo de ejecución⁸⁶. La nueva Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria ha tenido en cuenta esta realidad, y tomando como referencia el art. 155 CE⁸⁷, ha establecido una regulación que en cierta forma considera que el incumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, es un doble incumplimiento de las obligaciones constitucionales: las que directamente impone el art. 135 CE y las que indirectamente se derivan del art. 93 CE⁸⁸. La importancia de este hecho de deriva no solamente desde un punto de vista formal (observancia de las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico), sino propiamente material, que no es otro que el exigente régimen de multas que la UE ha establecido en el marco del PEC y de la estabilidad macroeconómica⁸⁹.

Por ello conviene hacer una breve alusión a las nuevas circunstancias que conlleva la apertura de un proceso sancionador en el marco del PEC, que sin duda revelan una mayor centralización del gobierno de la economía en términos supranacionales, lo que obliga a poner una mayor atención en el cumplimiento del derecho comunitario en la cuestión. Así, una vez que los desequilibrios presupuestarios o el crecimiento de la deuda conducen a que un Estado supere los valores de referencia (3% del PIB de déficit anual, 60% del PIB de deuda), la Comisión ha de elaborar un informe para determinar si ha de iniciarse o no un procedimiento de déficit excesivo. La discrecionalidad de la Comisión queda claramente enmarcada en la medida en la que no sólo se enumeran de forma expresa los criterios que ha de considerar la Comisión relevantes a la hora de determinar la existencia de desequilibrios macroeconómicos, sino que se excluye que los mismos puedan llevar a concluir que no haya de abrirse un procedimiento de déficit excesivo si el Estado supera el valor de referencia del 60% de la deuda pública.

Tras la publicación del Informe de la Comisión y antes de que se produzca un debate ante el Parlamento Europeo, el Consejo dispone entonces

⁸⁶ Algunas de estas cuestiones se dejan translucir en CAZORLA PRIETO, L.M., *Crisis económica y transformación del Estado*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

⁸⁷ Sobre la actualidad y posibilidades de aplicación del art. 155 CE, ver VIRGALA FORURIA, E., «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

⁸⁸ Como ya sabemos, nuestro TC no ha llegado a considerar inconstitucionales las normas internas que impiden o comprometen el respeto a los Tratados comunitarios. Sobre esta cuestión, ver MIGUEL BÁRCENA, J. de, «España», en TAJADURA TEJADA, J. y MIGUEL BÁRCENA, J. de (coords.), *Justicia constitucional y Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 145 y ss.

⁸⁹ Asunto que no ha sido tratado aquí, pero sobre el que versan los recientes Reglamento (UE) N° 1176/2011 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011; y Reglamento (UE) N° 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011.

de cuatro meses (tres si la situación es muy grave) para decidir por mayoría cualificada la aprobación de una decisión en la que se establezca la existencia de un déficit excesivo y se inste al Estado miembro que incurre en tal circunstancia a adoptar las medidas pertinentes en un plazo de seis meses, de modo que haya podido corregir el déficit excesivo en el plazo de un año. La principal novedad en este estadio del procedimiento consiste en la previsión de que si son los Estados de la zona euro los destinatarios de una recomendación que establezca la existencia de un déficit excesivo, el Consejo deberá decidir por mayoría cualificada inversa la constitución de un depósito sin intereses⁹⁰. La cantidad de dicho depósito se corresponde con el 0,2% del PIB nacional, que en el caso de España serían aproximadamente 2900 millones de €. La mayoría cualificada inversa significa que la propuesta de la Comisión se tendrá por aprobada si una mayoría cualificada de Estados no se opone a la misma, lo que complica mucho la consecución de alianzas que evite la sanción en el seno del Consejo, porque los Estados miembros incurso en el procedimiento de sanción tienen excluido su derecho de voto⁹¹.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido realizar un análisis de la reciente reforma del art. 135 CE, tomando en consideración las exigencias del derecho comunitario y de la gobernanza económica europea. Frente a la idea extendida de que el contenido sustantivo del nuevo art. 135 CE podrá ser eludido mediante la interpretación flexible de la ley orgánica de desarrollo, aquí se ha mantenido que los instrumentos de gobierno económico de los Estados miembros (entre ellos la política presupuestaria y el régimen fiscal) se verán sometidos cada vez más a la disciplina y el control de las instituciones comunitarias. Si en los últimos años ello no ha sido así, se ha debido a que algunos gobiernos nacionales han incumplido las obligaciones derivadas del derecho realizado en el contexto de la constitución económica europea, como consecuencia de prácticas estadísticas fraudulentas (Grecia) o de políticas económicas especialmente frágiles frente a los periodos de inestabilidad financiera como el que se ha producido durante la actual crisis (España, Italia, Portugal o Irlanda).

En este sentido, se ha recordado la importancia de recuperar -las circunstancias así lo imponen- el concepto de constitución económica. El art. 135 CE se encuentra ubicado en el Título referido a la Economía y Hacienda,

⁹⁰ Art. 5 del Reglamento (UE) N° 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011, p. 4.

⁹¹ Art. 5 del Reglamento (UE) N° 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 306, de 23 de noviembre de 2011, p. 10.

cuyas disposiciones, particularmente las referidas a la planificación económica, los servicios públicos o la estructura impositiva del Estado, ya habían sido reconstruidas de acuerdo a los perfiles reguladores que caracterizan el derecho comunitario sobre la materia. Sin embargo, lo novedoso de la reciente reforma constitucional es que por primera vez incorpora formalmente aspectos relacionados con la política presupuestaria que prescriben los Tratados y el derecho derivado de la UE. Ello supone una relajación de las tensiones producidas por la absorción competencial que la constitución económica europea lleva produciendo desde hace décadas, aunque su contenido pueda resultar discutible desde el punto de vista de la afirmación de modelos económicos constitucionalmente distintos.

El sistema competencial de la UE ha sido especialmente proclive a la afirmación de una constitución económica integrada, no solo en el ámbito de la construcción de un mercado único. Por ello, la coordinación de las políticas económicas que establece el art. 5 TFUE, dentro del nuevo catálogo competencial introducido por el Tratado de Lisboa, debe ser interpretado como un título horizontal en el que los objetivos prescritos en el art. 3 TUE encuentran un mecanismo ideal para que la gobernanza económica europea pueda anclarse, no sin dificultades, en los distintos sectores del derecho material nacional, como ha demostrado la reciente trasposición de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. El paralelismo con los desarrollos históricos de otras experiencias federales (Estados Unidos y Alemania) es más que evidente, aunque la UE tiene una particularidad al respecto: al margen de la importancia de los ámbitos competenciales exclusivos y derivativos, todo el esquema competencial comunitario presenta los perfiles de una concurrencia práctica (art. 2.2 TFUE), lo que permite que las decisiones políticas en el seno de las instituciones comunitarias, puedan desplazar con cierta facilidad las competencias estatales, como ha sido el caso de las concERNIENTES al gobierno de la economía.

La incorporación en este ámbito, del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, impone la concepción de una nueva política fiscal y presupuestaria en la que la economía pretende ser controlada jurídicamente mediante la imposición de unos estabilizadores automáticos. Los Estados miembros han tenido dificultad para incorporar e interpretar los parámetros que impone el derecho comunitario sobre la cuestión, probablemente porque la fiscalidad y la ley de presupuestos son los únicos instrumentos, una vez cedida la moneda a la UE, que permanecen formalmente en manos de las autoridades nacionales para realizar una política económica diferenciada dentro de la coordinación general europea. Por ello, algunos países, entre ellos Alemania, han reformado sus Constituciones con el objetivo de imponer una mayor disciplina a las instituciones internas, lo que implica a su vez una mejora de la articulación de responsabilidades financieras entre los diferentes niveles administrativos y de gobierno. La reforma del art. 135 CE, que guarda un evidente paralelismo con lo establecido en el Título X de la Ley Fundamental alemana, ha

venido sin embargo impuesta por unas exigencias económicas internacionales que rozan el dramatismo. La gravedad de la crisis financiera (y por ende económica) que sufre nuestro país, ha obligado a llevar a cabo una reforma que aunque políticamente consensuada, ha sido contestada desde el punto de vista de los procedimientos democráticos de revisión y del contenido sustantivo que incorpora.

España no ha sido un país especialmente incumplidor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, aunque en el trascurso de la crisis ha tenido serios problemas para que el conjunto de la Administraciones, especialmente las territoriales, cumpliesen con los objetivos de déficit y de deuda establecidos por las instituciones y las normas comunitarias. La perspectiva de que el nuevo art. 135 CE ayude a conseguir este objetivo, viene determinada por la imposición de unas reglas de naturaleza constitucional (con lo que ello implica para su cumplimiento) y por la obligada interpretación de dichas reglas en el marco de la gobernanza económica europea, que aspira a reforzar el poder de las instituciones comunitarias y a profundizar en los mecanismos jurídicos que permitirán una mejor observancia de los objetivos plasmados en el propio Pacto.

Podría decirse, en este sentido, que el principio de estabilidad incorporado al art. 135 CE alcanzará una mayor eficacia que en el pasado, por la razón de que el presupuesto nacional tendrá un perfil más europeo. Tanto la Directiva 2011/85/UE, recientemente aprobada, como el tratado de estabilidad coordinación y gobernanza, perfilan una transformación del instrumento presupuestario interno en un sentido temporal, al afianzarse la idea de mecanismos plurianuales convenientemente supervisados por una instancia supranacional, que exige decididamente el control financiero de todas las administraciones estatales y paraestatales. La modificación de los Reglamentos que articulan el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, indica además que el aumento del gasto público y la deuda no podrán sobrepasar unas previsiones de crecimiento individual de cada Estado miembro, siempre analizadas y fijadas por las instituciones comunitarias. El contenido del art. 135 CE, particularmente el relativo a la consideración política de las cláusulas de escape de las exigencias numéricas del Pacto y el relacionado con el ambiguo concepto de «déficit» estructural, indica además que el poder de reforma no ha tenido en cuenta la competencia de las instituciones comunitarias en lo que respecta a la coordinación, supervisión y sanción de las prácticas nacionales que se desvían de los parámetros del PEC y de las políticas macroeconómicas europeas.

El incremento del poder sancionador europeo, donde como hemos visto, los castigos pueden llegar a alcanzar cifras astronómicas que nuestra maltrecha economía no puede permitirse, obliga por tanto a considerar la reforma del art. 135 CE como algo más que derecho constitucional «simbólico» realizado para calmar las apetencias de los mercados financieros. De hecho, los progresos en la centralización del gobierno económico europeo, cada vez más evidentes, y la fuerza y persistencia con la que golpea la crisis, son ele-

mentos que hacen pensar que los cambios introducidos en la reciente reforma constitucional formarán parte del paisaje político y económico de nuestro país en los próximos años. Sin embargo, todo balance de poder hacia el ente supranacional, como el que aquí hemos descrito, requiere de una profundización democrática que se revela inaplazable tanto desde el punto de vista originario como propiamente institucional.

RESUMEN: Este artículo analiza la nueva constitución económica de la UE, a la luz de las últimas medidas adoptadas en su seno para la lucha contra la crisis económica. Además, se realizará una crítica de la reciente reforma constitucional española de 2011 a la luz de los antedichos nuevos mecanismos.

PALABRAS CLAVE: reforma constitucional, Unión Europea, crisis económica, pacto de estabilidad, constitución económica.

TITLE: Constitutional reform and the new Economic Governance of the European Union.

ABSTRACT: This article analyzes the new Economic Constitution of the EU, after the new legislative measures implemented in order to deal with the current economic crisis. Besides, the author will also focus on the new Spanish constitutional reform of 2011 under the light of the new Economic Constitution of the EU.

KEYWORDS: constitutional reform, European Union, economic crisis, stability pact, economic constitution.

Recibido: 12.03.2013
Aceptado: 02.09.2013

El requisito de la especial trascendencia constitucional: «decidir no decidir»

Yessica Esquivel Alonso¹

Becaria del Tribunal Constitucional (2011-2012)

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El amparo y la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. 2.1. La exigibilidad de la especial trascendencia constitucional en el recurso. 2.2. La imposición al demandante de justificar la relevancia constitucional. 2.2.1. Verificación del juicio de admisión a trámite. 2.2.2. Resolución de inadmisión.—3. El concepto de especial trascendencia constitucional.—4. Evolución en la doctrina del Tribunal Constitucional. 4.1. Ausencia de doctrina constitucional. 4.2. Aclaración de doctrina. 4.3. Vulneración de derechos fundamentales en la ley. 4.4. Vulneración del derecho fundamental en la aplicación de la ley. 4.5. Incumplimiento jurisdiccional reiterado de la doctrina constitucional. 4.6. Negativa judicial de acatamiento de la doctrina constitucional. 4.7. Repercusión social, económica o política—5. Algunas consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En los años noventa se detectó un incremento desmesurado del número de amparos que llegaban al Tribunal Constitucional. El aumento fue tan desmedido que rápidamente se convirtió en un problema que amenazó con entorpecer la función jurisdiccional. La solución exigía que se estableciera un «remedio legal» que permitiera al juez constitucional seleccionar los casos más relevantes con la finalidad de aligerar la sobrecarga de recursos y evitar colapsar el acceso a la justicia constitucional. De tal suerte que se pensó en admitir únicamente aquellos recursos de amparo que acreditaran un objetivo interés constitucional. Para llevar a cabo este y otros propósitos, se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

Con la reforma 6/2007, de 24 de mayo, el amparo constitucional se transformó en un recurso selectivo y ambiguo. Aunque a nuestro juicio, el cambio más contundente fue el que convirtió al recurso de amparo subjetivo en objetivo, lo que implicó se excluyera el presupuesto procesal que lo caracterizaba: la efectiva tutela de los derechos y libertades fundamentales (art. 53 CE).

¹ Becaria del Tribunal Constitucional de 2011 a 2012.

Doctoranda en Derecho del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco al Profesor Ignacio Torres Muro, José Antonio Estrada Marún y Jorge Páez Mañá las observaciones hechas a este artículo. Cualquier error que se detecte será de mi exclusiva responsabilidad.

La reforma también modificó, entre otros aspectos, el trámite de admisión del recurso de amparo, imponiendo al recurrente la carga de justificar la relevancia constitucional del asunto alegado. Este requisito fue denominado «especial trascendencia constitucional» concebido como presupuesto de base legal cuyo contenido se ha ido determinado jurisprudencialmente.

El nuevo requisito desde su nacimiento causó confusión entre los operadores jurídicos. No fue hasta el 2009, dos años después de la reforma, cuando por primera vez se establecieron los presupuestos para la acreditación de la especial trascendencia constitucional en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º. En la práctica dichos criterios permiten un extenso margen de apreciación del juez constitucional en el encuadre del supuesto previsto, situación que produce dos efectos simultáneos: por un lado, se reafirma el campo de libertad del que dispone el juez constitucional para analizar el caso concreto y proyectar sus apreciaciones; y por el otro, dicha discrecionalidad puede acarrear incertidumbre jurídica entre los aplicadores del derecho. En efecto, son pocas las sentencias que especifican con claridad qué presupuesto se tiene por acreditado y en qué términos ha sido satisfecho. Por tal motivo, el presente trabajo se ha dado a la tarea de identificar las sentencias o autos del Tribunal Constitucional que hacen alguna aportación a la delimitación del requisito de la especial trascendencia constitucional, con el objetivo de reflexionar sobre su evolución en la doctrina constitucional española.

2. EL AMPARO Y LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO

El recurso de amparo constituía en el sistema de justicia constitucional español el instrumento procesal final del sistema de garantías de los derechos y libertades fundamentales (arts. 14 al 29 CE). El Tribunal Constitucional fue durante mucho tiempo la última instancia que conocía sobre la tutela de los derechos fundamentales.

El inmoderado incremento del amparo constitucional generó excesivas dilaciones en las resoluciones, provocando que fuera casi imposible obtener un pronunciamiento en tiempo². Es decir, se comenzaron a dictar sentencias con considerable retraso, quedando sin materia algunos recursos por no representar un problema constitucional al momento de resolverse, impidiendo se cumpliera con el objetivo del amparo: la efectiva protección de los derechos fundamentales³.

² BORRAJO INIESTA, I., «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, 2008, p. 39. El autor señala dos posibles causas del incremento desmesurado del amparo: a) la insuficiencia de la gratuidad del amparo y b) los efectos perversos del sistema de honorarios actual.

³ Por ejemplo: la STC 128/1999, de 1 de julio, FJ 14º, que conoce de un decreto del año 1991 sobre materia agraria en aplicación de la acción común de la Unión Europea

El desbordamiento⁴ del amparo constitucional se tornó rápidamente en una inminente amenaza para el Tribunal Constitucional⁵. La realidad obligó incluso a los que se resistían a abandonar el recurso adoptado hasta entonces, a la búsqueda de un modelo asequible que asegurará la eficiencia y la efectividad del recurso⁶.

Las propuestas para la mejora del amparo fueron muchas y variadas, algunas estructurales y otras procedimentales⁷. Por ejemplo: se pensó en reinterpretar el recurso de amparo como una garantía excepcional de protección de derechos fundamentales y no como una última instancia jurisdiccional⁸. Existieron voces que se decantaron por desaparecer la tutela del art. 24 CE para descargar la jurisdicción constitucional y encauzarla exclusivamente en la vía ordinaria⁹. Se contempló crear más Salas al interior del Tribunal Constitucional. Se propuso incrementar el cuerpo de letrados; incluso se especuló como solución más radical eliminar el amparo, conminando a una especie de sensatez europea

que, al momento de enjuiciarse, había sido modificado en más de una ocasión por diversas normativas posteriores.

⁴ De acuerdo con las memorias del Tribunal Constitucional, en el año 2006 ingresaron al Tribunal 11,741 asuntos de los cuales 11,471 fueron amparos. En el año 2007 ingresaron 10,013 asuntos, de éstos 9,840 fueron amparos. En 2008 ingresaron 10,410 asuntos de los que 10,279 fueron amparos. Durante el 2009 ingresaron 10,848 asuntos de éstos 10,792 fueron amparos. En 2010 ingresaron 9,041 asuntos de los cuales 8,947 fueron amparos. En 2011 ingresaron 7,192 asuntos, de éstos 7,098 fueron amparos. En 2012 ingresaron 7,294 nuevos asuntos, de éstos 7,205 fueron amparos. Información consultada el 22 de agosto del 2013 en www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/default.aspx

⁵ Como se desprende de la Exposición de Motivos de la reforma LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *Boletín Oficial del Estado*, de 25 de mayo de 2007, núm. 125: «hasta el punto de ocupar casi la totalidad del tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal» y contribuir a la «lentitud de los procedimientos».

⁶ PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 24. A juicio del autor es una acción procesal, extraordinaria, subsidiaria, flexible y definitiva.

⁷ Véase ARAGÓN REYES, M., «Cuestionario sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, p. 19; «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, pp. 11-73; y «Respuestas a la encuesta» en VV.AA., *La reforma de la justicia constitucional*, Thomson Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Navarra, pp. 81-147, entre otros.

⁸ Véase la STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 2º, donde se establece expresamente «la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en vía judicial ordinaria como consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que la tutela general de los derechos y libertades corresponde primeramente a los órganos del Poder Judicial, y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de venir a este Tribunal». En el mismo sentido, la STC 103/2004, de 2 de junio, FJ 2º, entre otras.

⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Artículo 48» y «Artículo 49», en REQUEJO PAGÉS, J.L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 783-795.

como la de los franceses, italianos e ingleses, donde el recurso de amparo es inexistente¹⁰.

Tras múltiples deliberaciones parlamentarias, el legislador optó por modificar el trámite de admisión del recurso de amparo con la finalidad de agilizarlo y hacer los requisitos más rígidos. En suma, la reforma de la LOTC cambió el recurso de amparo. La esencia de la reforma, se puede analizar en dos vertientes principales: a) exigibilidad de la especial trascendencia constitucional en el recurso, b) la imposición al demandante de justificar la relevancia constitucional.

2.1. La exigibilidad de la especial trascendencia constitucional en el recurso

El recurso de amparo nace con una preconditione subjetiva que tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales. Pero, la reforma trajo consigo una visión objetiva del amparo que «pervirtió» su naturaleza jurídica¹¹. El aspecto objetivo amplió el margen de apreciación de los jueces constitucionales permitiéndoles no pronunciarse sobre cuestiones especialmente sensibles como es la protección de los artículos 14 al 29 CE¹². Dicha facultad se materializa en condicionar la admisión del amparo a la acreditación de ciertos presupuestos, que a criterio del Tribunal Constitucional, tengan especial interés constitucional.

¹⁰ Véase el comentario de PARADA dado con motivo del Cuestionario sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en ARAGÓN REYES, M., «Cuestionario sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *ob. cit.*, p. 64. PARADA, J.R enfatizó: «¡Seamos, pues, realistas! Reconozcamos el fracaso y eliminemos el recurso de amparo, poniéndonos a la altura de la sensatez de franceses, italianos e ingleses, entre otros vecinos de nuestro mismo ámbito cultural y cuya felicidad jurídica no es menor sino mayor a la nuestra».

¹¹ OLIVA SANTOS, D. A., «La perversión jurídica del Amparo Constitucional en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 751, 2008, p. 18. «Hablar de perversión jurídica del amparo constitucional en España es simple y obligada consecuencia de la naturaleza del amparo conforme a la Norma Fundamental aun formalmente en vigor».

¹² GARRO VARGAS, A., «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España: análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, enero-abril 2006, p. 128. El autor adopta una postura en la que reafirma que la función insustituible del Tribunal Constitucional es la de supremo intérprete de la Constitución, no así la tutela subjetiva de los derechos fundamentales, postura visiblemente contraria a la que sostienen otros autores. Por ejemplo: ARAGÓN REYES, M., «Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo» en *Otrosí*, núm. 10, abril-junio 2012, pp. 11 y 12. Afirma que el amparo pasa de un amparo-tutela que tendría lugar siempre que hubiera existido vulneración de derechos a una amparo-control que únicamente se ejercerá por el Tribunal cuando en el caso se dé un supuesto «especial trascendencia constitucional» que se apreciará atendiendo a los siguientes criterios: su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, su general eficacia, la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Tanto el modelo estadounidense del *certiorari*¹³ como en el modelo alemán¹⁴, con el juicio de relevancia constitucional, fueron fuentes de inspiración de la especial trascendencia constitucional. Ambas figuras jurídicas se crearon con el propósito de limitar drásticamente la admisión de los recursos a la competencia constitucional. Sin embargo, pareciera que el amparo constitucional español supera la dimensión objetiva de sus predecesores por las siguientes razones. En primer lugar, el recurso de amparo español es mucho más riguroso que el juicio de relevancia constitucional alemán porque permite la negación a trámite del recurso, aun y cuando el fondo pudiera lesionar gravemente algún derecho fundamental. En segundo lugar, también ha superado al *certiorari*, dado que el recurso de amparo español inadmite desde el trámite de admisión todas aquellos asuntos que no se ajusten a los criterios nominales previstos para actualizar la especial trascendencia constitucional, impidiendo que el juez constitucional se pueda pronunciar sobre la eventual relevancia constitucional del fondo del asunto.

Algunos autores como Requejo Pagés sostienen que el cánón de relevancia constitucional ha estado presente desde que se conoce la figura del recurso de amparo, afirmando que «el Tribunal siempre ha admitido lo que quiere, porque todo lo que el Tribunal inadmite por el 50.1 c) –carece manifiestamente de contenido– que no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que este artículo opera como la válvula que lo faculta a inadmitir lo que no interesa»¹⁵. De esta manera el autor corrobora la presencia del *certiorari* en la doctrina constitucional española y desmitifica la innovación aludida en la reforma.

En la misma línea argumentativa, Pérez Guerra reconoce la dimensión objetiva del recurso de amparo y la existencia de la especial trascendencia constitucional desde la configuración inicial del amparo. Adicionalmente la autora destaca que la reforma no ha eliminado la dimensión subjetiva de esta garantía, sino que busca «objetivamente» incrementarla siendo más exigente en el acceso al Tribunal Constitucional, haciendo posible de esta manera que

¹³ Para mayor abundamiento véase AHUMADA RUIZ, M. A., «El “*certiorari*”. El ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 89-136.

¹⁴ Un estudio sobre el mismo, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L. «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la “*Verfassungsbeschwerde*”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 139-148; y HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la *Verfassungsbeschwerde*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, enero-abril 2010, pp. 83-130.

¹⁵ Véase la participación de REQUEJO PAGÉS, J.L. en el trabajo de FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007, p. 22.

sus sentencias sean efectivos instrumentos de protección de derechos fundamentales¹⁶.

La dimensión objetiva y subjetiva del amparo es un tema ampliamente debatido, al respecto concurren interesantes postulados que invitan a la reflexión, sin que hasta el momento exista un consenso¹⁷. A pesar del amplio debate teórico, el Tribunal Constitucional ha caminado en un sentido muy puntual: la objetivación del amparo, al afirmar que:

«La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007 en la regulación del recurso de amparo ha eliminado la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo (...) Para que este Tribunal pueda admitir el recurso de amparo y, en su caso, otorgar la tutela del derecho fundamental que se estima vulnerado, ya no basta que se haya producido la lesión subjetiva del derecho fundamental, sino que la admisión y tutela sólo procederá si a esa lesión subjetiva se une el indispensable requisito objetivo de que el recurso posea una “especial trascendencia constitucional” [art. 50.1 b) LOTC]»¹⁸.

En este auto el Tribunal reconoce la objetivación del recurso de amparo por lo que no cabe invocar exclusivamente la lesión del derecho fundamental¹⁹. Por el contrario, en esta resolución se afirma expresamente que el supuesto de «grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados», fue descartado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de reforma de la LOTC 6/2007, al rechazarse

¹⁶ PÉREZ GUERRA, R., «El nuevo amparo constitucional: la STC 155/2009, de 25 de junio y su fundamentación jurídica», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7748, 2011, pp. 9-14.

¹⁷ Véase ARAGÓN REYES, M., «Cuestionario sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *ob. cit.*, p.7; CARRILLO, M., «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, p. 87; LÓPEZ PIETSCH, P., «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el Debate Español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, núm. 53, mayo-agosto 1998, p. 137, entre otros.

¹⁸ Véase el ATC 29/2011, de 17 de marzo.

¹⁹ Al respecto en la STC 140/2013, de 8 de julio, FJ 4º, afirmó que «la demanda de amparo ha de contener dos líneas argumentativas nítidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y establecimiento. Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo». En el mismo sentido, la STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3º, impone al recurrente «un esfuerzo argumental que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTC, precepto este último, según el cual, la especial trascendencia del recurso se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

la enmienda que proponía la dimensión subjetiva del recurso. Consecuentemente, no queda más que justificar satisfactoriamente la especial trascendencia constitucional para que el amparo sea procedente.

2.2. La imposición al demandante de justificar la relevancia constitucional

La exigencia procesal para la admisión del amparo art. 49.1 LOTC a la letra dice:

«El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrá con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o establecer el derecho o la libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

La modificación del recurso de amparo involucra ciertas expectativas procesales que consisten en imponer al recurrente la carga de justificar la especial trascendencia constitucional, cuyo incumplimiento provocaría inmediatamente la inadmisión sin posibilidad de subsanación²⁰. Para este apartado hemos dividido la fase de trámite de admisión del recurso de amparo en: a) la verificación del juicio de admisión a trámite, que no es otra cosa que la concurrencia de motivos de admisión, y b) la resolución de inadmisión, que es la providencia que dicta la sección y que no requiere ser motivada.

2.2.1. Verificación del juicio de admisión a trámite

En relación a la obligación del recurrente para satisfacer necesariamente el juicio de relevancia constitucional para la admisión a trámite del amparo, Montañés Pardo ha dicho, que se «ha invertido el juicio de admisibilidad, ya que se ha pasado de comprobar la inexistencia de causa de inadmisión a examinar la concurrencia de motivos de admisión»²¹. Ello implica una carga procesal extraordinaria y agravada para el solicitante, dado que no basta con justificar la transgresión del derecho sino que se requiere acreditar la relevancia constitucional del asunto, sopesando, a nuestro parecer, la forma (presupuesto procesal de admisión) antes que el fondo (la violación del derecho sustantivo).

Se ha endurecido tanto el recurso de amparo que la reforma impide corregir el requisito de la especial trascendencia constitucional (arts. 49.1 y 50.1 de la LOTC), por lo que no es posible la apertura del trámite para subsanar ni existe mecanismo legal para recurrir la providencia que decreta la

²⁰ Ver las SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º; 68/2011, de 16 de mayo, FJ 3º, entre otras.

²¹ MONTAÑÉS PARDO, M. A., «La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo», Foro de Opinión, *Otrosí*, núm. 1, 2010, p. 30.

inadmisión por falta de trascendencia constitucional²². De hecho, contra la providencia de inadmisión sólo cabe el recurso de súplica que puede interponer únicamente el Ministerio Fiscal (art. 50.3 LOTC), dejando en estado de indefensión al «promovente»²³.

El trámite de admisión del recurso de amparo desde el inicio suscitó diversas dudas por la imprecisión de los supuestos de admisión y por la deficiente información sobre cómo debía cumplirse dicha carga procesal, provocando confusión y desconcierto²⁴. En este sentido, el que fuera Magistrado Eugenio Gay Montalvo en un voto particular destacó la ambigüedad del requisito de la especial trascendencia constitucional y la necesidad de aclararlo, señalando;

«(...) ha de admitirse como posible un justificación de la especial trascendencia constitucional que derive de un modo indudable de la relación fáctica y de la argumentación jurídica hecha por el recurrente (...) dado que la LOTC 6/2007 no incorpora un período de vacatio legis, considero que el Tribunal, en asunción de su función de protección de los derechos fundamentales, no podía menos que mostrar una mayor flexibilidad, durante, al menos los primeros meses de aplicación de la Ley (...) evitando que el requisito se convierta en un formalismo enervante (...)»²⁵.

El argumento citado pugna por la tutela constitucional de los derechos y libertades cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias, lo que pareciera indicar que discrepa de la interpretación objetiva de la admisión del recurso de amparo que legó la reforma. Lamentablemente la propuesta del antiguo Magistrado Eugenio Gay Montalvo no tuvo el apoyo necesario para erigirse como única interpretación posible. Por el contrario, el nuevo criterio adoptado exigió que la demanda de amparo justificará a cabalidad la relevancia constitucional de conformidad con lo establecido en el art. 50.1, letra b), LOTC 6/2007, por lo que aún y cuando la afectación del derecho fundamental (art. 53.2 CE) sea visible, la demanda de amparo no podría ser admitida.

²² FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 94.

²³ Al respecto cabría preguntarse si dicha providencia de inadmisión podría ser llevada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el argumento de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente, de falta de motivación, en la resolución.

²⁴ Diversos autores han señalado posibles sanciones a España por esta regulación. GARCÍA ROCA, J., «La cifra del amparo constitucional y su reforma», en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 286; MARTIA PORTILLA, F. J., «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto 2009, p. 361, entre otros.

²⁵ ATC 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2º.

2.2.2. Resolución de inadmisión

Antes de la entrada en vigor de la reforma LOTC 6/2007, de 24 de mayo, el Tribunal motivaba su decisión de inadmisión de amparo aunque fuera de manera breve, señalando cuál o cuáles eran las causas aplicadas. Ahora se exige que la decisión que inadmite a trámite el amparo sea a través de providencia sin que se precise argumento alguno sobre la resolución²⁶. En otras palabras, el examen del trámite de admisión verifica la concurrencia de los requisitos legales exigidos, si no se aprecia dicha concurrencia se emitirá una resolución inmotivada (la providencia), que revela una mera expresión de voluntad sin sustento de ninguna índole.

Cada una de las Salas del Tribunal Constitucional se organiza en dos Secciones formadas por tres Magistrados. Las Secciones tienen la facultad de decidir sobre el trámite de admisión del amparo, sin que los magistrados restantes de la Sala puedan influir en tal decisión. Sin embargo, nada impide que la resolución de inadmisión pueda adoptarse posteriormente en la sentencia pese a su inicial admisión. El Tribunal ha declarado reiteradamente que los defectos insubsanables que pudieran afectar al recurso de amparo no resultan sanados porque haya inicialmente admitido a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden reconsiderarse en la sentencia, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos²⁷.

En resumen, la ausencia de motivación en las decisiones de inadmisión, además de una posible afectación a la tutela judicial efectiva en su vertiente de resolución motivada, supone denegar tanto a los recurrentes como a los operadores jurídicos, las razones que llevaron a la Sección a inadmitir, por lo que no sería descabellada la idea de recurrir la resolución de inadmisión en instancias internacionales²⁸. Sobra decir, que hasta el momento las providencias no son públicas por lo que tampoco existe una referencia sobre aquello que a juicio del Tribunal no tiene especial trascendencia constitucional, que quizás podría servir para delimitar indirectamente su contenido.

²⁶ MATIA PORTILLA, F. J., «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *ob. cit.*, p. 362. El autor señala en relación a las resoluciones de inadmisión a trámite del recurso de amparo «que la mera indicación del presupuesto procesal incumplido puede bastar en el caso de que dicho incumplimiento sea evidente. Sin embargo, tal parquedad no es de recibo cuando el incumplimiento del mentado requisito ... no es evidente porque cuestiona el derecho del justiciable a comprender los motivos que causen a la inadmisión del amparo solicitado».

²⁷ SSTC 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2º; 18/2002, de 28 de enero, FJ 3º; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2º; 89/2011, de 6 de junio, FJ 4º, entre otras.

²⁸ VV.AA., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007, pp. 221-242.

3. EL CONCEPTO DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

La modificación del recurso de amparo produjo incertidumbre jurídica en los operadores jurídicos. El legislador no definió el requisito de la relevancia constitucional, tampoco estableció supuestos específicos para su admisión, provocando confusión tanto en el Ministerio Fiscal, abogados, procuradores y solicitantes, como en los propios jueces porque nadie sabía qué asuntos merecían la atención del Tribunal Constitucional.

El desconcierto fue unánime, todos exigían se explicara cuándo y cómo se podía solicitar el recurso de amparo. Fue entonces cuando el Alto Tribunal se vio en la necesidad de dotar de contenido a la especial trascendencia constitucional, otorgándole un tratamiento especial. El requisito de relevancia constitucional es un «concepto jurídico indeterminado». A juicio de autores como Ortega Gutiérrez, la especial trascendencia constitucional puede ser definida como el concepto de indeterminación lógica pero susceptible de ser determinable en la aplicación²⁹. Es decir, es posible encontrar una unidad de solución justa al caso, sin suponer la existencia de una única solución. En este proceso el juez deberá determinar un remedio que involucre indefectivamente la aplicación del margen de apreciación judicial³⁰.

Partiendo de este entendido y del comportamiento jurisprudencial, podemos identificar tres posibles criterios de interpretación de la especial trascendencia constitucional: primero, una interpretación positiva consistente en la inclusión de un catálogo de supuestos de admisión que permitan el encuadre jurídico del caso; segundo, una interpretación negativa, en la que por exclusión el Tribunal puede ir determinando el núcleo esencial del requisito, como ocurre con las providencias; y finalmente una interpretación mixta, que es una especie de posición ecléctica que deviene de la resolución de casos difíciles, en los que el Tribunal forzosamente tiene que aplicar su facultad discrecional para decidir sin aparente justificación la única interpretación posible al caso en concreto³¹. No hemos identificado con precisión que el Tribunal se haya decantado por un criterio de interpretación exclusivo sino que ha ido perfilando su doctrina en función del caso³².

²⁹ ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «Especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, p. 497.

³⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, p. 12.

³¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p.146.

³² Véase SSTC 43/2010, de 26 de julio; 107/2011, de 20 de junio; 153/2012, 16 de julio. Dichas las sentencias no encuadran en ninguno de los supuestos previstos, sin embargo han sido admitidas. A nuestro juicio el interés constitucional de los recursos radica en el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto en estos casos. En contraste, la STC 126/2013, de 3 de junio, FJ 2º, destaca porque expresamente reconoce la admisión del

Fue en marzo del 2009 cuando encontramos el primer esbozo de determinación del concepto de especial trascendencia constitucional, desde que se llevó a cabo la reforma de la LOTC 6/2007³³. Tendrían que pasar casi dos años para que el Tribunal Constitucional indicara a través de sentencia qué debemos entender por este decisivo concepto. Sin embargo, sería injusto no mencionar que los primeros pronunciamientos se dieron a través de diversos autos de 2008 y 2009³⁴. Los autos señalaban algunos lineamientos breves que indicaban la necesidad de acreditar la relevancia constitucional en el fondo del asunto. También se dijo que no se contemplaba la posibilidad de subsanar su defecto, y que el asunto alegado debía servir para la interpretación, aplicación o general eficacia en la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Finalmente, la concreción de la especial trascendencia constitucional llegó con la STC 155/2009, de 25 de junio, que pretendía aludir a un ámbito limitado de actuación, perfectamente singularizado, aunque su identificación en cada caso continuará siendo imprecisa. La clave para su encuadramiento la encontramos en el fundamento jurídico 2º que dice en cuáles presupuestos se tiene como acreditada la especial trascendencia constitucional:

«Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1º; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo

recurso por plantear una cuestión que permitiría al Tribunal aclarar su doctrina –STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º, inciso b)– sobre los límites de la eficacia invalidante del incidente de nulidad de actuaciones.

³³ En el mismo sentido véase la STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1º.

³⁴ AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3º; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2º y 290/2008, de 22 de septiembre, así como el 80/2009, de 9 de marzo, FFJJ 2º y 3º.

incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

En síntesis, efectivamente se aprecia que la especial trascendencia constitucional es un concepto jurídico indeterminado, por ello el Tribunal Constitucional ha establecido siete supuestos (enunciativos no limitativos) en los que es posible admitir a trámite el amparo. La posibilidad de incluir nuevos supuestos deriva del carácter dinámico del Derecho, de cuyo ejercicio no puede descartarse la inclusión de nuevas problemáticas que susciten cuestiones de interés constitucional.

4. EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Parece claro que todos los amparos admitidos entrañan una especial trascendencia constitucional, pero son pocas las sentencias en las que se ha manifestado expresamente cuál supuesto se acredita y por qué razón³⁵. No es casual que con frecuencia encontremos algunos amparos sobre los que no está del todo claro cómo se acreditó el requisito del 50.1 LOTC; por lo que sería deseable que se mencionara al menos qué supuesto de relevancia constitucional se justificó, a fin de dilucidar y solidificar el contenido de la doctrina de la especial trascendencia constitucional.

La STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º, fue una resolución crucial que permitió el encuadre de la relevancia constitucional, que parte de una dicotomía conceptual: a) la lesión de un derecho fundamental o libertad pública que además inexcusablemente requiere que se pruebe la especial trascendencia constitucional; y b) se contempla un lista de casos en los que se puede apreciar la concurrencia de la relevancia constitucional. La sentencia declara nominalmente los supuestos que autorizan la admisión del amparo, sin embargo

³⁵ Véase por ejemplo las SSTC 54/2010, de 4 de octubre; 66/2010, de 18 de octubre; 97/2012, de 7 de mayo; 153/2012 de 16 de julio, entre otras. En dichas sentencias no se aprecia implícita ni explícitamente la especial trascendencia constitucional.

es una relación tan abierta que admite un amplio margen de interpretación, de tal suerte que con frecuencia se propicie incertidumbre jurídica al respecto.

4.1. Ausencia de doctrina constitucional

Se refiere a los supuestos que planteen cuestiones no resueltas o poco desarrolladas por la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas³⁶. El recurso de amparo debe involucrar un problema sobre el que no exista doctrina del Tribunal Constitucional. Se prevén dos categorías posibles relacionadas exclusivamente con el derecho fundamental en juego: a) un problema concreto, o b) una nueva faceta. En otras palabras, la controversia debe enfocarse al examen del conflicto que proponga una inédita manifestación o expresión del derecho, o que incite a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la proyección de los derechos en determinadas resoluciones judiciales sobre las que no existe aún un criterio resolutivo³⁷.

El Tribunal Constitucional conoció de este supuesto en la STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1º. La sentencia estudió el conflicto que se originó por la aplicación de un acuerdo de la Administración que forzaba a una jubilación por incapacidad permanente de un profesor de secundaria, basada en dos informes médicos sobre su salud psíquica que formaban parte de su historial clínico –derecho a la intimidad–. El caso es relevante porque el Tribunal Constitucional aplica por primera vez el requisito de admisión de la especial trascendencia constitucional por dos cuestiones muy concretas, primero por acreditar que no había doctrina constitucional al respecto y segundo, para brindar seguridad jurídica en la materia³⁸.

Otra caso relevante fue el que se presentó con motivo de la STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3º. La sentencia examinó una problemática de emplazamiento que se dio en un proceso sobre titularidad de la propiedad de un bien inmueble. En el caso la autoridad jurisdiccional declaró desiertos los recursos interpuestos por la abogada del Estado, quien se personó extemporáneamente aduciendo que no había sido emplazada a través del fax que ella misma había proporcionado. La sentencia reconoce la especial trascendencia

³⁶ HERNÁNDEZ RAMOS, M., «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luces y sombras de cuatro años de actividad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011, pp. 101-112.

³⁷ SSTC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 96/2012, de 7 de mayo, FJ 4º; 105/2012, de 11 de mayo, FJ 3º; 122/2013, de 20 de mayo, FJ 2º.

³⁸ En este caso se otorga el amparo por el uso de los informes médicos privados. Los datos sobre la salud física y psíquica es información íntima y especialmente sensible. El órgano administrativo y el judicial deberían haber plasmado tanto la previsión legal que amparaba la afectación de la intimidad del profesor jubilado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se habría evidenciado la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. La sentencia se apoya ampliamente en jurisprudencia europea y constitucional.

constitucional que deriva de la carencia de pronunciamientos de fondo en la jurisprudencia del Tribunal. Específicamente se abordan las condiciones que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria deben reunir los actos de comunicación procesal realizados mediante fax, para que resulten compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Dicha sentencia fue ocasión oportuna para aclarar el sentido y alcance de la doctrina fijada en la STC 268/2005, de 24 de octubre, FJ 3^o³⁹.

Finalmente otra resolución destacable fue el ATC 185/2011, de 21 de diciembre, que abordó un caso de pena privativa de libertad que fue sustituida por la expulsión del territorio nacional. En este caso se recurre la resolución que condena a tres años y seis meses de prisión y multa de ochenta euros por causa de delito relacionado con sustancias nocivas para la salud. Posteriormente, mediante auto el juez acordó prorrogar la prisión provisional del acusado hasta la mitad del tiempo de la condena impuesta, el auto fue recurrido en suplica y desestimado. Una vez iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad el juez acordó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional con prohibición de regresar a España en el plazo de diez años. No obstante, si la expulsión no pudiera llevarse a efecto se cumpliría la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, permaneciendo el reo en prisión en tanto se diera cumplimiento a la expulsión. La especial trascendencia constitucional estriba en que se considera necesario aclarar la doctrina sobre la prórroga de la prisión provisional en tanto se ejecuta la expulsión, situación que planta un nuevo problema constitucional⁴⁰.

De acuerdo con Ortega Gutiérrez, el supuesto de ausencia de doctrina introduce un elemento casuístico, vivificador del derecho que obliga necesariamente a un pronunciamiento, debido a la importancia o relevancia de dar respuesta constitucional a una nueva realidad⁴¹. En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto que activa la labor interpretativa del Tribunal Constitucional que debe pronunciarse sobre la afectación de derechos por causa de cambios sociales sobre los cuáles no exista precedente constitucional.

4.2. Aclaración de doctrina

El presupuesto también se ocupa de la evolución del derecho por cambios sociales, normativos y pautas establecidas que modifiquen el contenido

³⁹ El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero por primera vez establece las condiciones que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria deben reunir los actos de comunicación procesal realizados mediante fax, supeditando la comunicación a que quede en las actuaciones «constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado» (art. 152.2 LEC).

⁴⁰ El mismo supuesto se justifica en las SSTC 56/2013, 11 de marzo, FJ 1^o; 79/2013, de 8 de abril, FJ 2^o; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 2^o; 147/2013, de 6 de agosto, FJ 2^o.

⁴¹ ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «Especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *ob. cit.*, p. 497.

del derecho fundamental. El proceso obedece a distintos factores: que pueden ser fruto de una reflexión interna del Tribunal para aclarar o cambiar de doctrina, motivados por cambios sociales, o por cambios normativos. El supuesto de una reflexión interna deja un amplio margen de interpretación en manos del juez constitucional, trayendo consigo inevitablemente la ausencia de certeza jurídica. Mientras que la segunda hipótesis es todavía más amplia e imprecisa porque habla de una serie de cambios sociales. Aquí valdría la pena preguntarse ¿qué tipo de cambios? porque todo el tiempo hay cambios sociales que afectan los derechos, por ejemplo: la crisis económica, el desempleo, el terrorismo, todos estos fenómenos sociales pueden alterar significativamente los derechos fundamentales, lo relevante en este caso es establecer cuáles tienen especial interés constitucional. Por último, el supuesto que prevé que el Tribunal Constitucional conocerá de una afectación de derechos que tenga como causa un cambio normativo, puede provocar confusión con el presupuesto de admisión del amparo por vulneración de un derecho fundamental por una ley⁴².

Finalmente, se contempla la posibilidad de admitir el recurso de amparo si se justifica que del cambio de doctrina de algún órgano de garantía encargado de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, ha afectado la configuración de alguno de los derechos fundamentales. En este apartado, sería prudente especificar qué órganos de garantía, ¿los órganos a los que se refiere el art. 10.2 CE? Si esto fuera así se entendería que son: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como el propio Tribunal Constitucional. Además resulta al menos cuestionable, prever un supuesto en el que los propios órganos garantes sean quienes lesionen derechos y sobre todo si nos referimos a órganos protectores de derechos fundamentales.

El supuesto que permite la aclaración de la doctrina constitucional, fue actualizado en la STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2º. En esta ocasión se examinó la vista de un procedimiento abreviado, que tuvo por desistidos a los recurrentes dado que la letrada que concurrió al acto no estaba designada en el poder notarial aportado con la demanda ni se acreditó documentalmente la posibilidad de sustituir a la letrada nombrada desde el inicio. En este sentido, el Tribunal aclaró que bastará con la presencia y aceptación del Procurador que tenía encomendada la representación. La sentencia razona sobre la especial trascendencia constitucional del recurso, que deriva de la carencia de

⁴² Por ejemplo: las SSTC 162 y 163/2011, ambas de 2 noviembre, FJ 4º, respectivamente. Serie de amparo electorales que impugnan la aplicación de un precepto art. 169.3 de la Ley Orgánica del régimen electoral que fue modificado por la Ley Orgánica 2/2010, que introduce como novedad la exigencia de un porcentaje mínimo de avales para presentar candidaturas a los partidos políticos que no obtuvieron representación parlamentaria en la anterior convocatoria de elecciones generales. Dicho precepto a juicio de los recurrentes vulnera el derecho a acceder a los cargos representativos.

pronunciamientos del Tribunal que delimitan las consecuencias constitucionales del actual supuesto respecto de otros ya juzgados, dando así ocasión para aclarar el sentido y alcance de la doctrina del derecho a ser asistido por letrado⁴³.

Otra resolución interesante fue la STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2º, que examinó un conflicto laboral en relación con un problema de igualdad ante la ley. El asunto tiene que ver con el doble sistema retributivo de trabajadores adoptado por la empresa British Council, en el que se establecía que según hubieran sido contratados los trabajadores con anterioridad o con posterioridad al año 2004 existiría una variación salarial. La especial trascendencia constitucional del caso deriva de la posibilidad que se ofrece para completar y aclarar la doctrina constitucional relativa al contenido y alcance de derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en particular en materia de retribuciones, cuando las diferencias retributivas cuestionadas no tienen su origen en un convenio colectivo, sino en una decisión unilateral del empresario⁴⁴.

Por su parte la STC 61/2011, de 5 de mayo, FJ 2º, conoció de un amparo electoral promovido por la Agrupación Electoral Independiente de Zalduondo que presentó un candidato por la circunscripción de Zalduondo (Ávila) a las elecciones locales convocadas. Al ser proclamado por la junta electoral de zona, fue impugnado por la Abogacía del Estado y por el Ministerio Fiscal, pues consideraba que se trataba de un nuevo intento de continuar desarrollando la vedada actividad política de partidos previamente ilegalizados –Batasuna–. Aunque el candidato recurrente declaró un firme compromiso con las vías pacíficas y democráticas así como una férrea oposición al uso de la violencia para lograr objetivos políticos, el Tribunal Supremo declaró no conforme a derecho la candidatura impugnada, negando la posibilidad de

⁴³ La sentencia es relevante porque el Tribunal aprovecha para afirmar que el legislador ha querido que la valoración de los magistrados acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso de amparo venga siempre precedida de su invocación y justificación en el escrito de demanda –art. 49.1 in fine LOTC–, confiando así al Tribunal un amplio margen para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo. En el mismo sentido, STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2º.

⁴⁴ Se concluye que la diferencia de trato impugnada no vulnera el art. 14 CE, se reitera la doctrina de las SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2º; y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 4º, de acuerdo privado a la decisión unilateral del empresario que puede disponer libremente de la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales: en la medida en que estas diferencias salariales no tengan un significado discriminatorio, no pueden considerarse vulneradoras del principio de igualdad. La doble escala salarial enjuiciada resulta constitucional, al no haber sido establecida por ley o convenio colectivo, sino por decisión unilateral del empresario, y dado que una diferencia salarial tasada en la fecha de contratación no puede considerarse incluida en ninguna de las causas de discriminación prohibida por la Constitución o por la ley. A mayor abundamiento véase la STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 5º.

concurrir a elecciones⁴⁵. En esta sentencia cabe apreciar la especial trascendencia constitucional del recurso dado que propicia analizar la determinación del contenido y alcance de los derechos de participación política y sufragio pasivo. Adicionalmente se expresa que debe ser el Pleno del Tribunal Constitucional quien resuelva el recurso de amparo electoral por la importancia que plantea en la interpretación de los derechos fundamentales afectados, por lo que en este caso, a juicio del Tribunal, fue posible considerar satisfecha la exigencia de relevancia constitucional.

Otro ejemplo fue el suscitado en la STC 68/2011, de 16 de mayo, FJ 3º, un juzgado de lo penal con motivo del incumplimiento de la sanción derivado de un delito de propiedad intelectual, impuso una pena de prisión que fue sustituida por la expulsión del territorio nacional. El recurrente solicitó amparo por considerar vulnerados sus derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva (resolución inmotivada)⁴⁶. La especial trascendencia constitucional del recurso plantea un problema sobre una faceta de un derecho a la tutela judicial efectiva por la interpretación de la suspensión de la condena de manera no favorable al recurrente y posteriormente en relación con el derecho a la libertad, sobre la que no existe una doctrina claramente delimitada, considerando el Tribunal esta ocasión oportuna para aclararla o cambiarla⁴⁷.

4.3. Vulneración de derechos fundamentales en la ley

El supuesto prevé la hipótesis de una posible vulneración del derecho fundamental por la ley o por otra disposición de carácter general. Al respecto se incluye dos posibilidades: la primera, relativa a la disposición general que se utiliza como base del acto impugnado y del que resulta la inconstitucionalidad por vulnerar un derecho fundamental; y segunda, el supuesto que se

⁴⁵ Se resuelve otorgar el amparo por la vulneración del derecho a la participación política. El Tribunal Constitucional concluye que la exclusiva referencia que hace el Tribunal Supremo –apreciación subjetiva– de la posible conexión de la Agrupación Electoral Independiente de Zalduondo con ETA y la consecuente aplicación de inhabilitación para concurrir a las elecciones, vulnera directamente el derecho fundamental al sufragio pasivo.

⁴⁶ Se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues al llevarse a cabo el procedimiento en un órgano unipersonal, los recurrentes podían conferir su representación sólo al Procurador o bien al propio abogado y, al ser conferida al primero, sólo a él le era exigible acreditar documentalmente el mandato. Por lo que resulta irrelevante que la letrada compareciera sin acreditar la sustitución mencionada y sin poder notarial. Se anulan los autos recaídos y se retrotraen las actuaciones a fin de que se celebre nuevamente la vista del procedimiento abreviado.

⁴⁷ En este caso cabe hacer la aclaración que no debe confundirse la fundamentación de la lesión constitucional con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional. No corresponde al Tribunal Constitucional reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de la argumentación que sobre él recaea, en orden a justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

refiere a la declaración de inconstitucionalidad de una norma general y un órgano judicial que a posteriori resuelva la controversia con arreglo a la norma ya jurídicamente inexistente por desconocerlo.

Un ejemplo fue el que se presentó en el STC 165/2011, de 12 de noviembre, FJ 2º. La sentencia razona la problemática de Unificación Comunista de España, partido político que presentó una candidatura en Navarra que no fue proclamada porque no contaba con los avales suficientes, negándosele la posibilidad de subsanar el defecto precedido. La especial trascendencia constitucional deriva de la vulneración aducida del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes⁴⁸. En este caso el Tribunal otorga el amparo, declarando la nulidad del acuerdo que impide subsanar la omisión en la presentación de avales ya declarada en las SSTC 162/2011 y 163/2011, ambas de 2 de noviembre.

Otra sentencia fue la STC 116/2013, de 20 de mayo, FJ 3º. Aquí un trabajador a tiempo parcial acude a solicitar su pensión de jubilación, misma que le fue denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años. El trabajador aduce vulneración del derecho a la igualdad en la ley, en la medida que el cómputo del período de cotización para el acceso a la pensión de jubilación que contempla la Ley general de la Seguridad Social, discrimina a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. En esta resolución, el Tribunal decide admitir a trámite el recurso de amparo, por entender que la especial trascendencia constitucional del caso se subsume en el supuesto que contempla la admisión del recurso cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de la ley⁴⁹.

Una situación poco frecuente fue lo ocurrido en la STC 163/2011, de 2 de noviembre, FJ 4º. El recurso cuestionó la constitucionalidad del artículo 169.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, precepto que exigía la presentación de avales para las candidaturas, cuya aplicación afirmó el

⁴⁸ Se otorga el amparo electoral, al considerarse vulnerado el derecho al acceso a la justicia, porque el juzgado impidió la interposición del recurso alegando ineficacia del poder conferido al representante general en el ámbito contencioso electoral, incurriendo en una interpretación en exceso rigorista y no acorde con el contenido de acceso a la justicia el cual incorpora un principio *pro actione*, aquí ignorado. En este sentido, el Tribunal reconoce que por la sola aceptación de la candidatura, se otorga un apoderamiento general válido para actuar en todos los procedimientos judiciales electorales. Asimismo, reitera la doctrina sobre la subsanabilidad de la insuficiencia de avales para presentar las candidaturas.

⁴⁹ El Tribunal otorga el amparo y reitera la doctrina de la STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 6º, que declara inconstitucional y nulo el precepto que establece que para determinar los períodos de cotización de jubilación e incapacidad permanente, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas. En el mismo sentido véase las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, FJ 4º y FJ 2º respectivamente.

Tribunal Constitucional, vulneró el derecho de acceso a los cargos públicos de los candidatos. Son contadas las ocasiones en las que el Alto Tribunal ha admitido el recurso de amparo por vulneración de un derecho fundamental por la ley. Por el contrario, lo que normalmente suele ocurrir es que el juez disipe sus dudas constitucionales previamente a través de la cuestión interna de inconstitucionalidad y posteriormente vía amparo dicte sentencia en relación a la afectación del derecho fundamental.

4.4. Vulneración del derecho fundamental en la aplicación de la ley

El supuesto lo que pretende es revisar la interpretación jurisprudencial de la ley en los casos sobre los que no haya jurisprudencia, o en los temas que se consideren insuficientes o deficientes en la tutela de los derechos fundamentales. El presupuesto excluye aquellas interpretaciones reiteradas y contrarias a la Constitución que realicen los órganos jurisdiccionales, verificando que la lesión del derecho fundamental surja de una errónea interpretación constitucional de la que el Tribunal Constitucional crea necesario proclamar otra interpretación.

Un ejemplo fue el que se presentó en el ATC 165/2011, de 12 de diciembre. El auto resuelve el recurso de súplica interpuesto, con motivo de una problemática sobre intervención judicial de las comunicaciones de un recluso en el que se aduce vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Al respecto el Tribunal Constitucional decide admitir a trámite el recurso de amparo, ya que entiende que la especial trascendencia constitucional procede del incumplimiento jurisdiccional de la doctrina constitucional sobre secreto de las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios⁵⁰. En este sentido, se propone la posibilidad de que el Tribunal emita un nuevo pronunciamiento sobre éste derecho cuando se trate de la comunicación entre interno y la autoridad judicial que verse sobre quejas de malos tratos.

4.5. Incumplimiento jurisdiccional reiterado de la doctrina constitucional

El supuesto se centra en el incumplimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre algún derecho fundamental. La alegación debe plasmarse en el recurso justificando que la doctrina ha sido incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretado de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

En este presupuesto se distingue el incumplimiento general por varios órganos judiciales del incumplimiento reiterado (por el mismo órgano judicial) de la jurisprudencia constitucional. Páez Mañá advierte que el

⁵⁰ En el mismo sentido, véase las SSTC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2º; 15/2011, de 28 de febrero, FJ 3º.

supuesto entraña un error de argumentación jurídica, al utilizar una incorrecta expresión que hace referencia al incumplimiento «general y reiterado», porque establece un doble requisito que formula una redundancia ya que, si el incumplimiento es general, la reiteración ha de venir indefectiblemente en la resolución de los asuntos planteados ante los órganos jurisdiccionales⁵¹.

Es hasta cierto punto sorprendente para un Estado de Derecho que el supuesto se base en que alguno de sus integrantes (Poder judicial), no respeten el artículo 1.1 de la LOTC. Afirmación compartida por Ortega Gutiérrez, quien sostiene que al ser el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, lo lógico sería que el poder judicial atienda y respete la LOTC y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que indican que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional⁵².

El supuesto de desobediencia judicial no se acota con su nominación, sino que además se prevé que sea reiterada. No podemos afirmar si reiterada sean dos, tres, o diez veces, por lo que será el propio juez constitucional quien tendrá que especificarlo.

Junto a este caso se incluye también las interpretaciones contradictorias sobre un derecho. El supuesto equipara la existencia de resoluciones judiciales contradictorias al incumplimiento de la doctrina constitucional, por lo que se entiende que el Tribunal Constitucional deberá determinar, y en eso consistirá la especial trascendencia constitucional, cuál es la correcta interpretación conforme a la Constitución de dos o más interpretaciones que estén en contradicción. Empero no resulta del todo claro que la inaplicación se considere como una parte de la contradicción, como parece deducirse de la redacción de este supuesto, salvo que «desconocer» signifique que sea contradictorio, pero esta suposición es difícilmente asumible.

En cualquier caso, lo cierto es que hasta el momento no hemos identificado alguna resolución que haya sido admitida por acreditar este supuesto de forma explícita.

4.6. Negativa judicial de acatamiento de la doctrina constitucional

El supuesto vincula a todos los jueces y tribunales (intérpretes y aplicadores de las leyes y reglamentos) para que emitan sus resoluciones de con-

⁵¹ PÁEZ MAÑÁ, J., «El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional español», en BAUZÁ REILLY M., y BUENO MATA F., (Coords.), *El Derecho en la sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012, pp. 511-541.

⁵² ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «Especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *ob. cit.*, p. 509.

formidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Basta que un solo órgano se aparte de la doctrina constitucional para aplicar este precepto, con ello se pretende corregir vía amparo los casos de manifiesta «rebeldía judicial».

En relación a este supuesto, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones. Primero, en la STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 8º, la sentencia analiza las respuestas que emite un juez sobre la valoración de una falta grave cometida por un interno en centro penitenciario⁵³. En este caso el Tribunal Constitucional hace notar que el órgano judicial incurrió en negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional, pues insistió en dar respuesta estereotipada en varias ocasiones al recurrente, pese a que desde la STC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 9º, se ha reiterado que dicha contestación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia no sólo pone de manifiesto la relevancia constitucional del recurso de amparo, sino que, además, sirvió de justificación para que el Tribunal Constitucional exhortara al órgano judicial a obedecer la doctrina constitucional sobre el particular⁵⁴.

En la misma línea argumentativa destacamos la STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3º, que conoce sobre una condena por delito fiscal cometido en el año de 1998 y que fue denunciado en el año 2004. La especial trascendencia constitucional del caso deriva de que aun siendo conocedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre cómputo de plazo de prescripción, deciden los órganos judiciales conscientemente no aplicar dicha doctrina⁵⁵.

Finalmente, una de las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional que merece ser mencionado es el ATC 26/2012, de 31 de enero, porque a pesar de que desestima el recurso de súplica para la admisión del amparo,

⁵³ La sentencia concede el amparo reiterando la doctrina que establece que en los procedimientos disciplinarios incoados a los internos en centros penitenciarios deben extremarse las garantías procedimentales del artículo 24 CE. El Tribunal Constitucional hace notar que el órgano judicial ha incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional, pues ha insistido en dar respuesta estereotipada –en ocho ocasiones– a las alegaciones aducidas, pese a que desde la STC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 9º, se le ha reiterado que dicha contestación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵⁴ VV.AA., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, enero-abril 2010, pp. 311-330.

⁵⁵ Las sentencias anuladas ponen de relieve que los órganos judiciales conocían la existencia de una reiterada jurisprudencia constitucional (que arranca con la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8º) respecto de la interpretación del régimen de prescripción de delitos regulado en el artículo 132.2 del Código Penal, vigente en el momento de la condena. A pesar de ello, decidieron no aplicar esa doctrina, lo que implica una contravención de su obligación de aplicar las normas conforme a la interpretación que de ellas haya realizado el Tribunal Constitucional. Consecuentemente, dichas resoluciones vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes de amparo.

el Tribunal aprovecha este auto para abundar sobre la doctrina del supuesto f) de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º. Afirmando que la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable en el caso concreto, es algo radicalmente distinto a la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación; dicho en otras palabras, algo diferente a la decisión consciente de soslayarla elemento intencional o volitivo que caracteriza el concreto supuesto de la especial trascendencia constitucional⁵⁶.

La actuación resistente de los órganos judiciales no se razona en el recurso formulado ni se advierte en las resoluciones judiciales recurridas en amparo, que acertadas o no en su operación aplicativa de la doctrina del Tribunal Constitucional, parten expresamente de la jurisprudencia constitucional, que detalladamente reproducen, y la extiende a la resolución del litigio. En consecuencia, tanto por la falta de cumplimiento de la carga de justificación, como por la ausencia de evidencia alguna que revela esa intención de incumplimiento de la doctrina constitucional se confirma la inadmisión del recurso de amparo.

En suma, no es nada tranquilizador que un órgano judicial no respete el ordenamiento jurídico y la función constitucional del denominado «poder corrector». Los argumentos son los mismos que para el supuesto e) –incumplimiento jurisdiccional reiterado de la doctrina constitucional–, la diferencia estriba en el presupuesto de desobediencia manifiesta de un órgano judicial, es decir, el juez debe conocer la doctrina que tendría que seguir y aun así decidir no acatarla. De facto, a nuestro juicio, se intenta establecer una especie de vinculación jurisprudencial⁵⁷ de las sentencias del Tribunal Constitucional, que pareciera responder a las discrepancias doctrinales que a veces se llegan a tener con el Tribunal Supremo.

4.7. Repercusión social, económica o política

El supuesto prevé distintas hipótesis procesales, cuatro enunciativas y una cláusula abierta, entre las que podemos identificar: primero, cuando el supuesto trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante; segundo, cuando el asunto tenga general repercusión social; ter-

⁵⁶ Otras resoluciones que abundan en el supuesto f) de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º, son las SSTC 1 y 2/2013, ambas de 14 de enero, FJ 3º en las dos; 32/2013, de 11 de febrero, FJ 2º.

⁵⁷ Como con acierto observa CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, enero-abril 2010, p. 68: «Si se descuida este flanco del mantenimiento y las conservación de la jurisprudencia ya creada, el peligro de que los tribunales ordinarios tiendan a sentirse menos vinculados por la jurisprudencia no resulta para nada descabellado, teniendo en cuenta que las decisiones que aquéllos dicten no serán objeto de control hasta que no alcance el grado de la reiteración».

ceros, cuando el conflicto que se plantea tenga general repercusión económica; y cuarto, cuando el objeto de análisis apela a consecuencias políticas generales (que pueden concurrir en determinados amparos electorales o parlamentarios).

«General» es quizás la palabra más utilizada en este presupuesto y también la menos clara. Lo general, lo público o común alude a un concepto indeterminado, de ahí que nos encontremos ante el típico supuesto de «cajón de sastre», cuya interpretación puede funcionar y funciona, para incluir o excluir ciertas actuaciones. El Tribunal Constitucional tendrá que decidir en cada caso, qué entiende por cuestión jurídica relevante y general repercusión social o económica. En consecuencia, tendremos que ajustarnos a las apreciaciones (temporales y especiales) del juez constitucional que deberá inexcusablemente interpretar el alcance del significado jurídico en los casos cuestionados.

Al respecto García de Enterría ha afirmado que es más que evidente que el Tribunal Constitucional está dotado de interés público para deliberar sobre el tratamiento de un concepto jurídico indeterminado donde puede aplicar la técnica del margen de apreciación, que a su juicio, es la base sobre la que se justifica la legitimidad del enjuiciamiento judicial⁵⁸. En nuestro caso dicha apreciación tendrá que encuadrarse primero en el supuesto g) previsto para posteriormente, desentrañar la hipótesis (social, económica o política) que permite la admisibilidad del caso.

El Tribunal en pocas sentencias se ha pronunciado con claridad sobre la procedencia del recurso de amparo derivado de la repercusión política del asunto, a pesar del importante número de amparos electorales que se han dictado. Una primera sentencia que contempló el supuesto, aunque no de manera exclusiva fue la STC 60/2011, de 5 de mayo, FJ 2º, que conoció de un amparo electoral interpuesto por un partido político al que se le denegó la proclamación de algunas candidaturas en elecciones municipales⁵⁹. La especial trascendencia constitucional se acreditó por dos supuestos de procedencia: a) por tener repercusión política y ser importante para la aplicación de la Constitución en el régimen de participación ciudadana en el sistema democrático, mediante la elección de los representantes públicos; y b) por contribuir a perfilar el contenido y alcance de los derechos a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *ob. cit.*, p. 8.

⁵⁹ El Tribunal otorga el amparo porque consideró que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la coalición, en su vertiente de acceso al proceso debido a que el emplazamiento se llevó a cabo por conducto de la Junta Electoral de zona y no de forma personal. Dicha situación produjo indefensión al recurrente, y, en la de falta de motivación suficiente, puesto que la *cognitio* judicial aparece limitada y condicionada como consecuencia de esa indefensión. También vulneró el derecho de sufragio pasivo de la coalición electoral, así como el derecho al sufragio activo de los electores.

Otra sentencia es la STC 141/2012, de 2 de julio de 2012, FJ 2º, que analiza la problemática que recae sobre la ratificación del mantenimiento de un internamiento de un paciente en un hospital psiquiátrico, cuya alta médica se había otorgado, lo que presupone privación ilegal de la libertad. En el transcurso del proceso el paciente solicita el desistimiento de recurso, mismo que fue rechazado. El Tribunal concede el amparo al verificar que el mantenimiento del internamiento incurrió en excesos provocando privación ilegal de la libertad del paciente. El Alto Tribunal aprecia que la especial trascendencia constitucional deriva del rechazo del desistimiento solicitado por el recurrente, por entender el Tribunal Constitucional que el recurso de amparo plantea una problemática que trasciende al individuo, al abordarse cuestiones de interés público⁶⁰.

Sobre la repercusión socioeconómica del asunto nos apoyaremos en dos resoluciones: la STC 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 1º y 2º, y el ATC 29/2011, de 14 de marzo. La sentencia conoce de un amparo que promueve el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos quienes impugnaron el acuerdo del Consejo de Ministros, por introducir el título universitario «graduado o graduada en ingeniería de edificación», título que habilita al ejercicio de la profesión de arquitecto técnico. El Tribunal Supremo anuló el acuerdo al considerar que la denominación induce a confusión, al entender que los arquitectos técnicos tienen competencia exclusiva en materia de edificación, en detrimento de otras profesiones. En este caso se justifica la especial trascendencia constitucional del inciso g), que deriva de la impugnación de una sentencia con eventual incidencia en el desarrollo del objetivo del espacio europeo de educación superior, que consiste en adoptar un sistema de títulos académicos fácilmente comprensibles y comparables en los Estados miembros de la Unión Europea⁶¹.

El ATC 29/2011, de 17 de marzo, con motivo de un recurso de suplica el Tribunal Constitucional conoció de ciertas alegaciones que exigían se admitiera a trámite el recurso de amparo por concurrir la especial trascendencia constitucional en los casos en que se cause grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, tal como sucede en el Tribunal Constitucional Federal alemán. Al respecto se arguyó que tras la reforma ya no era suficiente que por sí solo se argumentará una lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo, pues es imprescindible, además, acreditar objetivamente la «especial trascendencia constitucional». Sin embargo, es importante advertir que corresponde

⁶⁰ Véase también las SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 2º; 44/2013, de 25 de febrero, FJ 2º, que actualizan el supuesto del inciso a) y g) de la 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º.

⁶¹ La queja basada en que la sentencia impugnada carece de la motivación reforzada que resulta constitucionalmente exigible cuando se halla en juego un derecho sustantivo, en este caso la autonomía universitaria (art. 27.10 CE) es rechazada puesto que se advierte que ni los colegios profesionales, ni las corporaciones profesionales del segundo grado, como la recurrente, son titulares del derecho a la autonomía universitaria.

al Tribunal Constitucional valorar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, en razón de su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o su general eficacia y para la determinación del contenido del alcance de los derechos fundamentales. Al respecto el Tribunal ha señalado que:

«Según advertimos en la STC 155/2009, que tal relación no puede ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido».

Bajo esta lógica, el contenido de la especial trascendencia constitucional no tiene carácter definitivamente cerrado, al contrario, es una manifiesta cláusula abierta, sin que ello signifique que se puedan incluir en tal elenco supuestos que ya han sido excluidos previamente por el legislador, como lo fue el criterio de «grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales» que fue suprimido en la reforma a la LOTC 6/2007, de 24 de mayo⁶². En consecuencia, se reitera que solo serán admisibles aquellos amparos que justifiquen a cabalidad la relevancia constitucional en los presupuestos contemplados para el efecto.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La reforma 6/2007, de 24 de mayo, transformó abruptamente el recurso de amparo modificándolo en diversos aspectos tanto procedimentales como estructurales. Se introdujo un trámite de admisibilidad especialmente rígido. Asimismo, se disoció al recurso de amparo de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales (14 a 29 CE) que era su objeto central de protección constitucional. Consecuentemente, la objetivación del amparo se convirtió decididamente en un factor negativo cuando se producía una lesión al derecho fundamental por diversas razones. Por ejemplo: el nuevo recurso limita sustancialmente la irradiación de los derechos fundamentales susceptibles de

⁶² Solicitado por enmienda número 27 del Grupo Parlamentario Vasco durante la tramitación del proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional. La enmienda que no prosperó modificaba el art. 50 proponiendo la adición de un nuevo inciso letra b) en el que se pedía que «el recurso justificara una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional bien en razón del perjuicio particularmente grave que se le ocasiona al demandante con la denegación de una decisión sobre el fondo, bien en razón de su especial trascendencia constitucional (...)». Véase Enmiendas e Índices de Enmiendas al Articulado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyecto de Ley, núm. 60-7, de 23 de febrero de 2006, pp. 32 y 33..

amparo, menoscabándose la tutela efectiva ante el órgano garante por excelencia y perdiéndose la posible garantía de corregir el error en la jurisdicción constitucional. Hasta el momento la evolución doctrinal indica que de las siete hipótesis jurídicas contempladas en la STC 155/2009, de 25 de junio, solo tres o cuatro han operado, mientras que el resto han sido objeto de breve atención o se está a la espera de su desarrollo.

A la distancia se percibe que el efecto disuasorio de la reforma se ha cumplido insatisfactoriamente, porque aunque efectivamente ha habido una disminución en el número de recursos de amparo que llegan al Tribunal Constitucional, ésta no ha sido verdaderamente significativa. Sin embargo, lo que sí decreció fue el número de sentencias de amparo que se resuelven, fenómeno que responde a la difícil tarea de acreditar indubitablemente el «incomprendido» requisito de la especial trascendencia constitucional⁶³. En consecuencia, como es habitual, se continúan incoando un alto número de recursos de amparo, aunque la gran mayoría no superan el trámite de admisibilidad. Es importante destacar que aquellos amparos que no justificaron la especial trascendencia constitucional no necesariamente son recursos irrelevantes o no violatorios de derechos fundamentales. Más aún, a partir del análisis de las sentencias abordadas podemos afirmar que es urgente aclarar y unificar la doctrina constitucional sobre el requisito de la especial trascendencia, cuyos parámetros –hasta el día de hoy– impide entender a plenitud las garantías que tutela el nuevo recurso de amparo.

Otro objetivo en el que, a nuestro juicio, erró la reforma fue aquel que aseguraba que con la objetivación del amparo se aligeraría la carga de trabajo del Tribunal Constitucional propiciando así una justicia constitucional pronta y expedita. El incumplimiento se verifica con el descomunal aumento de las inadmisiones a trámite⁶⁴ por lo que la carga de trabajo del Tribunal no se ha reducido, sólo se ha trasladado a las Secciones.

⁶³ Sentencias resueltas en amparo: 337 en el año 2006, 231 en el año 2007, 192 en el 2008, 177 en el año 2009, 91 en el año 2010, 145 en el año 2011 y 129 en el año 2012.

⁶⁴ Tal como se desprende de las Memorias del Tribunal Constitucional. Durante el 2006 ingresaron al Tribunal 11,741 asuntos de los cuales 11,471 fueron amparos y de éstos se inadmitieron a trámite 7,441 (95,93%). En el 2007 entró en vigor la reforma 6/2007, de 24 de mayo, en ese entonces había un retraso considerable en la resolución de amparos por lo que al menos en los primeros tres años (2007 a 2010) el número de inadmisiones superó el número de ingresos. En el 2007 ingresaron 10,013 asuntos, de los cuales 9,840 fueron amparos, y de éstos se inadmitieron a trámite 10,970 (97,69%). En 2008 ingresaron 10,410 asuntos, 10,279 fueron amparos y de éstos se inadmitieron a trámite 12,474 (98,40%). Durante el 2009 ingresaron 10,848 asuntos, de los cuales 10,792 fueron amparos y de éstos 13,042 se inadmitieron a trámite (99,63%). En 2010 ingresaron 9,041 asuntos de los cuales 8,947 fueron amparos y de éstos se inadmitieron a trámite 8,984 (98,53%). En 2011 ingresaron 7,192 asuntos, de éstos 7,098 fueron amparos y se inadmitieron a trámite 5,883 (98,66%). En 2012 ingresaron 7,294 nuevos asuntos, de éstos 7,205 fueron amparos y se inadmitieron a trámite 7,076 (98,77%). Como se observa

En resumen, la pretendida disminución de los recursos y la maximización del control sobre las decisiones de jurisdicción constitucional son dos objetivos en tensión porque mientras uno aparentemente disminuye el otro aumenta. Es decir, a seis años vista, la experiencia nos muestra que el amparo que nos legó la reforma 6/2007, de 24 de mayo, faltó en sus pretendidos objetivos: a) disminuir el número de recursos de amparo y b) permitir un equilibrio entre la carga laboral y la competencia constitucional.

El debate teórico acerca del ámbito de protección del amparo constitucional es hartó, complejo y discutible, pero valdría la pena detenerse a reflexionar en los daños colaterales de su reforma. ¿A quién corresponde tutelar los derechos fundamentales?, ¿al poder judicial?, ¿se va introducir un amparo judicial?, ¿cómo ha funcionado el incidente de nulidad de actuaciones tras la reforma?, estas y otras preguntas quedan en el tintero y nos invitan a incursionar en nuevos estudios. Mientras tanto, creemos que es urgente reparar, en el perjuicio que ocasiona el desconocimiento de vulneraciones de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional que propicia la interposición de un interés constitucional aún impreciso. Todo indica que la decisión *liminar* de admisión a trámite del recurso de amparo se traduce en una facultad discrecional del Tribunal Constitucional a «decidir no decidir tutelar ciertos derechos», trayendo consigo un «recorte» de derechos altamente cuestionable desde el punto de vista constitucional.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad dar cuenta del desarrollo jurisprudencial español del requisito de la especial trascendencia constitucional. En primer lugar, abordaremos los cambios del recurso de amparo a raíz de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 6/2007, de 24 de mayo. En segundo lugar, se analizará el requisito de la especial trascendencia constitucional desde la teoría de concepto jurídico indeterminado. Finalmente estudiaremos algunas sentencias y autos que dan contenido a los supuestos de procedencia procesal del amparo constitucional.

PALABRAS CLAVE: recurso de amparo, especial trascendencia constitucional, concepto jurídico indeterminado, reforma, Tribunal Constitucional.

TITLE: The requirement of the special Constitutional significance: «decide not to decide».

ABSTRACT: This paper aims to explain the doctrinal evolution of the special constitutional significance in Spanish Constitutional Court decisions. First, we will study the main impact of the reform of the Organic Law 6/2007, of May 24, on the appeal; secondly we will analyze the concept of this new procedural requirement through constitutional doctrine and,

el número de amparos ingresados no ha disminuido significativamente con la reforma, situación que nos lleva inevitablemente a replantearnos la utilidad de la objetivación del amparo. Información consultada el 22 de agosto del 2013 en www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/default.aspx

finally, we will study the different resolutions and orders of the Court in order to give content to the special constitutional significance.

KEYWORDS: recurso de amparo (appeal), special constitutional significance (discretionary review), undefined legal concept, reform, Constitutional Court.

Recibido: 24.05.2013

Aceptado: 02.09.2013

Gestión forestal, necesidad naval y conflictividad jurídico-institucional: la Monarquía Hispánica y las instituciones vascas durante los Austrias

Alfredo José Martínez González

Profesor Asociado Doctor de Historia del Derecho
Universidad de Sevilla

«Todos los días pasados tengo escrito a V.M. dando quenta (...) de lo que esta señalado y Repartido para los plantíos de robles y fresnos a las Villas y lugares de la costa desta provincia y la contradicion que han querido poner en nombre de Guipuzcoa para suplicar a V.M. que no se entienda con ellos tomando por ocasion que en la rreparticion que hize hauia señalado demasiado y no seria razón que se diese lugar a que se escusen de plantar conforme como esta Repartido. V.M. mandase pues importa tanto a su rreal seruicio y particular Bien y hutilidad de toda esta Tierra».

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Desarrollo y expansión de las superintendencias de montes y plantíos en las áreas vascas. 2.1. Antecedentes: política exterior, normas internas. 2.2. Primeras medidas: la creación de la superintendencia de montes y plantíos. 2.3. La fragmentación territorial. Auge y declive de las superintendencias vizcaína y guipuzcoana.—3. Análisis sistemático: la diversidad de legislaciones e instituciones forestales en los territorios vascos. 3.1. Vizcaya. 3.2. Guipúzcoa. 3.3. Efectos en el bien jurídico a proteger: agotamiento de las masas forestales.—4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Las palabras con las que comenzamos el presente estudio reflejan la desesperación de un comisionado regio por intentar gestionar ciertas masas forestales vascas intentando conciliar los requerimientos de la Corona con las necesidades de los lugareños, ambos relacionados con la explotación de los bosques, aunque con finalidades bien distintas. Esta dicotomía fue una constante durante siglos que protagonizó una Historia forestal deslindada desde una múltiple perspectiva, jurídica, institucional, marítima y de relaciones entre la Monarquía Católica y ciertos territorios.

Ancestralmente la figura del monte se ha venido interrelacionando de manera íntima con el *modus vivendi* de sus pobladores: en sus áreas han vegetado tradicionalmente especies arbóreas, de matorral, herbáceas y arbustivas. En muchos casos se han desarrollado espontáneamente, pero en

otro gran número han resultado consecuencia de cultivos desarrollados por los vecinos de los municipios circundantes como arraigado modo de subsistencia. Ello ha llevado a que desde antaño se hayan regulado las más diversas relaciones entre los lugareños y sus masas forestales adyacentes. Ahora bien, tal regulación no ha sido única. Han existido multitud de figuras jurídicas empleadas entre los pobladores y sus montes; a la par que éstas no siempre se ha mantenido impertérritamente sino que se han visto modeladas, desarrolladas e, incluso, erradicadas en función de las distintas épocas por las que inevitablemente han pasado y, concretamente en la Edad Moderna, a estas necesidades hubieron de añadirse los requerimientos navales. La Monarquía Hispánica era perfectamente consciente de la importancia económica y política que suponían las extensiones arbóreas y el interés por los bosques se reflejó en el establecimiento de una serie de medidas políticas y legislativas de gran trascendencia destinadas al desarrollo del arbolado con fines bélicos-náuticos desde el siglo XVI. Estas necesidades sociales, por un lado, y navales por otro no fueron sino el reflejo de dos mundos que terminaron encontrándose en todo el arco cantábrico: por un lado, un universo silvícola habitado por sociedades rústicas en las que sus instituciones locales, de estructura y administraciones con pervivencia medieval, eran las más próximas al campesinado y tenían un peso específico en los asuntos forestales en los que sus habitantes se encontraban inmersos. Frente a ellas una política de arbolados que intentó sobreponerse a aquellas formas de gobierno provenientes de siglos anteriores y que en consecuencia terminó relacionándose, frecuentemente colisionando, con derechos *provinciales* o *locales*. Mediante este nuevo régimen de Montes la Monarquía Hispánica pretendió hacerse con el control y explotación de las masas boscosas del norte peninsular, como expondremos las más codiciadas, cuyo arbolado tenía una calidad que resultaba estratégica para la política marítima de la Corona pues, no debe soslayarse, buena parte de las relaciones exteriores hispánicas se basaron en la guerra naval.

Son pocos y exiguos los estudios que sobre esta materia existen a nivel histórico y además han sido generalmente desarrollados por personas ajenas al mundo del Derecho, muchos de ellos afamados técnicos forestales, por lo que consideramos se hace más que necesaria una investigación sobre este asunto desde el punto de vista histórico-jurídico. Así pues, el *leitmotiv* de esta investigación es el análisis, tanto cronológico como sistemático, de la base legal e institucional de una explotación de los bosques en favor de las necesidades navales, haciendo especial hincapié en cómo incidió en los territorios vascos a lo largo de buena parte de la Edad Moderna. Gran parte de la documentación archivística analizada ha permanecido inédita hasta ahora, habiéndose consultado fondos provenientes de los Archivos General de Simancas, General de Indias y del Museo Naval de Madrid. Los expedientes apuntan a que tal política marítima-forestal fue principalmente protagonizada por las Superintendencias de Montes y Plantíos, actuando a lo largo

de casi dos siglos, con mayor o menor intensidad y acierto, en todo el norte peninsular. Es por ello que el esquema que seguiremos nos ha hecho estructurar esta exposición en dos bloques complementarios. En el primero, correspondiente al epígrafe número 2, hemos tratado del desarrollo histórico de la institución «reconstruyendo» las instituciones silvícolas a través de la información archivística y contextualizándolas gracias a los datos aportados por la Historiografía (general y jurídica). En esta parte se ha pretendido exponer cuál fue el devenir de las mismas en los territorios vascos, desde sus antecedentes y nacimiento hasta su ocaso, estableciendo un vínculo de continuidad desde el siglo XVI hasta su definitiva erradicación. Respecto a la segunda parte, tratada en el tercer apartado, hemos analizado sistemáticamente los factores jurídico-institucionales, además de tanto las implantaciones como las ejecuciones de las normas, que no sólo atendieron a factores jurídicos sino también a factores extra o metajurídicos como fueron políticos, sociales y económicos.

Resulta importante resaltar que bajo la gestión forestal protagonizada por las Superintendencias y su correspondiente normativa descansó sustancialmente todo el entramado naval de una Monarquía que, por *Universal*, se veía obligada no sólo a salvaguardar las costas peninsulares sino también a preparar y mantener la defensa de unos espacios que se encontraban en Europa, África, América y el Pacífico¹. El asunto, con un claro trasfondo político que pretendía preservar la economía e integridad territorial de los enclaves hispánicos mediante la fortaleza marítima, giraba constantemente alrededor de aspectos jurídicos.

Las Superintendencias de Montes, diseñadas por Felipe II y que llegarán hasta el fin de la primera mitad del siglo XVIII², pretendieron romper con una arraigada tradición de colectivismo silvícola. En este mundo rural, hasta entonces, la costumbre había jugado –y siguió jugando en contraposición a los requerimientos de la Corona– un importante papel como fuente jurídica. Sin embargo, a *sensu contrario* la Monarquía pretendió que los tratamientos consuetudinarios por los que tradicionalmente se habían venido gestionando los bosques quedasen supeditados a normas de origen regio, ya fuesen directamente provenientes del monarca o de sus órganos de gobierno o, mediante mecanismos de jurisdicción delegada, por los propios superintendentes. Será una historia de intentos por organizar una nueva vida jurídica, administrativa y política, en ocasiones con grandes fracasos y en otros momentos con importantes aciertos, que repercutieron frecuentemente tanto en la vida rural vasca como en sus instituciones.

¹ MIRA CABALLOS, E., *Las Armadas imperiales. La guerra en el mar en tiempos de Carlos V y Felipe II*, Ed. La Esfera de los Libros, Madrid, 2005, p. 173.

² Éstas serían erradicadas tácitamente, en plena dinastía borbónica, mediante la Real Ordenanza de Montes de Marína, de 31 de enero de 1748.

2. DESARROLLO Y EXPANSIÓN DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE MONTES Y PLANTÍOS EN LAS ÁREAS VASCAS

2.1. Antecedentes: política exterior, normas internas

Buena parte de las medidas forestales dentro de los territorios hispánicos vino de la mano de la política exterior de la Monarquía. Este asunto ha sido en gran medida desconocido por la historiografía, por lo que se hace necesario exponer, siquiera someramente, el tracto sucesivo de las Superintendencias en consonancia con los episodios navales de mayor relevancia, aunque dejaremos un volumen importante de la documentación archivística analizada para la segunda mitad de este trabajo, correspondiente al análisis sistemático.

En el siglo XVI las dimensiones de los territorios hispánicos eran tan extensas que fue la primera vez en la historia que una Monarquía se enfrentaba a una complejidad naval tan ingente, pues no sólo se trataba de salvaguardar las costas peninsulares sino igualmente de preparar y mantener la defensa de áreas que abarcaban desde Fuenterrabía hasta El Ferrol, de Barcelona a Nápoles, de Sevilla a Tierra Firme, o desde Nueva España a Filipinas³.

En la última década del reinado de Carlos I se detectan las primeras referencias conocidas acerca de la preocupación por parte de la Corona respecto a la protección de los montes destinados a la construcción de buques⁴. El interés forestal del emperador se manifestó al poco de su llegada a la península mediante una «Carta acordada de la Reina Juana y Carlos V, sobre plantación y repoblación de montes y pinares», fechada el 21 de mayo de 1518⁵. Esta disposición no atendió expresamente a las necesidades navales, pero sí recogió una iniciativa que en ciertos aspectos terminó proyectándose a ulteriores legislaciones empleadas para el fomento de la Marina siendo dirigida a municipios, señoríos y abadengos, para «remediar el mucho desorden por decepar y talar para pastos de ganados, e abrigos de ganados y leña e madera e carbon». De este modo, la Corona pretendió impulsar el «bien común de estos nuestros reynos e señoríos», pues los múltiples re-

³ MIRA CABALLOS, E., *Las Armadas imperiales. La guerra en el mar en tiempos de Carlos V y Felipe II*, Ob. Cit., p. 173.

⁴ CASADO SOTO, J. L., «Barcos para la guerra. Soporte de la Monarquía Hispánica» en *Cuadernos de Historia Moderna.. Anejo VI*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2006, pp. 30-31.

⁵ AGS, Cámara de Castilla, DIV, 1, Doc. 84. La disposición fue recogida en la Novísima Libro VII, Título XXIV, Ley II y tratada por GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., «Ordenanzas Reales de Montes en Castilla (1496-1803)» en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pp. 312-314. Sin embargo, el documento hológrafo original hallado en el Archivo General de Simancas presenta alguna divergencia, que si bien es puntual, sí resulta notable. Por ejemplo, éste extiende sus disposiciones no sólo a terrenos de realengo o señorío, sino también de abadengo.

cursos que proporcionaban las masas forestales eran fundamentales para la preservación e integridad de sus territorios. Pero será más tarde, en 1547, cuando empezamos a tener noticias del reconocimiento de lo que posteriormente será una constante: la relación entre la industria naval y el comienzo de la escasez de algunas masas boscosas. En aquel año se promulgó en Valladolid una disposición por parte del emperador y su madre, D.^a Juana, en la que se declaraba que tanto en la Provincia de Guipúzcoa como en el Señorío de Vizcaya habían existido cortas abusivas destinadas al suministro de tablones y maderamen para construcción naval y que la Corona no había sido ajena a la misma, reconociéndose los efectos negativos que éstas habían tenido en la región, propiciando una significativa carestía de árboles en dichos territorios. Como medida para salvaguardar las masas forestales de estas áreas vascas se concedió un importante papel a las instituciones locales, aunque no quedaba especificado ningún sistema concreto de inspección, vigilancia e intervención en el control de las talas, sino tan sólo la obligación de remitir relaciones de lo efectuado en materia forestal al Consejo de Guerra, órgano de la administración central de la *Monarquía Universal*. Además, para fomentar los arbolados, se declaraba un régimen de compensación por cada corta mediante un sistema de plantíos que, aunque no detallaba el modo de sembrar ni injertar, sí exponía la necesidad de plantar el doble de lo talado. Por otro lado, la norma ostentaba una marcada eficacia retroactiva al establecer una obligación de *restitutio in integrum* de la masa arbórea en las zonas taladas por parte de aquellos cortadores que hubiesen llevado a cabo talas en un plazo de los diez últimos años a contar desde su promulgación⁶. En 1548 las Juntas Generales de Guipúzcoa abordaron también el grave problema de la deforestación. Concretamente, en la Junta General de Zumaya, celebrada en abril de aquel año, fue establecida una Ordenanza sobre plantíos que ordenaba a perpetuidad la obligación de plantar 500 pies de robles y castaños anuales⁷. Además los plantíos debían establecerse en suelos que reuniesen las condiciones más convenientes para su crecimiento, así como en zonas resguardadas de fuertes vientos. Por su parte, los alcaldes ordinarios tenían encomendada la tarea de hacer plantar los árboles, a costa de los propios concejos.

Aquella disposición obtendría confirmación real el 6 de junio de 1548 en Valladolid. A ella se le añadió en las Juntas Generales de Elgóibar una Ordenanza de 10 de mayo de 1552, dirigida tanto a municipios como a particulares⁸. Ésta última también versaba sobre los remedios para evitar la deforestación de

⁶ *Novísima Recopilación*, Libro VII, título XXIV, ley VIII.

⁷ Ordenanza sobre plantíos (1548), Juntas Generales de Zumaya, celebradas entre el 14 y el 24 de abril de 1548, 7^a junta (A.G.G.-G.A.O., R 2) transcrita por ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Sociedad de Ciencias Aranzadi, San Sebastián, 2001, p. 188.

⁸ Ésta sería más tarde confirmada por una Real Provisión de Carlos I dada en Madrid, 20 de diciembre de 1552. Transcrita en *ibidem*, pp. 189-191. Cita A.G.G.-G.A.O., 2/17/4.

montes comunes y particulares, consecuencia entre otras causas de las «muchas e muy grandes carracas e naos e otras fustas con que su magestad se a seruido». En caso de incumplimiento recaía una pena de doscientos maravedís por cada pie de roble, destinándose una mitad a la cámara real y la otra porción a repartir entre el juez y el denunciador a partes iguales. La medida principal consistía en obligar a quienes talasen, especialmente a los carboneros, a:

«dexar y dexe en los dichos montes xarales asi guiados para carbon de quarenta en quarenta codos vn roble guiado por roble grande y creçido y no le corten ni talen los tales dueños hasta que sea suficiente para madera de naos o casas».

Poco después en las Juntas Generales de Deva, celebradas en noviembre de 1552, fue acordado que los plantíos estuvieran costeados por las villas, como sucedía con otros tipos de obras, tal era el caso de las calzadas o puentes, a través de «repartimientos». En esta misma asamblea se reguló el establecimiento de viveros que garantizaran la plantación de los árboles. La responsabilidad de éstos recaía en dichas villas, que debían registrar una relación sobre cómo se ejecutaban. En caso de incumplimiento, era el corregidor quien comprobaría el estado de los viveros⁹. Estas disposiciones adquirieron una especial importancia en favor de los astilleros vascos pues un año antes, en 1551, se había dispuesto mediante Real Orden que los barcos destinados a la Carrera de Indias no podrían ser construidos con maderas del sur peninsular, lo que afectó a la Maestranza de Sevilla, que hasta entonces había dispuesto de una excelente mano de obra muy cualificada¹⁰.

Lo cierto es que, pese a la falta de cohesión de la Armada carolina y de la existencia de ciertas talas que habían comenzado a yermar ciertos montes, el emperador disponía de la primera Marina más importante del mundo y la segunda en efectividad en cuanto a su organización, únicamente superada por la veneciana¹¹. Pero tras su muerte, la complicada situación internacional

⁹ ARAGÓN RUANO, A., «Labores forestales en Guipúzcoa durante los siglos XVI-XVIII» en *Zainak. Cuadernos de Antropología-Etnografía*; n° 17, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1998, pp. 112-114.

¹⁰ CERVERA PERY, J., *La Casa de Contratación y el Consejo de Indias (las razones de un superministerio)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1997, p. 166. Concretamente, especifica que la prohibición se refería a las áreas de Sevilla, Sanlúcar de Barrameda, Cádiz, Puerto de Santa María, Condado de Niebla, Marquesado de Gibralfé y Ayamonte. Esta prohibición legal tal vez se debiera a que las maderas del sur peninsular tenían una mayor amplitud en sus anillos anuales y presentaban una considerable nudosidad que las hacían menos aptas para los navíos de las rutas atlánticas. FERNÁNDEZ IZQUIERDO, F., «Astilleros y construcción naval anterior a la Ilustración» en *España y el ultramar hispánico hasta la Ilustración, I Jornadas de Historia Marítima, Cuadernos Monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval*, n° 1, Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, 1989, p. 4.

¹¹ DE BUNES IBARRA, M. A., «La defensa de la cristiandad; las armadas en el Mediterráneo en la Edad Moderna» en *Cuadernos de Historia Moderna. Anejos V*, Universidad Complutense, Madrid, 2006, pp. 81-82.

con la que Felipe II se encontró vendría a evidenciar que los esfuerzos de su padre no habían sido suficientes¹². El balance de enfrentamiento naval hispano-turco en la época de Carlos V había resultado manifiestamente desfavorable para el lado cristiano¹³. El heredero al trono fue consciente que para hacer frente a sus responsabilidades en los territorios ubicados a lo largo de tres continentes sólo sería capaz de efectuarlo erigiéndose como una gran potencia naval, por lo que se vio en la necesidad de construir y sostener una Marina que luchase en diversos conflictos. A este fin subordinó buena parte de su política tanto exterior como interna; pero como se acaba de apuntar, para desempeñar su liderazgo a escala mundial, no tuvo otro remedio que instrumentalizar la figura del barco para su expansión y control en unos años que coinciden con una fase de enorme aumento territorial de la Monarquía Hispánica¹⁴ y, en ese contexto, determinadas áreas vascas alcanzarían un especial protagonismo.

Todo indica que durante el extenso reinado de Felipe II, los asuntos navales evolucionaron de modo más acelerado que en épocas anteriores. Ello se debió en buena medida a sistemáticas decisiones tomadas por el monarca y sus Consejos que, además de ocuparse de múltiples aspectos relativos a la ingeniería naval, aumentaron constantemente la demanda de nuevas embarcaciones útiles para sostener las rutas marítimas, así como buscaron la manera de poner freno a las acciones del resto de potencias navales europeas. Hubo en este sentido una época que representó un punto de inflexión y tuvo lugar durante los años cincuenta del siglo XVI, tras la conocida como Paz de Catéau-Cambresis.¹⁵ Mediante este episodio fue cerrado medio siglo de

¹² DE PAZZIS PI CORRALES, M., *La Armada de los Austrias* (conferencia), Real Sociedad Económica Amigos del País, Valencia, 2001, p. 162.

¹³ DE BUNES IBARRA, M. A., «La defensa de la cristiandad; las Armadas en el Mediterráneo durante la Edad Moderna» en *Cuadernos de Historia Moderna. Anejos V, Ob. Cit.* p. 83.

¹⁴ VALDEZ BUVNOV, I., *Naval Power and State Modernisation: Spanish Shipbuilding Policy in the Eighteenth Century*, Tesis Doctoral leída y defendida en el Queen's College de la Universidad de Cambridge, 2000-2005, p. 13. DE BORDEJÉ Y MORENCOS, F., «El poder naval en tiempos de Felipe II» en *El Ejército y la Armada de Felipe II ente el IV centenario de su muerte (IV Jornadas de Historia Militar)*, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, pp. 124-125. CONDEMINAS MASCARÓ, F., *La Marina militar española*, Ed. Aljaima, Málaga, 2000, p. 145. MIRA CABALLOS, E., *Las Armadas imperiales. La guerra en el mar en tiempos de Carlos V y Felipe II, Ob. Cit.*, pp. 124-125. CASADO SOTO, J. L., *Los barcos de la expansión oceánica española*, Conferencia pronunciada en la XVII Semana de Estudios del Mar, Asociación de estudios del Mar, Pontevedra, 2000. <http://www.asesmar.org/conferencias/semana18/semana18.htm>

¹⁵ BARKHAM HUXLEY, M., «El comercio marítimo vizcaíno y guipuzcoano con el Atlántico peninsular (Asturias, Galicia, Portugal y Andalucía) y con los archipiélagos de Canarias y Madeira al principio de la Edad Moderna» en *Itsas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 4, Untzi Museoa-Museo Naval, Donostia-San Sebastián, 2003, p. 158. CASADO SOTO, J. L., «Barcos para la guerra. Soporte de la Monarquía Hispánica» en *Cuadernos de Historia Moderna., Anejo VI, Ob. Cit.*, p. 31.

disputas bélicas entre las dinastías reinantes de las dos monarquías más poderosas de Europa, los Habsburgo en España y los Valois en Francia. El tratado aguantaría el paso del tiempo y el peso de la Corona francesa terminó decreciendo como resultado del acceso al trono, de modo sucesivo, de varios príncipes de carácter enfermizo. Como consecuencia Felipe II no se vio obligado en los primeros años de su reinado a hacer frente a los franceses, que hasta aquel entonces habían supuesto una de las principales preocupaciones de la Monarquía Católica en el terreno militar. El monarca pronto fue consciente que, tras decenios de luchas en tierra, entre las lindes de Italia y Francia, la atención bélica debía desplazarse a otro escenario: el mar¹⁶. El control de los océanos era de tal importancia estratégica que el establecimiento de «fuerzas navales permanentes» terminó siendo más significativo para la historia del siglo XVI de lo que fueron los denominados «ejércitos permanentes» y las primeras se convirtieron en un factor decisivo para el equilibrio de fuerzas tanto dentro como fuera del Viejo Continente, donde se estaba abriendo camino la hegemonía europea en aguas hasta entonces desconocidas¹⁷. Así lo hizo saber expresamente al declarar «lo que importa y conviene a mi servicio y al bien de nuestros subditos que aya número de navíos en la mar destos reinos»¹⁸.

2.2. Primeras medidas: la creación de la superintendencia de montes y plantíos

Dada la importancia de la madera, fueron emprendidas toda una serie de medidas destinadas a impulsar una industria naval que respondiese a las crecientes necesidades que la Corona necesitaba. Dichas iniciativas se plasmaron en un conjunto de políticas y actuaciones concatenadas y coordinadas que abarcaron decisiones de gestión, técnicas, estructurales, económicas y legislativas que, iniciadas en torno a 1562, tuvieron como único objetivo dotar a la Monarquía de unas Armadas capaces de salvaguardar sus inmensos dominios. En este sentido, es significativo que ese mismo año Venecia nombrase embajador para tratar de la triple alianza con Felipe II y el Papado¹⁹. La Monarquía Hispánica debía llevar a cabo un plan de refuerzo naval acorde

¹⁶ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 19.

¹⁷ THOMPSON, I. A. A., «Las galeras en la política militar española en el Mediterráneo durante el siglo XVI» en *Manuscrits*, nº 24, Departamento de Historia Moderna y Contemporánea de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2006, p. 96. PARKER, G., *La revolución militar. Innovación militar y apogeo de occidente (1500-1800)*, Ed. Alianza, Madrid, 2001, p. 120.

¹⁸ 4 de mayo de 1563. Comisión encargada a Cristóbal de Barros para la promoción de construcciones navales en el norte. Transcripción del documento en CASADO SOTO, J. L., *Los barcos españoles del siglo XVI y la gran armada de 1588*, Instituto de Historia y Cultura naval / Ed. San Martín, Madrid, 1988, p. 283.

¹⁹ DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 83.

con la Santa Liga²⁰. Una pieza clave en este extenso programa de construcción, armamentos y actividad astillera fue la intensificación de plantaciones de árboles y esta tarea resultó encomendada principalmente a un personaje, del que aún poco se conoce, pero que resultó crucial para la puesta en marcha de aquellas medidas: Cristóbal de Barros y Peralta.

Este oficial fue encargado de los asuntos navales y silvícolas, según el propio Felipe II, «desde primero de hebrero del año pasado de 1562, que fuisteis llamado por nos para el dicho negocio»²¹. Al poco de su nombramiento, Barros remitió al monarca un *Memorial* en el que reflejaba las carencias del entramado naval español y que habían llegado a culminar en una preocupante falta de barcos²². Para paliar esta situación se le confirió una enorme área de actuación que comprendía «la costa de la provincia de Guipúzcoa, señorío de Vizcaya, Quatro Villas de la Costa de la Mar, principado de Asturias y reino de Galicia»²³. A lo largo de todos estos lugares debía emprender una serie de actividades destinadas a la inspección y valoración de la situación en la que se encontraban los efectivos navales, así como de las posibilidades que ofrecían diversas zonas para construir nuevos buques. Con este fin el monarca le encomendó expresamente, mediante *Ynstrucciones* promulgadas en Madrid, el 6 de mayo de 1563, el plantío de nuevos árboles que pudiesen servir a la Marina, actuando siempre mediante

²⁰ PAZZIS PI CORRALES, M., *La Armada de los Austrias* (conferencia), *Ob. Cit.*, p. 162.

²¹ AGS, G.A., Leg. 347-15. *Ynstruizion que se dio a Xrobal de Barros sobre lo de los navios*, Madrid, 6 de mayo de 1563.

²² Sobre la existencia de este documento, no hemos hallado su original pero sí ha sido encontrada una «Relación de sacada del Memorial que Xptoual de Uarros dio cerca de lo que conuenia prouerse sobre la fábrica y conserucion de las naos y de los que a sí mismo se dieron por parte delos dueños dellas y personas interesadas en el», AGS, G.A., Leg. 347-17. Por otra parte, el propio Barros redactó años más tarde lo que él mismo denominó como una «sustañcia» del memorial que, aunque reconocía no ser literalmente el texto primigenio, sí era «cassi deste thenor». Éste último texto ha sido publicado por ENRIQUE FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)» en *Itsas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 3, Untzi Museoa-Museo Naval, Donostia-San Sebastián, 2000, p. 685. En él se recoge la transcripción del documento que se conserva en AHN, Cámara de Castilla, Serie Patronato Real, reg. 15651, leg. 1. Ninguno de los dos documentos aportan la fecha exacta de la composición, si bien ésta debió tener lugar entre el nombramiento de Barros, a comienzos de 1562, y con anterioridad al mes de mayo del siguiente año, como reconoce el propio comisionado en el último de los textos, p. 692. Tal era la carencia de barcos, que en el área cantábrica la Monarquía extenderá su veto no sólo a la exportación de maderas, sino también a la de navíos ya construidos tanto por la Corona como por particulares. AGS, G.A., Leg. 72-297 bis; Real Cédula. Escorial, 27 de agosto de 1568. También en AGS, G.A., Leg. 72-300, Real Provisión del año 1568.

²³ AGS, G.A., Leg. 347-15 y 16. *Instrucción a Cristóbal de Barros sobre lo que ha de hacer en la Provincia de Guipúzcoa, Señorío de Vizcaya, etc. sobre la fabricación de naves, adobo, etc., etc.*

la acción conjunta con los representantes locales de Guipúzcoa, Vizcaya y las Cuatro Villas²⁴:

«Hablareis de nuestra parte a los corregidores de las dichas partes encargandoles lo que toca a las plantas de los montes, y en las juntas que para esto se hicieren os hallareis presente, donde les significareis lo que deseamos que esto aya efecto, por lo mucho que importa»²⁵.

Estas *Ynstrucciones*, compelián a que los corregidores, jueces de residencia y justicias señalasen y repartiesen la cantidad anual de robles que estimasen oportuna, teniendo en cuenta tanto la calidad como la extensión de los terrenos. Una vez especificada la cuantía destinada a cada municipio, sus Justicias ordinarias y regidores debían hacer un reparto de árboles a costa de los bienes de propios del concejo y, a su vez, los corregidores estaban obligados a hacer una relación escrita de los robles asignados a todos los lugares, dejándose claro que aquellas labores forestales redundarían en el «bien publico»²⁶. Así las cosas, el fomento forestal para la fábrica de navíos no resultaba ser una cuestión menor. Felipe II llegó a manifestar su preocupación en aquellos momentos porque «cada día se reciben males y daños de los turcos y moros y otros corsarios que andan por la mar»²⁷. La causa directa era una situación internacional que, aunque se encontraba lejos de las montañas del norte peninsular, preocupaba prioritariamente al monarca católico: desde el anterior reinado, en la década de 1520, el antiguo *Mare Nostrum* seguía siendo dominado navalmente por fuerzas islámicas en expansión de turcos otomanos y sus aliados, corsarios de la costa norte africana de Trípoli, Túnez y Argel que constantemente venían sembrando el terror en la costa levantina española y otras posesiones mediterráneas, a los que había que hacer frente.²⁸ Así pues, la necesidad de incrementar los arbolados provenientes de la cornisa cantábrica se debía principalmente a la necesaria apertura del mar a la cristiandad. Se estaba gestando la creación de una Armada que a los pocos años culminaría con la batalla de Lepanto.²⁹

²⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, Institución Cultural de Cantabria & Ediciones Librería Estudio, Santander, 1986, p. 17. El término «Cuatro Villas de la costa del mar de Castilla» se refería al corregimiento que englobaba, a grandes rasgos, los municipios de Castro Urdiales, Santander, Laredo y San Vicente de la Barquera, además de otras áreas aledañas.

²⁵ CASADO SOTO, J. L., *Los barcos españoles del siglo XVI y la gran armada de 1588*, *Ob. Cit.*, p. 279.

²⁶ AGS, G.A., Leg. 347-19. GOODMAN, D., *Poder y penuria. Gobierno, tecnología y ciencia en la España de Felipe II*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 110.

²⁷ AGS, G.A., Leg. 72-300.

²⁸ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 19.

²⁹ ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)» en *Itsas*

Por ello, siendo consciente del poder de su adversario, y guiado por un meticuloso carácter, Don Felipe encargó recabar noticias exhaustivas sobre los recursos navales septentrionales con los que poder organizar sus escuadras ofensivas, además de prohibir la exportación de maderas a otros reinos ajenos a la Monarquía Católica. Una de estas peticiones para recoger informes fue la solicitada a Barros. Tal vez esta solicitud se efectuase por mediación de Hernán Suárez de Toledo, miembro del Consejo Real a quien el monarca le había ordenado coordinar, además de las cuestiones marítimas, las indagaciones sobre el funcionamiento de las Juntas y Corregimientos de la Provincia de Guipúzcoa y el Señorío de Vizcaya, con unas miras reformistas que obligaron a los dirigentes locales a enfrascarse en costosas y prolijas negociaciones al respecto.³⁰ Ante la petición de pesquisas encargadas a Cristóbal de Barros, éste emitió un informe en 1569 que nos permite conocer algún contenido más concreto del modo con que desde la Corona pretendían fomentar los arbolados, pues expresamente declaraba:

«Que mandase su magestad que en la Probinzia de Guipuzcoa, Señorío de Vizcaya, Quatro Villas de la Costa de la Mar se planten montes desta manera: que todos los lugares que tubieren terminos a dos leguas de la mar y rios nabegables, e mas si la tierra fuere llana, sean obligados a plantar en cada un año señalada cantidad de robles por repartimiento quel corregidor haga en cada conçejo, considerada la cantidad y calidad de su termino, y que estos sean del tamaño y se planten en los tiempos que convenga, y que los alcaldes y regidores de los lugares hagan otro repartimiento mas en particular al comun del conçejo e a cada vezino considerando la tierra y termino que poseen; y que del un repartimiento y del otro el corregidor tenga un libro en que este asentados los robles que en cada un año se an de plantar en cada conçejo y que personas, y questos mesmos alcaldes tomen quenta en cada un año a los vezinos de lo que an plantado para que hellos mesmos la den al corregidor, el qual execute las penas en los que no ubieren plantado»³¹.

Merece la pena detenerse en este documento debido a que refleja la necesidad de emplear esas corrientes de agua para nutrir de materias primas la construcción naval. En él se contiene el criterio de extender a lo largo de dos leguas la explotación forestal a zonas fluviales, debido a la posibilidad de transportar los troncos hasta la costa valiéndose de la flotación a través

memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco, nº 3, *Ob. Cit.*, p. 685.

³⁰ ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)» en *Itzas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 3, *Ob. Cit.*, p. 686.

³¹ *Ibidem*, p. 691.

de sus cauces³², asunto éste que con posterioridad tendrá una importante trascendencia al vincular los terrenos ribereños del cantábrico a la jurisdicción de las futuras superintendencias.

En opinión de Barros debía seguir protegiéndose el arbolado, simultanear los replantes con las cortas que se organizaran y continuar señalando, tras haberse estudiado previamente, los lugares propicios para obtener los ejemplares más útiles. Para ello había visitado los puertos y astilleros del litoral, oído las quejas de los dirigentes de cada lugar, examinado sus fundamentaciones y reunido a personas entendidas en el arte de la industria naval³³. Consecuentemente, su presencia era bien conocida por las autoridades de la zona que debía fiscalizar pero, sin embargo, su opinión sobre el cumplimiento que debían obedecer acerca de la obligación de colaborar con él por parte de quienes ostentaban las jurisdicciones locales de diversos territorios seguía sin ser por completo positiva; por ello se dirigió ante el propio rey Felipe en los siguientes términos:

«Que algunos corregidores de Guipuzcoa, Vizcaya e Quatro Villas no an cumplido las probisiones de los plantios y que en Asturias y Galizia combiene mucho se manden plantar, y que para que mejor se pudiese prober se abisava a su magestad de las cosas que se contenian en un memorial que di. Aora que e bisto la costa puedo decir a vuesa merçed que, aunque los corregidores no guardan la horden de la probision, todabia el aver platicado sobre ello como lo e hecho yo con muchas personas y en todos los lugares de la costa de Guipuzcoa e Vizcaya les a despertado mucho para entender quanto les ymporta; y va mas adelante e raçonablemente lo de los plantios en Guipuzcoa e Vizcaya»³⁴.

Aún así, a pesar de las quejas por la posible falta de colaboración de algunas autoridades a la hora de efectuar los trabajos de plantaciones de nuevos ejemplares, la escasez de madera no era en aquellos momentos iniciales un problema que aún preocupase en exceso al comisionado regio, «porque en las montañas de Guipúzcoa y Vizcaya ay arta y adelante se puede dar orden que aya mucha mas»³⁵.

³² Dicha práctica está acreditada en la península ibérica desde época romana: en el río Betis se reunían almadías, conformadas por un conjunto maderos unidos con otros, que eran conducidos fácilmente a flote desde el nacimiento del caudal hasta Hispalis. Vid. ALMENDRAL LUCAS, J. M., «Caminos antiguos entre Cástulo y Córdoba» en *Revista de Obras Públicas*, nº 3421, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, Mayo 2002, p. 53.

³³ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, Imprenta de Aribau, Madrid, 1880, pp. 20-21.

³⁴ ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)» en *Itsas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 3, Ob. Cit., p. 703.

³⁵ *Ibidem*.

Poco después, mediante esta política naval y la alianza con la Santa Liga, la Corona tuvo que hacer frente a otro esfuerzo naval para aportar un total de ciento sesenta y cuatro buques destinados a luchar contra la escuadra otomana pocos años más tarde, que culminarían en 1571 con la destrucción de la flota de galeras turca en Lepanto por parte de la alianza entre el Papado, Venecia y España³⁶.

La rapidez por impulsar la construcción de barcos de guerra tuvo correlativas consecuencias en los montes peninsulares y, en lo que a este análisis respecta, la Monarquía dio un paso más: el 7 de diciembre de 1574, Cristóbal de Barros fue nombrado formalmente como «Super Yntendente» de Montes y Plantíos para todo el cantábrico³⁷. El cargo implicaba, por un lado, el fomento y conservación de los montes; y por el otro, todo lo referido a la construcción naval, incluyendo una ardua tarea, el acopio de maderas³⁸. Tales maderas deberían ser norteñas, puesto que los tratados navales de la época reflejaban que de «Vizcaya» salían completos «galeones y galeazas, patajes, zabras para Armada hechizos fuertes como pertenecen para ofender y defender donde hay bastante madera»³⁹. El preámbulo del nombramiento

³⁶ THOMPSON, I. A. A., «Las galeras en la política militar española en el Mediterráneo durante el siglo XVI» en *Manuscrits*, nº 24, *Ob. Cit.*, p. 98.

³⁷ ASG, Leg. GA 347/57. Real Cédula de Felipe II, *Tanto del titulo de xptobal de Varros. Para los Plantíos de rrobles su besita y de montes y dehesas*, Madrid, 7 de septiembre de 1574. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 109 y 111. GÓMEZ RIVERO, R., «Aproximación a la Superintendencia en Guipúzcoa (s. XVII)» en *Centralismo y Autonomismo en los siglos XVI-XVII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1989, p. 161 (pie de pág. 2). Afirma sobre la institución de la Superintendencia: «Qué duda cabe que el vocablo superintendente surge en Francia. El primer superintendente que aparece en la administración central francesa es el de finanzas. Desde el siglo XIV, en Francia, las finanzas reales estaban divididas en ordinarias y extraordinarias que se administraban por los tesoreros y los generales». ORDUÑA REBOLLO, E., *Intendentes e Intendencias*, Ed. Tres Américas, Madrid, 1997, pp. 39-40 y 42. Fija el origen de los intendentes franceses en el siglo XVI, cuyo objetivo fundamental era colmar las pretensiones de los reyes por controlar todos los ámbitos de las administraciones. De entre ellos y a efectos de esta investigación, cita la aparición de unos «Comisarios de Ejército», encargados de la intendencia y administración militares, a quienes se les confería unos poderes muy amplios, sin determinaciones legales concisas, ostentando un poder discrecional cuyo limite formal sólo lo constituía la confianza del monarca. Al ser designados por éste y erigirse como *Le Roi présent dans la province*, sólo eran responsables ante el rey. HAROUEL ET AL, *Histoire des institutions de l'epoque France à la Révolution*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. 323. TIMBAL, P. C. y CATALDO, A., *Histoire des institutions et des faits sociaux*; Ed. Dalloz, Paris, 1979, pp. 378-379.

³⁸ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, 1986; pp. 594-595. ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Sociedad de Ciencias Aranzadi, San Sebastián, 2001, p. 47.

³⁹ MENA GARCÍA, C., «Nuevos datos sobre bastimentos y envases en Armadas y flotas de la Carrera» en *Revista de Indias*, Vol. LXIV, núm. 231, 2004. Cita Archivo General de

de Barros reflejaba que la demanda de árboles en la zona cantábrica había originado un fuerte incremento de los precios de la madera, lo que había provocado un declive en la industria naval. Para llevar a cabo sus cometidos gozaría de plena capacidad ejecutiva y se le ordenaba que hiciera cumplir rigurosamente las instrucciones y ordenanzas que se adjuntaban a su nombramiento⁴⁰. Este asunto llegó a tener una enorme relevancia, pues las medidas con las que el superintendente quiso remediar la carencia de árboles útiles fueron tan importantes que a lo largo del siguiente siglo continuaron siendo básicamente las mismas⁴¹, regulándose la fiscalización de las cuentas municipales, la imposición de impuestos a los vecinos para sufragar plantaciones y la aportación de testimonios por cada uno de los municipios que reflejasen la plantación efectiva de ejemplares. También podía castigar «según y de la misma manera que lo pueden hazer los justicias» y se le confirió la autoridad necesaria para supervisar a los corregidores, informando al rey ante cualquier negligencia. El superintendente sólo respondía ante al monarca o los órganos centrales de la Monarquía y tanto a los corregidores como a las justicias se les dio orden de no interferir en su labor. Él mismo se ocupó de hacer los repartimientos en toda la cornisa cantábrica, desde la frontera del Bidasoa hasta la del Miño, exceptuándose los asignados a Vizcaya y Guipúzcoa, donde en la práctica los llevaron a cabo sus respectivos corregidores, quienes representando al rey formaban parte de sus Juntas, con el beneplácito posterior del propio Barros⁴².

Indias (AGI), Patronato, 269, R.17, 1.

⁴⁰ AGS, GA, Leg. 78-108 y 377, Madrid, 7 de diciembre de 1574. Citado también por CASADO SOTO, J., *Los barcos españoles del siglo XVI y la Gran Armada de 1588*, Ob. Cit., p. 113.

⁴¹ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 109.

⁴² Las reticencias a la actuación de cualquier comisionado real en las provincias vascas en detrimento de las competencias de sus instituciones serían frecuentes, entendiéndose que con la intervención de los corregidores era suficiente. Así, por acuerdo de 28 de septiembre de 1574, en el Regimiento de Tierra Llana y Villas del Señorío de Vizcaya, había quedado reflejado que «Se tuvo aviso de que para todo el reino, se proveen Jueces de Escribanos y de comision contra las justicias y Regidores y fieles, para tomar cuentas de los propios y de su gasto y distribución y como se ha entendido que lo mismo se ha hecho o se ha de hacer en este Señorío, teniendo en cuenta que los escribanos y Oficiales que han sido y son en el Señorío habían sido y eran muy leales, recto en sus oficios y tales que han usado y usan según y en la manera que están obligados como deben a Dios y Su majestad, y además la tierra estaba muy pobre y gastada mediante las guerras de flandes y Armada que se ha aprestado por mandato de Su majestad y que sería de gran inconveniente, ai a este Señorío viniese semejante Juez, pues en él hay Corregidor y veedor por Su Majestad, por quien se les ha tomado su residencia y son punidos y castigados los que han delinquido y delinquen; por lo cual acordaron se suplique a Su Majestad y al Ilmo. Presidente de España, no manden proveer ni enviar a este Señorío tal Juez; porque sería en notable daño del Señorío porque serían vejados y habría perjuicios y se cobrarían enemistades por odio y rencor, que algunos tuviesen contra otros». Acuerdos semejantes se producirán a lo largo del tiempo. Vid. DE SARGAMÍNAGA F. y DE ARETIO, D., *El Gobierno y Régimen*

Por otro lado, le fue conferida la facultad de efectuar todo lo que considerase necesario y, en virtud de esta competencia, Barros elaboró una *Instrucción* en 1575 que sin duda alguna sentó las bases de toda la organización forestal posterior⁴³. En ella se estableció el modo de plantar anualmente tanto desde el punto de vista técnico como sus consecuencias legales en caso de incumplimiento.

Ahora bien, su plena aplicación distó mucho de lograrse. En las Juntas provinciales de Guipúzcoa celebradas en Fuenterrabía y Vergara, durante aquel mismo año de 1575, y las Juntas Generales de Motrico en 1576, se insistió reiteradamente a las villas de la Provincia en su cumplimiento, lo que tácitamente demostraba que los viveros y plantíos no se ejecutaban según lo previsto⁴⁴. Por su parte, en Bilbao, por acuerdo del Regimiento, de 2 de agosto del mismo año, fue dispuesto, «conforme a lo que de antes está decretado» –lo que nos confirma que tampoco se venía respetando– que nadie pudiese adquirir para revender tablas ni maderas⁴⁵. Esta decisión tenía su razón de ser, puesto que aunque las montañas de la Villa disponían de robles y otras especies adecuadas para reforzar y ensamblar cascos de los barcos, también competía por esta materia prima la industria siderúrgica vasca y que surtía a los constructores navales de clavos, anclas, cadenas y piezas de artillería para los buques, lo que no dejaba de ser paradójico⁴⁶. Esta necesidad de maderas por otros sectores originó que poco después, en agosto de 1577, se enviasen múltiples despachos desde la Corte para que se obedeciese lo ordenado por la Superintendencia de Montes⁴⁷. Consecuentemente, la asistencia de las instituciones locales, a pesar de ser fundamental, desde la perspectiva de Barros no llegaba a producirse como sería deseable, por lo que solicitó al rey que se siguiesen dando «provisiones muy bastantes» para adquirir toda la madera

Foral del Señorío de Vizcaya, Vol. I, Excma. Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1928, pp. 333-334, 381-382. Por su parte, González Alonso afirma que en el caso de Guipúzcoa el corregidor actuaba «defecto de la autoridad militar propiamente dicha». Vid. GONZÁLEZ ALONSO, B., *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970, p. 228. AYERBE IRIBAR, M^a. R., «Las Juntas Generales vascas. En defensa de la foralidad y de los derechos históricos» en *Ivs Fvgit*, n^o 15, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2007-2008, p. 305.

⁴³ ASG, G.A., Leg. 347/57, cédula de Felipe II, 7 de septiembre de 1574, Madrid. Se le otorgó el permiso de que «en lo que os Paresçiere combenir podays bos azer y ordenar todo».

⁴⁴ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 82.

⁴⁵ DE SARGARMÍNAGA F. y DE AREITIO, D., *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*, Vol. I, Ob. Cit., p. 453.

⁴⁶ RAHN PHILLIPS, C., *Seis galeones para el rey de España. La defensa imperial a principios del siglo XVII*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 86.

⁴⁷ AGS, G.A., Leg. 82-220 a 232.

que precisaba y mediante las que se obligase a las justicias a respetar puntualmente las decisiones del monarca⁴⁸.

Con frecuencia las villas que no aportaban testimonios de sus plantíos durante la época en la que Barros estuvo al frente de la Superintendencia alegaban no disponer del terrenos suficientes para esta actividad, ya fuese porque sus bosques se encontraban densamente poblados o a causa de no tener apenas términos territoriales o fondos económicos⁴⁹. En otras ocasiones podían disponer de terrenos pero se encontraban ocupados en su mayoría, quedando muy pocos por plantar a consecuencia de que muchos baldíos se destinaban al aprovechamiento ganadero e imposibilitados para plantíos⁵⁰. Éste fue el caso de las poblaciones de Zumaya o Placencia, que habían quedado ahora al margen de la jurisdicción de Fernando de la Riva y, a pesar de las demandas de las Juntas Generales de Guipúzcoa (que podían reclamarlas) para que aportasen sus registros de plantaciones, quedaron relevadas de su obligación en 1583 «...por no tener términos libres en que hazer plantios ni propios con que hazerlos». Tampoco era normal, al menos en la provincia guipuzcoana, que las villas llevasen sus registros a tiempo siendo frecuente que se retrasase un año la aportación del testimonio que reflejase el cumplimiento con el mandato real. Ante esa situación la Provincia ejercía su autoridad, como ocurrió cuando en 1592 condenó al pago de 10.000 maravedíes a las villas de Tolosa, Mondragón, Vergara, Motrico, Elgóibar, Fuenterrabía, Guetaria, Zarauz, Elgueta, Úrsúbil, Placencia, Orío y el Valle Real de Léniz conminándoles a llevar el próximo año los testimonios de ese año y el siguiente⁵¹.

En estas circunstancias, una de las mayores contribuciones no fue prestada por los municipios sino especialmente por un vecino de San Sebastián, Juan de Lasalde, quien en mayo de 1581 se ofreció a construir ocho navíos utilizando las arboledas de Rentería y dejando claro que «la tabla que sale destos montes es la mejor, con mucha ventaja, que hay en Guipúzcoa y Vizcaya», además de emplear para ciertas piezas con formas específicas otra gran cantidad de maderas procedentes de diversas jurisdicciones de quienes se solicitó que sus justicias ayudasen en todo lo que se les fuese ordenado⁵². Esta colaboración no había llegado a existir plenamente en materia de plantíos desde que éstos fueron implantados ya que en las Juntas Generales de Guetaria, celebradas del 14 al 24 de noviembre de 1580, se había hecho

⁴⁸ CASADO SOTO, J. L., *Los barcos españoles del siglo XVI y la gran armada de 1588*, Ob. Cit., p. 328. Cita a Archivo del Museo Naval (AMN) Col. Navarrete, t. 22, Fols. 302-313, Santander, 13 de junio de 158.

⁴⁹ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 69.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 98.

⁵¹ *Ibidem*, p. 69.

⁵² AMN, Col. Navarrete, t. 22, Fols. 299-301. Rentería, mayo de 1581. AMN Col. Navarrete, t. 22, Fols. 302-313. Santander, 13 de junio de 1581.

constar que las *Instrucciones* en materia de plantíos seguían sin aplicarse; por lo que es de suponer que las maderas que emplearía Lasalde serían nacidas de modo natural en sus montes y no como consecuencia de la acción de sus vecinos⁵³.

2.3. La fragmentación territorial. Auge y declive de las superintendencias vizcaína y guipuzcoana

Cristóbal de Barros permaneció oficialmente en el cargo de Superintendente de Montes y Plantíos hasta el año 1596 y entre esta fecha y 1598 la zona de actuación de la Superintendencia se fragmentó en diversas áreas que abarcaban, la provincia de Guipúzcoa, el Señorío de Vizcaya y Asturias-Cuatro Villas⁵⁴. Respecto a Galicia, su principal contribución a la formación de armadas no llegó a ser maderera sino más bien de aprovisionamiento de víveres⁵⁵. A pesar de que Barros cesaría nominalmente en el cargo en 1596, lo cierto es que desde 1592 estuvo frecuentemente inactivo en materia forestal como consecuencia de haber sido nombrado Proveedor de la Armada Guardacostas de la Carrera de Indias y destinado a Sevilla⁵⁶.

En Guipúzcoa⁵⁷, donde ya existía algún área esquilhada para obtener madera⁵⁸, los asuntos de montes recayeron en torno a 1597 sobre la figura de

⁵³ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 69.

⁵⁴ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 369.

⁵⁵ SAAVEDRA VÁZQUEZ, M. C., «La formación de Armadas y sus efectos sobre el territorio: el ejemplo de Galicia, 1580-1640» en *Cuadernos de Historia Moderna. Anejos V*, Universidad Complutense, Madrid, 2006, p. 57.

⁵⁶ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 369.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 369. Afirma que la Superintendencia de Urquiola tuvo sus comienzos en 1598. Esa misma fecha es la considerada por GÓMEZ RIVERO, R., «Aproximación a la Superintendencia en Guipúzcoa (s. XVII)» en *Centralismo y Autonomismo en los siglos XVI-XVII*, Ob. Cit., p. 162 y en «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, Ob. Cit., pp. 601-606, donde incluso se apunta como posible el mes de agosto de 1598. Por nuestra parte hemos encontrado documentos que indican como comienzo de su actividad forestal el año 1597 (AGS, Leg. 484-54, 490-106, 490-123, 490-127), aunque desconocemos si la misma empezó a llevarse a cabo sin haberse efectuado el nombramiento oficial como Superintendente, actuando simplemente dentro de sus competencias como general de la Armada.

⁵⁸ AGS, Leg. 484-54. Carta de Antonio de Urquiola a Felipe II. Pasajes, 25 de abril de 1597. ODRIOZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, Untzi Museo-Museo Naval, Donostia-San Sebastián, 1998, pp. 111-112; se cita cómo entre 1593-1594 se cortaron 400 robles en los montes de Rentería para la construcción de seis navíos, cantidad que la autora estimaba que debió ser mayor a pesar de no disponer de datos pues desde el primero de estos años hasta el presente de 1597 la actividad de los astilleros guipuzcoanos, especialmente los renterianos; y, en menos medida, de los vizcaínos, fue especialmente productiva, llegando a labrarse en esta población 29 galeones para las

Antonio de Urquiola, director de los astilleros de Santiago (Urola) y Pasajes y constructor de navíos⁵⁹, además de general de la escuadra de Cantabria.⁶⁰ Se seguían precisando navíos en la costa vasca y debían acapararse con prontitud los materiales necesarios para construirlos en sus astilleros⁶¹. Un año antes, en 1596, la provincia también había podido comenzar a nutrirse de maderas navarras, donde la actividad náutica no era tan vital como en el área vasca⁶².

Desde el inicio de su actividad no fueron infrecuentes las protestas del nuevo comisionado dirigidas al rey acerca de la falta de colaboración de las poblaciones locales en todo lo referente a la construcción naval, acusándoles de negarse a cooperar en el acarreo de la madera y que obligaron a Urquiola a elevar quejas alegando que «recaudo he ymbiado diversas bezes a guipuzcoa y al corregidora» sin obtener respuesta satisfactoria⁶³. Las primeras fricciones entre el funcionario real y la provincia surgieron a consecuencia de la peste que se había propagado en una zona clave para la fábrica de navíos, la comprendida entre San Sebastián y Pasajes, «que es a menos de dos tiros de arcabuz de los astilleros»⁶⁴, y ante el riesgo

Armadas Reales. Por su parte, el Capitán Agustín de Ojeda, quien más tarde sería Superintendente en la costa vizcaína, tomó parte en aquella deforestación, dejando relación de maderas cortadas y la reticencia de la población local a participar de la corta sin mediar compensación económica, puesto que «...quando bine a esta Villa a principiar esta fabrica tomando platica delos montes della alle que no abia otro mas acomodado que un exido que tiene la misma Villa, que es el mejor que ay en toda esta provincia y tratando con la Justicia y regimientos della se hauia de cortar madera en el, no quisieron que se començasse sin obligarme a la paga y por facilitar el seruicio de V.m^d. y que no sse ynquietasen lo hize mediante esto sean cortado como quint^o. arboles, y sera menester cortar mas de otros cuatrocientos y últimamente no queria ya cortar ninguno hasta que se les pagase lo que se auia tomado en buenas palabras ofreciendoles que del primer dinr^o. que V.m^d. mandase enviar se les pagaria». AGS, G.A.; Leg. 406-221. Agustín de Ojeda a Felipe II, Rentería, 24 de octubre de 1594.

⁵⁹ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 47.

⁶⁰ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 369. FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, Ob. Cit., p. 344. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, Ob. Cit., p. 597.

⁶¹ AGI, Indiferente, 1957, L.5, f.50v.

⁶² SORIA SESÉ, L., «Bienes comunales en Navarra y las Provincias vascas (siglos XVI-XVIII)» en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 105.

⁶³ AGS, G.A., Leg. 490-106. Antonio de Urquiola a Felipe II. Lezo, 4 de octubre de 1597.

⁶⁴ Tras el fracaso de la Armada Invencible se focalizó de alguna manera la construcción naval en el Puerto de Pasajes y rivera del Oria, convirtiéndose estos lugares indiscutiblemente en los principales centros de fabricación de bajeles y especializándose en producir naves de gran porte para las Armadas y Flotas Reales. De ahí la importancia de abastecer el astillero de maderas provenientes de los montes guipuzcoanos. Vid. ODRIO-

ciertas poblaciones habían decidido no mantener ninguna comunicación con el exterior, tampoco para el acopio de materiales a los que obligaba el comisionado. Así las cosas, la villa de Rentería se negó a prestar ayuda en el acarreo y labra de la madera pero, a pesar de la epidemia, las necesidades navales seguían siendo inexcusables y se intentó no tener en cuenta las decisiones municipales de aislamiento, por lo que Urquiola tuvo que informar que, al no contar con el auxilio de operarios autóctonos, «se han traído los mas de los carpinteros que se hallan en esta Prouinçia y muchos dellos no han acostumbrado en fabricas de nabes por no hauer otros. Y asi labraran la madera y tabla»⁶⁵. Esta heterogeneidad en los carpinteros realmente no era infrecuente, pues su contratación llegaba a representar un amplio espectro de la sociedad, ya que durante el siglo XVI la Corona se valió para cubrir sus necesidades de todos los trabajadores que pudiesen serle útiles en el proceso de acopio y comercialización de la madera destinada a construcción naval⁶⁶. Ante la llegada de tal cantidad de personal, la provincia intentó mediar en el conflicto entre Urquiola y la población comunicándole al nuevo Superintendente que «Ayer ymbiamos a Vm carta para que la Villa de Rentería aloje a los offiçiales que Vm ymbiase pagandoseles su alojamiento que tambien lo cumpliran. Suplicamos a Vm se tenga la consideracion que ymporta en que no se mescle gente de partes que aya sospecha de enfermedad para que no nos causen mayores daños»⁶⁷. Aún así, la resistencia del municipio a no colaborar se plasmó en su negativa de acoger a aquellos carpinteros contratados por el Superintendente –a pesar de haber sido ordenado por Urquiola y el Corregidor de Guipúzcoa, Diego Fernández de Arteaga-, persistiendo en su alegación de no querer contagiarse de la enfermedad, cerrando las puertas de la villa y poniendo guardas para no permitir la entrada de ninguna persona relacionada con la fábrica de barcos⁶⁸. Desde la perspectiva de las necesidades navales no llegó a entenderse la resistencia del municipio, quejándose los constructores:

«acerca del grande Rigor que los de Renteria Hussan con nosotros. Es de manera que no nos dexan allegar a los Astilleros de allà a donde estàn y bienen algunos materiales de la fabrica. Y lo mismo hazen

ZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, p.93.

⁶⁵ AGS; G.A., Leg. 490-106. Antonio de Urquiola a Felipe II. Lezo, 4 de octubre de 1597.

⁶⁶ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 120. ODRIOZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, p. 110.

⁶⁷ AGS, G.A., Leg. 490-127. La provincia de Guipúzcoa, a través de su escribano, Juan López de Tapia a Antonio de Urquiola, Tolosa, 5 de octubre de 1597.

⁶⁸ AGS, G.A., Leg. 490-123. Antonio de Urquiola a Felipe II, Lezo, 9 de octubre de 1597.

acerca de los bastimentos. A los principios nos cerraron las puertas sin ocasión. Y agora del todo punto por habersenos muerto en este lugar dos mugeres»⁶⁹.

Similares desacuerdos se produjeron en el Señorío de Vizcaya tras la designación, a comienzos de 1598, del militar Agustín de Ojeda, como superintendente de Montes y Plantíos⁷⁰. A los problemas originados por las instituciones territoriales para desempeñar sus funciones, el comisionado real también se vio obligado a afrontar la propagación de la peste en el Señorío, pero la situación fue solventada en los primeros meses de 1600, cuando acordó con los lugares del distrito plantar 53.034 ejemplares que habrían de sumarse a los 86.600 árboles que efectivamente llevaban plantados desde su acceso al cargo⁷¹. Sin embargo, la carencia económica para cumplir con las obligaciones legalmente establecidas era tan importante que el propio Ojeda se vio obligado a dirigirse al rey exponiendo que «no tengo credito ni de donde cobrar el sueldo que V.m^d. me tiene señalado, que me hallo en todo este extremo de necesidad»⁷².

Por su parte, en Guipúzcoa la situación continuó siendo tensa, a pesar de que Urquiola falleció en verano de 1600. Le sucedió otro militar, Domingo de Idiáquez, el 21 de julio del siguiente año, quien se encontró con las mismas oposiciones, de las que trataremos pormenorizadamente en la segunda parte de este trabajo⁷³. A pesar de intentar recorrer la costa y los parajes sujetos a su jurisdicción, ordenando plantíos, las protestas ante la Diputación y las Juntas provinciales de diversas villas, encabezadas por las del Valle de Oyarzun y San Sebastián, no se hicieron esperar⁷⁴. Durante

⁶⁹ AGS, G.A., Leg. 490-395. Carta de Minarano de Valencegui a Felipe II, Lezo 30 de octubre de 1597.

⁷⁰ AGS, G.A. 512-51. Agustín de Ojeda a Felipe II, Zorroza, 21 de febrero de 1598. AGS, G.A.; 565-59. Agustín de Ojeda a Felipe II, Zorroza, 2 de mayo de 1600. Acta del Regimiento General; 17 de octubre de 1598. DE SARGARMÍNAGA F. y DE AREITIO, D., *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*, Vol. I, *Ob. Cit.*, p. 126. Acta del Regimiento General, 22 de abril de 1598. DE SARGARMÍNAGA F. y DE AREITIO, D., *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*, Vol. I, *Ob. Cit.*, p. 165.

⁷¹ AGS, G.A., 565-60. Testimonio Agustín de Ojeda sobre de plantíos en el Señorío de Vizcaya, 1600.

⁷² AGS, G.A., Leg. 565-62; Agustín de Ojeda a Felipe III. Vizcaya, 21 de abril 1600.

⁷³ AMN, VARGAS PONCE, Ms. 75 / 031 (fols. 170-175) Copia fehaciente de Real Cédula encargando a Domingo de Idiáquez de la fábrica y arqueamientos de navios de Guipúzcoa, así como de la conservación de los montes de dicha provincia, por muerte del general Antonio de Urquiola, Valladolid, 21 de julio de 1601. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 606.

⁷⁴ AMN, Vargas Ponce, Ms. 86 / 18 (fol. 38), San Sebastián 15 de septiembre de 1601 (copia del original del Archivo de Guipúzcoa). GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, pp. 606, 607, 608 (cita A.G.G., Diputación de Tolosa, 15-IX-1601), 609 (en pie de página 78, cita A.G.G. Diputación de Tolosa, 18-IX-1601), 614-615 (cita A.D.S.S.,

casi diez años –exceptuando algún caso concreto de colaboración a partir de 1609– las Reales Cédulas y advertencias, esgrimidas por el Superintendente para que Guipúzcoa se plegase a sus mandatos⁷⁵, se cruzaron con peticiones reiteradas de las Juntas Generales a la Corona para que éste cesase en su cargo. El órgano provincial, empleando en ocasiones, como luego analizaremos, el *pase foral*⁷⁶, alegaba que la institución forestal creada por Felipe II era innecesaria, debido a que, si la Monarquía deseaba una plena colaboración, lo único que hacía falta era que los municipios, una vez hubiesen plantado su cuota asignada, entregasen sus testimonios directamente a la propia Junta guipuzcoana que, a su vez y de acuerdo con lo que entendían que eran sus propios derechos⁷⁷, los remitiría al rey⁷⁸. Este planteamiento se convertirá en recurrente y la situación en Guipúzcoa nunca fue del todo complaciente sobre las necesidades forestales de la Corona respecto de los montes de la Provincia. Un ejemplo concreto: en la primavera de 1607, Idiáquez visitó los concejos asignando determinadas cantidades de robles para los plantíos sin lograr un consenso con las villas. Incluso hubo quejas como las del barrio de Aguinaga, donde había ordenado plantar un tercio de los árboles que había repartido a Ursúbil. Sin embargo, Aguinaga no disponía de terrenos para poderlo llevar a cabo y lo puso en conocimiento de la Junta, «para que el dicho lugar no sea vexado ni padezca». La Provincia acordó escribir a Idiáquez que debía conformarse con lo que a ella se le había establecido por la Ordenanza provincial de 1548, que se plantarían 500 robles, y además, tal y como estaba señalado por la propia

J.G. de Elgóibar, de 13 de-IV-1606), 616 (pie de pág. n° 112, cita A.G.G., Sec. 2ª, Neg. 13, Leg. 12). ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 165.

⁷⁵ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, n° 56, pp. 614-615 (cita A.D.S.S., J.G. de Elgóibar, de 13 de-IV-1606) y 616 (pie de pág. n° 112, cita A.G.G., Sec. 2ª, Neg. 13, Leg. 12). ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 165.

⁷⁶ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, n° 56, pp. 611-612 (cita A.G.G., Registro de la Junta Particular de Basarte; 3 de enero de 1602). DE LA CRUZ AGUILAR, E., *La Destrucción de los Montes (Claves histórico-jurídicas)*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.- Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 81.

⁷⁷ AGS, G.A., Leg. 726. La provincia de Guipúzcoa a Felipe III, 27 de noviembre de 1608. AGS, G.A., Leg. 726. La provincia de Guipúzcoa a Felipe III, 27 de noviembre de 1608. *Ibidem*. Documento sin fecha concreta, expediente relativo a los bosques del valle de Oyarzun, 1608-1609.

⁷⁸ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 142-143. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, n° 56, p. 613 (cita a A.G.G., J.C. de 23-XI-1602 y A.G.G., J.C. de Tolosa; 8-V-1604).

asamblea, se decidió que los alcaldes remitirían lo plantado en sus términos exclusivamente a ella, pasando por alto la jurisdicción superintendencial⁷⁹.

Simultáneamente a estos años últimos años del siglo XVI y primeros del XVII, a nivel internacional, hubo un período de tregua entre guerras provocado por el agotamiento de unos recursos y unas estructuras militares a las que les resultaba imposible dar más de sí⁸⁰. Así pues, esta situación de esquilmo generalizado, a la que se le añadieron desastres concatenados de las Armadas, vino a privar a la Corona de los recursos navales que necesitaba. Se requería un período de respiro a favor de las armas y finanzas españolas⁸¹, durante el que debía impulsarse el fomento forestal.

Aun así, en Guipúzcoa las reticencias continuaron y el coronel Idiáquez cesó a fines de marzo de 1611, al ser designado para la gobernación y alcaldía de Melilla. La reacción provincial no se hizo esperar y la Junta de Zumaya acordó decretar, el 23 de abril, poner un capítulo en la instrucción al agente de Corte para que hiciese diligencias encaminadas a que no se nombrase un nuevo superintendente. Sin embargo, a los pocos meses el rey nombró a un nuevo superintendente, Domingo de Echeverri⁸².

Tras el fin de la conocida como *Pax Hispanica*, la década de los años veinte del siglo XVII resultó frenética. La Monarquía Universal se vio inexorablemente empujada a la guerra aun faltándole fondos, medios y moral, y dependió en buena medida de los poderes locales⁸³. A pesar de todo, en poco tiempo fueron varios los galeones construidos, quedando constancia de que «...se han fabricado muchos galeones, particularmente los que salieron a servir a Su magestad los años de 619 – 621 – y 623 en las tres escuadras de las provincias de Cantabria –Guipúzcoa, Bizcaya y Quatro Villas de la Costa de la Mar, en la montañas de Burgos–...»⁸⁴. Realmente, fue durante esta época

⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, p. 617. Sobre las Juntas, cita A.G.G. Caja 56, Leg. 1 y A.G.G., J.G. de Rentería; 8-V-1607.

⁸⁰ DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Ob. Cit., p. 103. COMELLAS, J. L., *Historia de España moderna y contemporánea*, Ed. Rialp, Madrid, 1967, pp. 197 y ss. Afirma que esta etapa de concordia «no puede ser considerada en sentido amplio como una paz, sino como una tregua».

⁸¹ ALLE, P. C., *Felipe III y la Pax Hispanica*, Ed. Alianza, Madrid, 2001, p. 322.

⁸² GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, pp. 618-619 y 621. El nombramiento parece ser que se hizo con carácter provisional porque había estado previsto que el cargo fuese hereditario, correspondiéndole a Alonso de Idiáquez, hijo de Domingo de Idiáquez. GOODMAN sostiene que anteriormente había sido «Secretario Real». Vid. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 369.

⁸³ ARTAZA MORENO, M. M^a, «Representación política y guerra naval en Galicia» en *A.H.D.E.*, nº 66, 1996, p. 449. THOMPSON, I. A. A., *Guerra y decadencia: Gobierno y administración en la España de los Austrias, 1560-1620*, Ed. Crítica, Barcelona, 1981, p. 122.

⁸⁴ VICENTE MAROTO, M^a. I., «La fábrica de navíos a principios del siglo XVII» (estudio preliminar y posterior transcripción del texto) en *Diálogo entre un vizcaíno y un montañés*

cuando se produjo el máximo esfuerzo de todo el siglo XVII destinado a revitalizar y mejorar la construcción naval española⁸⁵. El paradigma de este tipo de fomento naval en aquellos años había sido protagonizado por el Señorío de Vizcaya, que, como veremos en páginas posteriores, bajo ciertas condiciones pactadas con la Monarquía se comprometió, en 1617, a poner en marcha ocho navíos empleando mayoritariamente maderas de sus montes⁸⁶. Al año siguiente, la provincia de Guipúzcoa, lugar en donde había un nuevo superintendente, Agustín de Ojeda⁸⁷, hizo otro tanto acordando la fábrica de doce galeones⁸⁸, a pesar de las resistencias de la villa de Hernani para que no se empleasen sus bosques⁸⁹. Otras dificultades provinieron, en ocasiones, de que parte de las piezas requeridas debían tener formas infrecuentes en el normal crecimiento de los árboles. Las «curvas» alabeadas para los galeones eran tan extrañas en los árboles guipuzcoanos que en el contrato tuvo que incluirse una cláusula según la cual sólo podrían ser tomadas en montes vizcaínos con permiso del rey⁹⁰.

A la explotación de los bosques hubo de añadirse un nuevo factor de presión: el proyecto del conde-duque de Olivares, conocido como «Unión de Armas», mediante el que se pretendió unificar la Monarquía en el plano militar, planteándose en un memorial, de 13 de diciembre de 1625. Es conocido cómo el valido propuso de modo rotundo la unificación del Derecho sobre la base del de Castilla, lo que implicaba una ruptura con el hasta entonces respeto hacia la diversidad institucional hispánica⁹¹. Pero había más, puesto que, como acabamos de apuntar, en él se concebía un proyecto de defensa común, para las guerras que mantenía la Monarquía, basado en una alianza

sobre la fábrica de navíos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, pp. 15 y 168. VALDEZ BUVNOV, I., *Naval Power and State Modernisation: Spanish Shipbuilding Policy in the Eighteenth Century*, *Ob. Cit.*, p. 25.

⁸⁵ RAHN PHILLIPS, C., *Seis galeones para el rey de España. La defensa imperial a principios del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 55. AMN, VARGAS PONCE, Ms. 50 / 53 (fol. 82). Carta de Martín de Aróstegui a Domingo de Echevarri sobre la venta de unos navíos y la visita a montes y plantíos, Madrid, 5 de junio de 1623.

⁸⁶ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, *Ob. Cit.*, pp. 63-69.

⁸⁷ ODRIÓZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, 111.

⁸⁸ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, *Ob. Cit.*, pp. 69-70.

⁸⁹ AMN, VARGAS PONCE, Ms. 75 / 73 (fol. 281). Representación de la villa de Hernani para que el Corregidor de Guipúzcoa prohíba a los fabricantes de navíos de otras jurisdicciones cortar árboles de los montes de la jurisdicción de Hernani, necesarios para la construcción de dos galeones ofrecidos por esta Villa. Año 1618.

⁹⁰ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 120.

⁹¹ BALLESTER RODRÍGUEZ, M., *La identidad española en la Edad Moderna (1556-1665). Discursos, símbolos y mitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 434.

de todos los recursos destinados a la defensa militar y naval⁹². Su objetivo era racionalizar la gestión de los efectivos bélicos mediante una *liga* entre los distintos reinos⁹³:

«El remedio de todos los daños que pueden ofrecerse consiste sólo en que como leales vasallos nos unamos todos (...) juzgando por cierto e indubitadamente que cesarán y se rendirán los enemigos todos de SM en viendo que sus Reinos se hallan cada uno con las sustancias de todos los otros y que es un cuerpo mismo»⁹⁴.

Además de las reticencias periféricas, este interés por reconstruir las flotas perdidas encontraba dificultades en algo que no aparecía como novedoso: la falta de pecunia con la que también Felipe IV llegaba al trono⁹⁵.

A pesar de las carencias financieras y de la elaboración de un nuevo plan, todavía en Vizcaya abundaban robles idóneos para la fabricación de barcos⁹⁶, pero aún así la situación se encontraba lejos de resultar idílica porque los planes y órdenes de la Superintendencia para perseverar en la construcción de nuevos efectivos navales chocaban con otros problemas, también de índole económica, esta vez representados por las factorías del hierro, que suponían una importante industria para la zona⁹⁷. Respecto a Guipúzcoa y aún existiendo también ferrierías, según Goodman, la carencia de madera tampoco existía en la década de los años veinte y por tanto no fue un problema, a pesar de no haber encontrado datos que avalen el cumplimiento de la obligación legal de efectuar plantíos⁹⁸. Sin embargo, en otras ocasiones sí se produjeron conatos que, aunque menos generalizados que al comienzo del siglo XVII, suponían casos de resistencia municipal, incluso violenta, a pesar de que desde principios del reinado de Felipe III el Consejo de Guerra mostró la intención de solucionar los conflictos de competencias que se producían con otras instituciones jurisdiccionales, especialmente los suscitados con la

⁹² ELLIOT, J. H., *España y su mundo (1500-1700)*, Ed. Alianza, Madrid, 1990, pp. 47 y 284. DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, *Ob. Cit.*, p. 121.

⁹³ FONTANA, J. y VILLARES, R. (dir.), *Historia de España. La crisis de la Monarquía* (Vol. 4), Ed. Crítica / Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 101.

⁹⁴ ELLIOT, J. H., *La rebelión de los catalanes (1598-1640)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1977; p. 183.

⁹⁵ LYNCH, J., *Los Austrias*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000, pp. 418-419. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Política y Hacienda de Felipe IV*, Ed. Pegaso, Madrid, 1983, pp. 12 y 13.

⁹⁶ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 158.

⁹⁷ AGS; G.A., Leg. 887. Carta de Juan de Pinedo a Felipe IV, Bilbao, 10 enero de 1622. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, 139.

⁹⁸ AGS, G.A., Leg. 889. 30 de enero de 1623. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 158.

jurisdicción ordinaria⁹⁹, y sobre los que trataremos más detenidamente en páginas posteriores.

Los intereses por fomentar los montes no se frenaron y a fines de la década de 1620 la actividad forestal siguió manteniendo un especial protagonismo en la cornisa cantábrica. Particularmente, fue muy activa la actividad de la Superintendencia en el Señorío de Vizcaya, donde otro superintendente, Martín de Vallecilla, visitó en 1629 los territorios de su jurisdicción. Pero esta inspección no estuvo tampoco exenta de problemas. Aunque desde la última visita, de 1626, gran parte de los lugares habían cumplido con sus obligaciones forestales, «en otras se a hallado algunas faltas, así en el plantar como en cultivar mal lo plantado», lo que le llevó a imponer multas por un total de 30.000 reales. Entendía que las instituciones locales no colaboraban como se desearía. Cualquier asunto, por nimio que supuestamente pudiese parecer, servía para que desde los municipios se intentase hacer valer su jurisdicción sobre la del comisionado regio, ya fuese por conflictos directos con los representantes vecinales como por resistencias y faltas de colaboración para que se investigasen talas ilegales¹⁰⁰, lo que también continuó durante la siguiente década¹⁰¹. Además, la situación no resultó fácil para aquel agente real porque, a los problemas derivados de los conflictos de jurisdicciones y las talas prohibidas, se le sumaba la obligación de cumplir con sus obligaciones legales sin disponer tampoco de fondos suficientes, lo que incluso le llevó a tener que suplicar, en 1631, a la Monarquía que se le abonasen los retrasos en sus pagos para poder continuar con su trabajo¹⁰².

A pesar de todos los inconvenientes, los comisionados forestales, por lo general, no cesaron en sus labores. Ahora bien, en los intentos desde las diversas Superintendencias por tener maderas preparadas para la construcción naval, no se había tenido en cuenta un factor fundamental que había sido y seguiría siendo una constante: se talaba a un ritmo mayor de lo que se regeneraba el monte y esto ocurría desde los tiempos de Cristóbal de Barros.

⁹⁹ DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Ob. Cit., pp. 36 y 123. Afirma que en sus actuaciones la Corona pretendió con frecuencia conciliar los problemas suscitados por su política exterior con las instituciones jurídico-públicas de cada territorio. AGS, G.A., Leg. 910, Alonso de Idiáquez a Martín de Aróstegui, Lezo, 24 de noviembre de 1624.

¹⁰⁰ AGS, G.A., Leg. 1070. «Certificación del Escriuo. de la Visita de plantios del señorío de Vizcaya por donde consta como salio a ella el Superintendente de fabricas y plantios del. Y como el alcalde de Bilbao se escuso de firmar una orden y auto tocante a los dhos plantios». Testimonio del escribano Lucas de Curmano, Bilbao, 22 de diciembre de 1629.

¹⁰¹ *Ibidem*. Pocos días después, desde Portugalete en 8 de enero de 1630. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 135. AGS, G.A., Leg. 1111. Carta de 30 de junio de 1630. AGS, G.A., Leg. 3157. Relación sobre los montes de Aranzazu. 12 de septiembre de 1631. AGS, G.A.; Leg. 1111. Martín de Vallecilla a Felipe IV, Portugalete, 21 de octubre de 1634.

¹⁰² AGS, G.A., Leg. 3157. «Testimonio de la Visita gral de montes y plantios del Señorío de Vizcaya que hizo el Superintendente Don Martin de Vallecilla, el año de 1631».

Asunto éste que, en aquel mismo año de 1631, fue comunicado por Idiáquez desde Guipúzcoa al rey¹⁰³. La cuestión no debió ser menor, porque cuatro años más tarde nos consta cómo volvieron a reservarse maderas provenientes de los montes de Navarra para paliar los efectos de la deforestación en aquella provincia vasca¹⁰⁴.

Pero, a pesar de todas las actividades forestales y navales, la derrota de la batalla de las Dunas supuso un duro revés en 1639. A principios de ese año se había intentado trabajar a destajo en el cantábrico para la botadura de nuevos galeones y también hubo intentos por poner al día las deudas atrasadas con los más importantes asentistas¹⁰⁵, contratistas privados al servicio de la Corona. Pero, aun con esos esfuerzos, desde entonces la Armada del Mar Océano decayó irremparablemente y no fue posible levantarla por el motivo de siempre: la falta de fondos. Los precios volvieron a subir entre 1641-1642 como resultado de otro importante crecimiento del vellón, consecuencia de los gastos de guerra¹⁰⁶. Aún así la Monarquía continuó con su intención de construir más galeones¹⁰⁷. Ello significó una importante actividad en los bosques próximos al litoral vizcaíno y hubo oposiciones puntuales a nivel municipal. No obstante, las noticias nos proporcionan la información suficiente como para concluir que Vallecilla perseveró en cumplir con sus tareas y nos consta que a fines de 1642 visitó los montes del Señorío¹⁰⁸, llegando a ser moderadamente optimista sobre las previsiones de futuras producciones madereras¹⁰⁹, y ello a pesar de detectar infracciones, que fueron castigadas, así como oposiciones municipales y de las Juntas vizcaínas¹¹⁰. Sobre estas últimas criticó diversas medidas que habían adoptado, ya que entendía que éstas sólo podían a su vez funcionar mediante una «facultad delegada» de la Corona, y en este asunto se estaban extralimitando «porque dividir ni rrepartir montes concejiles ni exidos

¹⁰³ AGS, G.A., Leg. 3157. Carta de Idiáquez a Felipe IV, 30 de enero de 1631.

¹⁰⁴ AMN, VARGAS PONCE, Ms. 046/56 (fols. 83-84). Real Despacho al marqués de Valparaíso, virrey y capitán general del Reino de Navarra y capitán general de la provincia de Guipúzcoa, prohibiendo que se corten los montes que quería reservarse Juan de Echeverri para construir un galeón a la vuelta de su jornada de Brasil. 5 de diciembre de 1634. *Ibidem*, Ms. 046/57 (fols. 85-85). Real despacho a Alonso de Idiáquez, superintendente de fábricas y plantíos de la provincia de Guipúzcoa, prohibiendo que se corten los montes que quería reservarse Juan de Echeverri en Navarra para la construcción de un galeón. 5 de diciembre de 1634.

¹⁰⁵ ALCALÁ-ZAMORA y QUEIPO DE LLANO, J., *España, Flandes y el Mar del Norte*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 413.

¹⁰⁶ LYNCH, J., *Los Austrias*, *Ob. Cit.*, p. 419.

¹⁰⁷ DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., «La España del Conde Duque de Olivares» en *La España del Conde Duque de Olivares*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, p. 35.

¹⁰⁸ AGS, G.A., Leg. 3221. Testimonio del escribano Martín de Arauco Uracandi sobre la visita del Superintendente Martín de Vallecilla, Bilbao, 8 de diciembre de 1642.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ AGS, G.A., Leg. 3221. Martín de Vallecilla a Felipe IV. Portugaleta, 28 de diciembre de 1642.

comunes no lo pueden hazer sin la facultad Real de V. Mag^d.»¹¹¹. Al fin y al cabo, él era plenamente consciente que su principal obligación chocaba con los intereses del Señorío ya que, desde su nombramiento en 1626, ésta versaba en impulsar la plantación de árboles y prevenir talas que necesitaban los habitantes de la zona, de aún quienes requería su ayuda¹¹². Precisamente por esa necesidad que tenía de colaboración por parte de las autoridades locales, su queja fue enorme cuando tuvo conocimiento de importantes daños causados por la búsqueda de combustible para las herrerías de Bermeo, lo que le hizo chocar con los propietarios de aquellas industrias, titulares a su vez de la jurisdicción municipal ordinaria¹¹³.

Sin embargo, en los siguientes años de la década de 1640 la actividad naval decayó, lo que irremisiblemente debió arrastrar en su declive a los asuntos forestales sujetos al Real Servicio. Aún así, tuvieron lugar cambios en la provincia de Guipúzcoa. En 1645 accedió a la Superintendencia Miguel de Necolalde, quien abandonó el cargo a los dos años, lo que hizo que se nombrase a su primogénito, Luis de Necolalde. Se le ordenó residir en la provincia, debiendo visitar sus bosques dos veces al año en los períodos que estimase convenientes. Al igual que sus antecesores, su jurisdicción abarcaba todos aquellos montes comprendidos a dos leguas de la costa de la mar o ríos navegables. Nuevamente, en su título de nombramiento, la Corona requería el auxilio de las instituciones locales y encargaba al superintendente que se hiciese cargo del reparto de plantíos entre los vecinos. Éste debería tener una cuota de ejemplares a determinar en función de la cantidad y calidad de las tierras que, como venía siendo usual, debían preservarse de la acción de los ganados. Se le obligó a elaborar una relación anual sobre los repartos y testimonios de cada lugar, que serían entregados «al mi veedor y contador que es o fuere de la jente de guerra que me sirue en las Villas de Fuenterrauia y san seuastian para que tengan Raçon dello en sus libros». Igualmente, el monarca le otorgó la ya asentada facultad para sancionar y «ejecutar las penas declaradas en los que fueren remisos y descuidados en el plantío de los arboles que les rrepartieredes y para repar-tirlas por terçias partes»¹¹⁴.

No obstante y a pesar de todo, la existencia de disposiciones forestales en diferentes territorios de la Monarquía no tuvo una efectiva repercusión en un incremento de flotas que se deseaba, pero no se alcanzaba. Un embajador

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² AGS, G.A.; Leg. 3221. Carta de Martín de Vallecilla a Felipe IV, Bermeo, 11 de noviembre de 1643.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ AMN, VARGAS PONCE, MS., 52 / 77 (fols. 124-127). Cédula de Retiro al veedor general Miguel de Necolalde, superintendente de fábricas y plantíos de montes de Guipúzcoa, y nombramiento para el mismo cargo a favor de su hijo Luis de Necolalde, Madrid, 14 de septiembre de 1647.

veneciano resumía el estado en el que se encontraba la Armada española en el último tercio del siglo XVII:

«En cuanto á las fuerzas navales, ya dije que en aquellas aguas (del Mediterráneo) no hay más que seis galeras de mala construcción. Las de Nápoles, Sicilia y Cerdeña, y las de la escuadra del duque de Cursi, no son más que dieciocho entre todas. Seis se perdieron, unas idas á pique, otras tristemente apresadas por los corsarios durante los tres años de mi permanencia en España, no habiéndose vuelto á pensar en reemplazarlas. Como se encuentran armadas y provistas, sábelo Dios, y también lo saben VV.EE., desde que yo, humildemente, lo participé al resolver no visitar al Rey por Levante, á causa de la increíble inutilidad de aquellas. Felipe IV ha disminuido tanto la escuadra de Nápoles, que lo que queda puede ser contado por quien nunca haya aprendido la numeración (...). De modo que, en cuanto á naves, sábase ya cómo se encuentra actualmente el rey de España (...). Los galeones armados este año para las Indias son casi todos holandeses (...) De estas fuerzas marítimas no diré más sino que los españoles, ó no conocen su importancia, y por esto no las estiman, ó conociendo su importancia no se esfuerzan en remediar el daño. Esta nación poseyó tantas tierras porque no desatendía sus fuerzas de mar; y en este caso, siendo también esta ley lo mismo para los contrarios, excuso añadir más»¹¹⁵.

En 1667 el Señorío de Vizcaya representó que la construcción de barcos para la Corona estaba abandonada y que necesitaba ser estimulada por el gobierno¹¹⁶. La crisis no sólo afectaba a la institución superintendencial, sino que también era operativa. Por esta razón y como veremos más detenidamente, fue promulgada para la provincia de Guipúzcoa otra norma forestal, de 11 de abril de 1670, titulada «Conservación de los Montes, so penas graves»¹¹⁷, en la que se reconocía la fabricación de barcos como una de las causas del agotamiento de los bosques, pero a su vez intentaba conciliarla con el fomento silvícola al reconocer la necesidad perentoria

¹¹⁵ FERNÁNDEZ DURO, C., *Armada Española. Desde la unión de los Reinos de Castilla y Aragón*, Vol. V, Museo Naval, Madrid, 1972-1973, p. 88. Cita *Relaciones de los Embajadores de Venecia*, Zeno, p. 286.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, Ob. Cit., p. 99.

¹¹⁷ Recogida en la compilación efectuada por SORALUCE, N., *Fueros de Guipúzcoa. Títulos adicionales y consideraciones, reglamentos, sumario histórico, etc.*, Imprenta del Banco Industrial, Madrid, y Mercantil. Edición facsimil de Analecta Ediciones, Pamplona, 1866. Esta disposición aparece numerada en el Título XXXVIII, Cap. V. Dentro del mismo Título se ubican otras normas forestales bajo los enunciados de «Castigo á los Incendiaros de los Aulagales ó Argomales» (Cap. VI), «Nombramientos de Guarda-Montes, y Penas sobre cortes de ramas de los árboles» (Cap. VII), «Plantaciones de Viveros, destinando el decimo de los ingresos de los pueblos, y sobre corte de arboles» (Cap. VIII).

que existía para seguir construyendo unidades navales. Para ello, no sólo adoptaba medidas forestales, sino que establecía sanciones, además de requerirse nuevamente la colaboración de las autoridades locales. Sin embargo, su efectividad debió ser escasa, pues cuatro años después, la regente tuvo que volver a reiterar las disposiciones normativas que prohibían la explotación ilícita de los bosques guipuzcoanos¹¹⁸. En esta coyuntura las Superintendencias de Montes y Plantíos seguían perviviendo pero, paulatinamente, fueron perdiendo su sentido porque como hemos apuntado, entre otros factores, la actividad constructora llegó a ser muy escasa durante el reinado de Carlos II.

En otro orden de cosas, en 1676, un nuevo Martín de Vallecilla, hijo del anterior, fue designado para estar al frente del cargo en el Señorío de Vizcaya¹¹⁹. Pero, en efecto, como reflejo de esa decadencia operativa a la que antes nos referíamos, la continuidad de nombramientos al frente de la Superintendencia no tuvo correlación con las unidades navales que se fabricaron. Por ejemplo, la escasa actividad constructiva debió ser tan acuciante que al superintendente de Guipúzcoa, Luis de Necolalde¹²⁰, se le emplazó a remitir relación detallada de las fragatas que había en los puertos de la Provincia, con referencia a sus portes, calidades, precios, a quienes pertenecían y si sus dueños estaban dispuestos a venderlas¹²¹.

En el contexto internacional, durante los últimos años de la dinastía austriaca la fortaleza naval había menguado de manera ostensible en todos los ámbitos, también en el de la fabricación de navíos, mientras que, coetáneamente, al otro lado de las fronteras se vivía una etapa de entusiasmo respecto de las ideas y medidas jurídicas proclives al reforzamiento del dominio de los mares¹²². Este escenario era el resultado lógico de los graves errores de gestión y organización hispánicos que continuadamente existieron desde las últimas décadas del siglo XVI¹²³. Dicha tendencia acrecentó la grieta que ale-

¹¹⁸ AMN, Asuntos diversos de MARINA, Ms., 580 (fol. 23 r.-23 v.). Orden de la Reina Gobernadora, Madrid, 8 de abril de 1674.

¹¹⁹ AGS, G y M, Libro de registro 340. Pp. 18 r.-19 r. 28 de febrero de 1676. Sin embargo, en su nombramiento no hemos encontrado referencia alguna a de sus obligaciones, sino una única mención a su sueldo y el reconocimiento de que sustituía a su padre como superintendente en Vizcaya.

¹²⁰ AGI, Indiferente General, 2740. Luis de Necolalde aparece como «Superintendente de fabricas y Plantíos en la Prouincia de Guipuzcoa» en un documento sobre medidas de naves fechado en 15 de agosto de 1674.

¹²¹ AGI, Indiferente 441, L.28, f.11v. Real Disposición, 4 de enero de 1676.

¹²² DE DIEGO GARCÍA, E., «Estructuras y Organización Naval: Departamentos y Arsenales Peninsulares», en *XXVI Jornadas de Historia Marítima* y «Arsenales y Construcción naval en el siglo de la Ilustración» en *Cuadernos Monográficos del Instituto de Historia y Cultura Naval*, nº 41, Madrid, 2002, pp. 15-17

¹²³ QUINTERO GONZÁLEZ, J., *La Carraca. El primer arsenal ilustrado español (1717-1776)*, Ministerio de Defensa.- Instituto de Historia y Cultura Naval, Madrid, 2004, p. 25. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 52.

jaba a la Monarquía Católica de las grandes potencias marítimas de entonces, para quienes una España decadente no representaba un peligro de entidad. Aún así, el cambio de dinastía no afectó a la existencia, pero sí a sus competencias e intensidad, de la institución de las Superintendencias forestales en el cantábrico. Éstas continuaron perviviendo como a finales del siglo anterior, es decir, languideciendo poco a poco y feneciendo a golpe de normas que fagocitaban sus atribuciones sin siguiera nombrarlas.

Sabemos que poco después de la muerte de Carlos II, aún en el año 1700, fue otorgada una Real Cédula al superintendente de bajeles, montes y plantíos de Guipúzcoa Francisco Necolalde y Zabaleta, encargándole la fábrica y apresto de dos galeones para las naves capitana y almiranta de la flota de Nueva España. En ella se le reconoció la «jurisdicción civil y criminal» que precisase para llevar a cabo su cometido¹²⁴. Sin embargo, a este ministro no le quedó otra que responder acerca de las dificultades que tenía para desarrollar el encargo como consecuencia de «la suma falta de medios» que padecía, pues incluso se habían efectuado cortas cuyas maderas quedaron en los montes de Santoña sin poder utilizarse. Finalmente, el Consejo de Guerra propuso que un oficial del mismo se encargase de su entrega¹²⁵. Pocos años más tarde, en 1704, la Corona le agradeció todos los esfuerzos que realizó para poner en funcionamiento las naves, en plena Guerra de Sucesión, que fueron construidas en el puerto de Pasajes¹²⁶. Éstos serían los últimos galeones fabricados de acuerdo con los sistemas de construcción de los Austrias¹²⁷.

El declive de la institución silvícola continuó, lento pero imparable. Para impulsar la defensa naval, por Real Orden, de 28 de enero de 1717, se nombró a José Patiño y Rosales como Intendente General de Marina¹²⁸, quien se erigió en el artífice de la adopción de nuevas medidas y la creación de novedosos cargos forestales que terminarían sustrayendo paulatinamente las competencias de los ya vetustos superintendentes de Montes.

¹²⁴ AMN, VARGAS PONCE, Ms., 75 bis / 39 (fols. 184-186).

¹²⁵ AGI, Indiferente General, 2514. Libro 5. (folio 11 r, 16 v- 17 r). Real Cédula, Madrid, 28 de Junio de 1702.

¹²⁶ AGI, Indiferente General, 2514. Libro 4. Real Cédula, Plasencia, 31 de marzo de 1704. Aparece como «D^o. fran^o. Necolalde Zaualeta Cau^o. del orden de S^tTiago del tribunal de Quentas de mi Cons^o. De Hazda. y Superintendente de fabricas y Plantíos de la Prou^a. de Guipuzcoa».

¹²⁷ APESTEGUI, C., «La arquitectura naval entre 1660 y 1754. Aproximación a los aspectos tecnológicos y su reflejo en la construcción en Guipúzcoa», en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, núm. 2, *Ob. Cit.*, p. 241. Afirma que las últimas unidades construidas en aquel siglo bajo aquel sistema fueron la Capitana y Almiranta de la Flota de Nueva España, construidas en los astilleros de Mápil por Francisco Necolalde Zabaleta entre 1700 y 1704.

¹²⁸ AGI, Contratación 5786, L. 2. ORDUÑA REBOLLO, E., *Intendentes e Intendencias*, Tres Américas, Madrid, 1997, p. 58.

Desde entonces, las noticias que han llegado hasta nosotros son fragmentarias. Sabemos que en Guipúzcoa, Francisco de Necolalde, siguió al frente de la Superintendencia hasta 1718. Tras él ocupó el cargo Martín de Olózaga y Espilla¹²⁹. Desconocemos la duración de éste en la institución. Según Aragón Ruano, el último superintendente de Montes y Plantíos de la provincia fue el Marqués de Rocaverde, al menos desde 1736¹³⁰. Sin embargo, en virtud de la documentación consultada, sabemos que Olózaga jugará un importante papel en la elaboración de normas para aquella provincia en 1738, aún en calidad de superintendente de Montes¹³¹.

Así pues, parece claro es que las Superintendencias de Montes y Plantíos continuaron perviviendo, con mayor o menor intensidad, durante las primeras décadas del siglo XVIII. Coexistieron con nuevos ministros de Marina, de cuño borbónico, como reflejo de un *proceso de transición*, a pesar de que su ámbito competencial fue siendo abarcado paulatinamente por estas nuevas figuras nacidas de las reformas hechas desde la Secretaría de Marina¹³². Desde entonces los ya vetustos comisionados forestales tuvieron sus días contados siendo su *golpe de gracia* la promulgación de una norma general sobre la materia, la Real Ordenanza de Montes y Plantíos, de 31 de enero de 1748¹³³, destinada a abastecer los novedosos arsenales que la nueva dinastía había construido gradualmente, ninguno en territorio vasco, sino en Cádiz, Cartagena y Ferrol.

3. ANÁLISIS SISTEMÁTICO: LA DIVERSIDAD DE LEGISLACIONES E INSTITUCIONES FORESTALES EN LOS TERRITORIOS VASCOS

Según Bermejo Cabrero mediante el sistema de Superintendencias se trató de dotar a la organización política de la Monarquía «de mecanismos más flexibles y especializados de los existentes hasta entonces, basados fundamentalmente en la presencia de un rígido, pesado y tradicional sistema

¹²⁹ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 47. Cita copia de la Real Cédula por la que se nombraba a Martín de Olózaga y Espilla superintendente de los plantíos de los montes de Guipúzcoa, con el pase foral de ésta (20 de mayo de 1718, El Pardo) (A.G.G.-G.A.O, JD IM 1/17/19; A.H.N. Consejos 105859).

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ AGS, Marina; leg. 577.

¹³² La expresión *proceso de transición* es empleada por ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 48.

¹³³ «Ordenanza, que Su Magestad (Dios le Guarde) manda observar para la cria, conservación, plantíos y Corta de los Montes, con especialidad de los que están inmediatos a la Mar, y Rios Navegables. Metodo, y reglas que en esta materia deben seguir los intendentes de Marina, establecidos en los tres Departamentos de Cadiz, Ferrol y Cartagena». Ejemplar empleado del AMN F006-41. También recogido en *Novísima Recopilación*, Lib. VII, Tit. XXIV, Ley XXII.

polisinodal», formado por los Consejos y Juntas que actuaban en la administración central¹³⁴.

El mundo jurisdiccional en el que se encontraron inmersas las Superintendencias de Montes y Plantíos presentaba un modo de organizar y gestionar el poder que provenía de la Baja Edad Media y mostraba escasas diferencias en todos los espacios políticos europeos¹³⁵. Ha de tenerse en cuenta que los superintendentes forestales, investidos formalmente de competencias desde 1574, disponían de una jurisdicción propia proyectada sobre todos los asuntos silvícolas suscitados en áreas previamente asignadas. Sin embargo, no eran éstos los únicos agentes que gozaban de sus propios ámbitos de jurisdicción en los territorios cantábricos comprendidos dentro de las dos leguas próximas a la mar o ríos navegables: la diversidad y la pluralidad de la personalidad orgánica con la que se concebía cada comunidad, y que intentaba conciliarse¹³⁶, era palpable en la organización jurídico-administrativa de las demarcaciones hispánicas modernas, lo que hacía que el panorama jurisdiccional fuese verdaderamente complejo, y el área en donde se desarrolló la labor de las Superintendencias de Montes, la cantábrica, no fue una excepción¹³⁷.

Por otro lado, los juristas consolidaron la idea de que el príncipe era la exclusiva fuente y origen de toda jurisdicción. Pero no ha de confundirse esta idea con una *centralización* efectiva del poder, ni con una, entonces impensable, unificación del espacio político. El príncipe se sitúa como garante máximo del equilibrio entre los diversos cuerpos, manteniendo a cada uno en el goce de sus respectivos derechos¹³⁸. Estos intentos por armonizar las diferentes entidades se mostraron ocasionalmente en los asuntos de fomento forestal, en los que el monarca mostró una buena disposición para que se ejecutasen medidas a favor del Real Servicio pero sin generar perjuicios a los municipios. Sabemos que el 5 de enero de 1599 el rey emitió una Real Cédula, fechada en Madrid en la que exponía cómo el superintendente en Guipúzcoa había comunicado la intención de la Provincia por hacerse con la ejecución de los plantíos¹³⁹. Estando así las cosas, Felipe III expresó en ella su intención de que aquel comisionado re-

¹³⁴ BERMEJO CABRERO, J. L., «Juntas y superintendencias de minas (siglos XVII-XVIII)» en *A.H.D.E.*, Madrid, 2001, p. 111.

¹³⁵ AGÜERO, A., «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional» en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial Madrid. Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 24.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹³⁷ CLAVERO, B., «Anatomía de España. Derechos hispanos y Derecho español entre códigos y fueros» en *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales*, Giuffrè Editore, Milán, 1990, pp. 53 y 56.

¹³⁸ AGÜERO, A., «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional» en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, *Ob. Cit.*, p. 38.

¹³⁹ AMN, VARGAS PONCE, MS., Tomo. III, Doc. 31, Fol. 167 rº.- 168 rº. Copia autenticada del original en A.G.G., Sec. 2ª, Neg. 17, Leg. 11.

gio, Antonio de Urquiola, dialogase con la «Junta Procuradores Caballeros hijos dalgo de la mui noble y mui leal Prouincia de Guipuzcoa» sobre el modo de llevarlos a cabo:

«El General Antonio de Urquiola me ha advertido q^e. hauiendo Platicado en la Junta que essa Prouincia ha hecho postreram^{te}. cerca de la Orden que he mandado dar quanto à lo de los Plantios os haueis dado à entender que por algunas consideraciones y para que mejor se haga mi Seruicio deseais encargaros de la execucion de las Ordenanzas que cerca desto he mandado dar, y por que hà parecido que tomandolo por vuestra quenta y cargo la dareis dello como de todas las demas cosas de mi Seruicio hè mandado escribir al dicho Urquiola que platique con vos de la forma que esto se hade hacer para que teniendolo entendido pues ya lo esta quanto conuiene que en el cumplimiento¹⁰. de las ordenes que cerca desto he mandado dar no haya falta lo dispongais de manera que se haga lo que conuiene y sea con la mayor breuedad y menos pesadumbre de los vecinos»¹⁴⁰.

Así las cosas, jurisdicción real y otras formaban regímenes coincidentes, yuxtapuestos o concurrentes hasta dentro de una misma zona. De ahí que surgieran, con cierta asiduidad, numerosos conflictos y choques de naturaleza competencial sobre cualquiera de las actividades propias de unos territorios e instituciones que nunca vivieron de espaldas al monte¹⁴¹, pues, como a continuación veremos, la vida grupal de estas comunidades rurales estaba basada fundamentalmente en los bienes comunes que pudiesen disponer¹⁴².

Más específicamente, en el caso de los territorios vascos, como órganos vertebradores de cada una de sus provincias o Señorío, las Juntas Generales habían encontrado su génesis en la constitución de las diversas comunidades locales que tenían intereses y preocupaciones comunes y necesitaban de una mínima organización. Aquéllas eran el instrumento empleado para el debate y la adopción de decisiones¹⁴³.

Estas instituciones representaban los intereses de sus territorios, erigiéndose como interlocutores válidos entre la Monarquía y éstos. Aunque tam-

¹⁴⁰ AMN, VARGAS PONCE, Ms., 75 / 031 (fols. 167-168). Real Cédula dirigida a Guipúzcoa para que trate con Antonio de Urquiola de la forma de ejecutar las ordenanzas sobre plantíos, Madrid, 5 de enero de 1599.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, Institución Cultural de Cantabria & Ediciones Librería Estudio, Santander, 1986, pp. 7, 8 y 25. Afirma literalmente que en la cornisa cántabrica el mapa regional era un «abigarrado mosaico de múltiples jurisdicciones».

¹⁴² MANNORI, L., y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Editori Laterza, Roma, 2001, p. 25.

¹⁴³ AYERBE IRÍBAR, M^a. R., «Las Juntas Generales vascas. En defensa de la foralidad y de los derechos históricos» en *Ivs Fvgit*, n^o 15, *Ob. Cit.*, p. 304.

bién se encargaban de los problemas supramunicipales¹⁴⁴, los apoderados que acudían a las Juntas eran antes conscientes de actuar en favor de las necesidades de sus respectivas corporaciones (villas, ciudades, anteiglesias, etc), que de portar una mera representación provincial¹⁴⁵. Ahora bien, resulta preciso puntualizar que esta idea no significaba una lógica entre *centro* y *periferia* sin más. Recogiendo la idea de Portillo Valdés:

«...ni las provincias se sentían periferia ni la monarquía acertaba muy bien a adivinar su *centro*. La lógica es aquí otra en la que la provincia se presenta como uno de los agregados corporativos que, sin mezclarse (...) constituían la monarquía católica...»¹⁴⁶.

La denominación de *Juntas* se debía a la concentración de los procuradores junteros nombrados por las entidades locales –villas, alcaldías o valles– que duraba varios días¹⁴⁷. Por su parte, el calificativo de «Generales» era consecuencia de tratarse de unas agrupaciones abiertas a cualquier clase de asuntos, por lo que los procuradores podían presentar sus propios temas a la consideración de las Juntas¹⁴⁸. Por debajo de las Juntas se encontraban las Diputaciones, siendo delegaciones de aquéllas durante el interin en que no estuviesen reunidas.

Dado que la jurisdicción de las superintendencias de montes sólo abarcaban las zonas más próximas al litoral, salvo determinadas corrientes fluviales que se adentraban en el territorio, no se tratará en estas páginas de las Juntas alavesas, sino únicamente de las vizcainas y guipuzcoanas. En ellas, además de reunirse los procuradores como representantes de las anteiglesias, villas, alcaldías, valles y hermandades, se encontraba el corregidor, quien iniciaba sus sesiones. Al ser éste representante y velador de los derechos del Rey, a través de él recibían tanto el Señorío como la Provincia una parte muy importante de las disposiciones reales. También participaba en los debates cuando el tema lo requería, garantizaba el orden en las sesiones, denunciaba descuidos en las obligaciones «*de buen gobierno*», supervisaba las cuentas y levantaba las sesiones. Pero en las Juntas también se le recriminaba o supli-

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 304-305.

¹⁴⁵ PORTILLO VALDÉS, J. M., *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 220-221.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴⁷ Como ha demostrado MUÑOZ DE BUSTILLO, esta composición no era exclusivamente vasca, ya que en Asturias se reunían Juntas y Diputaciones de características muy similares, especialmente con las guipuzcoanas, dado el carácter realengo de las tierras en ambas regiones. Vid. MUÑOZ DE BUSTILLO, C., «Encuentros y desencuentros en la Historia: los territorios del Norte Peninsular en la coyuntura del Setecientos» en *Revista del Departamento de Historia Contemporánea de Universidad del País Vasco*, nº 12, Bilbao, 1995, p. 146.

¹⁴⁸ AYERBE IRIBAR, M^a. R., «Las Juntas Generales vascas. En defensa de la foralidad y de los derechos históricos» en *Ivs Fvgit*, nº 15, *Ob. Cit.*, p. 305.

caba, según el caso, determinadas actuaciones en aras a la mejor determinación de los negocios y bien de las comunidades¹⁴⁹. Según SORIA SESÉ, L., «ese control mutuo daba lugar a un respeto también mutuo, base de la estabilidad del gobierno y de la efectividad administrativa; estabilidad sólo rota cuando alguna de las partes extralimitaba sus funciones»¹⁵⁰.

Los diversos espacios jurisdiccionales compuestos por comunidades, corporaciones y personas, que se aglutinaban e interactuaban dentro de las provincias, poseían unos límites muy difuminados y nada precisos. Junto a aquéllos debieron moverse los superintendentes, dentro de un constante proceso de *definición jurisprudencial* mediante el que se intentaron definir los espacios de poder de cada una de las entidades que concurrían¹⁵¹, entre las que se encontraban las que se desenvolvían en el ámbito forestal. Dicho ámbito tuvo una especial incidencia en las provincias marítimas vascas por cuanto la construcción naval fue uno de los puntales de su economía, impulsada, como sabemos por la política exterior desarrollada por los Austrias, realizando en determinados momentos históricos una actividad febril que tomó los bosques más accesibles para su explotación¹⁵².

3.1. Vizcaya

De los dos territorios vascos que trataremos en esta ocasión, el que presentaba una mayor diversidad corporativa era el Señorío de Vizcaya¹⁵³, presentando como es sabido cuatro agregados institucionales: la Tierra Llana, el Duranguesado, las Encartaciones y las Villas¹⁵⁴, amén de las Juntas Generales, en la cúspide de la representatividad del Señorío¹⁵⁵. Además, desde me-

¹⁴⁹ Sobre la defensa de la Provincia en favor de los intereses municipales frente a los de los corregidores, vid. SORIA SESÉ, L., *Derecho municipal guipuzcoano. Categorías normativas y comportamientos sociales*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, 1992, p. 63.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 304-306. Sobre el equilibrio a nivel provincial entre ambas esferas de poder, vid. PORTILLO VALDÉS, J. M., *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, *Ob. Cit.*, p. 379.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 379.

¹⁵² BAZÁN DÍAZ, I., «De los tiempos oscuros al esplendor foral (siglos V al XVI)» en *De Túbal a Aitor. Historia de Vasconia*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2002, p. 250.

¹⁵³ VALDÉS, J. M., *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, *Ob. Cit.*, p. 261-262.

¹⁵⁴ ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J., y SESMERO CUTANDA, E., «Representación social y tensiones políticas en las asambleas representativas del Señorío de Bizkaia (c. 1550 – c. 1630)» en (Coord. AA.VV.), *Actes del 53è Congrès de la Comissió Internacional per a l'Estudi de la Història de les Institucions Representatives i Parlamentàries*, pp. 171-173. BAZÁN DÍAZ, I., «De los tiempos oscuros al esplendor foral (siglos V al XVI)» en *De Túbal a Aitor. Historia de Vasconia*, *Ob. Cit.*, p. 226.

¹⁵⁵ ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J., y SESMERO CUTANDA, E., «Representación social y tensiones políticas en las asambleas representativas del Señorío de Bizkaia (c. 1550 – c. 1630)» en (Coord. AA.VV.), *Actes del 53è Congrès de la Comissió Internacional per a l'Estudi de la Història de les Institucions Representatives i Parlamentàries*, *Ob. Cit.*, p. 171.

diados del siglo XVI hasta en torno a 1630 las instituciones centrales vizcaínas padecieron frecuentes enfrentamientos internos como consecuencia de una lucha de bandos que repercutió en la estabilidad de sus Villas¹⁵⁶. A pesar del clima de inestabilidad interno, hubo algunas reticencias generalizadas hacia los superintendentes en esta época. Tras haber concedido Cristóbal de Barros cierto protagonismo a los corregidores, hemos visto que su sucesor, Ojeda, mantuvo desavenencias con el Señorío. A comienzos del siglo XVII las Juntas vizcaínas le acusaron de sobrepasarse en sus actuaciones, pretendiendo evitar su trato con el superintendente para dejar el asunto forestal en manos de los corregidores. Con este fin solicitaron a sus síndicos que «les den información y averigüen los excesos y agravios que ha hecho el Capitán Agustín de Ojeda» y planteándose enviar un representante ante la Corte para convencer al monarca de este propósito¹⁵⁷. Por su parte, ante la postura sostenida por la institución vizcaína, Ojeda veía intenciones encubiertas en contra de la Superintendencia, que consideraba podían redundar en detrimento del fomento de árboles:

«La caussa principal que les muebe a que este off^o. ande en los Corregidores es porque nunca hazen visita personalmente y solo se contentan con que les traigan testimonios de como an plantado algunos en cada año, no lo auiendo echo y assi se alla todo el Señorío muy desnudo de plantios, y por esto tienen miedo que aya algunas condenaçiones»¹⁵⁸.

Sin embargo, a pesar de las protestas provinciales, pocos años mas tarde, en la Junta General de agosto de 1605, fue leída una cédula del rey, despachada el 12 de julio de aquel mismo año, en la que ordenaba al Señorío ayudar al superintendente en las labores de plantar y mantener robles y fresnos para la fábrica de navíos. En las actas quedó reflejado cómo «se obedeció la real carta y en cuanto a su cumplimiento mandaron que los Síndicos hablen al Capitán Ojeda»¹⁵⁹.

La colaboración con los requerimientos de la Monarquía continuó ocasionalmente pero actuando el Señorío desde su propio territorio e instituciones, intentando soslayar la presencia de los Superintendentes. Así el territorio se ofreció para actuar en actividades constructivas de barcos con las «Condi-

¹⁵⁶ ZABALA MONTOYA, M., «Las Juntas Generales de Bizkaia a principios de la Edad Moderna: desequilibrios y enfrentamientos anteriores a la concordia» en *Cuadernos de Historia Moderna*, nº 30; Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005, pp. 85-124.

¹⁵⁷ Acta del Regimiento General, 7 de abril de 1600. Vid. DE SARGARMÍNAGA F. y DE ARETIO, D., *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*, Vol. IV, Excma. Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1928, pp. 200-201.

¹⁵⁸ AGS; G.A.; Leg. 565-62; Agustín de Ojeda a Felipe III. Vizcaya; 21 de abril 1600.

¹⁵⁹ Acta del Regimiento General, 7 de abril de 1600. Vid. DE SARGARMÍNAGA F. y DE ARETIO, D., *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*, Vol. IV, Ob. Cit., p. 414.

ciones con que el Señorío de Vizcaya ofrece fabricar ocho navíos para servir en la Armada» en 1617. Para ello solicitaron el traslado por parte del rey de 25.600 ducados por vía de empréstito, puestos en Bilbao, con los que poder hacer frente a la nueva construcción, de los cuales 22.600 serían empleados en las pertinentes cortas de maderas, además de preferir la importación de pinos de Prusia o de Riga para las arboladuras de las naves. De cara a las maderas que fuesen propiedad de particulares, debía proporcionársele al Señorío toda la tabla, árboles y demás pertrechos y aparejos existentes en los almacenes de la comarca que solicitara, «por el coste que le tuvieren a S.M., y su valor se descuenta del empréstito»¹⁶⁰. Por este motivo no puede hablarse rotundamente de contienda entre el *centro* y la *periferia*, ya que existió cierta colaboración entre ellos, entre los distintos poderes y sujetos agentes del territorio¹⁶¹, aunque en este caso al margen de los comisionados de Montes.

Cuestión diferente es que gran parte de las actuaciones de las Juntas no fuesen vistas con buenos ojos por las Superintendencias. A comienzos de la década de los cuarenta la postura de las Juntas Generales vizcaínas, generó tal malestar en quien ocupaba el cargo forestal, Martín de Vallecilla, que manifestó a Felipe IV:

«Los del gouierno deste Señorío, en todas las Juntas generales y particulares tratan de desacreditar este ofiçio dando a entender que solo ellos han de dar las ordenes de los que se ha de hazer. Y anssi en esta ultima Junta han decretado e ymbiado a los lugares autos para que en cada uno aya un Super yntendente de montes y plantios y que se puedan valer de ellos, y puedan dividir los montes // y esto lo fomentan los dueños de las ferrerías por tener mano para hazer lo que quieren»¹⁶².

El superintendente opinaba que, de acceder a las pretensiones del Señorío, «no abría de aquí a diez años pie de arbol ni con que hazer fabricas ni edificios de cassas». Era plenamente consciente que su principal obligación chocaba con los intereses de Vizcaya ya que, desde su nombramiento en 1626, su principal cometido había consistido en «que se planten los montes en el numero de Arboles que a cada lugar y ante Iglesia esta repartido para que se ebiten las desordenes de talas y cortas para que aya maderas nuevas para las fabricas de navios», rivalizando por la disposición de estos recursos con las poblaciones de la zona¹⁶³. Para poder controlar las actividades forestales de

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, Ob. Cit., pp. 63-69.

¹⁶¹ FIORAVANTI, M., «Estado y Constitución» en *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*, Trotta, Madrid, 2004, p. 29.

¹⁶² AGS, G.A., Leg. 3221. Martín de Vallecilla a Felipe IV, Portugalete, 28 de diciembre de 1642.

¹⁶³ AGS, G.A., Leg. 3221. Carta de Martín de Vallecilla a Felipe IV, Bermeo, 11 de noviembre de 1643.

los lugareños, se vio obligado a volver a hacer constar en qué consistían sus obligaciones «en el título que V.M. me mando despachar se previene que se haga la visita General dos veces cada año por lo menos»; aunque él mismo reconocía que la aplicación nunca fue así en la práctica, pues «por escusar molestias he dejado de hacer continuas visitas pero siempre que e reconocido que combiene las e executado». Sobre las visitas manifestaba también que en todo momento las hizo «juntandome con la justicia hordinaria de los lugares», quienes le mostraban los términos del municipio empleados para los plantíos, lo que siempre se había «hecho por mi y por mis antecessores»¹⁶⁴. Situación similar, pero aún más acentuada, fue la vivida en la otra región costera vasca, que trataremos a continuación.

3.2. Guipúzcoa

El área que más conflictos mantuvo con los superintendentes de Montes y Plantíos, y de la que más documentación se generó como consecuencia de su alta actividad astillera, fue Guipúzcoa. Ésta contó con numerosos centros de producción que construyeron importantes unidades navales para la Corona¹⁶⁵, y en ella ya existía alguna zona esquilada a fines del siglo XVI. Los celos se tradujeron en una frecuente inobservancia de las disposiciones dictadas por las Superintendencias¹⁶⁶.

Tras el cese de Barros los asuntos de montes recayeron en torno a 1597 sobre la figura del ya citado Antonio de Urquiola¹⁶⁷. Desde el inicio de su actividad las relaciones de Urquiola con la Provincia no fueron fluidas, oponiéndose constantemente esta última a sus actuaciones¹⁶⁸. Ante estas reticencias tampoco fueron infrecuentes las protestas del nuevo comisionado dirigidas al rey acerca de la falta de colaboración en todo lo referente a la construcción naval, acusando a las villas que la conformaban de negarse a cooperar en el acarreo de la madera y que le obligaron a elevar quejas alegando que «recaudo he ymbiado diversas bezes a guipuzcoa y al corregidor» sin obtener respuesta satisfactoria¹⁶⁹. Anteriormente expusimos que los problemas surgieron en torno a 1597, cerrando las diversas villas sus puertas a todos los

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ ODRIOZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, p. 93.

¹⁶⁶ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165

¹⁶⁷ AGS, G.A., Leg. 484-54, 490-106, 490-123, 490-127. GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, *Ob. Cit.*, p. 369. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 162 y pp. 601-606.

¹⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 163.

¹⁶⁹ AGS, G.A., Leg. 490-106. Antonio de Urquiola a Felipe II, Lezo, 4 de octubre de 1597.

foráneos, incluyendo a los comisionados regios, por una epidemia de peste entre San Sebastián y Pasajes. A este respecto, Guipúzcoa alegó en defensa de los intereses de sus municipios que siempre había cumplido con las órdenes y cédulas recibidas, cuidando que todos sus vecinos hiciesen plantíos comprendidos dentro de las dos leguas próximas a la mar o ríos navegables y asegurando tener constancia de su observancia porque «cada Villa y lugar dan sus testimonios de auerlo cumplido cada año a las Juntas Generales que celebramos despues de la pascoa de resurrecion». Valiéndose de la misiva, la Provincia aprovechó para quejarse de los impagos sobre los árboles cortados por la Corona, que hacían peligrar la continuidad de nuevas plantaciones tanto a nivel concejil como particular, haciendo ver que tales deudas influirían negativamente en las pretensiones políticas de la Monarquía, «de que redundaría Gran Desserviçº. a V.Mag^d. Asi para sus Reales Armadas como para el trato y comercio de sus reynos»¹⁷⁰.

Tras la peste de 1597, los conflictos con la Superintendencia de Urquiola no cesaron, antes al contrario, durante los primeros años de su mandato las fricciones aumentaron. La crónica de los hechos es la siguiente y resulta lo suficientemente representativa de las disensiones entre el comisionado regio y la asamblea.

Así, en septiembre de 1598 también fueron efectuados repartos de plantíos entre las villas pero muy pocas cumplieron el mandato, elevando nuevamente quejas al órgano representativo de la Provincia¹⁷¹. Poco después, durante la Junta de Guetaria, de 20 de noviembre de 1598, el concejo de Astigarraga manifestó que, a pesar de que Urquiola había ordenado un repartimiento de plantíos sobre sus terrenos concejiles, la institución local no disponía de propios, ni otras rentas, ni tampoco de un lugar en el que poder plantar los robles indicados, por lo que solicitó que mientras se informaba a la Corona la asamblea decretara que la Superintendencia no obligara en el asunto a dicho concejo¹⁷². La solicitud fue leída en la propia Junta acordán-

¹⁷⁰ AGS, G.A., Leg. 426-156. La Provincia de Guipúzcoa a Felipe II, Tolosa, 18 de abril de 1598. Nuevamente el motivo de las quejas tuvo su origen en la villa de Rentería, donde se cortaron «cantidad de Robles diziendo que importaua se cortasen en aquel menguante de Ebrero y todo ello sea cortado en el monte Brauo de la dha Villa donde los vezinos della no tiene aprouechamº. sino el comun en voz del concejo. Y que han dado certificaciones dello para que se les pague su prescio, a que tienen enbiado persona y que de dilatarse su resolucion resiguen daño y se desanimaran a continuar los plantíos asi en la dha Villa como en el resto de la provincia».

¹⁷¹ Un análisis de estos años sobre Guipúzcoa, comprendidos entre fines del s. XVI y comienzos del XVII, es recogido por GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, pp. 601-606. También sigue a éste ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165.

¹⁷² GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 603. Cita A.G.G., J.G. de Guetaria, 20-XI-1598.

dose, que en virtud de las diversas disposiciones emanadas de Felipe II, se había ordenado que sus villas plantasen una cantidad determinable de robles y otros árboles. Guipuzcoa, por su parte, indicó que todo esto se había estado cumpliendo en los años anteriores, tal y como constaba en los testimonios mandados por las villas en las Juntas anuales que se celebraban en verano. Dados estos antecedentes la asamblea resolvió obedecer y reverenciar la Real Cédula de plantíos¹⁷³, pero decidió permanecer exenta de su cumplimiento de acuerdo con el *pase foral*¹⁷⁴. Además pidió al rey que no mandase desposeer de los autos originales a los escribanos de la Provincia por los «generales u otros ministros de guerra», sino que a éstos se les proporcionasen traslados «signados para que en todo aya siempre cuenta y raçon»¹⁷⁵.

Tres días más tarde Antonio de Urquiola remitió escrito a la Junta con el fin de que ésta ordenase a las villas guipuzcoanas que le mandasen relación con la cantidad de repartimientos hechos a los particulares. Sin embargo, la institución provincial no sólo no se plegó a esta solicitud sino que acordó una providencia en materia de plantíos mediante la que compelia a todos los alcaldes ordinarios el envío a las Juntas del verano de los testimonios de cada plantío hecho en su jurisdicción. Además se decidió acudir al rey para que dispensara a la propia Junta y pudiese hacerlo ella por sí misma, quedando exenta de los mandatos del superintendente u otras comisiones del mismo tipo. Por el contrario, Urquiola se mostró reticente a acceder a las pretensiones de la institución provincial, manifestando a Felipe III que:

¹⁷³ *Ibidem*, p. 603. El autor supone que tal vez se trate de la Real Provisión de 1548. Sin embargo, no manifiesta conocer la Real Cédula de 7 de diciembre de 1574 y la Instrucción de 1575, pues sólo afirma saber sobre Cristóbal de Barros que fue Superintendente antes de 1598. Nos inclinamos más por que se trate alguna de estas normas ya que son más cercanas en el tiempo y, sobre todo en la materia, que no se refieren a meros asuntos forestales sino a éstos mismos aplicados a las necesidades navales.

¹⁷⁴ AYERBE IRIBAR, M^o. R., «Las Juntas Generales vascas. En defensa de la foralidad y de los derechos históricos» en *Ivs Fvgit*, n^o 15, *Ob. Cit.*, p. 310. Afirma que «El pase foral suponía la revisión de todas las cartas y provisiones reales de aplicación en el territorio y la orden dada por ésta para su cumplimiento. Conocido como *concesión de uso o pase foral*, su objetivo era evitar que se diese algún contrafuero. La fórmula del *obedézcase pero no se cumpla* suponía la suspensión del cumplimiento de la orden y la devolución de la real disposición a la consideración del Rey para que enmendara todo aquello que podía ser en perjuicio de la foralidad establecida».

¹⁷⁵ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, n^o 56, *Ob. Cit.*, pp. 602-604. Afirma que «El motivo de esta petición tenía su origen en que el superintendente había hecho un repartimiento de plantíos, por presencia de Pedro del Puerto, escribano numeral de Guetaria, y se había llevado los autos originales del repartimiento». En esta misma asamblea, el municipio en donde se estaba celebrando, Guetaria, mostró su disconformidad frente a la postura mantenida por las demás villas. Sin saber las causas, esta villa manifestó su obediencia a la Real Cédula y «que está presto a facer cumplir lo que por ella se manda» (A.G.G., J.G. de Guetaria, 20-XI- 1598).

«Todos los días pasado tengo escrito a V.M. dando quenta (...) de lo que esta señalado y Repartido los plantíos de robles y fresnos a las Villas y lugares de la costa desta provincia y la contradicion que han querido poner en nombre de Guipuzcoa para suplicar a V.M^d. que no se entienda con ellos tomando por ocasion que en la rreparticion que hize hauia señalado demasiado y no seria razón que se diese lugar a que se escusen de plantar conforme como esta Repartido. V.M^d. mandase pues importa tanto a su rreal seruicio y particular Bien y hutilidad de toda esta Tierra»¹⁷⁶.

En estas circunstancias, el rey emitió una Real Cédula, fechada en Madrid el 5 de enero de 1599 y ya citada en páginas anteriores, en la que exponía cómo el superintendente se quejó de las pretensiones guipuzcoanas por acaparar para sí la ejecución de los plantíos¹⁷⁷, así como la postura regia que intentó apaciguar la controversia «de manera que se haga lo que conuiene y sea con la mayor breuedad y menos pesadumbre de los vecinos»¹⁷⁸. Según Gómez Rivero, este testimonio pone de manifiesto la buena disposición del monarca en el asunto de los plantíos, sobre el que deseaba su ejecución pero sin generar perjuicios a los guipuzcoanos. La cédula fue remitida, tras su estudio en la Diputación de Azcoitia, a los valles, villas y alcaldías de la Provincia para que expresaran su opinión, además de acordar que todas las poblaciones despachasen testimonios de los plantíos en la siguiente Junta de verano que se celebraría en Cestona¹⁷⁹. Una de las primeras medidas de dicha Junta fue la de ordenar, el 26 de abril de 1599, que cada procurador aportase a ésta los testimonios de los plantíos hechos dentro de sus términos durante el referido año, lo que pondría de manifiesto que la asamblea provincial no contemplaba la posibilidad de remitirlos a la Superintendencia, a pesar de que así lo disponía la comisión regia. Con posterioridad, el 3 de mayo, Urquiola se presentó en la Junta exhibiendo la Real Cédula de 5 de enero de 1599 y la orden referente a los plantíos. Las dos normas se leyeron y en la jornada siguiente fue acordada una disposición mediante la cual la Provincia remitiría a Felipe III la orden que desde ella se había dado a todas sus villas encargando la plantación en cada una de ellas de una cantidad mínima de 500 robles, debiendo enviar testimonio de su ejecución, y que sumarían alrededor de 15.000 pies de árboles anuales, con apercibimiento de imponérseles la

¹⁷⁶ AGS, G.A., Leg. 522-154, Antonio de Urquiola a Felipe III, Pasajes, 8 de diciembre de 1598.

¹⁷⁷ Copia de ella en AMN, VARGAS PONCE, T. 3^a, Doc. 31, Fol. 167 r^o.- 168 r^o. Original en A.G.G., Sec. 2^a, Neg. 17, Leg. 11.

¹⁷⁸ AMN, VARGAS PONCE, Ms., 75 / 031 (fols. 167-168). Real Cédula dirigida a Guipúzcoa para que trate con Antonio de Urquiola de la forma de ejecutar las ordenanzas sobre plantíos, Madrid, 5 de enero de 1599.

¹⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, cita A.G.G., Registro de actas de la Diputación desde 29-XI-1598 hasta el 24-III-1599.

pena de 10.000 maravedíes, ya establecida durante el período de Cristóbal de Barros¹⁸⁰. También fue acordado el aporte de maderas particulares para la real fábrica, pero pidieron que éstas fuesen tasadas antes de cortarse, debiendo evaluarlas «sendas personas nombradas por el que tuviere a su cargo la dicha fábrica y por el dueño de los tales maderos». Además dispusieron suplicar a la Corona evitar la Superintendencia y que, cuando el rey lo considerase oportuno, se le enviarían desde allí los testimonios necesarios para justificar el cumplimiento de las plantaciones. Sobre esta petición no se pronunció Felipe III y al poco, en verano de 1600, como ya apuntamos en páginas precedentes, falleció Urquiola.

Al comienzo de este nuevo período Guipúzcoa siguió observando la antigua Ordenanza de 1548 y las villas enviaron su testimonio en abril de 1601¹⁸¹. Poco después, al encontrarse vacante la ocupación de la fábrica de navíos y conservación de montes en la Provincia, se nombró para su gobierno y administración, en julio de 1601, al coronel Domingo de Idiáquez¹⁸². Sus funciones eran, genéricamente, las mismas que las de su predecesor, señalando el número y calidad de los ejemplares a plantar entre los pueblos. También se le ordenó disponer con orden y medida los que eran susceptibles de ser desmochados y cortados, destacando ahora la obligación de enviarle al rey una relación anual de los árboles que hubiese repartido en cada término concejil. Ésta se la podrían proporcionar los alcaldes, quienes debían entregarle los testimonios de todo lo plantado en sus jurisdicciones para que a su vez el coronel los remitiera al veedor y contador de la gente de guerra de las villas de San Sebastián y Fuenterrabía, Martín de Aróstegui. Al poco tiempo, en el mes de septiembre de aquel mismo año, el nuevo superintendente ya desempeñaba sobre el terreno sus funciones, recorriendo lugares y villas situados a dos leguas de la mar mandando el plantío de robles para el mes de marzo del año siguiente, 1602.

La forma en la que ordenó su establecimiento era la de mantener una distancia de ocho codos de separación entre ejemplares, supervisando que crecieran rectos. Con el fin de obtener la materia prima más adecuada para la

¹⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 606. En p. 624 recoge la transcripción del acuerdo de la Junta de Cestona, aprobado en 4 de mayo de 1599 (A.G.G., Registro de Juntas de Cestona de mayo de 1599) ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165.

¹⁸¹ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165.

¹⁸² AMN, VARGAS PONCE, MS., 75 / 031 (fols. 170-175) Copia fehaciente de Real Cédula encargando a Domingo de Idiáquez de la fábrica y arqueamientos de navíos de Guipúzcoa, así como de la conservación de los montes de dicha provincia, por muerte del general Antonio de Urquiola, Valladolid, 21 de julio de 1601. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 606.

construcción naval, Idiáquez mandó que se escogieran los mejores plantones que dispusiesen los viveros. Por otro lado, de cara a las actividades forestales de los pobladores estableció que tanto el concejo como los particulares que cortasen o hubieren cortado robles antiguos para la fabricación de viviendas, naos u otra obra, plantaran en su lugar dos robles por cada ejemplar cercenado. Por último, el superintendente formulaba el apercibimiento de que en la siguiente visita ejecutaría las penas dispuestas en su comisión sobre los infractores¹⁸³. Sin embargo, los lugares sujetos a la jurisdicción de Idiáquez no estuvieron muy de acuerdo con la visita, y tanto el valle Oyarzun como San Sebastián elevaron a la Diputación sus protestas. El primero refería, por carta de 14 de septiembre, que el coronel, tras llegar a la zona y haber exhibido su comisión, pidió verbalmente que le dijese cuántos árboles podían plantar el concejo y los particulares. Asimismo, este valle comunicaba que no había querido resolver ni dar respuesta a Idiáquez hasta que la Diputación tuviese conocimiento de todo el asunto. Por su parte, al siguiente día, 15 de septiembre, la villa de San Sebastián también se dirigió a la misma institución trasladándole la cédula real, refiriéndose a la orden dada por el superintendente acerca de la ejecución de los plantíos y los apercibimientos hechos a la población en caso de ser remisos en el cumplimiento de su orden¹⁸⁴. Tres días más tarde fue leída la carta de la villa en la Diputación y se acordó escribir al coronel para que suspendiera la ejecución de su comisión hasta la celebración de la próxima Junta, a celebrar en Azcoitia, donde se trataría el asunto y se daría la orden que fuere considerada más conveniente «al servicio de su magestad de bien de esta republica»¹⁸⁵.

Respecto a este modo de proceder, Gómez-Rivero hace hincapié en resaltar cómo el superintendente Idiáquez no presentó la cédula real de su oficio o pase de la Provincia. Así pues, la Diputación había de conformarse con un traslado de la comisión remitido por la villa de San Sebastián porque en ningún momento la institución guipuzcoana obtuvo de Idiáquez la cédula. Sin embargo, el comisionado de la Corona sí procedió exhibiendo directamente su comisión en aquellas villas donde hizo el repartimiento de árboles¹⁸⁶.

En la Diputación de Tolosa también se vio, el 18 de septiembre, una relación de lo que consideraba la villa de San Sebastián –Oyarzun remitió otra semejante– que debería realizarse con los plantíos, difiriendo de lo ordenado por el superintendente y que constaba de tres puntos:

¹⁸³ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, pp. 606-607.

¹⁸⁴ AMN, VARGAS PONCE, Ms., 86 / 18 (fol. 38), San Sebastián 15 de septiembre de 1601 (copia del original del Archivo de Guipúzcoa).

¹⁸⁵ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 608. Cita A.G.G., Diputación de Tolosa, 15-IX-1601.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 608.

«1.- Que al alcalde y regimiento no se les podía compeler a la ejecución del repartimiento que se hacía a los particulares porque era el coronel, en virtud de su comisión, quien tenía que encargarse de dicha ejecución. Por ello se debía de suplicar al Consejo de Guerra en este asunto.

2.- Que los árboles se plantaran por lo menos a 10 codos de distancia y no a ocho como proponía Idiáquez.

3.- Que cuando se cortaran robles viejos, sería suficiente que se plantara uno en lugar de que se cortara»¹⁸⁷.

El 20 de noviembre de 1601, las Juntas Generales de Azcoitia acordaron escribir al rey acerca de las providencias adoptadas por la Provincia respecto de los plantíos y suplicar el cese del cargo de superintendente¹⁸⁸. Sin embargo, la intención real era claramente opuesta a la petición y una real cédula, otorgada en Valladolid el 29 de noviembre de 1601, declaraba en su parte expositiva que la villa de San Sebastián no había obedecido el repartimiento ordenado por Idiáquez alegando que se oponía a una ordenanza provincial. En la parte dispositiva se reprochaba la legislación guipuzcoana mandando que cumpliera fielmente las órdenes dadas por Idiáquez sin que cupiese ningún tipo de alegación o interpretación de la ordenanza. Felipe III era taxativo:

«...mando que en esta conformidad hagais de vuestra parte el esfuerzo necesario para ello asistiendo al dicho coronel con el favor y ayuda y los otros medios que para este efecto os pidieredes dar, conforme al amor y zelo que tenéis a mi servicio»¹⁸⁹.

El asunto sobre el que versaba la disposición regia fue considerado de tanta entidad, al entender que vulneraba los intereses provinciales, que se decidió no tratarlo en sede de la Diputación, y al quedar aún cuatro meses para la celebración de la Junta de verano, fue objeto de una Junta particular celebrada dos días después de año nuevo en Basarte. La Provincia no cedió en sus pretensiones y sus junteros, aplicando la fórmula del *pase foral*, decidieron obedecer la susodicha carta real, pero en lo atinente a su cumplimiento, dijeron que suplicaban de ella, lo que a efectos prácticos suponía volver a acatar la Ordenanza provincial de montes de 1548¹⁹⁰.

En marzo de 1602 Idiáquez tenía que haber llevado la segunda visita a las villas costeras, tal y como había anunciado, pero prefirió esperar a la

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 609 (pie de página 78). Cita A.G.G., Diputación de Tolosa, 18-IX-1601.

¹⁸⁸ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165.

¹⁸⁹ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 611. Cita A.G.G., Sec. 2ª, Neg. 17, Leg. 11.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 611-612. Cita A.G.G., Registro de la Junta Particular de Basarte, 3 de enero de 1602. DE LA CRUZ AGUILAR, E., *La Destrucción de los Montes (Claves histórico-jurídicas)*, *Ob. Cit.*, p. 81.

celebración de la siguiente Junta de abril, en Zumaya, aguardando para ver si ésta llegaba a adoptar algún acuerdo en el asunto. A pesar de las decisiones en contrario de la Junta, el coronel comunicó a la asamblea su necesidad de enviar al monarca los testimonios municipales sobre los plantíos. Sin embargo, los alcaldes los remitieron al órgano provincial, sin pasar por el comisionado regio y obstaculizando de este modo el ejercicio de la Superintendencia. Aún así, Idiáquez decidió cumplir las obligaciones de su cargo sin considerar los acuerdos junteros. De este modo, y a pesar del retraso, resolvió visitar las villas bajo su jurisdicción actuando con firmeza en los lugares donde no se hubiesen cumplido sus órdenes, como el caso de Azpeitia, donde en julio de 1602 multó a los oficiales de su regimiento con 1.000 reales por no haber efectuado el plantío. Durante aquel verano acudió en varias ocasiones al litoral guipuzcoano pero continuó hallando impedimentos, por lo que en noviembre decidió escribir a la Junta de Fuenterrabía para lograr apoyos en la ejecución de sus obligaciones. La Provincia se negó a colaborar, respondiéndole que sus villas continuarían remitiendo los testimonios de sus plantíos a la Junta de verano, manifestándole que Guipúzcoa tenía dada orden a sus villas de cómo tenían que actuar acerca de lo «que tanto importa al servicio de su magestad y al bien desta republica y propio interés de los vezinos della a que se acudirá con la voluntad y beras que el caso requiere y se a hecho siempre»¹⁹¹. Idiáquez, cansado de polemizar, escribió al rey lamentándose por no poder llevar a cabo su cometido y Felipe III respondió a la Provincia pidiendo que no trabase las obligaciones del superintendente. No obstante, a pesar de las quejas, Guipúzcoa no dejó de perseverar en su actitud y en la Junta de Vergara fueron leídas dos cartas, una del coronel y otra del rey, sin acceder a sus pretensiones. En efecto, nuevamente las villas entregaron testimonios de los plantíos a la institución provincial, en vez de disponerlos a favor de Idiáquez.

Las constantes pugnas entre la Superintendencia y Guipúzcoa llegaron a enquistarse como consecuencia de la obstinación de las dos partes. Dos años más tarde, desde la Junta de mayo de 1604, en Tolosa, se comunicó a la Corona el cuidado que ponía la Provincia acerca del asunto de los plantíos, enviando otra vez ella misma al rey y no Idiáquez, los testimonios que ese año se habían hecho. Además, la asamblea acordó que en caso de que el coronel procediese contra alguna villa, sus oficiales o los particulares, la institución provincial pudiera salir en su defensa ante «las hexaciones y molestias que cada día se ban aumentando»¹⁹². Ante la inmovilidad de las posiciones, que no permitían desarrollar correctamente el cometido asignado a la Superintendencia, Idiáquez optó por ir a la Corte y solicitar ser relevado de su cargo. Se desconoce si éste era el verdadero motivo de su presencia

¹⁹¹ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 613. Cita a A.G.G., J.C. de 23-XI-1602.

¹⁹² *Ibidem*, p. 613. Cita a A.G.G., J.C. de Tolosa, 8-V-1604.

en Madrid o si tan sólo se trató de una medida de presión, pero, en cualquier caso, Felipe III debió ratificarle, pues en 1606 seguía requiriendo el apoyo de la Provincia. El 13 de abril de aquel año el coronel acudió a las Juntas de Elgóibar exhibiendo dos Reales Cédulas, la primera de ellas refería su nombramiento como responsable de la fábrica de navíos y de la visita de montes, y en la segunda se le ordenaba obligar a los concejos y lugares ubicados a cinco o seis leguas de Placencia a plantar fresnos y nogales para cajas de arcabuces y mosquetes¹⁹³. Ignoramos el sentido del dictamen de la Junta. Si seguimos otra vez el parecer de Gómez-Rivero, no sería descabellado pensar que la postura guipuzcoana permaneciese firme, pues el 12 de septiembre del mismo año el superintendente escribió una misiva a la Provincia en la que le compelió a seguir sus mandatos, amenazándola con actuar severamente:

«Con licencia de V.S. me es fuerça volver por mi reputación y obligación y dar la buena quenta que he dado toda la vida, de lo que tengo a cargo y su magestad me manda. Y que si yo hiçiere algunos papeles, en raçon desto, y acudiere a sacar prendas para las penas que su magestad tiene mandado, y hiçiere otras diligencias que me tocan y se inbiaren a su magestad para que mande probeer lo que mas su serviçio fuere, se sirva V.S. del enorme por escusado y disuel [roto], pues de mi parte ha avido toda la buena correspondencia que soi obligado y devo a yjo de V.S. Y de la de los que han faltado de cumplir con las ordenes de su magestad y no han querido acudir con los testimonios, no avrá disculpa, pues no lo es el deçir que los an enviado a V.S., ni con esto cumplen con la voluntad de su magestad, de que a mi me pasa en el alma y de que me obliguen a ejetutar mi orden por rigor»¹⁹⁴.

Ahora bien, lo que en Guipúzcoa no existía, a semejanza de Vizcaya, era una negativa frontal a colaborar con las necesidades bélicas de la Monarquía, sino a que por las guerras reales se prescindiese de sus instituciones provinciales. De contar con ellas, usualmente había buen entendimiento entre la Corona y los dos territorios y en caso contrario resolvía, en este tipo de casos, el Consejo de Guerra¹⁹⁵. Prueba de estas avenencias

¹⁹³ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 165. GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, pp. 614-615. Cita A.D.S.S., J.G. de Elgóibar, de 13 de-IV-1606.

¹⁹⁴ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, p. 616 (pie de pag. nº 112). Cita A.G.G., Sec. 2ª, Neg. 13, Leg. 12.

¹⁹⁵ AYERBE IRIBAR, Mª. R., «Las Juntas Generales vascas. En defensa de la foralidad y de los derechos históricos» en *Ivs Fvgit*, nº 15, *Ob. Cit.*, p. 310. Opina que «en general hubo siempre un respeto y entendimiento mutuo entre el Rey y los territorios y no se crearon situaciones de conflicto por el ejercicio de este derecho al pase. Pero siempre

la encontramos en las actuaciones del capitán Domingo de Goyçueta, natural y vecino de Rentería, quien fue uno de los constructores navales más activos de aquel municipio guipuzcoano. En sus comienzos se había dedicado a la fabricación de embarcaciones particulares, pero desde 1606, tal vez al amparo de subvenciones reales, firmó varios contratos de asientos con la Corona para la labra de navíos destinados a las Armadas del Mar Océano, entre los que consta un contrato, en 1606, para la construcción de tres galeones de guerra y otro, dos años más tarde, por otros tantos navíos con el mismo destino. Ambos contratos fueron llevados a cabo con árboles provenientes de los montes concejiles de Rentería y en este caso la villa no le puso ningún impedimento para su venta al entender que estos negocios madereros potenciaban su industria naval, uno de los principales pilares económicos de la población¹⁹⁶.

La colaboración fue algo mayor tras el nombramiento como superintendente de Domingo de Echeverri, en abril de 1611. Éste comenzó a actuar en materia de construcción naval, no viniendo a desempeñar efectivamente sus competencias sobre Montes hasta que se reuniese la Junta de Guipúzcoa para poder notificarle su acceso al cargo. Ésta tuvo lugar en Fuenterrabía, y el 16 de noviembre se presentó Echeverri entregando un memorial firmado de su puño y letra en el que exponía lo que consideraba que debía llevar a cabo la Provincia para el fomento forestal, así como su conservación para fábrica de navíos y provisión de ferrerías. El nuevo superintendente requirió a la asamblea que leyera este documento y que en razón de él acordase lo más conveniente a los intereses generales y al bien provincial. Además exigió a la Junta que pidiese a las villas, alcaldías y valles que le proporcionasen los testimonios de plantíos, advirtiendo que, en caso contrario, emplearía los recursos necesarios. El órgano guipuzcoano agradeció la consideración que había tenido Echeverri «en hacer merced» con las informaciones y prevenciones de su escrito «acudiendo a esta Junta como tan buen hijo de esta provincia» –trámite que su predecesor en el cargo había pasado por alto– para posteriormente ordenar a los procuradores de San Sebastián, Deva y Oyarzun

que se hubo de aplicar alguna disposición real en ellos, a pesar de haberseles aplicado el pase (y fueron escasas las ocasiones), se procuró llegar a arreglos o avenencias entre la Corona y los territorios dándoseles el nombre de *avenencias, pactos o concertos* que, consentidas por las partes, adquirirían la misma fuerza y vigor que los fueros». Si bien en ocasiones, el «puntual ejercicio de esta competencia por parte de la Provincia originó no pocos conflictos con otros jueces, especialmente con el Corregidor o el Capitán General de Guipúzcoa, al no estar del todo bien recogidos por el Fuero los límites de sus atribuciones, resolviéndose las diferencias en última instancia por los Consejos Reales de Guerra o Justicia, según fuese la materia del delito y la conveniencia del momento».

¹⁹⁶ ODRIÓZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, p. 119.

que analizaran el documento disponiendo lo más conveniente¹⁹⁷. Dos días después fue leído el dictamen de los junteros y esta vez sí se accedió a cumplir el memorial. En la misma Junta fue decretado que los lugares entregaran al superintendente los testimonios de los plantíos¹⁹⁸.

Pocos años más tarde la actividad naval también se incrementó, a la vez que se produjo un cambio de superintendente. Sabemos que el encargado de la fabricación de galeones al servicio de la Corona en el Señorío de Vizcaya había venido siendo anteriormente el Capitán Agustín de Ojeda, natural de Fuenterrabía, y también superintendente forestal. Su labor fue estimada y le sirvió para que Felipe III en 1617 le pusiese al frente de las fábricas, plantíos y montes de Guipúzcoa¹⁹⁹. Poco después, el 8 de mayo de 1618, esta Provincia se ofreció a construir doce galeones para la Corona lo que fue aceptado por el rey mediante Real Cédula de 28 de julio²⁰⁰. Sin embargo, los problemas no cesaron. Para llevar a cabo esa construcción de barcos, la villa de Hernani tuvo que pedir que sus montes no fuesen esquilados por personas ajenas a la misma:

«Fran^{co}. de Oña en nombre de la Villa de Ernani digo que algunas personas por orden de los fabricantes de Nabios ô Galeones socolor de que para su fabrica pueden de su autoridad tomar los Arboles y maderos necesarios en qualquiera Jurisdiccion pagando su valor han rescibido algunos Montes de la dha Villa y señalado con les sin licencia ni consentimiento de los del Regimiento y se teme que tomaran atrevimiento de cortarlos por asegurarse a su parecer a lo qual nos e debe dar lugar y aunque pudiera la dha villa querellarse criminalmente contra los tales por lo hecho pide y suplica a V.S. que pues tiene aceptado el ofrecimiento que le ha hecho de dos Galeones y para ellos tiene mucha necesidad de toda su arboleda y maderamen tomando este negocio por suio se sirba de hacer instancia con el señor correx^{or}. para que mande despechar su mandamiento contra queles quier fabricadores y persona que so graves penas no toquen los dhos montes ni Arboles de la Jurisdiccion de la dha Villa la qual recibira merced y favor en ello».²⁰¹

¹⁹⁷ GÓMEZ RIVERO, R., «La Superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)» en *A.H.D.E.*, nº 56, *Ob. Cit.*, pp. 621-622. Cita A.D.S.S., J.G. de Fuenterrabía, de 17 de noviembre, pp. 17-18.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 622.

¹⁹⁹ ODRIÓZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 2, *Ob. Cit.*, 111.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ DURO, C., *A la mar madera. Libro Quinto de las Disquisiciones Náuticas*, *Ob. Cit.*, pp. 69-70.

²⁰¹ AMN, Colecc. VARGAS PONCE, MS., 75 / 73 (fol. 281). Representación de la villa de Hernani para que el Corregidor de Guipúzcoa prohíba a los fabricantes de navíos de otras

A pesar del agotamiento y de las reticencias que despertaban los superintendentes, desde Guipúzcoa se continuaron haciendo esfuerzos para proveer de materiales la construcción de uno de los galeones que estaría al frente de las unidades atlánticas. Este empeño hizo que la propia Monarquía agradeciese el gesto:

«El Rey.

Junta Procuradores Caballeros hijos dalgo de la mui noble y mui leal Prouincia de Guipuzcoa. El Corregidor Don Pedro de la Barreda Zeballos me ha dado quenta en carta de los veinte y uno de Diciembre de la promptitud con que haueis dispuesto que se den los Arboles que me teniades ofrecidos para la tablazón de la Capitana que he mandado se fabrique en los Astilleros de la Villa de San Seuastian para mi Armada del mar océano por lo qual os doy muchas gracias asegurandoos que tendre memoria desto en todas las ocasiones»²⁰².

La doble preocupación por el esquilmo de los bosques, regia por un lado y de las villas guipuzcoanas por otro, volvió a representarse en la Junta de Azcoitia de 1657 en pugna por abastecer a las Armadas o a las ferrerías. Ante el conflicto de intereses la Corona respondió que lo principal que «importaba al bien comun de la Monarquía la conservazion de los Montes y plantios de la dicha Provincia, de que se fabricavan los navíos de mayor fuerza y porte para las Armadas y Carrera de Indias», a la par que intentaba conciliar esta necesidad bélica con las prácticas tradicionales ferronas puesto que «de los dichos plantios y conservazion de los montes no sólo resultava la madera, sino que el desecho servía para carbón de que se yba sintiendo falta en las herrerías»²⁰³.

De todas maneras, los intentos por parte de la Corona para armonizar las explotaciones forestales continuaron sin dar todos los frutos deseados. En 1668, otro superintendente, Luis de Necolalde, volvió a toparse con recelos generalizados en toda la Provincia. Al iniciar su tarea de visitar los montes adscritos a su jurisdicción, muchas villas no colaboraron con él, de lo que se quejó en los siguientes términos.

«...lo es también la justa mortificación que me caussa el que vuestra señoría se persuade a que yo pueda dar lugar a inconvenientes ni quejas justas pues las que se an insignuado a vuestra señoría algunas republicas (que se comprenden en el distrito de la visita de montesque

jurisdicciones cortar árboles de los montes de la jurisdicción de Hernani, necesarios para la construcción de dos galeones ofrecidos por esta Villa. Año 1618.

²⁰² AMN, Colecc. VARGAS PONCE, Tomo XXII, Doc. 42, fol. 89. «Real Cedula del rey Dⁿ. Phelipe 4^o. Su fecha en Madrid 5 de Enero de 1647 por la qual da S.M. à la Prov^a. expresivas gracias por hauerle seruido con cantidad de Maderamen para la Fabrica de la Capitana Real que se construo en los Astilleros de la Villa de San Seuastian».

²⁰³ SORIA SESÉ, L., *Derecho municipal guipuzcoano. Categorías normativas y comportamientos sociales*, Ob. Cit., p. 261. Cita A.M. Villa. A.7.1.7.

me toca hacer) son sin fundamento alguno y opuestas a la execucion de las ordenes de su magestad porque sauida la representacion que han hecho a vuestra señoria se reduce a que no deuo dejar repartimiento de plantios entre los particulares vecinos d'ellas sino solo en lo concejil juzgando que lo demas es rigor y querer extender la jurisdiccion de mi oficio...»²⁰⁴.

Sus requerimientos no surtieron efecto y diez años más tarde, este comisionado aún continuaba lamentándose de que las Juntas Guipuzcoanas no le habían remitido los testimonios de las villas sobre los plantíos hechos en la visita de la década anterior²⁰⁵.

A pesar de los intentos de las Superintendencias, la falta de fomento en el cantábrico llevó a que posteriormente fuera promulgada para la provincia de Guipúzcoa, con fecha de 11 de abril de 1670, una nueva de norma forestal antes citada que no mencionaba las figuras de los superintendentes, pero entraba en su ámbito competencial respecto de las villas en las que se extendía el territorio bajo su jurisdicción. Bajo el epígrafe de «Conservación de los Montes, *so penas graves*»²⁰⁶, se contemplaba como una de las causas del deterioro de los montes la fábrica de navios, si bien se reconocía igualmente la necesidad de continuar su construcción. Según expresaba la propia disposición, el espíritu que en ella subyacía era el de siempre; pero que difícilmente se había venido alcanzando, es decir, lograr una situación de equilibrio a través de la cual en los montes guipuzcoanos «se tenga cuidado en su mayor fomento posible» con el objetivo de lograr la «conservacion para material de los astilleros de los buques, herrerías y otras aplicaciones».

La norma partía de la base de que la situación de los montes de la región era manifiestamente mejorable, enunciando que «Descuidos de los últimos tiempos exigen tanto mas este cuidado». La causa de tales desmanes quedaba declarada expresamente en el texto, al entender que el motivo del menoscabo de los bosques se debía a la concurrencia de las actividades que giraban alrededor de los montes, por «hacer rozaduras y sementeras», lo que originaba enfermedades en los árboles dañados al formarse una capa de mala calidad como secuela del desprendimiento de la corteza. Por ese motivo, éstas eran prohibidas obligándose a todo particular que deseara llevar a cabo dicha rozadura a la obtención de una licencia, expedida por «la autoridad del pueblo». Ahora bien, no se permitía que la institución municipal otorgase arbitrariamente la licencia para rozar, sino que ésta había

²⁰⁴ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 165. Cita *Memorial de 1 de mayo de 1669* en A.G.G.-G.A.O., JD IM 2/17/12.

²⁰⁵ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 165.

²⁰⁶ Recogida en la compilación efectuada por SORALUCE, N., *Fueros de Guipúzcoa. Títulos adicionales y consideraciones, reglamentos, sumario histórico, etc.*, Ob. Cit.

de devenir como resultado de un procedimiento establecido por la norma y consistente en la elaboración de un «previo informe de dos peritos» designados por el propio Ayuntamiento. De no seguirse este trámite, el condenado «pagará a cada uno 100 ducados de multa, y será además residenciado el Ayuntamiento ó particular que infrinja». Para lograr una relación fidedigna de la expedición de licencias se imponía un requisito consistente en que cada pueblo llevase nuevamente un registro exhaustivo de las mismas y de otros acontecimientos e incidentes que pudieren resultar de interés en materia forestal, por lo que «cada pueblo tendrá *un libro* en que se asienten las licencias concedidas, indicando con claridad las topografías de dichos puntos y otras circunstancias».

Las obligaciones del vecino que hubiere obtenido licencia no acababan ahí puesto que permanecía sujeto a efectuar una serie de labores que eran detalladas aseverando que «queda obligada por cada fanega de tierra rozada á plantar anualmente, mientras continúe sembrando en dicho punto, seis árboles castaños ó robles en la jurisdicción del mismo pueblo donde éste mejor crea. Cada fanegada de sembradío equivaldrá la postura de cien manzanos, distante 10 codos uno de otro, y la plantación anual de dichos seis árboles se hará á la vez que la rozadura y sementera».

Por otra parte, esta nueva disposición establecía otra serie de obligaciones de carácter fiscal por parte de los pueblos a los vecinos de las poblaciones guipuzcoanas, que no eran en ningún caso especificadas y de las que tan sólo se hacía referencia a la necesidad de contribuir con «algún pequeño tributo destinado para plantíos de árboles», además de realizar visitas consistentes en reconocimientos «de las rozaduras hechas, según se ordena en esta Ley; y si se observare que hubo antesplantíos en los puntos de las rozaduras, se harán nuevas plantaciones»²⁰⁷.

A pesar de su contenido, pocos años más tarde, en 1674, la Monarquía se vio obligada a recordar que debían guardarse las normas que pretendían preservar ciertas masas forestales de la Provincia, impidiendo la tala de sus montes, tal y como consta en la siguiente orden de la Corona:

«La Reyna Gobernadora = Junta Procuradores Caualleros hijos dalgo de la M. N. y M. L. Prouincia de Guipuzcoa. Ase me dado cuenta de que los Montes francos del valle de la Urumea poseidos por la Ciudad de San Seuastian y las Villas de Ernani y Urnieta en comunidad con los Vecinos de Dueños tratan de talarlos por el pie indistintamente sin hacer separacion en dejar las guias y reserbas conbenientes para corbatones ligazones barengas pies de genomas horquillas tablazón y madera dra¹. y de otros jeneros, que precisamente son necesarios para las fabricas de Galeones y navios, que de no acudirse al Reparó quedaran extinguidos y gemrados [¿ “merma-

²⁰⁷ SORALUCE, N., *Fueros de Guipúzcoa. Títulos adicionales y consideraciones, reglamentos, sumario histórico, etc.*, Ob. Cit.

dos”?) los Montes con tal destrucción sin esperanza de que Vuelvan a su primer ser y las fabricas sin Recurso a tantos materiales como necesitan y se podran lograr de dhos Montes mayormente quando las que a hauido en los años antecedentes han consumido tan gran numero de Materiales, que obliga para la fabrica de la Capitana Real y de otros Galeones buscarlos y conducirlos ocho y diez leguas la Tierra adentro y siendo esta materia en que tanto interesa el Servicio del Rey mi hijo a parecido mandaros (como lo hago) deis las Ordenes necesarias a estas tres Republicas y sus Justicias, que en ninguna manera se permita la tala de los dhos montes dexandolas sazonar para que corriendo el Corte en la forma que deue ser bayan dexando las Reservas y guias en toda perfeccion para que haya los materiales referidos y bayan en aumento en el mayor numero, que ser pudiere guardando las leyes y ordenes que sobre ello eran dadas precisa y imbiolablemente a que atendereis con el Celo que acostumbrais y de los que dispusieredes, y se executare me dareis quenta»²⁰⁸.

La disposición es elocuente puesto que la reiteración de peticiones para preservar a foresta continuaba siendo síntoma de un incumplimiento generalizado de las órdenes de la Monarquía.

3.3. Efectos en el bien jurídico a proteger: agotamiento de las masas forestales

En todas estas pugnas, por lo general hubo un protagonista perjudicado, tanto por una como por otra parte, el bosque. Los poderes políticos eran absolutamente concededores de su trascendencia económica²⁰⁹. Sin embargo, como acabamos exponer, buena parte de la cubierta vegetal leñosa del arco cantábrico llegó a estar esquilada. Éste no fue un fenómeno propio de los últimos años de la dinastía de los Austrias ni tampoco podemos decir que se produjese en todos los lugares por igual. A pesar de esta falta de homogeneidad, a la vista de la documentación consultada algo sí parece claro: desde los comienzos de la construcción naval a gran escala ya se vinieron produciendo quejas acerca del deterioro de montes septentrionales en la Península. Desgraciadamente, no disponemos de ningún tipo de cartografía histórica que nos permitiese evaluar con precisión la magnitud de los daños en la cubierta vegetal²¹⁰. Ahora bien, sí resulta claro que la sobreexplotación logró degradar un bien, el Monte, que era la base de las principales actividades económicas

²⁰⁸ AMN, Asuntos diversos de MARINA, Ms., 580 (fol. 23 r.-23 v.). Orden de la Reina Gobernadora, Madrid, 8 de abril de 1674.

²⁰⁹ URTEAGA, L., *La tierra esquilada. Ideas sobre la conservación de la naturaleza en la cultura española del siglo XVIII*, Ediciones del Serval S.A., Barcelona y C.S.I.C., Madrid, 1987, p. 115.

²¹⁰ *Ibidem*.

de la época, constituyendo «la causa primera y más importante en orden al quebranto de la riqueza patrimonial de los municipios»²¹¹.

Este menoscabo era fundamentalmente consecuencia de los excesos cometidos en las cortas masivas y, aunque éstas no sólo fueron resultado de la acción de las Superintendencia, sí es cierto que los superintendentes tuvieron mucho que ver en la degradación de la masa arbórea. Grandes extensiones de terreno quedaron yermas durante mucho tiempo, pues a pesar de la política de plantíos, se taló durante toda la vigencia de la institución más de lo que se iba regenerando. Las palabras de uno de ellos, Idiáquez, fueron elocuentes: «un roble ha menester 80 años para que del se pueda sacar tabla» y, a pesar de los esfuerzos hechos en materia de repartimientos y recuperación no se lograba dar abasto a tanta demanda maderera, porque «esto no puede suplir lo que se ha cortado»²¹². Ello incluso obligó en ocasiones a aumentar de facto el radio de acción de la Superintendencia en Guipúzcoa hasta cinco o seis leguas del litoral marítimo, a pesar de que ya sabemos que las instrucciones de la Monarquía sólo habilitaban por lo general la distancia comprendida entre las dos leguas cercanas a la costa o a ríos navegables. Según su experiencia, el propio Idiáquez sólo encontraba como solución impulsar lo que anunciaba como otras técnicas de plantaciones:

«...hallo q conviene ordenar que todas las villas de sus propios, hagan riberos grandes sembrando bellota, y habiendolos echo en aber ellos mismos estaran obligando a que los trasplanten al cabo de seis años q los plantones estaran sazonados, y este remedio es facil y fiable y en beneficio de los mismos naturales y bastante p^a cubrir la tierra q ay en aquellas partes»²¹³.

Pero las sugerencias del superintendente guipuzcoano siempre se quedaron en eso, en meras propuestas que nada hicieron cambiar lo que venía siendo el mismo modo de proceder desde los tiempos de Cristóbal de Barros. Este mismo llegó a esquilmar enormes áreas a causa de los encargos navales que le hacía llegar la Monarquía. La tónica continuó tras su cese y fueron constantes las dificultades que la institución encontró para lograr abastecer de maderas aptas al Real Servicio. Aún no había expirado el siglo XVI cuando el superintendente en Guipúzcoa, Antonio de Urquiola se vio obligado a explicar a Felipe II que para la fábrica de seis galeones en el puerto de Pasajes, a pesar de haber contratado «a todos los oficiales que sauen serrar y hazer tabla» resultaba muy complicado «buscar la madera que fuere necess^o» porque «la mayor y mejor parte de la que hauia en esta Comarca se a

²¹¹ SORIA SESÉ, L., *Derecho municipal guipuzcoano. Categorías normativas y comportamientos sociales*, Ob. Cit., p. 254.

²¹² AGS, G.A., Leg. 3157. Carta de Idiáquez a Felipe IV, 30 de enero de 1631.

²¹³ *Ibidem*.

gastado y consumido en la fabrica de los galeones que se han hecho antes»²¹⁴. Las quejas del oficial no eran infundadas, pues Odriozola Oyarbide cita, por ejemplo, cómo entre 1593 y 1594 se cortaron 400 robles en los montes de Rentería para la construcción de seis navíos, cantidad que la autora estimaba que debió ser mayor a pesar de no disponer de datos, pues desde el primero de estos años hasta 1597 la actividad de los astilleros guipuzcoanos, especialmente los renterianos, y, en menor medida, de los vizcaínos, fue especialmente productiva, llegando a construirse en esta población un total de veintinueve galeones para las Armadas Reales²¹⁵.

Por su parte, el Capitán Agustín de Ojeda, quien más tarde sería Superintendente en la costa vizcaína, tomó parte en aquella deforestación, dejando relación de maderas cortadas y reflejando la reticencia de la población local a participar de la corta sin mediar compensación económica, puesto que:

«...quando bine a esta Villa [Rentería] a principiari esta fabrica tomando platica delos montes della alle que no abia otro mas acomodado que un exido que tiene la misma Villa, que es el mejor que ay en toda esta provincia y tratando con la Justicia y regimientos della se hauia de cortar madera en el, no quisieron que se començasse sin obligarme a la paga y por facilitar el seruicio de V.m^d. y que no sse ynquietasen lo hize mediante esto sean cortado como quint^s. arboles, y sera menester cortar mas de otros cuatrocientos y últimamente no queria ya cortar ninguno hasta que se les pagase lo que se auia tomado con buenas palabras ofreciendoles que del primer dinr^o. que V.m^d. mandase enviar se les pagaria»²¹⁶.

Si los montes guipuzcoanos sufrieron un enorme desgaste por parte de los comisionados regios se debió a que esa zona del litoral fue clave en la política de fomento naval y así continuó a lo largo del siguiente siglo, ya que en ella había concentrados tres astilleros principales al servicio del monarca²¹⁷. En efecto, el mayor peso tanto constructivo como forestal recayó en la mitad oriental del Cantábrico donde existieron presiones para preservar y fomentar maderas a favor de la Armada, llegando a producirse frecuentes

²¹⁴ AGS, Leg. 484-54. Carta de Antonio de Urquiola a Felipe II, Pasajes, 25 de abril de 1597.

²¹⁵ ODRIOZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, n.º. 2, *Ob. Cit.*, pp. 111-112.

²¹⁶ AGS, G.A., Leg. 406-221. Agustín de Ojeda a Felipe II, Rentería, 24 de octubre de 1594. ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, *Ob. Cit.*, p. 47.

²¹⁷ ODRIOZOLA OYARBIDE, L., *Construcción naval en el País Vasco, siglos XVI-XIX. Evolución y análisis comparativo*, Diputación Foral de Gipuzkoa, Departamento de Economía y Turismo, San Sebastián, 2002, p. 107.

dimensiones²¹⁸. Siempre se precisaron navíos en la costa vasca y los materiales necesarios debían acapararse con prontitud en los bosques aledaños²¹⁹. En 1594, el propio Agustín de Ojeda tuvo ocasión de requisar toda la tabla seca que había hallado en la costa para la construcción de seis navíos²²⁰. Dos años más tarde, dijimos que debido a la enorme demanda, la Provincia se vio obligada a proveerse de maderas navarras, cuyas masas forestales no estaban tan explotadas como en las áreas vascas²²¹ y, de acuerdo con los Fueros de aquel Reino, se permitió la exportación de troncos y tablazón con destino Guipúzcoa para fábrica de navíos²²².

²¹⁸ ODRIOZOLA OYARBIDE, L., «La construcción naval en Guipúzcoa. Siglos XVI-XVIII» en *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº. 2, *Ob. Cit.*, p. 93. Afirma que en todos los puertos de aquella provincia, excepto Guetaria, habían instalados astilleros de diferentes tamaños, durante los siglos XVI y XVII.

²¹⁹ En aquel mismo año, el 23 de agosto de 1597, fue emitida una Real Cédula a don Juan Velázquez, capitán general de la provincia de Guipúzcoa, enviándole una relación sobre las naos más convenientes en la navegación a Indias y para que informase acerca de su fabricación, que apremiaba, después de consultarlo con Antonio de Urquiola. En el mismo documento se establecía un mandato análogo para el corregidor de Vizcaya, quien debía tratar este asunto con el arriba citado, capitán Agustín de Ojeda. AGI, Indiferente, 1957, L.5, f.50v.

²²⁰ AGS, G.A., Leg. 427-97. Carta de Agustín de Ojeda a Felipe II, Rentería, 15 de mayo de 1595.

²²¹ SORIA SESÉ, L., «Bienes comunales en Navarra y las Provincias vascas (siglos XVI-XVIII)» en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, *Ob. Cit.*, p. 105.

²²² DE ELIZONDO, J., *Edición de la Novissima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra hechas en sus Cortes Generales desde el año de 1512 hasta el de 1716 inclusive. Año 1735*. Vol 2. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1964, pp. 92-93. Lib. I, Tit. XVIII, Ley XLIII dice así: [Pamplona. Año 1596. Ley 62] «No es de menor consideración el daño que reciben los naturales deste Reino, que residen en las Montañas de una novedad, que ahora se hace por los Soldados, que en los confines de Francia están en Vera, y en Maya, estorbando, que no se lleve madera, ni otra tablazón á Guipúzcoa. Porque de las pocas grangerías que en las dichas montañas se ofrecen, una de ellas es hacer votas, y pipas, que sirven para portear por la mar el vino, que se embarca para las Indias, y otras partes: y también la clavazon, y otras cosas semejantes. Demás, que se llevan á Guipúzcoa maderas para la fabrica de los Navios, que en aquellas costas se hacen, por no hallarse en ellas tal aparejo. Y todo se hace en este Reino de arboles caídos, ó infructiferos. Y quando fuessen cortados de nuevo se havia de permitir: lo uno por el gran provecho que de ello resulta, por el bien comun de tantos Reinos de vuestra Magestad, á donde se llevan las obras susodichas; y lo otro por evitar la falta que de lo contrario se seguiria; y lo otro por el provecho, que los Naturales deste Reino reciben de ésta grangeria. Y también porque por el daño que reciben de ésta prohibicion, los Guipuzcoanos prohibirán también ellos (como han comenzado á hacerlo) el traer de su Provincia á este Reino, mena, y otras cosas que de allá se trahían: Demás, que tambien cessan muchos derechos, que la dicha obra se pagan á las Tablas Reales de vuestra Magestad. Y aunque los dichos Soldados podrian haver tenido ocasion para hacer esto en las instrucciones, que llevan del Ilustre vuestro Visso-Rey deste Reino, que deben decir no dexen passar cosas de madera nunca se há entendido, ni practicado, sino en respecto de Francia, y en respecto de aquel Reino se ponen por Guardas los dichos Soldados, y no en respecto de Guipuzcoa. Y por esso sin embargo de las dichas

Las pugnas con los dueños particulares en defensa de sus árboles siempre fueron generalizadas. Idiáquez, al enviar una relación de mástiles de pino hallados en Rentería, informó que eran constantes los desencuentros con los propietarios de terrenos en Oyarzun por razón de no aceptar los precios que él les ofrecía en la compra de sus árboles. A pesar de ello las labores continuaron y con afán de poder seguir recabando maderas solicitó a la Corona la compra de “unos montes muy buenos que tendrán mas de 100 mil codos de madera y se daran por poco mas de 4 mil dc^s por que se venden por deudas y seria bien comprarlos para su M^d. pues por 12 mil dc^s no se hallarían otros tales”, que se encontraban cercanos a la factoría de Lezo²²³. Aún así, la madera de la provincia era tan escasa que no resultaba suficiente, por lo que se vio obligado a encargar una remesa de 195 piezas de arboladura, para fabricar mástiles de diferentes tamaños y grosores desde Noruega²²⁴.

Ninguna de las normas o medidas adoptadas por los superintendentes parecieron poder regenerar los bosques de aquellos territorios al ritmo que los astilleros necesitaban, a pesar de que la subsistencia de sus poblaciones giraba alrededor de la madera.

4. CONCLUSIONES

La investigación nos ha llevado a tomar como punto de partida, al margen de algunos antecedentes expuestos, la segunda mitad del siglo XVI porque la gestión maderera para navíos de guerra comenzó su curso en grandes cantidades a partir de aquel momento. Más concretamente hemos debido analizar la figura de un personaje prácticamente desconocido pero absolutamente trascendental para comprender la base de los engranajes jurídicos, institucionales y de gestión del poder naval filipino, sobre el que recaía buena

instrucciones, que han llevado los otros años los Soldados, que en los dichos Puertos han residido, se han passado publicamente á Guipuzcoa las dichas obras, y madera, y conviene que se passen para el servicio de vuestra Magestad, y bien de éste Reino, por las dichas razones. Porende pidimos, y suplicamos á vuestra Magestad, ordene, y mande, que los Soldados que residen en los dichos Puertos, ni otras personas, no estorven de aqui adelante el passar á Guipuzcoa madera, ni obra que de ella se haga, que en ello, &c. [Decreto] *A esto os respondémos, que por contemplacion del Reino se dá licencia á todos, para que puedan libremente llevar, y passar tablas, y maderas para la Provincia de Guipuzcoa á otros Reinos, y Señoríos nuestros, con que al passar los registren en el postrer Lugar del Puerto por donde las passáren, y traigan testimonio autentico del Lugar donde las huvieren dexado, y lo dexten á la persona ante quien huviere hecho el registro, y la tal persona de seis á seis meses embie á nuestro Visso-Rey la razon de lo que huviere passado, y de los testimonios, que le huvieren dado*». ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 119.

²²³ AGS, G.A., Leg. 726. Carta de Domingo de Idiáquez a Felipe III, Azcoitia, 2 de septiembre de 1609.

²²⁴ AGS, G.A., Leg. 726. Relación Domingo de Idiáquez, Azcoitia, 29 de julio de 1609.

parte de la política exterior protagonizada por la Monarquía Universal: Cristóbal de Barros y Peralta.

El por qué de esta decisión ha sido claro. Como hemos tenido ocasión de comprobar, la premura de la Monarquía Universal por señorear los mares, propició la aparición de una institución, protagonizada por aquel comisionado, que sirvió para gestionar y explotar aquella fuente de riqueza natural que eran los bosques, también codiciadas por diferentes sectores de la sociedad e íntimamente vinculada a extensas áreas vizcaínas y guipuzcoanas. No en vano, para las poblaciones de aquellos montes ubicados a dos leguas de la mar o ríos navegables la funcionalidad de árboles se basaba en todo un elenco de posibilidades, como la obtención de energía, alimentación del ganado y recolección de materiales diversos. Estos usos se integraban en cada territorio debiendo guardar un cierto equilibrio, pues de lo contrario el sistema en conjunto corría peligro: la explotación excesiva implicaba una deforestación, que a su vez suponía menores disponibilidades de pastos, de ganado, de abono y de energía, que podían traer consigo situaciones de pobreza o hambruna²²⁵.

Consecuentemente, la aparición en el reinado de Felipe II de una nueva jurisdicción que se ocupase de los asuntos silvícolas, la *Superintendencia de Montes y Plantíos*, supuso una alteración de los derechos de las poblaciones locales, hasta entonces tradicionales, sobre los bienes producidos por los bosques, casi siempre en favor de las necesidades exteriores/marítimas pretendiendo desde entonces ser gestionados sin depender de las Juntas y municipios vascos, sino únicamente por agentes de la Corona o de otros órganos vinculados directamente a la misma.

En conclusión, las posturas fueron antagónicas, debido a que aquellas necesidades sociales, por un lado, y navales, por otro, no eran otra cosa que el reflejo de dos mundos: por un lado, un universo silvícola habitado por sociedades rurales en las que sus instituciones locales, de estructura y administraciones con pervivencia medieval, eran las más próximas al campesinado. Frente a ellas una política de arbolados, protagonizada por los comisionados regios, que intentó sobreponerse a aquellas formas de gobierno provenientes de siglos anteriores y que terminó frecuentemente colisionando, con derechos *provinciales* o *locales*. Mediante este nuevo régimen de Montes la Monarquía Hispánica no pretendió hacerse con el control y explotación de todas las masas boscosas sino de las más codiciadas para la construcción de barcos, las del norte peninsular, cuyo arbolado tenía una calidad que resultaba estratégica para la política naval de la Corona. A pesar de los inconvenientes, las necesidades marítimas pretendieron imponerse frente a las de las economías locales y ello generó un problema, con connotaciones políticas y estratégicas,

²²⁵ IRIARTE GOÑI, I., «La funcionalidad económica y social de los montes. Un esbozo de las transformaciones de largo plazo» en *Actas de la II Reunión sobre Historia Forestal. Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, nº 16, Valladolid, 2003, pp. 32-33.

que resultaba insoslayable²²⁶: el agotamiento de los bosques. Por lo general, se taló más de lo que crecía y la Corona tuvo que plantear el control, la conservación e incluso la repoblación de las masas forestales. Sin embargo, de poco sirvió pues la documentación consultada demuestra que, a pesar de los esfuerzos, los árboles frecuentemente escasearon. Por este motivo, estamos de acuerdo con GOODMAN, cuando considera que «la construcción de barcos, razón principal de la política conservacionista, era al mismo tiempo una causa principal de deforestación»²²⁷.

En definitiva, la conflictividad institucional, debida a las variedades e indefiniciones jurisdiccionales²²⁸, resultó patente a lo largo de toda su historia. Los desencuentros fueron más frecuentes que los encuentros. Las entidades de carácter local o regional eran con asiduidad representantes de unas economías e intereses vecinales que también codiciaban la explotación silvícola, y protagonizaron importantes fricciones con los agentes del rey e incluso llegaron a impedir, con más constancia de la que éstos hubiesen deseado, las tareas que les habían sido encomendadas por parte de la Monarquía. Como hemos tenido ocasión de comprobar, la publicación reiterada de normas con igual contenido es reflejo de esto. No obstante, ello no siempre representó una negativa frontal de esas instituciones a colaborar con las necesidades de la Corona; antes al contrario, en ocasiones fueron estas mismas, como por ejemplo las Juntas Generales vascas, las que se ofrecieron puntualmente a asistir al rey en materia de cortas y plantíos, pero siempre pretendiendo pasar por alto las competencias de los comisionados de la administración central de la Monarquía.

RESUMEN: Este estudio pretende analizar, desde una perspectiva jurídico-institucional, la pugna entre, por un lado, los requerimientos de la Monarquía de los Habsburgo por explotar los bosques vizcaínos y guipuzcoanos para abastecer de maderas a las Armadas que preservaban los extensos territorios hispánicos. Por otro, las necesidades de las poblaciones rurales, gestionadas por derechos propios basados fundamentalmente en la costumbre, que se sustentaban en los bienes que los árboles les proporcionaban, y fueron defendidas frente a los comisionados reales por sus instituciones locales o provinciales.

PALABRAS CLAVE: Austrias, Marina, Montes, Vizcaya/Bizkaia, Guipúzcoa/Gipuzkoa.

²²⁶ GIMÉNEZ I BLASCO, J., «La qüestió forestal a Catalunya. Les ordinations de 1627» en *Actes. Primer Congrés d'Història Moderna de Catalunya*, Vol. 1., Universitat Barcelona, Barcelona, 1984, p. 246.

²²⁷ GOODMAN, D., *El Poderío naval español. Historia de la Armada del siglo XVII*, Ob. Cit., p. 120.

²²⁸ ARAGÓN RUANO, A., *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Ob. Cit., p. 165.

TITLE: Forest management, naval need and legal-institutional conflict: the Hispanic monarchy and the Basque institutions during the Habsburgs.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze, from a legal and institutional perspective, the conflict between, on one hand, the requirements of the Habsburg Monarchy by taking advantage of Bizkaia's and Gipuzkoa's forests to supply wood to the Navy that preserved the extensive Hispanic territories. On the other hand, the needs of rural populations, managed by inherent rights mainly based on customs, which were sustained with the consumer goods that the trees provided them, and were defended against the royal commissioners for their local or provincial institutions.

KEYWORDS: Habsburgs, Navy, Forest, Biscay, Gipuzkoa.

Recibido: 10.04.2013

Aceptado: 09.05.2013

La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios

Aránzazu Pérez Moriones

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

SUMARIO: 1. Planteamiento—2. La eficacia de los pactos parasociales. 2.1. Introducción. 2.2. Antecedentes. 2.3. La eficacia meramente «inter partes» de los pactos parasociales.—3. La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales. 3.1. La situación en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. 3.2. El estado de la cuestión en el ordenamiento español. 3.2.1. Antecedentes: la orientación jurisprudencial favorable al reconocimiento de eficacia societaria a los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales. 3.2.2. El estado de la cuestión tras las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el grupo «Kurt Konrad y Cía, S.A.». 3.2.3. Una última vuelta de tuerca acerca de la eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos omnilaterales: la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2012. 3.3. La eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales. 3.4. Consecuencias de la eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales.

1. PLANTEAMIENTO

Últimamente se han publicado varios trabajos doctrinales en los que se han estudiado diversas cuestiones relacionadas con los pactos parasociales. Las razones que justifican este interés se encuentran, probablemente, en la cada vez mayor utilización práctica de este instrumento, así como en varias sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que han producido cierta controversia. Es necesario, desde luego, reconocer que en tan solo unos años se han producido importantes novedades legislativas y jurisprudenciales sobre la materia, las cuales obligan al replanteamiento de algunas cuestiones. En este sentido, las dudas que hace unos años se suscitaban en relación con la licitud y validez de los pactos parasociales han quedado definitivamente superadas¹. Basta tener presente el reflejo legislativo, directo o indirecto, que

¹ La jurisprudencia los ha considerado negocios jurídicos válidos en las SSTs de 27 de septiembre de 1961; de 10 de noviembre de 1962; de 28 de septiembre de 1965; de 24 de septiembre de 1987, Ref. Aranzadi, núm. 6194; de 26 de febrero de 1991, Ref. Aranzadi, núm. 1600; de 10 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi núm. 1204; de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi nº 2850; de 19 de diciembre de 2007, Ref. Aranzadi núm. 9043, con comentario de PÉREZ MILLÁN, D., «Sobre los pactos parasociales. Comentario a la STS 1ª

han recibido en la Ley 26/2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas²; y, posteriormente, en el Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares³, o en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales⁴. Sin embargo,

de 19 de diciembre de 2007», *RdS*, núm. 31, 2008, p. 383 y ss.; o de 10 de diciembre de 2008.

² Ley 26/2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de julio de 2003, núm. 171, p. 28046 y ss. Al respecto, pueden consultarse FERNÁNDEZ PÉREZ, N., «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», *RdS*, núm. 22, 2004, p. 87 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., «Cuestiones sobre el régimen de transparencia de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 7, 2010, p. 137 y ss.; GINER GARCÍA, D., «Aproximación a la regulación del sistema de publicidad de los pactos parasociales en la Ley 26/2003», *Diario La Ley*, 2003, p. 1891 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R., «La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales», *DN*, núm. 165, 2004, p. 5 y ss.; LEÓN SANZ, F. J., «La publicación de los pactos parasociales por las sociedades cotizadas», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, Volumen 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 1167 y ss.; MAMBRILLA RIVERA, V. M., «Los pactos parasociales y la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas: análisis de su tratamiento en la Ley 26/2003», *RdS*, núm. 22, 2004, p. 205 y ss.; RECALDE CASTELLS, A. y DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., «Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica», *Diario La Ley*, 2004, p. 1585 y ss.; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «La disposición transitoria tercera 2.c de la llamada Ley de Transparencia como interpretación auténtica de normas anteriores», en SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 1155 y ss.; o SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., «Los pactos parasociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, Madrid, 2007.

³ Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de marzo de 2007, núm. 65, p. 11254 y ss. Por todos, ver FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *RdS*, núm. 29, 2007, p. 139 y ss.; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», *RDM*, 2007, p. 1123 y ss.; o VICENT CHULIÁ, F., «La publicidad del Protocolo Familiar (RD 171/2007, de 9 de febrero)», *RJC*, 2008, p. 51 y ss.

⁴ Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de marzo de 2007, núm. 65, p. 11246 y ss. Sobre la mencionada Ley y su vinculación específicamente con el tema de los pactos parasociales, FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 83 y ss.

uno de los principales problemas prácticos que presentan los pactos parasociales –su limitada eficacia– no ha sido resuelto, al menos satisfactoriamente. De hecho, como quedará confirmado en páginas posteriores, la eficacia y, en estrecha conexión con esta última, los problemas que se producen como consecuencia del incumplimiento de los pactos parasociales constituyen una materia de preocupación para los operadores jurídicos. En efecto, si los pactos parasociales presentan eficacia «*inter partes*» únicamente vinculan a los socios que han participado en los mismos, pero no a los socios no intervinientes en ellos, a la sociedad o a terceros. De ahí los altos riesgos de incumplimiento que conllevan. A la luz de algunas experiencias planteadas ante nuestros tribunales, resulta necesario un replanteamiento de la eficacia de los pactos parasociales, siquiera respecto de aquellos pactos parasociales en los que han participado todos los socios, es decir, los denominados pactos parasociales omnilaterales. Con todo, en fechas recientes, se ha entregado al Ministro de Justicia la Propuesta de Código Mercantil, resultado de un largo trabajo realizado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, iniciado en el año 2006. Pues bien, una de las novedades que se contiene en dicha Propuesta es un régimen básico de los pactos parasociales⁵, en el que se incluye una previsión acerca de la eficacia de los mismos; regulación a la que se suma la de los pactos parasociales sujetos a publicidad, materia que constituye el capítulo IV del Título VIII «De las sociedades anónimas cotizadas».

2. LA EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

2.1. Introducción

Con carácter previo al análisis de la eficacia de los pactos parasociales, resulta necesario realizar una matización de carácter terminológico. Como comprobaremos en páginas siguientes, en nuestro ordenamiento se ha utilizado la expresión «pactos reservados» –y no «pactos parasociales»–, incluso con posterioridad al momento en que esta última es acuñada. En efecto, la utilización de la expresión «pactos reservados» durante el siglo XIX y mitad del siglo XX resulta lógica, al no existir la segunda. Pero tampoco una vez creada, la expresión «pactos parasociales» es usada por el legislador español. Pues bien, esta opción parece responder a la circunstancia de que esta última denominación no presentaba especial difusión a mediados del siglo XX y su sustitución con ocasión de la redacción de la LSA 1951 podía entorpecer que se apreciase el alcance de la novedad introducida en el art. 6 del mencionado texto legal, es decir, el reconocimiento de la licitud de tales pactos⁶. Recuérd-

⁵ Utilizamos la expresión contenida en el punto III.14 de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

⁶ Tal y como apunta NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Civitas

dese que el término «pacto parasocial» tiene su origen en la expresión «contratos parasociales», acuñada por OPPO en 1942 en su monografía *Contratti parasociali*, la cual comprende aquellos contratos en los que intervienen todos o algunos de los socios de una sociedad, formalizados bien en el momento de su constitución, bien a lo largo de la vida de la misma, y mediante los cuales aquéllos completan o modifican el régimen legal o estatutario previsto para la sociedad, comprometiéndose a actuar de un modo predeterminado⁷. La doctrina italiana rápidamente admitió sin reservas la trascendencia y la difusión de estos contratos en la praxis societaria⁸, llegándose a afirmar que ninguna sociedad podría funcionar con regularidad sin la existencia de tales acuerdos y transacciones negociales, establecidos por los socios fuera de los esquemas societarios y dirigidos a la realización de la actividad común⁹. Sin embargo, no es hasta años más tarde cuando esta expresión es utilizada en algunos textos del Derecho de sociedades italiano, por ejemplo, en el artículo 2.5 de la Ley de 5 de agosto de 1981, núm. 416, sobre empresas editoriales¹⁰, o en el artículo 37 de la Ley de 6 de agosto de 1990, núm. 223, que completa el artículo 2359 del Código civil¹¹. Por su parte, la jurisprudencia italiana ha reconocido progresivamente la existencia de los contratos parasociales como categoría jurídica autónoma¹².

La denominación «pactos parasociales» es introducida en nuestro país por la doctrina mercantilista más reconocida¹³, aunque no es utilizada por el legislador hasta el año 2003¹⁴, cuando al título X de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores se añade un capítulo II, bajo la rúbrica «De los pactos parasociales sujetos a publicidad», a su vez formado por un solo

Thomson Reuters, 2012, pp. 135 y 136.

⁷ Ver OPPO, G., *Contratti parasociali*, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milán, 1942, p. 3.

⁸ Al respecto, véase PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 259, nota núm. 5, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁹ Así, SANTONI, G., *Patti parasociali*, Pubblicazioni Della Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1985, p. 2.

¹⁰ «En el caso de acuerdos parasociales o de sindicatos de voto entre sociedades titulares de cabeceras de periódicos, que permiten el control, el que haya estipulado el acuerdo o participado en la constitución del sindicato tiene la obligación de efectuar la comunicación a la que se refiere el primer párrafo».

¹¹ En dicho artículo se prevé que existe una relación de control cuando este último se realiza, además, «conjuntamente con otros sujetos... mediante acuerdos parasociales».

¹² Nos remitimos a PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, *ob. cit.*, p. 260.

¹³ Así, GARRIGUES, J., «Sindicatos de accionistas», *AAMN*, Tomo IX, 1957, p. 91 y ss.

¹⁴ Dicha reforma se lleva a cabo mediante la Ley 26/2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, ya mencionada anteriormente.

artículo, en donde se regula la publicidad de los pactos parasociales y de otros pactos que afecten a una sociedad cotizada. Este artículo es derogado como consecuencia de la entrada en vigor de la LSC, cuyo capítulo VIII del título XIV, «Sociedades anónimas cotizadas», contiene la regulación aplicable a los «Pactos parasociales sujetos a publicidad» –arts. 530 a 535 LSC–. Como resultado, es a comienzos de este siglo cuando se acoge la expresión «pactos parasociales» de forma definitiva en la legislación societaria española, aunque convive con el término tradicionalmente utilizado de «pactos reservados», que se mantiene en el artículo 29 LSC¹⁵.

2.2. Antecedentes

Ya el Código de comercio de 1829 dedica dos de sus preceptos a los pactos reservados. Así, en su artículo 287 se declara que «(L)os socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos han de constar en la escritura social». Esta previsión queda completada en el artículo siguiente, en el que se señala que «(L)os socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni prueba testimonial». La razón justificativa de esta doble prohibición debe encontrarse en la influencia del Código de comercio francés de 1807, a su vez influido por la Ordenanza del Comercio de 1673. Este último cuerpo legal exigía a las sociedades el cumplimiento de ciertos requisitos de forma y publicidad, los cuales tenían como finalidad última dar a conocer las relaciones ocultas que existían en el marco de sociedades comanditarias con base en las cuales los socios comanditarios permanecían ocultos, evitando responder frente a terceros o convirtiéndose en acreedores frente a la sociedad¹⁶. A su vez, el incumplimiento de aquellos requisitos conllevaba la nulidad de la sociedad.

El Código de comercio de 1885 mantiene en su artículo 119.3 la prohibición establecida en el Código de comercio de 1829, al prever que «(L)os socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social». Sin embargo, la claridad de la declaración contenida en el mencionado precepto es más aparente que real. En efecto, la misma es interpretada no en el sentido de que todo pacto celebrado entre los socios que no consta en la escritura social y que, por lo tanto, ha de ser calificado como reservado, está prohibido. Antes bien, el Tribunal Supremo matiza esta declaración en una serie de sentencias dictadas a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Así, en sentencia de 16 de julio de 1891, el Alto Tribunal se pronuncia sobre un pacto mediante el cual un socio colectivo asegura a un socio comanditario las pérdidas que pueda experimentar en el capital apor-

¹⁵ Por lo demás, la Propuesta de Código Mercantil se sirve de la denominación «pactos parasociales», tanto en el régimen básico de los pactos parasociales como en el específico de los pactos parasociales en sociedades cotizadas.

¹⁶ Tal y como señala FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, ob. cit., p. 32.

tado a la sociedad comanditaria y le garantiza una ganancia del veinticinco por ciento de interés en dicho capital. Aquel declara la validez del pacto por entender que «...es éste un convenio notoria y absolutamente desligado de la vida y existencia de la Sociedad...no pudiendo confundirse el alcance y los efectos de una y otra escritura, por ser referentes a derechos y obligaciones que tienen una esfera de acción y realización distintas...y que por ella en nada se alteran las condiciones de la Sociedad comanditaria». El Tribunal Supremo concluye que «...no hay disposición legal alguna que prohíba a los socios, sólo por serlo de una Sociedad determinada, pactar luego entre sí en los términos en que los hicieron las partes»; declaración que es reiterada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de febrero de 1901¹⁷. Siguiendo la misma orientación, el Alto Tribunal sostiene en sentencia de fecha 24 de febrero de 1902 que «...de los artículos 1255, 1230 y 1278 del Código civil, ni de la doctrina de que si bien los contratos mercantiles se rigen por el Derecho común en cuanto a las causas que los rescinden o invalidan, esta regla general está limitada por las modificaciones y las restricciones que establece el Derecho mercantil, se deriva la conclusión de que los socios no puedan pactar entre sí en cualquier forma lo que a sus intereses convenga, en cuanto no perjudique o se relacione con derechos de tercero, siempre que los pactos reúnan las condiciones esenciales de validez». Por último, en un supuesto similar al que constituye objeto de la primera sentencia, el Alto Tribunal, en sentencia de 10 de junio de 1904, considera que «...estipulándose por un socio colectivo y otro comanditario a favor de éste la indemnización, con hipoteca de bienes del primero, de las pérdidas resultantes de la liquidación que se practique a la disolución de la sociedad, y el abono de las utilidades del capital del mismo, según cada balance, es incuestionable que tales pactos son independientes y opuestos a cuanto pueda relacionarse con la existencia de la sociedad, siendo, por tanto, sus efectos, en orden a los contratantes y respectivos herederos, de carácter meramente civil, y debiendo regularse las obligaciones y responsabilidad que de aquellos pactos se derivan por la legislación común». En definitiva, el Tribunal Supremo declara la licitud de los pactos celebrados entre socios no incluidos en los estatutos sociales, pero, al mismo tiempo, subraya de manera indubitada la diferente esfera de actuación de unos y otros. Como resultado, tras las interpretaciones del artículo 119.3 Ccom sostenidas por el Tribunal Supremo, se entiende que la declaración contenida en este precepto no implica una prohibición absoluta de la celebración de pactos entre socios no incluidos en la escritura social, sino que simplemente impide que tales pactos –celebrados entre socios pero no incorporados a la escritura social– surtan efectos sociales, es decir, entre socios y sociedad.

¹⁷ En la que se señala que «...no hay disposición legal alguna que prohíba a los socios, sólo por serlo de una sociedad determinada, pactar luego entre sí con relación a derechos y obligaciones que tienen una esfera de acción y realización distinta de aquélla».

Con posterioridad, la LSA 1951 se pronuncia con mayor rotundidad en relación con los pactos reservados. En efecto, a tenor de su artículo 6.3, «(S)on nulos los pactos sociales que se mantengan reservados». Recuérdese que el Ccom se limita a prohibir que los socios puedan celebrar pactos reservados, pero no establece la sanción correspondiente. En este caso, la LSA declara la nulidad no de los pactos reservados –siguiendo la expresión del Ccom 1885– sino de «los pactos sociales que se mantengan reservados». Con todo, la doctrina se muestra dividida respecto del alcance de este precepto. Así, mientras que cierto sector sostiene que aquella declaración impide que los pactos entre socios no incorporados a la escritura social surtan efecto alguno¹⁸, ni siquiera entre los participantes en los mismos, otro sector matiza la sanción de nulidad, defendiendo su eficacia «*inter partes*», siempre que tales pactos no afecten a elementos esenciales de la escritura¹⁹. Incluso, un último sector de la doctrina postula que la nulidad no se aplica a aquellos pactos que tienen por objeto relaciones de los socios entre sí en su cualidad de tales, pero que no deben considerarse en sentido estricto como pactos sociales²⁰.

Por último, los artículos 7.1 LSA 1989 y 11.2 LSRL 1995 se alejan de la declaración contenida en la LSA 1951, ya que se limitan a declarar la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos que se mantengan reservados entre los socios. En efecto, atendiendo a ambos preceptos, «Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad». Con todo, esta declaración presenta un indudable interés²¹: por un lado, porque deroga la sanción de nulidad contenida en la LSA 1951 y, por otro lado, porque acoge el criterio doctrinal favorable a la validez y eficacia entre los intervinientes de los pactos de carácter obligacional. En efecto, no podemos olvidar que el art. 6.3 LSA 1951 declaraba la nulidad de los pactos sociales que se mantuvieran reservados, con independencia de las distintas interpretaciones realizadas por los estudiosos de la materia, más proclives unos que otros a otorgar cierta eficacia a dichos pactos. A su vez, la admisibilidad de tales pactos se fundamenta en una interpretación «*a sensu contrario*» de la declaración legal. En efecto, si los pactos reservados no tienen eficacia frente a la sociedad, ello implica que tienen eficacia entre quienes han participado en ellos²². En definitiva, como ha sido afirmado de una forma muy gráfica, «...se pasa de una presunción de nulidad del pacto reservado y del para-

¹⁸ Así, GARRIGUES, J., en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, 3ª ed., Aguirre, Madrid, 1976, p. 169.

¹⁹ Así, GAY DE MONTELLA, R., *Tratado de Sociedades Anónimas*, Bosch, Barcelona, 1952, p. 72.

²⁰ En este sentido, VELASCO ALONSO, A., *La Ley de sociedades anónimas. Anotaciones y concordancias*, 5ª ed., Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 67 y ss.

²¹ Destaca igualmente esta cuestión FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz «Pacto parasocial», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995.

²² Así, VAQUERIZO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 397.

social, salvo que se demuestre lo contrario, a una presunción de licitud y validez, aunque de eficacia limitada, salvo que se demuestre lo contrario»²³.

2.3. La eficacia meramente «inter partes» de los pactos parasociales

El artículo 29 LSC, actualmente en vigor, reproduce literalmente el contenido de los artículos 7.1 LSA 1989 y 11.2 LSRL 1995, de modo que carecemos de una definición legal de «pactos reservados». Ahora bien, la lectura de aquel precepto —«Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»— ha conducido a la equiparación por parte de la doctrina mayoritaria entre pacto reservado y pacto no incluido en los estatutos, lo que, a su vez, conlleva que si todo pacto no incluido en los estatutos sociales es un pacto reservado, todo pacto no incluido en los estatutos sociales es inoponible a la sociedad²⁴. Este carácter no oponible a la sociedad tiene su razón de ser en la autonomía e independencia que presentan tales pactos frente al contrato social y frente a la propia organización corporativa²⁵. Como resultado, los pactos no incluidos en los estatutos o pactos extraestatutarios tienen una eficacia limitada al ámbito interno, es decir, vinculan exclusivamente a aquellos socios que han participado en ellos²⁶. Dicho de

²³ Véase FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, ob. cit., p. 44.

²⁴ Ver GARRIDO DE PALMA, V. M^a, «Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada», en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1996, p. 1870; SANCHEZ ÁLVAREZ, M., «Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 2009», *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1371 y 1377; y MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M^a, «La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009», *CDC*, núm. 53, 2010, p. 301.

²⁵ Así, VAQUERIZO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ob. cit., pág. 400.

²⁶ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 299 y 300. Consecuencia también declarada por los tribunales en las ocasiones en que se ha pronunciado al respecto —ver, entre otras, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2005, que señala que «el pacto suscrito nunca puede afectar a la sociedad que como persona jurídica independiente, es obvio decirlo, en modo alguno intervino, y lo que es más importante, quedó oculto, sin publicidad alguna»; SAP de Valencia de 18 de enero de 2003, en donde se concluye que «igual suerte desestimatoria debe de correr el alegato de que los acuerdos sociales son contrarios al pacto de sindicación de acciones, pues siendo éste un pacto que vincula a quienes lo adoptaron, no resulta oponible a la Sociedad»; SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2001, que afirma «los pactos reservados entre los socios, no vinculan a la sociedad, pero ello no implica que no vincule a los contratantes en base al principio de libertad de pactos recogido en el art. 1255 CC»; o SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 1996, en donde se señala que «los Estatutos de la Sociedad Anónima y, concretamente, su artículo 9, que establece determinados límites a la libre transmisibilidad de las acciones, dentro de lo previsto por el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas no impiden pactos parasociales en la materia, inoponibles a la sociedad pero lícitos y eficaces entre los socios».

otro modo, presentan una eficacia «*inter partes*», a diferencia de la eficacia «*erga omnes*» de los estatutos sociales. En buena lógica, esta afirmación conlleva importantes consecuencias en la práctica. Así, la eficacia de los pactos parasociales se limita, en principio, a los participantes en ellos, quedando al margen de los mismos la sociedad, los otros socios que no han tomado parte en los pactos y los terceros que entran en relación con aquella. De ahí que los acuerdos contenidos en un pacto parasocial no tengan relevancia alguna sobre el ejercicio de los derechos que corresponden al socio en cuanto tal, ni sobre la legitimidad de las obligaciones asumidas por los órganos sociales, con independencia de que el ejercicio de los derechos y la adopción de los acuerdos se haya realizado en cumplimiento o en violación de los pactos parasociales²⁷. Por tanto, si varios socios se han comprometido a votar en un determinado sentido en junta como consecuencia de su participación en un sindicato de voto, pero, en el momento de la reunión, cualquiera de ellos vota en sentido contrario, este último voto es válido frente a la sociedad, la cual no podrá rechazar su voto. Es más, aquella eficacia «*inter partes*» también imposibilita la utilización de mecanismos o instrumentos del Derecho de sociedades para reclamar o forzar su cumplimiento o para sancionar su incumplimiento. Por lo tanto, no sería posible impugnar un acuerdo social adoptado en junta general en contravención de lo pactado en un sindicato de voto.

Puede afirmarse, por tanto, que la eficacia constituye el punto débil de los pactos parasociales. De hecho, esta cuestión y, en último término, los problemas que derivan del incumplimiento de estos pactos siguen siendo una de las materias candentes que preocupan a nuestra doctrina²⁸, particularmente interesada en superar las dificultades que se derivan de su fragilidad. Sin embargo, la circunstancia de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que le afecten indirectamente no puede servir de pretexto para recortar su alcance²⁹. Si el pacto parasocial es válido, constituye «ley entre las partes» por aplicación del artículo 1091 del Código civil, lo que, a su vez, implica que quien está interesado en su cumplimiento puede servirse de cualquiera de los remedios contenidos en el ordenamiento jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales³⁰. No está de más recordar que, ante el incumplimiento de un pacto parasocial, el resto de socios vinculados pueden exigir una indemnización

²⁷ Así, PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, ob. cit., p. 287.

²⁸ Como ya apuntamos en su día –ver PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, ob. cit., p. 430.

²⁹ Ver PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm. 5, 2003, p. 21.

³⁰ Tal y como concluye PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», ob. cit., p. 21.

de daños y perjuicios al socio infractor³¹. Sin embargo, esta solución presenta ciertos problemas de carácter práctico, como la prueba del perjuicio o la determinación de la cuantía a satisfacer³². De ahí que para superar estas limitaciones, sea preferible la inserción de una cláusula penal en el pacto parasocial, mediante la cual predeterminar las consecuencias derivadas de su incumplimiento³³. Igualmente, los intervinientes en un pacto parasocial pueden reforzar su cumplimiento mediante el recurso a negocios indirectos, dados los riesgos inherentes a la modalidad más simple de pacto parasocial, en la que son los propios socios participantes en el mismo quienes asumen el compromiso de cumplir lo pactado. Piénsese, entre otros, en el otorgamiento de un poder de representación a un síndico o gestor, en la cesión a este último de la posesión de las acciones o participaciones, en la transmisión fiduciaria de tales acciones o participaciones al gestor, en la constitución de una copropiedad, de un usufructo o de una prenda o, incluso, en la constitución de una sociedad holding a la que aportar las acciones o participaciones cuyos titulares se encuentran vinculados por el pacto parasocial³⁴. Por último, como defendimos en su día en el marco concreto de los sindicatos de voto³⁵, cabe el recurso a ciertos instrumentos procesales, como la ejecución por sentencia judicial, mediante la designación de un tercero en tanto representante del socio deudor, o la adopción de medidas cautelares. Se trata, en cualquier caso, de un «*enforcement inter partes*», cuando lo que buscamos es un «*enforcement*» mediante la utilización de mecanismos propios del Derecho de sociedades, es decir, un «*enforcement*» en relación a la sociedad³⁶.

³¹ Al respecto, consúltese STS de 19 de diciembre de 2000, Ref. Aranzadi núm. 10127.

³² En efecto, en el caso del incumplimiento de un sindicato de voto, que constituye una de las modalidades de pacto parasocial más celebrada, ¿cuánto vale el daño derivado de la adopción de un acuerdo con el voto favorable y determinante de algún miembro del sindicato, que en su día se comprometió a votar en un sentido contrario? O, igualmente, ¿cuánto vale la imposibilidad de haber tomado un acuerdo de trascendencia para la vida societaria y que tiene su origen en el incumplimiento de la obligación de ejercitar el derecho de voto atendiendo a la orientación previamente decidida en el sindicato de voto?

³³ Sobre la utilización de cláusulas penales para superar las limitaciones que presenta la indemnización por daños y perjuicios en el marco de estos pactos, ver SSTS de 27 de septiembre de 1961, Ref. Aranzadi núm. 3029, o la más reciente de 26 de octubre de 2010, Ref. Aranzadi núm. 7601, así como RDGRN de 6 de junio de 1992, Ref. Aranzadi núm. 5728.

³⁴ Sobre estos mecanismos, véase PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, ob. cit., p. 488 y ss.

³⁵ Ver PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, ob. cit., p. 458 y ss.

³⁶ Tal y como lo denomina PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», ob. cit., pp. 21 y 30.

Ahora bien, como hemos avanzado, la Propuesta de Código Mercantil dedica su artículo 213-21³⁷ a los pactos parasociales. Esta previsión constituye una importante novedad, ya que el legislador regula por primera vez los pactos parasociales en general, sin limitarse al ámbito específico de las sociedades cotizadas. Sin embargo, esta propuesta de regulación no puede ser bien recibida. En efecto, atendiendo al párrafo primero del mencionado artículo, «los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro mercantil, no serán oponibles a la sociedad. Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos»³⁸. Obsérvese que la Propuesta de Código no se limita a declarar la inoponibilidad de los pactos parasociales, tal y como ha sido habitual hasta la fecha, sino que viene a zanjar de forma indubitada las dudas existentes en relación con la posibilidad de impugnar acuerdos sociales adoptados en incumplimiento de un pacto parasocial, con independencia de que en éste hayan participado todos o algunos de los socios. De este modo, el mencionado precepto cierra la posibilidad de servirse del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales a efectos de reforzar la eficacia de cualquier pacto parasocial, con independencia de cuál sea el sustrato personal vinculado por el mismo. Así, resulta discutible una previsión que, en caso de ser aprobada, deberá ser aplicada a «pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores», es decir, a todo pacto parasocial, sin discriminar si en el mismo han participado todos o algunos de los socios, cuando, como señalaremos en páginas posteriores, los pactos parasociales omnilaterales presentan unas particularidades que

³⁷ «1. Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro mercantil, no serán oponibles a la sociedad. Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos. 2. Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo. 3. Quien hubiere incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto. 4. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a los protocolos familiares, haya o no constancia registral de su existencia o contenido».

³⁸ El art. 213-31 de la Propuesta de Código Mercantil sigue la orientación adoptada por el art. 17 del Código de Sociedades Comerciales portugués, a tenor del cual «1. Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade. 2. Os acordos referidos no número anterior podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização. 3. São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar: a) Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos; b) Aprovando sempre as propostas feitas por estes; c) Exercendo o direito de voto ou abstando-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais».

justifican un tratamiento diferenciado. Por el contrario, el legislador parece limitar los mecanismos dirigidos a reforzar la eficacia de los pactos parasociales a aquellos específicos del Derecho de contratos, ya que el párrafo tercero del artículo 231-26 señala que «(Q)uien hubiere incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto». Esta declaración resulta innecesaria por obvia. Pero, además, no satisface los problemas que se derivan de la fragilidad inherente al pacto parasocial. En efecto, quien participa en un pacto parasocial pretende que todos los socios que han participado en él lo respeten, por más que, en caso de incumplimiento, reciba una indemnización por los daños y perjuicios causados, la cual difícilmente satisfará su interés principal, que no es otro que el cumplimiento del pacto.

3. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

3.1. La situación en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno

La interpretación tradicional de la eficacia de los pactos parasociales debe ser objeto de revisión tras haberse dictado ciertas resoluciones judiciales que adoptan una solución opuesta a aquella. Como hemos señalado, atendiendo a la tesis tradicional, los pactos parasociales presentan una eficacia meramente «*inter partes*» y no «*erga omnes*», con las consecuencias ya mencionadas. Sin embargo, aquellas resoluciones han reconocido eficacia societaria a determinados pactos parasociales, siempre, desde luego, que en ellos concurren ciertas circunstancias. No se trata, por tanto, de una revisión absoluta de la doctrina tradicional o, dicho de otro modo, no cabría generalizar la solución adoptada en tales resoluciones a cualquier pacto parasocial, sino únicamente a algunos pactos parasociales. En cualquier caso, es necesario subrayar cómo esta revisión de la eficacia de los pactos parasociales no se ha producido exclusivamente en nuestro país, sino que también se ha llevado a cabo en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, tradicionalmente proclives a la utilización de pactos parasociales. En efecto, primero en Alemania y, posteriormente, en Austria y en Italia se han dictado resoluciones judiciales favorables al reconocimiento de eficacia societaria a los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales³⁹.

³⁹ Al respecto, ver PÉREZ MILLÁN, D., «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *RDBB*, núm. 117, 2010, p. 242; así como el detallado análisis de NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 59 y ss.

En este sentido, en sentencia de fecha 20 de enero de 1983⁴⁰, el BGH admite la impugnación de un acuerdo social que incumplía un pacto ajeno a los estatutos y en el que participaban todos los socios por considerar que tales pactos conforman el ordenamiento de la persona jurídica, siempre que los obligados por dichos pactos continúen siendo los únicos miembros de la sociedad. Por lo que a nosotros nos interesa, es necesario tener presente que la fundamentación de la decisión no fue otra que razones de economía procesal, al entender que carece de sentido que para eliminar un acuerdo social que infringe un pacto omnilateral no se admita la impugnación societaria del mismo, cuando al mismo resultado se puede llegar, con mayores costes, utilizando los instrumentos que proporciona el Derecho de obligaciones y contratos. Igualmente, en sentencia de 27 de octubre de 1986⁴¹, el BGH confirma su posición favorable al reconocimiento de efectos societarios a los pactos parasociales. En este caso, los socios se habían obligado a condicionar la eficacia del acuerdo de destitución del socio-administrador al consentimiento del propio socio afectado, a pesar de lo cual la junta general decide cesarlo incumpliendo lo acordado en el pacto parasocial. El BGH estima el recurso ante él interpuesto, aunque se limita a invocar la sentencia de 20 de enero de 1983. Por último, en sentencia de 15 de marzo de 2010⁴², el BGH vuelve a reconocer efectos societarios a un pacto parasocial, si bien el conflicto se plantea de forma inversa a como habitualmente se suscita. En este caso, todos los socios reunidos en junta general adoptan unánimemente el acuerdo de percibir en tanto reembolso el valor nominal de sus participaciones, en caso de ser excluidos de la sociedad, aunque en los estatutos sociales se prevé una valoración superior. Dicho acuerdo no es elevado a escritura pública ni inscrito en el Registro Mercantil. En el momento en que se acuerda expulsar a un socio y reintegrarle el valor nominal de sus participaciones, aquél impugna tanto el acuerdo como la valoración de dichas participaciones, con base en que tal valoración era contraria a los estatutos sociales. Obsérvese, por tanto, que en este caso, el socio impugna un acuerdo que respeta el pacto parasocial, pero que es contrario a los estatutos sociales. En este caso, el BGH declara la validez del acuerdo porque no incidía sobre una norma de organización, sino sobre una obligación de la sociedad frente a un socio excluido. Como veremos en páginas posteriores, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012 –asunto «Prevención Outsourcing, S.L.»–, se pronuncia en relación con un asunto similar, aunque de una forma mucho más terminante, dadas las circunstancias concurrentes en el caso.

A su vez, la influencia de la jurisprudencia y de la doctrina alemana ha conducido a la revisión de la cuestión relativa a la eficacia de los pactos para-

⁴⁰ BGH de 20 de enero de 1983, *NJW*, 1983, p. 1911.

⁴¹ BGH de 27 de octubre de 1986, *NJW*, 1987, p. 1890 y ss.

⁴² BGH de 15 de marzo de 2010.

sociales tanto en Austria como en Italia⁴³. Así, en sentencia de 5 de diciembre de 1995, el OGH austríaco reconoce cierta eficacia a los pactos parasociales. En efecto, aun cuando aquel subraya que los pactos parasociales no inciden directamente en la esfera societaria y, como consecuencia, no pueden fundamentar la impugnación de un acuerdo social, sostiene que los pactos parasociales pueden representar un instrumento que permita concretar el deber de fidelidad del socio. Esta afirmación permite que los pactos parasociales puedan ser invocados para impugnar un acuerdo social⁴⁴, tal y como sostendremos en páginas posteriores. Años más tarde, el 26 de agosto de 1999, el OGH se pronuncia en relación con un supuesto similar al analizado por el BGH alemán en sentencia de fecha 27 de octubre de 1986. En este caso, la junta general de una sociedad adopta el acuerdo de cesar como administrador a un socio, a pesar de un pacto extraestatutario de todos los socios en el que se acordaba que un socio no podía ser cesado en contra de su voluntad. Pues bien, el OGH recuerda que la infracción de los pactos parasociales puede constituir una vulneración del deber de fidelidad y admite que, en algunos casos, el incumplimiento de un pacto parasocial puede motivar la impugnación de un acuerdo social, aun cuando ni esta ampliación de los motivos de impugnación responde exclusivamente a razones de economía procesal⁴⁵, ni tampoco cualquier pacto omnilateral debe integrar de forma automática el ordenamiento societario. De hecho, el OGH condiciona la eficacia societaria de un pacto parasocial a que en el mismo hayan participado todos los socios y a que se trate de sociedades con una marcada estructura personalista, debido a su número reducido de socios y a la relevancia que se otorga a la presencia de cada uno de los socios dentro de la sociedad. Este criterio es reiterado posteriormente por el OGH en su sentencia de fecha 24 de enero de 2001, en la que igualmente subraya las dificultades que plantea trasladarlo al ámbito de las sociedades anónimas.

Por otra parte, y por lo que respecta al ordenamiento italiano, resulta obligado destacar un laudo arbitral de 7 de junio de 2000⁴⁶, que se pronuncia en relación con un pacto parasocial celebrado por todos los socios, mediante el cual se regula el ejercicio del derecho de adquisición preferente de participaciones sociales previsto en los estatutos sociales. Al respecto, el colegio arbitral reconoce que el pacto parasocial posee eficacia para integrar la cláusula estatutaria y que sólo desde una concepción exasperadamente realista

⁴³ Véase NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 64 y 65.

⁴⁴ Así, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 64.

⁴⁵ A diferencia de la sentencia del BGH de 20 de enero de 1983.

⁴⁶ Véase *Giur. it.*, 2001, p. 1208 y ss.

de la persona jurídica puede justificarse la inoponibilidad a la sociedad de un pacto parasocial suscrito por todos los socios⁴⁷.

3.2. El estado de la cuestión en el ordenamiento español

3.2.1. Antecedentes: la orientación jurisprudencial favorable al reconocimiento de eficacia societaria a los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales

Como hemos avanzado, el artículo 29 LSC se limita a declarar la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos que se mantengan reservados entre los socios, pero no contiene una definición de qué debe entenderse por «pacto reservado». Ante esta carencia, la doctrina española mayoritaria sostiene que pacto reservado es todo pacto no incluido en los estatutos; afirmación de la que se deduce que si todo pacto no incluido en los estatutos sociales es un pacto reservado, todo pacto no incluido en los estatutos sociales es inoponible a la sociedad. En buena lógica, la falta de inclusión de los pactos parasociales determina su calificación como pactos reservados y, por tanto, su inoponibilidad a la sociedad. Sin embargo, la cuestión relativa a la eficacia de los pactos parasociales se ha replanteado con intensidad en nuestro ordenamiento con ocasión de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre esta materia, aunque no podemos olvidar que aquel ya se había pronunciado al respecto hace unos años de modo favorable a la oponibilidad frente a la sociedad de ciertos pactos parasociales, en concreto, en los pactos parasociales en los que han intervenido todos los socios⁴⁸. Ahora bien, como acertadamente fue apuntado, «tanto la doctrina como la judicatura han alcanzado la referida conclusión de una manera más bien intuitiva, con una gran dosis de intuicionismo, voluntarismo y hasta decisionismo, recurriendo a argumentos escasamente elaborados o a expedientes excesivamente genéricos»⁴⁹. Quizás

⁴⁷ Sobre este asunto, véase NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, *ob. cit.*, p. 65, nota núm. 58, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁴⁸ Ver PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de accionistas de sociedad anónima*, *ob. cit.*, p. 483 y ss.; y PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 33 y ss. Rotundamente en contra de esta interpretación, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M^º., «La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009», *ob. cit.*, pp. 296, 298, 299 y 300, en donde concluye de forma claramente errónea que «(L) o sostenido por estos autores es tanto como afirmar que el tribunal supremo establece la anulación de todos los acuerdos que impliquen violación de un pacto parasocial, aunque ignora que lo hace por esta causa. En realidad, es lo contrario, ni siquiera se planteaba hasta fechas recientes la posibilidad de que el incumplimiento de un pacto parasocial pudiese fundar la impugnación del acuerdo social».

⁴⁹ Así, PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 33. En un sentido similar, REDONDO TRIGO, F., «Los pactos parasociales y la impugnación de

esta circunstancia pueda explicar algunos de los comentarios vertidos tras los últimos pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en los años 2008 y 2009; comentarios de los que, desde luego, discrepamos.

Así, en la sentencia de 24 de septiembre de 1987⁵⁰ –asunto «Hotel Atlantis Playa»–, el Alto Tribunal se sirve de la doctrina del levantamiento del velo. En el pacto parasocial origen de la disputa el socio único de la mercantil «Hotel Atlantis Playa, S.A.» reconoce que el 13% del capital social es propiedad de doña Jeanne Antoniette B., aunque formalmente es él quien aparece como único socio «por razones convenientes a la sociedad». A su vez, el artículo 14 de los estatutos sociales exige para la existencia de acuerdo en las juntas generales, «el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la sociedad tenga un solo socio». La celebración de junta general extraordinaria, a la que acude el socio «único», que es quien adopta los correspondientes acuerdos sociales, determina la impugnación de dichos acuerdos por doña Jeanne Antoinette B., con base en el incumplimiento del artículo 14 de los estatutos sociales, ya que la sociedad considera que únicamente existe un solo socio, porque el pacto parasocial no le es oponible. Pues bien, el Tribunal Supremo recuerda que «(E)n varias sentencias, y en conformidad con la mejor doctrina, esta Sala no ha vacilado en apartar el artificio de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad, de modo que “...en el caso ahora justiciable, la aparatosa convocatoria mediante los anuncios del artículo 53 de la Ley, de una Junta General Extraordinaria de Sociedad anónima constituida reconocidamente por dos únicos socios que se hallan ligados por los pactos recordados, no puede servir, en perjuicio de la impugnante que es uno de ellos dos, para que el otro se evada de estos pactos que constituyen, artículo 1091 del Código Civil, la particular ley de los contratantes, la que no puede quedar, artículo 1256, al arbitrio de uno de ellos”».

Con posterioridad, el Tribunal Supremo reconoce eficacia societaria a un pacto parasocial en las sentencias del asunto «Munaka» –SSTS de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992⁵¹–. En la primera, el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la validez de un pacto parasocial, con base en el cual los cuatro accionistas de la sociedad «Munaka, S.A.» –madre, dos hermanos y mujer de uno de éstos– se dividen todas las propiedades comunes de dos hermanos y se obligan todos ellos a reducir el capital social de cara a una posterior disolución y liquidación de la misma. En efecto, aquél concluye que «...aunque se estimase que tal acuerdo no fue tomado en Junta

acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RCDI*, 2009, p. 2685, que califica de «artificiosas» las soluciones ofrecidas por tales sentencias.

⁵⁰ STS de 24 de septiembre de 1987, Ref. Aranzadi núm. 6194.

⁵¹ SSTS de 26 de febrero de 1991, Ref. Aranzadi núm.1600; y de 10 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi núm. 1204.

General de accionistas de “Munaka, S. A.” y que, por tanto, no es un acuerdo social, es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del art. 1261 del Código Civil, tal convenio tiene fuerza obligatoria entre quienes lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (art. 1091), dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley...». Con todo, la existencia del mencionado pacto parasocial no constituye obstáculo para que, con ocasión de la celebración de una junta general extraordinaria, a la que falta uno de los hermanos, los otros tres accionistas acuerden la ampliación del capital social. El accionista ausente impugna aquel acuerdo social con base en que la junta general extraordinaria se había celebrado con abuso de derecho y mala fe, causando lesión a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas. Por su parte, en la segunda de las sentencias, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión en la lesión de los intereses de la sociedad, que se ha producido como consecuencia de la actuación abusiva llevada a cabo por varios de los accionistas de la sociedad⁵². El Alto Tribunal también alude a la celebración de una «suerte» de junta universal, de modo que, según esta interpretación, el pacto parasocial constituiría un acuerdo informal de junta universal, el cual vincularía a la sociedad por ser un acuerdo societario. Sin embargo, a nuestro juicio, el recurso a la ficción de la celebración de una junta universal resulta, a todas luces, discutible⁵³. En efecto, no consta en sentido

⁵² En relación con esta actuación, el Tribunal Supremo entiende que, efectivamente, «...la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anomalía en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida, no obstante la parvedad de su argumentación...». A continuación, en la sentencia se apunta que «...la más elemental buena fe negocial e incluso societaria (dado el ya dicho carácter estrictamente familiar de la sociedad) aconsejaba, antes de la celebración de la sedicente Junta General Extraordinaria antes referida, esperar el resultado del aludido proceso, al haber la posibilidad de que se declarara la plena validez y eficacia del repetido documento privado de fecha 17-10-1985 y se condenara a los tres demandados disidentes al cumplimiento del mismo, como así ocurrió con posterioridad mediante Sentencia de la Sala de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Bilbao, de fecha 27-12-1988, confirmada por Sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 26-2-1991 (Recurso de casación núm. 514/1989), cuya ejecución (de la referida sentencia firme) se vería seriamente dificultada, cuando no imposibilitada, si se mantuviera la validez del acuerdo social aquí impugnado, el cual fue adoptado, como ya se tiene dicho, en abierta y franca contravención de lo que los cuatro únicos accionistas de la sociedad (en una especie de Junta universal) tenían previamente convenido en el tantas veces repetido documento privado de fecha 17-10-1985».

⁵³ Ver, al respecto, las observaciones de PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 34; o de NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasocia-*

estricto dicha reunión con el carácter de tal ni, mucho menos, se ha levantado acta de la junta con inclusión de los asuntos objeto de la misma o se ha procedido a su inscripción en el Registro Mercantil, por lo que los acuerdos en ella adoptados no son oponibles frente a terceros. Por el contrario, el argumento determinante de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo no es otro que la alegación de la lesión del interés social en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros con la concurrencia de elementos tipificadores del abuso del derecho.

3.2.2. *El estado de la cuestión tras las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el grupo «Kurt Konrad y Cía, S.A.»*

La orientación jurisprudencial favorable a la posibilidad de impugnar acuerdos sociales en los que se ha incumplido lo pactado en un pacto parasocial queda trunca, a nuestro juicio sólo aparentemente, en el momento en que el Tribunal Supremo dicta una serie de sentencias en los años 2008 y 2009. Nos estamos refiriendo, por orden cronológico, a la sentencia de 10 de diciembre de 2008⁵⁴—asunto «Turística Konrad Hidalgo, S.L.»—, a la sentencia de 5 de marzo de 2009⁵⁵—asunto «Kurt Konrad y Cía, S.A.»—, y a dos sentencias, de fecha 6 de marzo de 2009⁵⁶—asunto «Camanchaca, S.L.» y asunto «Turística Konrad Hidalgo, S.L.»—. Todas ellas tienen su origen remoto en un pacto parasocial de fecha 23 de junio de 1997, celebrado en el marco del grupo «Kurt Konrad y Cía, S.A.», formado a su vez por varias sociedades, cuyas acciones y participaciones se encontraban repartidas de forma desigual entre dos grupos familiares. Mediante el mencionado pacto parasocial los dos grupos familiares propietarios de las sociedades «Turística Konrad Hidalgo, S.L.» y «Camanchaca, S.L.» se comprometen a votar afirmativamente en

les, ob. cit., pp. 89 y 90. No así para SANCHEZ ÁLVAREZ, M., «Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 2009», *ob. cit.*, p. 1380, el cual prefiere esta solución, es decir, calificar el pacto como acuerdo de junta general universal, siempre que concurren ciertas circunstancias: «...cuando se está ante un pacto que versa sobre materias que sean propias del funcionamiento de la sociedad, incluidos algunos aspectos de las relaciones entre socio y sociedad, cuando el acuerdo tiene un contenido concreto, claro y directamente ejecutable—lo que no quiere decir que sea totalmente completo— que haga realmente innecesario un ulterior acuerdo social, salvo por razones puramente formales o porque condiciones expresamente establecidas en dicho pacto o porque así se haya establecido en el mismo».

⁵⁴ STS de 10 de diciembre de 2008, Ref. Aranzadi núm. 17 (2009).

⁵⁵ STS de 5 de marzo de 2009, Ref. Aranzadi núm. 1633.

⁵⁶ SSTs de 6 de marzo de 2009, Ref. Aranzadi núm. 2793 y 2794. Sobre estas sentencias, pueden consultarse los comentarios de MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M^a, «La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009», *ob. cit.*, p. 291 y ss.; y RUIZ-CÁMARA, J. y TORREGROSA, E., «Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 24, 2009, p. 65 y ss.

las juntas generales para lograr una determinada composición del órgano de administración y se fija una especie de derecho de representación proporcional en el consejo de administración de «Turística Konrad Hidalgo, S.L.», con la finalidad de establecer temporalmente un principio de cogestión de las sociedades participadas hasta que la coyuntura económica permita la escisión del patrimonio de tales entidades. Precisamente, el incumplimiento en distintas ocasiones del contenido del pacto parasocial conduce a determinados socios de dichas sociedades a impugnar los acuerdos sociales adoptados en contravención del pacto. Permítasenos, por lo tanto, un análisis conjunto de las sentencias mencionadas, al tener todas ellas por objeto el incumplimiento en distintas circunstancias del mismo pacto parasocial y adoptar los fallos el Tribunal Supremo con base en dos grandes líneas argumentales: por un lado, la relativa a los cauces previstos legalmente para la impugnación de acuerdos sociales; y, por otro lado, la corrección que realiza de la interpretación sostenida por la parte recurrente en relación con la doctrina contenida en las sentencias de 27 de septiembre de 1987 –asunto «Hotel Atlantis Playa»– y de 10 de febrero de 1992 –asunto «Munaka»–.

Así, ya en la primera de las sentencias dictadas en el marco de los conflictos planteados en el grupo «Konrad y Cía, S.A.» de 10 de diciembre de 2008, el Alto Tribunal recuerda los cauces legalmente previstos a efectos de la impugnación de acuerdos sociales, apuntando, igualmente, que la parte recurrente no ha alegado ni norma legal infringida, ni vulneración de los estatutos sociales ni lesión de los intereses de la sociedad; declaración que es reiterada en las posteriores sentencias de 5 de marzo y de 6 de marzo de 2009. La importancia práctica del cumplimiento de esta exigencia resulta evidente, puesto que de su satisfacción dependerá en buena medida el éxito de la impugnación realizada. En efecto, la mera alegación del incumplimiento de un pacto parasocial no es suficiente a efectos de impugnar un acuerdo social adoptado en contravención del mismo, pero sí puede serlo la alegación de que la adopción de un acuerdo social incumpliendo lo convenido en un pacto parasocial conlleva una infracción de una norma legal, una vulneración de los estatutos sociales o una lesión de los intereses sociales, siempre, desde luego, que concurren el resto de circunstancias exigidas para el éxito de tal impugnación. A nuestro juicio, este argumento, que ha sido objeto de ciertas críticas⁵⁷, presenta como ventajas la claridad y la seguridad que conlleva: ya no habrá que servirse de argumentos poco elaborados o expedientes excesivamente genéricos ni tampoco será necesario actuar con intuicionismo,

⁵⁷ Así, SÁEZ LACAVE, M^º. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *Indret*, 2009, núm. 3, p. 20, que señala que «(N)ada habría que objetar si lo que se pretende es deslegitimar de manera más firme y recta la deslealtad que entraña la infracción del pacto parasocial al amparo de la normativa societaria. Lo que sucede es que lo que parece perseguirse es justamente lo contrario, esto es, desautorizar de raíz las fórmulas que los jueces venían aplicando para otorgar eficacia a los pactos parasociales en la esfera societaria».

voluntarismo o decisionismo⁵⁸. El Tribunal Supremo nos indica la vía que hay que tomar en caso de pretender la impugnación de un acuerdo social en contravención de los compromisos adoptados por la participación en un pacto parasocial. El necesario *–rectius*, obligado– fundamento en alguno de los supuestos previstos en el art. 204 LSC facilitará el éxito de tales demandas, siempre, desde luego, que se satisfagan los requisitos exigidos en este precepto.

El segundo argumento del que se sirve el Tribunal Supremo y que presenta indudable interés es la corrección que realiza acerca de la interpretación de las sentencias de 27 de septiembre de 1987 –asunto «Hotel Atlantis Playa»– y de 10 de febrero de 1992 –asunto «Munaka»–. Así, en los procedimientos seguidos como consecuencia de los conflictos suscitado en el grupo «Konrad y Cía» se sostiene de parte que la doctrina jurisprudencial permite impugnar un acuerdo societario –bien de junta, bien de consejo de administración– contrario a un pacto parasocial por constituir una ilegalidad su vulneración, al ser de obligado cumplimiento para quienes han tomado parte en el mismo⁵⁹. Sin embargo, ni de la sentencia de 27 de septiembre de 1987 ni de la de 10 de febrero de 1992 se infiere esta conclusión. En efecto, el Tribunal Supremo puntualiza que «la verdadera doctrina contenida en las sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992, es decir, las dos citadas en el encabezamiento del motivo que sí guardan estrecha relación con la cuestión planteada, es que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar en definitiva contrario a la ley, a los estatutos o al interés social»⁶⁰. En este sentido, como acertadamente corrige aquél, «(L)a Sentencia de 24 de septiembre de 1987 estima la impugnación del acuerdo social por violación del art. 14 de los Estatutos videntes en la fecha en que se adoptó el acuerdo, con independencia de que discurra acerca de los pactos existentes entre los socios al respecto de la legitimación de la impugnante y aplique la doctrina denominada del “levantamiento del velo”; y la Sentencia de 10 de febrero de 1992...razona, frente al alegato del motivo de que el abuso del derecho en que se funda la sentencia de apelación no se encuentra entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que prevé el art. 67 de la LSA de 17 de junio de 1951 SIC (del que es trasunto el actual 115 de la LSA 1989), que, “la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención

⁵⁸ Nos servimos de las expresiones utilizadas en su día por PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 33, a las que ya nos hemos referido en páginas anteriores.

⁵⁹ Véanse SSTs de 10 de diciembre de 2008, Ref. Aranzadi núm. 17 (2009); y de 6 de marzo de 2009, Ref. Aranzadi núm. 2793 y 2794.

⁶⁰ Ver STS de 5 de marzo de 2009, Ref. Aranzadi núm. 1633.

de las circunstancias tipificadas del abuso del derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida»⁶¹. Declaraciones similares son reproducidas en las dos sentencias dictadas con fecha 6 de marzo de 2009, en las que, en idénticos términos, se afirma que «(L)a de 24 de septiembre de 1987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos impugnados, pero lo hizo por la razón de ser éstos contrarios a los estatutos. Y la *ratio decidendi* de la sentencia de 10 de febrero de 1992 no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas». En efecto, a la hora de reconocer eficacia societaria a pactos parasociales, el Tribunal Supremo se sirve de la doctrina del levantamiento del velo en la sentencia de 24 de septiembre de 1987 y de la lesión del interés social en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2010, pero de ninguna de ellas se puede concluir que el Alto Tribunal admita la impugnación de un acuerdo societario contrario a un pacto parasocial con base exclusivamente en el argumento de que su vulneración constituye una ilegalidad. Es cierto que el resultado final es el mismo, puesto que el Tribunal Supremo ampara a quienes impugnan los respectivos acuerdos sociales adoptados en contravención de los respectivos acuerdos parasociales⁶². Sin embargo, como hemos señalado, las argumentaciones de las que el citado tribunal se sirve no son coincidentes, con independencia de la mayor o menor entidad de las mismas.

En definitiva, la trascendencia de estas sentencias se encuentra fuera de toda duda, ya que el Tribunal Supremo resuelve el interrogante de si el incumplimiento de un pacto parasocial celebrado por todos los socios constituye causa para anular los acuerdos impugnados. Aquel rechaza la posibilidad de anular un acuerdo social con base en la mera alegación del incumplimiento de un pacto parasocial. Con todo, también señala el camino que ha de seguirse en caso de pretender la anulación de acuerdos sociales adoptados contravinando un pacto parasocial, al admitir que el incumplimiento del pacto parasocial puede subsumirse en alguno de los supuestos de impugnación previstos en el antiguo artículo 115 LSA 1989. Por tanto, de las últimas decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo no se puede concluir que este último niegue de plano la posibilidad de impugnar un acuerdo social por violación de los pactos parasociales suscritos por la

⁶¹ Así, STS de 10 de diciembre de 2008, Ref. Aranzadi núm. 17 (2009).

⁶² No compartimos la crítica a esta argumentación realizada por SÁEZ LACAVE, M^º. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 20, que sostiene que «(L)o importante, salvo para los nominalistas a ultranza, no es lo que se ha dicho, sino lo que se ha hecho. Y no es dudoso que el Tribunal Supremo ha garantizado el *enforcement* del pacto parasocial en la esfera societaria, es decir, ha amparado a quienes, impugnando un acuerdo social, solicitaban que no se diera eficacia “societaria” a una infracción del acuerdo parasocial».

totalidad de los socios de una sociedad, tal y como ha sido sostenido por cierto sector doctrinal⁶³. Se trata, presumimos, de una interpretación basada en una lectura precipitada de las mencionadas sentencias. Por el contrario, el Tribunal Supremo se limita a rechazar el incumplimiento del pacto parasocial en sí mismo considerado a efectos de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contravención del mismo, pero reconduce tal impugnación a la necesaria subsunción en alguno de los supuestos previstos en el artículo 115 LSA 1989 –actual art. 204 LSC–. Es decir, aquel no rechaza la posibilidad de impugnar un acuerdo social adoptado en contravención de lo acordado en un pacto parasocial, sino la impugnación del mismo basada exclusivamente en la mera infracción del pacto⁶⁴.

3.2.3. *Una última vuelta de tuerca acerca de la eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos omnilaterales: la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2012*

Recientemente, la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado en relación con la materia objeto de este trabajo en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012⁶⁵ –asunto «Prevención Outsourcing, S.L.»–, aunque, como hemos avanzado en páginas anteriores, en este caso el conflicto se plantea de manera inversa a la que habitualmente se suscita. Así, en este caso la impugnación de acuerdos sociales no tiene origen en el incumplimiento de un pacto parasocial. Precisamente, este último es respetado a la hora de adoptar acuerdos en junta, pero, posteriormente, uno de los socios procede a la impugnación de tales acuerdos –en los que, téngase presente, se ha respetado el contenido del pacto parasocial–, alegando el incumplimiento de los estatutos sociales. Resulta, por tanto, obligado subrayar el paralelismo entre este asunto y el resuelto por el BGH en sentencia de fecha 15 de marzo de 2010.

La sentencia de 16 de noviembre de 2012 tiene por objeto el problema que se suscita en el marco de una sociedad de responsabilidad limitada, «Prevención Outsourcing, S.L.», cuyo capital social se encuentra repartido entre dos socios, «Succeed Investments, S.L.» e «Inversiones y Patrimonios Eca Global, S.A.», de forma desigual –sesenta y cuarenta por ciento, respectiva-

⁶³ Tal y como, por ejemplo, han entendido MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. Mª, «La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009», *ob. cit.*, p. 296 y ss.; o SANCHEZ ÁLVAREZ, M., «Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 2009», *ob. cit.*, p. 1368.

⁶⁴ Ver, igualmente, REDONDO TRIGO, F., «Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ob. cit.*, p. 2685.

⁶⁵ Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2012, JUR 2013/5173.

mente—. En el artículo 12 de los estatutos sociales se prevén unas mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos sociales —con carácter general, un voto favorable de los 2/3 del capital social y de 3/4 en caso de operación acordeón—. Sin embargo, en un pacto parasocial, ambos socios deciden establecer la exigencia del voto favorable del sesenta por ciento del capital social para, entre otros asuntos, aprobar la ampliación y reducción del capital, proceder a cualquier modificación estatutaria o decidir el nombramiento y cese de administradores. El pacto se respeta sin problemas en dos juntas generales consecutivas, a pesar de lo cual el socio minoritario las impugna, alegando el incumplimiento del artículo 12 de los estatutos sociales. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid dicta sentencia el día 20 de mayo de 2010, en la que estima la impugnación y declara la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en aquellas juntas generales. Ahora bien, la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso interpuesto, al considerar que «...(1)a actuación de aquél que, habiéndose antes comprometido, como todos los demás socios, a plegarse a unas nuevas reglas de funcionamiento de una sociedad, emprende luego, lo que entraña una paradoja, una acción de impugnación de acuerdos sociales mediante la que denuncia, exclusivamente, la aplicación de aquellas novedades convenidas para la adopción de decisiones en el seno de la junta general, por ser diferentes a las estatutarias, entraña el ejercicio de un derecho de forma contraria a las exigencias de la buena fe, lo que contraviene la previsión del nº 1 del artículo 7 del C. Civil y su proyección procesal contemplada en los artículos 11 de la LOPJ y 247 de la LEC; es más, podría incluso llegar a ser considerado su comportamiento como un intento de abuso de derecho, figura ésta proscrita por el nº 2 del artículo 7 del C. Civil». Como resultado, la Audiencia concluye que «...el ulterior comportamiento de la parte actora emprendiendo las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, pretendiendo que el tribunal atienda sólo a la formal infracción estatutaria y no examine el resto de los ingredientes que aderezan su actuación, resulta injustificable desde el punto de vista de la obligación que a todos incumbe de ejercitar los derechos de buena fe y de no incurrir en un abuso de derecho. Se trata de un motivo más que suficiente para que la demanda debiera haber sido rechazada y por eso estimamos ahora el recurso planteado por la entidad demandada contra la sentencia que no lo apreció así». De hecho, la RDGRN de 26 de octubre de 1989 —asunto «Promociones Keops»— adoptó idéntica solución, es decir, reconocer eficacia societaria a un pacto parasocial, con base en el mismo argumento —la actuación contraria a la buena fe y el abuso de derecho—. En este caso, se cuestiona la actuación del registrador mercantil, que deniega la inscripción de los acuerdos adoptados en junta general de la mercantil «Promociones Keops, S.A.», al alegar mala fe del acreedor pignoraticio titular de todos los derechos de voto. En efecto, para poder conseguir financiación bancaria, el accionista único de la sociedad había celebrado un contrato de prenda sobre todas las acciones, en el que se pactó que los derechos políticos de estas últimas correspondían al deudor

pignoraticio. El socio único aprovecha la doble circunstancia de que en los estatutos sociales se atribuía el derecho de voto al acreedor pignoraticio y de que el contrato de prenda era un contrato privado, inoponible a la sociedad, y celebra la junta. Sin embargo, el registrador rechaza la inscripción de los acuerdos adoptados en ella; decisión esta última confirmada posteriormente por la DGRN⁶⁶.

Obsérvese que, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2012, la pretensión que se ejercita ante los tribunales no es impugnar un acuerdo social adoptado en contravención de un pacto parasocial. Antes bien, en al menos dos juntas generales el pacto parasocial origen remoto del conflicto ha sido respetado por los dos socios de la mercantil. No estamos, por tanto, ante un incumplimiento del pacto parasocial y la pretensión del otro socio –igualmente vinculado por el pacto– de anular un acuerdo social contrario a lo pactado por vía parasocial. De hecho, ambos socios respetan inicialmente el pacto, aunque uno de ellos procede posteriormente a impugnar los acuerdos adoptados, alegando para ello el incumplimiento de una norma estatutaria. En buena lógica, actúa de mala fe quien, habiéndose comprometido en un pacto parasocial en un determinado sentido, respeta dicho pacto en dos juntas generales, pero procede posteriormente a impugnarlas alegando el incumplimiento de una norma estatutaria. Ahora bien, como se señala en la sentencia, la Audiencia Provincial examina «circunstancias adicionales de suma relevancia» –o, como también las denomina «el resto de los ingredientes que aderezan la situación»–, es decir, la existencia de un pacto parasocial en el que han intervenido los dos socios de la sociedad, el cual ha sido respetado por ambos socios en las dos juntas generales celebradas y la actuación posterior de uno de ellos, que procede a la impugnación de acuerdos adoptados en ellas. Esta toma en consideración de otros elementos concurrentes en el conflicto planteado determina que la Audiencia adopte la decisión de rechazar la

⁶⁶ La DGRN sostiene que «(C)omo son principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse el ejercicio abusivo de los derechos (art. 7), y como, además, es la necesaria protección de los derechos de los terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas, la que determina el mantenimiento de la eficacia jurídica de aquellas actuaciones que, amparadas en los Estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente, no debe reconocerse la validez de aquella actuación en la que no se compromete todavía ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento, pues no sólo es abusiva sino que además envuelve un incumplimiento contractual flagrante con grave detrimento para los propietarios de las acciones gravadas, que ven inutilizadas unas facultades jurídicas que legítimamente les pertenecen, aun cuando para su actuación precisen el debido concurso y colaboración del acreedor pignoraticio».

impugnación ante ella planteada⁶⁷, lo que en la práctica conlleva la eficacia del pacto parasocial frente a la sociedad.

3.3. La eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales

Las decisiones jurisprudenciales ya citadas han planteado la necesidad de revisar la tradicional eficacia obligacional de los pactos parasociales, al menos para el caso en el que todos los socios de la sociedad han tomado parte en ellos. Se trata, por lo tanto, de una revisión de la eficacia de los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales. Evidentemente, la exigencia de que en los pactos hayan intervenido todos los socios determina su celebración en el marco de sociedades con un número reducido de socios, unidos en ocasiones por vínculos familiares. Así, en el pacto parasocial objeto del asunto «Hotel Atlantis Playa» –STS 24 de septiembre de 1987– intervienen únicamente dos accionistas; las sentencias del asunto «Munaka» –SSTS de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992– analizan un pacto parasocial en el que han tomado parte los cuatro accionistas, familia entre sí; en el pacto parasocial celebrado en el marco del grupo «Kurt Konrad y Cía, S.A.» intervienen los dos grupos familiares propietarios de las acciones y participaciones de las sociedades que forman parte del grupo –STS de 10 de diciembre de 2008, STS de 5 de marzo de 2009 y SSTS de 6 de marzo de 2009–; y, por último, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16 de noviembre de 2012 –asunto «Prevención Outsourcing, S.L.» se pronuncia sobre un pacto parasocial en el que participan los dos únicos socios de la sociedad. Por el contrario, esta revisión de la eficacia de los pactos parasociales no puede trasladarse a aquellos pactos en los que únicamente intervienen algunos socios, al existir co-socios ajenos al pacto.

Durante décadas, los pactos parasociales estuvieron rodeados de un halo de ilicitud, por tratarse de pactos no incluidos en los estatutos sociales y que, por tanto, tampoco constaban en el Registro Mercantil. De hecho, no ha sido hasta bien avanzado el siglo XX cuando la jurisprudencia española ha declarado la validez y licitud de los pactos parasociales y, hasta comienzos de este siglo, cuando el legislador español ha reconocido expresamente su existencia al regular precisamente la publicidad de los pactos parasociales en el marco

⁶⁷ «Consideramos que ante esas circunstancias el ulterior comportamiento de la parte actora emprendiendo las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, pretendiendo que el tribunal atienda sólo a la formal infracción estatutaria y no examine el resto de los ingredientes que aderezan su actuación, resulta injustificable desde el punto de vista de la obligación que a todos incumbe de ejercitar los derechos de buena fe y de no incurrir en un abuso de derecho. Se trata de un motivo más que suficiente para que la demanda debiera haber sido rechazada y por eso estimamos ahora el recurso planteado por la entidad demandada contra la sentencia que no lo apreció así».

de las sociedades cotizadas –véanse art. 112 LMV y los actualmente en vigor arts. 530 y ss. LSC–. Pues bien, el mencionado carácter secreto u oculto de los pactos parasociales fácilmente conducía a sostener que aquellos tenían por objeto un contenido pretendidamente prohibido. Siguiendo esta lógica, si los socios ocultaban el pacto por ellos celebrado era porque contenía acuerdos que no podían salir a la luz. Nada más lejos de la realidad. En este sentido, como ya hemos señalado, la categoría de los contratos parasociales comprende aquellos acuerdos en los que intervienen todos o algunos de los socios de una sociedad, mediante los cuales aquéllos completan o modifican el régimen legal o estatutario previsto para la sociedad, comprometiéndose a actuar de un modo predeterminado. No cabe, por tanto, una identificación absoluta entre pacto parasocial y contenido prohibido. Es más, el carácter secreto o confidencial constituye una de las ventajas que presentan los pactos parasociales, junto con su sencillez, flexibilidad y su capacidad de adaptación. Cuestión distinta, evidentemente, es que, en determinadas ocasiones, un concreto pacto parasocial sea ilícito⁶⁸.

La circunstancia de la falta de acceso de los pactos parasociales al Registro Mercantil implica, evidentemente, la imposibilidad de conocimiento de lo pactado por parte de quienes no han intervenido en el pacto en cuestión, es decir, socios no participantes en el mismo y terceros. Ahora bien, en el supuesto particular de pactos parasociales omnilaterales, su contenido es conocido por todos los socios, en la medida en que todos ellos han tomado parte en su celebración. Sin embargo, la no incorporación de los pactos parasociales a los estatutos no tiene por qué ser enjuiciada como una actuación negligente o ligera de los socios⁶⁹. Al contrario, se suele tratar de una decisión consciente, movida normalmente por el deseo de los socios de sustraer dichos pactos de la publicidad registral. En efecto, con base en la declaración contenida en el artículo 29 LSC, la inoponibilidad de un concreto pacto a la sociedad pasa necesariamente por que este último sea reservado, es decir, no conste en los estatutos sociales; opción que conlleva que su contenido no pueda ser conocido por terceros ajenos a la sociedad. A su vez, este pretendido o buscado desconocimiento por parte de terceros de la existencia y del contenido del pacto puede responder a distintos motivos. Así, en ocasiones, esta decisión puede deberse al deseo de querer mantener oculto el pacto para que su contenido no sea conocido por terceros; conocimiento que, a su vez, podría ser perjudicial para la sociedad, para algunos socios o para un terce-

⁶⁸ Sobre la licitud de los pactos parasociales resulta imprescindible la lectura de PAZ-ARES, C., «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uribe Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, p. 252 y ss., e, igualmente, con alguna modificación, en *Diario La Ley*, núm. 7714.

⁶⁹ Véase NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 92.

ro⁷⁰. Pero también mediante un pacto parasocial los socios pueden pactar cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la sociedad, cuya previsión en los estatutos sociales exigiría proceder a una modificación de los mismos, con el coste económico y temporal que conlleva⁷¹. En este caso, la flexibilidad, la sencillez y la capacidad de adaptación inherentes al pacto parasocial, apuntadas anteriormente, justificarían esta opción. Igualmente, los socios pueden preferir celebrar un pacto parasocial para, de este modo, garantizarse que el contenido del pacto únicamente podrá ser objeto de modificación por unanimidad y no por la mayoría exigible legalmente en caso de que tales acuerdos estuvieran previstos en los estatutos sociales⁷². En definitiva, resulta simplista identificar desconocimiento por parte de terceros con intención aviesa por parte de los socios intervinientes en el pacto. Habrá ocasiones en que efectivamente así sea, pero otras en las que aquellos busquen otros fines, como los ya señalados.

Resta, en cualquier caso, afrontar la cuestión relativa a la relación existente entre pacto parasocial y sociedad. Como hemos señalado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, tradicionalmente se ha sostenido que los pactos parasociales presentan una eficacia «*inter partes*», es decir, exclusivamente entre los participantes en ellos, pero no «*erga omnes*», de modo que la sociedad y los terceros quedan al margen de aquellos⁷³. Y precisamente esta característica de los pactos parasociales impide el recurso a mecanismos o instrumentos del Derecho de sociedades para reclamar o forzar el cumplimiento o, en su caso, para sancionar el incumplimiento de lo convenido en tales pactos parasociales. Se trataría de una manifestación del principio de relatividad de los contratos, atendiendo al cual los contratos únicamente producen efecto entre las partes que los otorgan, pero no pueden afectar a terceros ajenos –art. 1257 Cciv–. En particular, esta separación absoluta entre pactos parasociales y sociedad se ha fundamentado en argumentos tales como la plena autonomía e independencia de la sociedad frente a los socios o la obligada utilización de los órganos sociales –y el consiguiente cumplimiento de las exigencias legales y, en su caso, estatutarias– para configurar la voluntad

⁷⁰ Así, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, *ob. cit.*, pp. 93 y 94, pone como ejemplo el interés para los socios de privar a la competencia el acceso a acuerdos en los que se detalla o incide sobre la estrategia empresarial de la sociedad.

⁷¹ Por su parte, SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 8, sostiene que «(L)a razón por la cual las partes no tienen interés en dotar a estos pactos de rango estatutario es simplemente porque no les aporta ningún beneficio adicional y, en cambio, les resta eficacia».

⁷² Tal y como apunta SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 8.

⁷³ No nos referimos a socios ajenos al pacto puesto que estamos refiriéndonos a pactos omnilaterales, en los que, por lo tanto, han participado todos los socios de la sociedad.

de la sociedad e integrar su ordenamiento⁷⁴. Sin embargo, estos argumentos han sido objeto de matización. Así, la pretendida plena autonomía de la sociedad frente a los socios no explica que estos últimos, aun siendo terceros, puedan incidir en el ordenamiento societario a través de su participación en los órganos sociales⁷⁵. A su vez, aun cuando es cierta la afirmación de que es mediante el recurso a los órganos sociales como los socios configuran la voluntad de la sociedad, ello no implica que necesariamente esta sea la única vía de regular y organizar la vida social⁷⁶. De hecho, los pactos parasociales omnilaterales pueden constituir un mecanismo óptimo para ello, dadas las ventajas inherentes a los mismos. Como resultado, la inoponibilidad tiene razón de ser en los supuestos de pactos parasociales en los que intervienen exclusivamente algunos socios, pero no en los casos de pactos parasociales de todos los socios, los cuales vinculan a estos últimos y a la sociedad, aunque no a terceros ajenos a tales pactos⁷⁷.

3.4. Consecuencias de la eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios o pactos parasociales omnilaterales

La admisión de eficacia societaria de los pactos parasociales de todos los socios conduce necesariamente a plantear la posibilidad de que los socios se sirvan de los instrumentos existentes en el Derecho de sociedades para hacerlos valer. Sin duda, dentro de tales instrumentos, destaca el recurso al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, ya que habitualmente el conflicto se suscita como consecuencia de la adopción de un acuerdo social por parte de la junta general en contravención de lo acordado en un pacto parasocial. Ahora bien, la rotundidad con la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las últimas sentencias dictadas sobre la materia –SSTS

⁷⁴ Así, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., pp. 83 y 84, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁷⁵ Véase NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., pp. 83 y 84.

⁷⁶ En efecto, como apuntan SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», ob. cit., p. 4, «... los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman desde una óptica económica, un contrato –más– completo de sociedad»; o NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 87, «... se hace difícil de entrever los motivos por los que no resulta conveniente que los socios no puedan obligar en ningún caso a la sociedad sin contar con la junta general y sin dejar constancia en los estatutos de lo convenido».

⁷⁷ En este sentido, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 23^a ed., Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 569; o NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, ob. cit., p. 137.

de 10 de diciembre de 2008, de 5 de marzo de 2009 y de 6 de marzo de 2009— obligan a reconducir la impugnación de un acuerdo societario adoptado en incumplimiento de un pacto parasocial a los cauces del artículo 204 LSC —antiguo art. 115 LSA 1989—. En efecto, las afirmaciones realizadas por el Tribunal Supremo en las mencionadas sentencias no sólo confirman la posibilidad de servirse de alguna de las vías de impugnación *ex* artículo 204 LSC. De hecho, fuerzan a ello. Como resultado, la mera alegación de la infracción de un pacto parasocial a efectos de la impugnación de un acuerdo social no resultará suficiente. Tampoco lo será invocar razones de economía procesal, sosteniendo que se puede obtener el mismo resultado mediante la utilización de instrumentos del Derecho de obligaciones y contratos, si bien con unos costes mayores⁷⁸. Será necesario servirse de alguno de los cauces impugnatorios previstos legalmente⁷⁹. Esta propuesta ya fue planteada hace algunos años por el profesor Paz-Ares, el cual sostuvo incluso una integración analógica de los motivos de impugnación previstos legalmente⁸⁰, aunque también reconoció que no había obstáculos para alcanzar el mismo resultado mediante la inserción en alguno de los cauces típicos previstos en el ordenamiento⁸¹.

⁷⁸ Tal y como se sostuvo en la sentencia del BGH de 20 de enero de 1983, mencionada en páginas anteriores. En nuestra doctrina, PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 37, se sirve de este argumento para concluir que «...carece de sentido —de cualquier tipo de racionalidad jurídica— impedir que se invoque directamente la infracción del pacto parasocial para impugnar los acuerdos sociales. Lo contrario obligaría a un calvario inútil: a dejar vigente provisionalmente el acuerdo; a ejecutar *in natura* el pacto parasocial y, sobre la base de la acción de remoción (artículo 1098.II CC *in fine*), a promover una junta para dejar sin efecto el acuerdo social». Por su parte, en el asunto objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2012, la parte demandada igualmente se sirve del argumento de la economía procesal en defensa de la eficacia societaria del pacto parasocial («...porque podría exigirse el cumplimiento de la obligación contractual para llegar al mismo resultado práctico que si se mantuviesen los acuerdos adoptados»), así como del argumento de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria de la demandante.

⁷⁹ Por el contrario, FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas ob. cit.*, p. 361 y ss., se manifiesta crítico con la posibilidad de impugnar un acuerdo social por violación de un pacto parasocial, concluyendo que «...actualmente, y conforme a la regulación vigente, resulta difícil sostener la oponibilidad del pacto a la sociedad, y todas las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que están permitiendo hacerlo no dejan de ser “parches” que lo único que revelan, en realidad, es la necesidad urgente de dotar de una regulación concreta y clara a la figura de los pactos parasociales, lo mismo que ocurrió con la cuestión de la validez de los mismos».

⁸⁰ Véase PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 39. En contra de esta propuesta, PÉREZ MILLÁN, D., «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 252, que señala que no debiera concluirse la existencia de un nuevo motivo de impugnación, si es posible encontrar apoyo en alguno de los motivos tipificados legalmente.

⁸¹ Así, PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 40.

Por lo demás, el recurso al primer cauce impugnatorio, es decir, la contravención de la ley, requeriría justificar que la actuación contraria a lo pactado en un pacto parasocial constituye una vulneración de alguna disposición legal. Así, cierto sector doctrinal ha apuntado que los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos parasociales firmados por todos los socios son nulos por contrarios a la ley, por constituir abuso de derecho –por lo tanto, violación del art. 7.2 Cciv–⁸². No cabe duda alguna de que dentro de los acuerdos nulos quedan incluidos los acuerdos que conllevan una violación de cláusulas generales del ordenamiento jurídico, como es el caso de los acuerdos adoptados con abuso del derecho; si bien el problema fundamental que se suscita no es otro que la prueba de la existencia del abuso alegado⁸³. A esta observación se ha de sumar otra de mayor entidad como es que esta solución es artificiosa, tanto en los medios como en los resultados que alcanza, y difícilmente aceptable, puesto que conllevaría que la violación de un pacto parasocial recibe un mejor tratamiento en materia de caducidad y legitimación que la violación de los estatutos sociales⁸⁴. En efecto, ha de recordarse que para la impugnación de los acuerdos nulos, la LSC reconoce legitimación a todos los socios, a los administradores y a cualquier tercero que acredite un interés legítimo, mientras que para la impugnación de acuerdos anulables, están legitimados los socios asistentes a la junta que hayan hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados de su derecho de voto y los administradores –art. 206 LSC–. Del mismo modo, si la acción de nulidad caduca en el plazo de un año, con la única excepción de los acuerdos que, por su causa o contenido, sean contrarios al orden público, los cuales no caducan, la acción de anulabilidad caduca a los cuarenta días –art. 205 LSC–.

A su vez, la eventual alegación del segundo motivo de impugnación *ex* artículo 204 LSC –es decir, contravención de los estatutos sociales– pasaría por equiparar pacto parasocial con cláusula estatutaria. A tal efecto, se ha sostenido que los pactos parasociales constituyen reglas interpretativas de los estatutos, de modo que el incumplimiento de los primeros conllevaría un incumplimiento de los estatutos sociales. Sin embargo, esta opción únicamente sería admisible en aquellos casos en que, efectivamente, el pacto parasocial infringido sirviera de elemento interpretativo de una cláusula estatutaria, ya que los pactos parasociales no son siempre un mecanismo de interpretación

⁸² En este sentido, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, *ob. cit.*, pp. 569 y 732

⁸³ Por todos, ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *ob. cit.*, p. 1440.

⁸⁴ Como señala PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 40. Por su parte LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 21, califica esta vía como «desproporcionada».

de los estatutos⁸⁵. Por su parte, las similitudes existentes entre pactos parasociales omnilaterales y estatutos podrían conducir, en principio, a acoger un concepto amplio de estos últimos en tanto solución legitimadora de la impugnación. Sin embargo, en sentido estricto, para que se trate de un acuerdo anulable por contrariedad a los estatutos sociales, se requiere que el acuerdo cuestionado vulnere una norma introducida en los estatutos originarios o modificados dentro de los márgenes de la autonomía privada⁸⁶. Evidentemente, este no es el caso del acuerdo social adoptado en contravención de un pacto parasocial⁸⁷.

El rechazo a los anteriores cauces impugnatorios obliga a recurrir al último de los previstos en el artículo 204 LSC, es decir, la lesión de los intereses de la sociedad. Ha de tenerse presente que este es precisamente el argumento del que se sirvió el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 1992⁸⁸ –asunto «Munaka»–. En efecto, la adopción de un acuerdo social adoptado en contravención de un pacto parasocial en el que han intervenido todos los socios conlleva una desconsideración de sus intereses y, por tanto, una lesión del interés social⁸⁹. Idéntica conclusión ha de adoptarse en caso de considerar que los pactos parasociales omnilaterales conforman el ordenamiento jurídico de la sociedad, junto con la ley y los estatutos, es decir, que aquellos presentan eficacia organizativa, de modo que contribuyen a gober-

⁸⁵ Ver PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 40, que también reconoce que esto no quiere decir que en ocasiones no quepa traer a colación pactos parasociales para fundamentar una impugnación por infracción de los estatutos, por ejemplo, cuando existe una cláusula estatutaria que puede ser interpretada o concretada con ayuda de los pactos parasociales.

⁸⁶ Al respecto, ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *ob. cit.*, p. 1441.

⁸⁷ También NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, *ob. cit.*, p. 138, reconoce que esta propuesta no se corresponde con una interpretación literal del art. 204 LSC.

⁸⁸ Así, en esa ocasión, el mencionado tribunal concluye que «...la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso...».

⁸⁹ Así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, *ob. cit.*, p. 731; PAZ-ARES, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 41; SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, pp. 21 y 22, que señala que el mayor escollo para que esta argumentación prospere en vía judicial es el escaso desarrollo jurisprudencial del contenido de los deberes fiduciarios de los socios, que es lo que está detrás de la protección del interés social del art. 115 LSA 1989, y que obliga a buscar otros motivos de impugnación con mayores probabilidades de éxito; o PÉREZ MILLÁN, D., «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 254 y ss.

nar la vida de la sociedad⁹⁰. Desde esta consideración, el incumplimiento de un pacto parasocial en el que han participado todos los socios constituye una infracción del deber de fidelidad del socio y, en último término, del interés social⁹¹. Recuérdese que la ley española acoge una concepción contractualista del interés social, de modo que identifica el interés de la sociedad con el interés común de los socios; concepción que también ha sido sostenida por el Tribunal Supremo⁹². En buena lógica, para la procedencia de la impugnación del acuerdo social por ser lesivo a los intereses de la sociedad, se requerirá la concurrencia de los requisitos que determinan, en general, la existencia de una situación de conflicto de intereses entre la sociedad y uno de sus socios; requisitos que no sólo han de ser alegados, sino probados de forma suficiente⁹³. Con todo, en estos supuestos, el contenido de los deberes de fidelidad ha sido previamente concretado convencionalmente, ya que la conducta debida por el socio se ha especificado en el pacto parasocial infringido en el que aquel ha tomado parte⁹⁴.

Por otra parte, el problema relativo a la posible eficacia societaria de los pactos parasociales omnilaterales también se ha planteado desde otra vertiente: la adopción de acuerdos sociales en junta respetando lo convenido en un pacto parasocial y el posterior inicio de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales con base en la alegación de que el acuerdo o acuerdos adoptados contravienen lo previsto en los estatutos sociales. Se trata de los hechos objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16

⁹⁰ Tal y como sostiene NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, *ob. cit.*, p. 98.

⁹¹ Ver NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, *ob. cit.*, p. 98 y 138.

⁹² Así, ver, entre otras, SSTs de 19 de febrero de 1991 (Ar. 1991/1512); de 24 de septiembre de 1998 (Ar. 1998/7068); de 4 de marzo de 2000 (Ar. 2000/1502); de 12 de julio de 2002 (Ar. 2002/8252); de 5 de marzo de 2004 (Ar. 2004/1807); de 11 de noviembre de 2005 (Ar. 2005/7769); o de 17 de marzo de 2006 (Ar. 2006/1886). Con todo, tal y como reconoce SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 21, el TS es reacio a admitir la impugnación de acuerdos neutrales respecto de la sociedad, aunque perjudiquen a unos socios en beneficio de otros; si bien en los casos más extremos de deslealtad del socio mayoritario en el ejercicio del derecho de voto, también ha reaccionado defendiendo a los socios minoritarios mediante el recurso a argumentos que recuerdan estrategias utilizadas en el marco de los pactos parasociales.

⁹³ Por todos, ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *ob. cit.*, p. 1444, con base en constante jurisprudencia.

⁹⁴ Tal y como apuntan SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, p. 22; o PÉREZ MILLÁN, D., «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *ob. cit.*, p. 255.

de noviembre de 2012⁹⁵, que resuelve el conflicto planteado en relación con un pacto parasocial en el que también han participado todos los socios de la sociedad⁹⁶, es decir, un pacto parasocial omnilateral. Pues bien, esta situación pone igualmente de manifiesto la problemática que subyace en buena parte de los conflictos que se suscitan en materia de pactos parasociales. Tal y como ya fue apuntado en su día⁹⁷, el juez se encuentra ante el dilema de observar estrictamente la letra de la ley y, con ello, permitir que el ordenamiento acabe amparando a quien actúa de forma antijurídica o, por el contrario, no permitir dicha actuación, lo que implica, en definitiva, el cumplimiento del pacto y, en último término, el reconocimiento de su eficacia societaria. De hecho, la propia Audiencia Provincial de Madrid parte de la premisa de que «...no bastaba para resolver el caso con la simple invocación de la jurisprudencia que antes hemos citado, que resuelve casos que no presentan identidad de razón con el que nos ocupa, como tampoco sería suficiente la mera constatación de la comisión de una formal infracción estatutaria, que, contemplada de forma aislada, parecería innegable, cuando hay circunstancias adicionales de suma relevancia y cuya toma en consideración deberían deparar una suerte al resultado del litigio distinta de la que le ha deparado la primera instancia de este proceso». La observancia estricta de la ley conduciría inexorablemente a admitir la infracción estatutaria y, por consiguiente, a declarar la nulidad de los acuerdos adoptados. Sin embargo, la actuación de quien se compromete en un pacto parasocial a actuar en un determinado sentido, así lo respeta en una o varias ocasiones, pero posteriormente procede a impugnar los acuerdos sociales adoptados infringe el principio de la buena fe, declarado en el artículo 7.1 Cciv. En efecto, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe siempre que se ejercita de una forma o en unas circunstancias que lo hacen desleal⁹⁸. Y de este principio general deriva la inadmisibilidad de la actuación contra los actos propios o «*venire contra factum proprium*», que impone un deber de proceder lealmente en las

⁹⁵ Así, en esta sentencia se aclara que «(S)e trata de una manera distinta de plantear el problema, porque el pacto parasocial se habría cumplido en sus precisos términos y nos hallaríamos, por lo tanto, ante una situación tan peculiar como lo es la del socio que previamente se había obligado a cumplir aquél y que, sin embargo, luego decide desentenderse de ello, pretendiendo combatir sus efectos al reclamar la aplicación de las reglas societarias que todavía permanecen incorporadas a los estatutos sociales, aunque no se aviniesen con aquél, porque aun no habían sido formalmente cambiadas».

⁹⁶ De hecho, a esta circunstancia se refiere expresamente la sentencia al señalar que «(C)onsideramos que la actuación de aquél que, habiéndose antes comprometido, como todos los demás socios, a plegarse a unas nuevas reglas de funcionamiento de una sociedad...».

⁹⁷ Así, SÁEZ LACAVE, M^a. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *ob. cit.*, pp. 3 y 17.

⁹⁸ Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «Comentario al artículo 7.1 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 37 y ss.

relaciones de derecho y, en particular, la exigencia de una coherencia en la conducta que despierta expectativas en los demás. Se trata, obsérvese, de un supuesto en el que el socio impugnante ha participado en la celebración de un pacto parasocial, que, posteriormente, ha sido respetado en la adopción de acuerdos sociales en junta. Por tanto, cabe exigirle un comportamiento consecuente con la confianza que previamente ha creado, dado el respeto al contenido del pacto parasocial⁹⁹, y que quiebra como consecuencia del inicio del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales. Así, aquel socio ha observado una conducta jurídicamente relevante, como es su participación en la adopción de acuerdos sociales en junta, respetando el contenido del pacto parasocial. Posteriormente, el mismo socio –es decir, existe identidad de sujetos entre conducta anterior y pretensión posterior– inicia un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales–, de modo que crea una situación litigiosa, formulando dentro de ella la pretensión de anular los acuerdos sociales adoptados en junta. Además, entre la actuación inicial de cumplimiento del contenido del pacto parasocial y la posterior actuación de impugnación de los acuerdos sociales adoptados existe una evidente contradicción. En buena lógica, el ordenamiento no puede amparar actuaciones incompatibles o contradictorias con la conducta anterior de respeto al pacto parasocial, lo que debe conducir a la desestimación de la demanda de impugnación de acuerdos sociales. A su vez, esta desestimación conlleva el reconocimiento de eficacia societaria del pacto parasocial.

En definitiva, la tradicional eficacia «*inter partes*» de los pactos parasociales, que implica que únicamente son eficaces entre los socios participantes en los mismos, ha de ser revisada. Este replanteamiento ya fue tímidamente iniciado por nuestros tribunales en algunas sentencias dictadas hace algunos años, si bien con base en argumentos poco sólidos. De ahí la necesidad de servirse de razonamientos de mayor entidad para salvar definitivamente el punto débil de los pactos parasociales, que no es otro que su limitada eficacia. En este sentido, aquellos pactos parasociales que vinculan únicamente

⁹⁹ Es más, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 2012, fundamenta la actuación contraria a la buena fe del demandante no sólo en la falta de respeto a lo previamente comprometido, sino también en la ausencia de impugnación en plazo de la primera de las juntas objeto del litigio, ya que «si se consideraba que ya se había cometido entonces una infracción de los estatutos sociales, al no ajustarse el presidente a éstos, sino al pacto parasocial, a la hora de computar el quórum de votos favorables para la aprobación de los acuerdos, debería haberse planteado la impugnación en el plazo de 40 días –artículo 56 de la LSRL en relación con el artículo 116 del TRLSA, preceptos entonces vigentes, coincidente con la previsión del artículo 205 del TR de la Ley de Sociedades de Capital 1/2010, que es la norma ahora en vigor–, sin que fuera admisible aducir luego, para obviar dicho lapso de caducidad, como se pretendió con la demanda iniciadora del presente litigio, una inexistente infracción legal, que no podría prosperar, pues tanto el quórum estatutario como el del convenio parasocial eran superiores al previsto en el artículo 53 de la LSRL –artículos 198 y 199 del vigente TR de la Ley de Sociedades de Capital 1/2010–».

a parte de los socios de la sociedad no pueden tener eficacia ni frente a la sociedad, ni frente a los socios no participantes en ellos ni frente a terceros. Sin embargo, una solución distinta ha de darse a los pactos parasociales de todos los socios o pactos omnilaterales, que suelen celebrarse en el marco de sociedades con un número reducido de socios, generalmente conectados por vínculos familiares o personales. En efecto, estos pactos no son desconocidos por los socios, en la medida en que todos ellos han participado en su celebración. Además, la sociedad tampoco es un tercero ajeno a los mismos. Por ello, debe entenderse que esta concreta modalidad de pactos parasociales presenta eficacia no sólo «*inter partes*», es decir, entre los socios que los han celebrado –que, recuérdese, son todos los socios de la sociedad–, sino también frente a la sociedad. Tienen, por tanto, eficacia societaria, pero no «*erga omnes*». En buena lógica, la eficacia frente a la sociedad de los pactos parasociales se suele poner en cuestión en situaciones de conflicto. Habitualmente, esta situación conflictiva se produce como consecuencia de la adopción de acuerdos en junta en contravención de lo pactado en el pacto parasocial. Sin embargo, de forma excepcional, también se puede producir en el caso de adopción de acuerdos en junta en cumplimiento del pacto parasocial, pero posterior inicio de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales por contradicción con normas estatutarias. Pues bien, tanto en uno como en otro caso, el ordenamiento jurídico no puede proteger conductas que chocan con los compromisos asumidos libremente por los socios por su participación en el pacto parasocial y que, por tanto, deben ser respetados. En el primer supuesto, será necesario impugnar los acuerdos sociales adoptados con base en la lesión del interés social, mientras que en el segundo caso, deberá desestimarse la impugnación con base en la actuación contraria a los actos propios que dicho comportamiento conlleva. No podemos compartir, por tanto, la declaración contenida en la Propuesta de Código Mercantil, a tenor de la cual los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos. A nuestro juicio, el régimen general de los pactos parasociales contenido en dicha Propuesta –y, particularmente, la cuestión relativa a su eficacia– requiere una reflexión en esta nueva fase que inicia, al menos en relación con los pactos parasociales omnilaterales.

RESUMEN: La tradicional eficacia «inter partes» de los pactos parasociales, que implica que únicamente son eficaces entre los socios participantes en los mismos, ha de ser revisada. Este replanteamiento ya fue tímidamente iniciado por nuestros tribunales en algunas sentencias dictadas hace algunos años, si bien con base en argumentos poco sólidos. De ahí la necesidad de servirse de razonamientos de mayor peso para salvar definitivamente el punto débil de los pactos parasociales, que no es otro que su limitada eficacia. En este sentido, aquellos pactos parasociales que vinculan únicamente a parte de los socios de la sociedad no pueden tener eficacia ni frente a la sociedad, ni frente a los socios no participantes en ellos ni frente a terceros. Sin embargo, una solución distinta ha de darse

a los pactos parasociales de todos los socios o pactos omnilaterales, que suelen celebrarse en el marco de sociedades con un número reducido de socios, generalmente conectados por vínculos familiares o personales. En efecto, estos pactos no son desconocidos por los socios, en la medida en que todos ellos han participado en su celebración. Además, la sociedad tampoco es un tercero ajeno a los mismos. Por ello, debe entenderse que esta concreta modalidad de pactos parasociales presenta eficacia no sólo «inter partes», sino también frente a la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Sociedades, pactos parasociales, eficacia frente a la sociedad, revisión.

TITLE: The needed review of the effectiveness of parasocial omnilateral shareholder agreements.

ABSTRACT: The traditional efficiency «inter partes» of shareholders agreements –they will only be effective to the partners involved in them–, must be revised. This rethinking was timidly initiated by our courts in some judgments years ago, although based on unsound arguments. It is necessary to use heavier reasoning to save definitely the weak point of shareholders agreements: its limited effectiveness. In this sense, those agreements that bind only some partners of corporation can not be executed or against society or against partners not participating in them or third parties. However, a different solution must be given to shareholders agreements that bind all partners, which usually take place in the context of companies with a small number of partners, usually connected by family or personal ties. These agreements are not unknown by the partners, because all of them have taken part in the meeting. In addition, the company is not a strange to them. Therefore, it should be understood that this particular form of shareholder agreements have efficacy not only «inter partes», but also against the society.

KEYWORDS: Corporations, shareholders agreements, efficacy against corporation, review.

Recibido: 15.07.2013
Aceptado: 02.09.2013

Efectos causados por un legislador compulsivo en el principio constitucional de seguridad jurídica. El ejemplo de las amplificadas tasas judiciales

Eduardo Sánchez Álvarez
Doctor en Derecho Procesal por la UNED

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Una imparable motorización legislativa.—3. ¿Qué es el ordenamiento jurídico en nuestros tiempos? La galopante crisis de la ley.—4. Recordatorio sobre el principio constitucional de seguridad jurídica. Contenido y alcance. 4.1. Del deber ser... 4.2. Al verdadero ser...—5. Un supuesto concreto: la regulación presente de las tasas judiciales. 5.1. Consideración general. 5.2. La regulación de las tasas judiciales desde el principio de seguridad jurídica.—6. Idea final.

1. INTRODUCCIÓN

En estos tiempos convulsos, los juristas estamos perdiendo una de las que deberían suponer nuestras primordiales herramientas de trabajo: un calorado sosiego¹. Si se pide al operador jurídico que sus análisis sean ponderados, certeros, afinados, suficientemente razonados desde los criterios de la Ciencia jurídica, el peor enemigo que podemos tener enfrente es la prisa, la urgencia estructuralizada, la modificación constante de nuestro objeto de estudio que nos impida llevar a buen puerto esa actividad jurídicamente racional desde una mínima tranquilidad. Y sin esos cánones, la aportación de la Dogmática jurídica se depaupera irremediabilmente.

Ante la coyuntura socioeconómica que por desgracia estamos atravesando, muchos postulados jurídicos ceden o se intentan deformar para adaptarse a ese escenario en curso, buscando ser útiles elementos en la participación de su superación. Por eso, nos enfrentamos a un cuestionamiento o relativización de un buen número de conceptos jurídicos que, aunque en principio debieran hallarse anhelablemente al margen de estas interferencias manteniendo su perentoria estabilidad, por conllevar las vigas maestras sobre las que descansan las bases del Ordenamiento jurídico,

¹ «En tiempos de grandes inquietudes y angustias no están de más los esfuerzos de reflexión serena, que quizá contribuyan a calmar las turbulencias, al menos en el interior de quienes, por profesión y vocación, han de ejercitarse intelectualmente y no sería bueno que quedasen encadenados a la agitación de la actualidad. De quienes sean simples tributarios de lo actual e inmediato, sólo podemos esperar espasmódicas reformas legales habitualmente desprovistas de serio fundamento, cuando no disparatadas» en DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a la ideología, prudentia iuris*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pág. 14.

también pasan a formar parte del armamento jurídico con el que se acomete la lucha contra la crisis, normando las sucesivas decisiones políticas que al efecto se van tomando.

Ahora mismo, la seguridad jurídica sufre unos rutilantes embates. El oleaje furioso del enfurecido océano normativo golpea incesante sus cimientos. Incluso institutos como el proceso, intrínsecamente insertado en el atinadamente llamado *momento jurídico* del Estado, bastante impermeable al oportunismo político habida cuenta de su incuestionable condición técnico-jurídica, recibe estos desasossegantes impactos². En este trabajo observamos esa tempestad agudizada por las nuevas tasas judiciales y tratamos de contrastar cuánto daño causan a la constitucionalizada seguridad jurídica.

2. UNA IMPARABLE MOTORIZACIÓN LEGISLATIVA

La doctrina jurídica ya ha venido advirtiéndolo reiteradamente en los últimos tiempos de cómo las legislaturas más cercanas cronológicamente a nosotros han ido engrosando de forma exponencial el imperio de la llamada *motorización legislativa*, esto es, una compulsión creadora de normas jurídicas que pasan a erigir un desafortunado cúmulo, desarmónico, inaprensible, antinómico, fugaz, desordenado, elefantiásico.

Los peligros de ese diseño elegido y perseverado inatacablemente por los sucesivos legisladores son más que rotundos. Encierran en sí altos riesgos de colapso del Ordenamiento jurídico, que quedaría transformado en un agregado ininteligible de normas que pocas relaciones de conjunto podrían trabar con el resto de elementos normativos con los que, en condiciones normales, habrían de interaccionar en aras del entretejimiento de un veraz conjunto normativo.

La tozuda realidad nos demuestra que la situación presente es justamente la contraria. La inercia legislativa traza como vectores sobre los que desplazarse una ingente población normativa, una constante mutabilidad de ese universo normativizado y una técnica legislativa que no se esmera especialmente en mantener la coherencia interna de lo que debería ser un sistema, al que se desvertebra continuamente. Sí se afana, por contra, en dotar de formulación jurídica a la más peregrina ocurrencia que en un determinado

² «Es cierto que las ideas políticas influyen en toda clase de normas jurídicas, ya que las leyes positivas son desgraciadamente los instrumentos de que se valen los políticos para modificar las realidades sociales. Pero ello no significa en forma alguna que dichas ideas políticas puedan servir para modificar los conceptos y mucho menos la propia esencia de las instituciones jurídicas (...) Esta neutralidad del proceso respecto de las ideas políticas es particularmente estable en el ámbito del proceso civil, como lo muestran el ejemplo de las legislaciones italiana (...) y española, que han subsistido casi sin modificaciones a través de regímenes políticos totalmente opuestos» en SERRA DOMÍNGUEZ, M, «Liberalización y socialización del proceso civil. Las realidades del juez en la legislación y en la realidad procesales» en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n° 2-3, Madrid, 1972, págs. 512-514.

momento pueda llamar la atención del legislador haciendo caso omiso tantas veces a los propios mecanismos alumbrados dentro del Ordenamiento jurídico para llevar a término creaciones y modificaciones normativas, en ocasiones de manera drástica y, en otras, mutándolos subrepticamente para lograr sus objetivos pareciendo que se respetan esas formalidades cuando en realidad no es así.

El legislador ya no respeta el producto que se le encarga formular: las normas jurídicas. Simplemente se sirve de ellas para que formalmente ganen coactividad sus intereses más particulares dejando de lado cualquier sesgo de generalidad o calidad técnico-jurídica. La confusión entre el *momento político* y el *momento jurídico* del Estado ha devenido absoluta, y el citado en segundo lugar se va plegando para encajar dentro del primeramente relatado. Se dice que solamente hay un Poder en el Estado y que ése es el Ejecutivo. Esa manifestación no es descabellada, y el legislador va reclusándose en el gran cercado gubernativo que todo lo envuelve y controla³.

Más que de normas en el sentido rigurosamente jurídico de la expresión, observamos un Ordenamiento jurídico constituido por una amalgama amorfa de productos formalmente normativizados, con utilidad cuestionable, estructuralmente modificables, muchas veces meras ocurrencias de dudosa necesidad, distante a cualquier calidad técnica, erigiendo una cadena sin fin que tiene por frontispicio una decidida dispersión jurídica, un fenómeno de descodificación y desparramamiento normativo frontalmente opuesto al ideal sistemático y codificador... un bloque normativo que se convierte en un problema más de la sociedad a la que en principio sirve y regula, presidido por la oscuridad que acarrea una humanamente inexistente posibilidad de cognoscibilidad de la maraña de sus integrantes a pesar de que, naturalmente, su coactividad va a proyectarse decididamente sobre los sujetos a su *vis* jurídica.

Mientras, desde los poderes públicos, se proclama que hay que transmitir al exterior, en especial a los tan temidos mercados financieros de quienes parece depender en buena medida la recuperación del flujo crediticio, sensación de confiabilidad, de estabilidad, de credibilidad nacional. Bien, es comprensible y compartible ese diagnóstico y la sociedad entera ha de aprestarse a colmarlo. Pero, ¿acaso un marco jurídico rector y regulador de esa sociedad que se halle en un estado de estructural mutabilidad no se opone radicalmente

³ «Esa concepción jacobina del Poder se manifiesta, en algunos Estados modernos, en una identificación del Estado como tal con uno solo de los poderes del mismo, el Ejecutivo, que ejerce un monopolio de facto sobre los otros dos poderes. Ciertamente, el Poder Ejecutivo oscurece el protagonismo del Parlamento al que controla a través de la mayoría parlamentaria que le sostiene (...) Un sistema que se funda en el control del gobierno judicial a través de la elección de sus miembros por el Parlamento exterioriza claramente lo que acabamos de exponer y las mayorías exigidas para su elección, fomentan la politización de los candidatos y, por tanto, aumenta el riesgo de una exteriorización negativa de la imagen de todo el conjunto del sistema judicial» en CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M^a, «El gobierno de Juzgados y Tribunales» en *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, nº 90, CGPJ, Estudios de Derecho judicial, Madrid, 2006, págs. 510-511.

a la consecución de semejante logro? El legislador no puede pedir a la sociedad que intente inspirar a las instancias que correspondan una calma, una predictibilidad de reacciones y comportamientos, cuando él mismo se afana en enrocarse sobre la antítesis de la firmeza por gracia de sus obras.

La viveza de estas afirmaciones generales nos parece inatacable. Hay principios jurídicos estructurales de nuestro Ordenamiento jurídico, con anclaje positivamente constitucional, que son continuamente ninguneados o lesionados por el abrasador torbellino de la creación normativa del legislador, lo que convierte a esos postulados constitucionales no en las bases de la actividad legislativa sino en apéndices secundarios y sacrificables. El momento político del Estado arrasa al jurídico cuando debería suceder justo lo contrario. Se produce una incomprensible e injustificable inversión en la pirámide de valores juridificados que conforma el Sistema jurídico estatal, pues normativa de creación en masa ladea y no respeta criterios jerárquicamente superiores dotados de plena normatividad. Tal sucede con el principio constitucional de seguridad jurídica prevenido por el art. 9.3 de la Constitución española (CE). Su sentido es antagónico con un Ordenamiento construido en torno a la aceleración de última hora, a la legislación de usar y tirar, al cambio legislativo ante la primera dificultad interpretativa que surge al aplicar una norma que, además, va a estar acrecentada por la falta de mínima reflexión al formularla, a la vista de la deficiente técnica legislativa de la que se viene haciendo uso en los últimos tiempos. La sucesión de normas es torrencial. La desistematización del Ordenamiento jurídico, una realidad incontrovertible.

En estas páginas se propone contrastar los padecimientos que sufre la seguridad jurídica como principio constitucional, su vaciado de contenido por la inercia de la desbocada compulsión legislativa. Y se busca ejemplificar esa afirmación mediante un supuesto concreto: la regulación presente de las tasas judiciales que en apenas unas semanas ya cuenta con un imponente reguero de problemas y cambios, así como con una contestación social y jurídica más que notable que, en última instancia, permite incluso dudar de la constitucionalidad de algunos aspectos de su formulación.

3. ¿QUÉ ES EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN NUESTROS TIEMPOS? LA GALOPANTE CRISIS DE LA LEY

Tenemos que esforzarnos en dibujar los contornos que cubre el Derecho. Y tal labor conduce a afirmar que el Derecho no puede resignarse a ser una suerte de realidad indeterminada. Al contrario, lo conforma un sistema de normas e instituciones que pueden rubricarse como Ordenamiento jurídico, o lo que es igual, las «normas e instituciones que configuran la organización y el funcionamiento del Estado y sus relaciones con la sociedad a la que vertebran»⁴.

⁴ MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «La independencia judicial y la ley» en *Parlamento y Poder Judicial*, nº 106, CGPJ y Cortes de Aragón, Estudios de Derecho judicial, Madrid,

Ahora bien, nunca nuestro Ordenamiento jurídico lo ha sido menos. El rasgo principal del Ordenamiento jurídico coetáneo puede estribar en que no lo es, por sorprendente que parezca esta proclamación. Simplemente nos hallamos ante un monstruoso y amorfo agregado de normas jurídicas totalmente inabarcable, incognoscible, ayuno de cualquier pretensión de plenitud o coherencia interna. Visualizamos una maraña, una selva impenetrable de productos jurídicos de diversa naturaleza, con una calidad tantas veces ínfima, que arrumba pretensiones que debieran hallarse a pleno rendimiento, más allá de su solemne aseguramiento formal en los textos jurídicos jerárquicamente superiores. Cualquier acercamiento al Ordenamiento jurídico constata su carencia de armonía, y ensalza su caótica dispersión.

Certeramente, concluye LÓPEZ JIMÉNEZ que «el siglo XIX fue el de la codificación, el siglo XX el de la descodificación»⁵. Los comienzos del siglo XXI ratifican esta afirmación, pulverizando ese empeño histórico y los monumentos legislativos erigidos con tanto esfuerzo⁶. Nuestros códigos reflejan

2006, pág. 77.

⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a, «Algún criterio para mitigar la hiperabundancia normativa: STS (Sala primera) de 23 de febrero de 2009», *Diario La Ley*, n° 7212, de 7 de julio de 2009. Como apunta DE RAMÓN FORNS, considerando «la incesante y caudalosa producción normativa que nos asfixia, y que la función unificadora del Tribunal Supremo parece estar condenada a ir diluyéndose, tanto por el desmesurado volumen de trabajo que tiene que afrontar dicho organismo como por la aparición de otros Tribunales que asumen esa misma competencia. Todo ello incrementa la complejidad del Ordenamiento jurídico y propicia su falta de armonía (...) Los juristas no somos conscientes de hasta qué punto el Derecho vigente se está convirtiendo en algo cuyo conocimiento es inaccesible para el ciudadano normal; e incluso los juristas se ven obligados a especializarse y, lo que es peor, aunque lo intenten no consiguen penetrar en los arcanos de otras materias que no sean las que habitualmente estudiam» en DE RAMÓN FORNS, I., «Sobre la necesidad de perfeccionar el Ordenamiento jurídico» en *Diario La Ley*, n° 7152, Ed. La Ley, Madrid, de 8 de abril de 2009.

⁶ Como atinadamente argumenta PALMA FERNÁNDEZ, «frente a una aparente interpretación pragmática (codificar como simple acto de reunir y ordenar normas) resulta que codificar es mucho más que agrupar normas en un código. El sentido final de la codificación (...) tiene mucho que ver con la superación de una sociedad (...) y el triunfo de una nueva dimensión del poder público, de ineludible matiz constitucional, confirmando al Estado la misión trascendental de proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno (...) Los mismos paradigmas de la Codificación empiezan a definirse en relación con el concepto de Constitución (...) en su condición de norma normarum (...) Si codificar supone elaborar un orden normativo sobre una materia con arreglo a un método, nada puede haber más perturbador que la continua llegada y salida de normas de ese código. La aspiración de exhaustividad de todo texto codificado, cuyo objeto último es la certeza del Derecho y la consecución de la seguridad jurídica respecto a la norma aplicable, sufre infinitamente desde el momento en que pierde vigencia parte de su contenido por la aparición de una nueva norma o por la eliminación de una de las antiguas, recogidas en él (...) La inestabilidad de las normas (...) y la abundante degradación normativa (...) son otras razones que contribuyen a la confusión y dificultad que ofrece el Ordenamiento jurídico (...) actual» en PALMA FERNÁNDEZ, J. L., «La codificación en España. De los turdetanos a Internet» en *Diario La Ley*, n° 7552, Ed. La Ley, Madrid, de 21 de enero de 2011.

y subliman siglos de sabiduría jurídica que han resistido perfectamente a una multitud de cambios políticos, sociológicos, económicos... durante su dilatada vigencia. Proceder a una descodificación, abundante y de vida temporal intrínsecamente corta, genera el efecto contrario: inseguridad, inestabilidad, desigualdad e injusticia. El ideal codificador se sustenta en una concepción del Derecho como un orden lógico y racional. La dispersión normativa se funda, por contra, en una extenuante labor de concreción aplicativa del Derecho en cuyo honor se sacrifica esa formulación normativa lógica y racional. Se opta por crear más legislación en vez de aplicar correctamente la previamente promulgada sirviéndose del instrumental interpretativo que ya existe igualmente normativizado (sin más, art. 3.1 del Código Civil).

Nuestro ritmo de vida es acelerado, atropellado. Y esta circunstancia tiene fiel reflejo en lo que atañe a la multiplicación exponencial de normas jurídicas provenientes de una catarata de centros creadores. El Ordenamiento debe aspirar a la plenitud para serlo, articulándose también la provisión de las reglas de autointegración interna que la asevere incontrovertidamente junto a las que permitan la selección de la norma integrante aplicable a un supuesto que la praxis active. Digamos ilustrativamente que ZARRALUQUI numeraba en 344.554 las normas jurídicas vigentes en España allá a finales de 2005⁷. Es humanamente imposible conocer todo ese universo normativizado⁸. Y deviene esperable que existan múltiples defectos de formulación técnica y distorsiones entre esa muchedumbre jurídica.

Se legisla masiva y masificadamente. Se redactan leyes y más leyes, normas reglamentarias por millares, artefactos jurídicos de discutible naturaleza en sumas incontables... destrozando en una catastrófica inundación a las sistematizadas fuentes tradicionales del Derecho. Se obvia que el proceso legislativo exige perentoriamente tranquilidad: una vez regulada cualquier eventualidad fáctica hay que dejar transcurrir tiempo para que las normas en cuestión se aposenten, maduren y den sus frutos.

La ley también se ha convertido en un instrumento que pretende ser la solución filosófica para solventar cualquier problema que la práctica haga surgir, olvidando que la pura letra legal publicada en el soporte correspondiente no suele operar esa demiúrgica taumaturgia sin más. Al contrario, cualquier ley, por perfecta que se formule técnicamente, precisa indefecti-

⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRINAGA, L., «El Ordenamiento jurídico bajo camuflaje» en *Revista del Consejo General de la Abogacía española*, nº 49, Madrid, 2008.

⁸ Con una solera histórica centeraria, demostrando que la cuestión ya viene de lejos y se ha agudizado todavía mucho más en los tiempos coetáneos a nosotros, «las leyes de todo Estado civilizado ocupan bibliotecas enteras y apenas se encuentra quien conozca superficialmente todo el sistema jurídico de su país. La presunción de que todo ciudadano conoce todas las leyes es la más ridícula de las invenciones, y los perjuicios que el legislador ocasiona por la ignorancia de las leyes son una injusticia palmaria que (...) hiere especialmente a las clases inferiores de la sociedad» en MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres*, Victoriano Suárez, Madrid, 1898, pág. 405.

blemente de recursos y medidas que permitan e implementen su veraz eficacia y eficiencia.

Aunque la ley permanezca ocupando un lugar preeminente en el Ordenamiento jurídico, exteriorizando postulados como su posición basal del Estado de Derecho, o que sin su concurso normativo no sea exigible una coactiva obediencia o una afectación de derechos subjetivos, o la tipificación de conductas delictivas o sancionadoras... la gradual desvalorización del valor-ley es absolutamente incuestionable. Y justamente la fugacidad de las leyes es un gran indicio de la decadencia legal. Como remedio a esta situación, la doctrina ha apuntado una conveniente revalorización de la Constitución como garantía superior a la ley -contando con una más sólida y normativizada estabilidad- convertida, además, en parámetro de validez de aquélla: se trata de insertar una Norma suprema rígida y ordenadora de la subordinada ley, que acotaría la actuación del legislador y la supeditaría a los principios jurídicamente vinculantes que se amarraran al texto constitucional. El inconveniente, lógicamente, radicaría en la latente insuficiencia de la Norma constitucional para regular y proteger con la debida entidad por sí sola el conjunto de derechos ciudadanos⁹.

El Derecho se ha decantado por una visión primordialmente legislativa. Su correlato pasa a ser la inflación normativa quien, a su vez, gesta la crisis de la ley que cuenta con uno de sus rasgos señeros en la escasa calidad técnica de esas normas. La certidumbre en el momento aplicativo del Derecho, sobre ese *prius*, se vuelve un imposible al quedar envuelta en una multiplicidad de titubeantes elucubraciones habilitadas resultadamente por el *per se* patológico Ordenamiento jurídico. La proliferación legislativa demuestra tanto la decadencia del Derecho cuanto de la ley como garantía. A mayor número de leyes, más desvalorización del valor-ley que, simultáneamente, nutre una voraz demanda de más legislación que, a su vez, vuelve a provocar igual efecto desvalorizante.

Desde luego, aunque la actitud del legislador permita albergar remotas esperanzas en este sentido, se antojaría imprescindible articular con máxima urgencia una *racionalización* del Ordenamiento jurídico: adelgazamiento de normativa inútil o redundante, simplificación legislativa, retorno al imperio de la sana idea del sistemático fenómeno codificador que huye de una insufrible dispersión normativa, reforzamiento de la relevancia de la doctrina jurisprudencial, fusión de textos normativos que tienen igual (y a veces contradictorio) objeto de regulación... Justamente en un devastador *tsunami* normativo, la tabla de salvación para sobrevivir a este desastre estriba, en nuestra

⁹ «En materia de derechos resulta aún más difícil trazar una línea entre constitucionalidad y legalidad ya que Constitución y ley colaboran a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos, siempre bajo la supremacía de la primera. Y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (STC 50/1984, por ejemplo)» en PÉREZ TREMPES, P., «Tribunal Constitucional, Juez ordinario y una deuda pendiente del legislador» en *La reforma del recurso de amparo*, Madrid, 2004.

opinión, en la vuelta a la siempre segura mansión histórica del Derecho, a su fortaleza, a sus grandes e impertérritos principios que, por cierto, en gran medida habitan en la Constitución dotados de fuerza normativa directa¹⁰.

Sin embargo, la misma proliferación legislativa está provocando lesivos efectos en estos principios jurídicos, entre los que se halla la seguridad jurídica, que se ven abiertamente resentidos en su virtualidad. La compulsión legislativa deshilacha esos genéricos principios en aras de la creación de sub-principios específicos en cada área del Derecho, mutados en miniprincipios sectoriales que más que probablemente poco tengan que ver con sus homólogos en otras ramas jurídicas, lo que descompone y cuartea principios globales y sólidos en otros pequeños y debilitados que, a la postre, son inconexos e incoherentes entre sí, cuando no dejan de serlo por suponer meramente recomendaciones técnicas que deberían hallarse ayunas de la catalogación de principio (por definición los principios han de ser pocos: «cuando todo son principios, nada es principio»¹¹).

Aún hay factores que agravan tan penosa coyuntura: exacerbar procesos de continuada producción normativa, irreflexiva e irresponsable, puede generar expectativas que, de inmediato, vista la imposibilidad presente de acompañarlas de las necesarias dotaciones económicas ante la escasez de recursos públicos reinante, provocarán irremediable y expandida frustración social. El ámbito de la tan esperada Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 15 de diciembre de 2006, nº 299, puede ser un perfecto ejemplo de lo que se expone.

La crisis del Ordenamiento jurídico, su postrante degradación, sus cambios continuados que reflejan crudamente la ausencia de un esquema creíble para elaborar una línea legislativa, la falta de un proyecto que, simultáneamente, sustente paradigmas legislativos no fundados en la necesidad inmediata o en la ocurrencia... quiebran su labor histórica, la misión que motivó su formulación pese a que continúa presente en la actualidad, y lo transforma en un simple atajo que únicamente condiciona y pervierte la necesaria estructura interna que, a modo de almacén, ha de sujetarlo para evitar precisamente su derrumbe.

Pero la crisis de la ley en cuanto elemento neurálgico del Ordenamiento jurídico se propulsa sobre la propia ordenación social. La ley pierde legitimidad frente a la sociedad de la que nace y a cuya normación se dirige, dejándose por el camino los fines que, en principio, le son connaturalmente propios. La ley va abandonando su intrínseca meta normativa a favor de otra más inmediata, resultadista, momentánea, inclinada hacia lo sociológico o político, de resignada llevanza de las cuestiones surgidas, incluso por inacción previa del legislador que no se anticipa a los problemas que van manifestándose y úni-

¹⁰ Cfr. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a, «Algún criterio para mitigar la hiperabundancia normativa: STS (Sala primera) de 23 de febrero de 2009», *Diario La Ley*, nº 7212, *Ob. Cit.*

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A, *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a la ideología, prudentia iuris*, *Ob. Cit.*, pág. 18.

camente se acometen cuando se descontrolan totalmente (una burbuja inmobiliaria, excesos en el sistema bancario, una crisis en ciernes que se niega...).

Entonces, ¿acaso es sencillo, de entre todo ese conjunto con tintes de universo de normas saber a ciencia cierta cuál es la aplicable, cuál se halla en vigor, cuál ostenta aplicación preferente, con cuáles ha de completarse alguna de ellas para conjuntar armoniosamente las competencias legislativas de cada sujeto con potestades en la materia? ¿No aparecerá alguna disposición que derogue parcialmente la que parecía la adecuada al caso surgido, o que derogue lo derogado? ¿Parece apropiada la supernormación de un supuesto hasta su insuperable y estrambótica saturación, mientras en otro más o menos cercano ni siquiera parezca encontrarse norma a la que acudir?

Una injustificada producción normativa aluvial destroza una necesidad olvidada: la perentoria perfección del Sistema jurídico, la reducción a la mínima expresión de las incertezas que albergue. La coherencia del Ordenamiento enlaza indiscutiblemente con la calidad jurídica, y ésta es una absoluta quimera si no resulta sencillo el conocimiento de las normas que están vigentes, cuál de ellas debe prevalecer en caso de conflicto internormativo... ¿Qué resultado de calidad podemos obtener si ni tan siquiera existe respeto al texto legislativo por parte del legislador? ¿No es del todo cierto que se mezclan sin ninguna justificación técnica normas heterogéneas en leyes de acompañamiento a las presupuestarias o en disposiciones adicionales con decenas de folios, o se denomina a las leyes con nombres que no se corresponden con su posterior contenido?¹²

Si el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA alumbró el sintagma «Estado de Justicia»¹³ para expresar la situación en la que la totalidad de los poderes e instancias públicas quedan sujetas firmemente ya no sólo a la legalidad, sino a la fiscalización y escrutinio judicial sin esconces, no es posible que, acto seguido, las herramientas de las que la Administración de Justicia se servirá primordialmente para la culminación de ese menester, las normas jurídicas,

¹² «La ley ya no es sólo garantía de libertad sino instrumento de transformación e integración, como se comprueba en la intervención económica y en la regulación de la actividad prestacional (...) Surge una regulación heterogénea, fragmentada, sectorial en la que lo problemático no es el desorden, la contingencia, sino sobre todo la carencia de un orden compartido, el criterio guía de producción legislativa que sea capaz de aportar orden al conflicto. Pero además de esta consideración de orden general, la resultante normativa de regulación de la sociedad fragmentada es susceptible de una crítica técnica porque se constata una triple característica: la proliferación de leyes, la baja calidad técnica de las leyes y el desorden en las relaciones entre las fuentes del Derecho» en GARCÍA HERRERA, M. A. y LÓPEZ BASAGUREN, A., «Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial», en *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autónomico*, nº 90, *Ob. Cit.*, pág. 166.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)» en *Revista de Administración Pública*, nº 38, Madrid, 1962.

se conviertan en un problema en sí mismas, disfuncionales e inválidas materialmente¹⁴.

4. RECORDATORIO SOBRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCE

Al abordar brevemente un análisis genérico del principio de seguridad jurídica, dotado *ex art.* 9.3 CE de resaltada naturaleza constitucional, creemos absolutamente imprescindible disociar dos aspectos apegados al mismo. Y es que una cosa es qué debería comprender y otra bien diferente qué es lo que realmente implica en la práctica. La dicotomía ser/deber ser encaja a la perfección al proyectarla sobre este principio jurídico-constitucional. Si la doctrina acuñó el concepto *mutación constitucional* para definir aquellos supuestos en los que, sin modificarse la *littera constitutionis*, otras vías que no son su reforma por los mecanismos previamente establecidos al efecto proceden de esa despojante manera -transformando su contenido-, muy probablemente el principio de seguridad jurídica refleje con luminosidad esta eventualidad.

4.1. Del deber ser...

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos aporta la siguiente definición del concepto *seguridad jurídica*: «cualidad del Ordenamiento jurídico que implica certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación».

Se leía en la Memoria 1992 del Consejo de Estado que «la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un Estado de Derecho». Transcribimos ese párrafo como un exponente diáfano y propedéutico que resume atinadamente lo que cabe esperar que conforme materialmente los confines constitucionales del principio de seguridad jurídica: **cognoscibilidad** de la normativa vigente, cumplimiento de unos **estándares técnicos** de

¹⁴ «Solo la buena técnica normativa en la elaboración de disposiciones puede culminar en buenos textos legales o reglamentarios. La técnica normativa depurada debe ser una política pública intemporal (...) Para mejorar el sistema de producción de normas (...) es preciso que la regulación no se reduzca a un mero acto de poder, sino que sea el resultado –como querían los ilustrados– de una voluntad alumbrada por la razón (...) En definitiva, el futuro de las normas queda siempre y en gran medida condicionado por la corrección y calidad del proceso de su elaboración, más allá del mero acto positivo de su puesta en vigor» en PALMA FERNÁNDEZ, J. L., «La codificación en España. De los turdetanos a Internet» en *Diario La Ley*, nº 7552, *Ob. Cit.*

elaboración normativa¹⁵ y **mínima estabilidad** de esos elementos normativos dentro del Ordenamiento jurídico. De otra forma, ha de acoger en su seno la publicidad, la formalidad y la estabilidad¹⁶. La seguridad jurídica coadyuva de manera decisiva a la coherencia interna del Ordenamiento jurídico, que no debe proclamarse sin más sino ser objeto de una constante preocupación para su efectiva realización.

Más sucintamente, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que la seguridad jurídica es una «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad...» (tempranera STC 27/1981, de 20 de julio). Entonces, el legislador «debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades» (SSTC 46/1990, de 15 de marzo, y 146/1993, de 29 de abril). No en vano, «en la seguridad jurídica subyace la paz social»¹⁷. Así es, la seguridad jurídica se relaciona con el conocimiento del Derecho y con su mínima estabilidad, per-

¹⁵ Con detalle, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, Pamplona, 2007. Apunta el autor que «en un Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas posibles, lo más concretas posibles y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de producción de normas. Es decir, han de recoger en la medida de lo posible los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros (...) El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a qué atenerse. Cuando se fomenta la confusión, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma disposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico (...) La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho (...) La realidad es que el rigor y la calidad de las normas brillan por su ausencia».

¹⁶ El TC «no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (...), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (...) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica; prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía» en STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 4º.

¹⁷ GUASP DELGADO, J., *Derecho*, Gráficas Hergon, Madrid, 1971.

misiva para dotar a la ciudadanía de unas razonables certezas de futuro y planificación vital¹⁸.

Lógicamente, la CE ha de interpretarse sistemáticamente. Todos los principios prevenidos por el art. 9.3 CE, a pesar de que nos centremos en uno de ellos, no son compartimentos estanco. Cada uno cobra veraz valor relacionándose con los demás (una vez más, visión de conjunto, sistémica e interrelacionada), teleológicamente orientados para promover y aseverar los valores del art. 1.1 CE que, a su vez, propugna nuclearmente el Estado social y democrático de Derecho (cfr. STC 99/1987, de 11 de junio). Singularmente, la seguridad jurídica se engarza con el principio de reserva de ley y, *lato sensu*, con la legalidad, proscribiendo fórmulas próximas a la arbitrariedad (*vid.* STC 71/1982, de 30 de noviembre). Ahora bien, el Tribunal Supremo (TS) ha llegado a bosquejar que el principio de seguridad jurídica se erige en una suerte de suma de todos los que se acogen en el art. 9.3 CE, en un equilibrio tal que permita promover dentro del orden jurídico, en libertad, tanto la justicia como la igualdad (cfr. STS de 26 de febrero de 1991, Ref. Aranzadi nº 1600).

Bajo este enfoque, a la par, se fortifica una idea que a nuestro entender ha de resultar clave para apuntalar la visión sistémica del Ordenamiento jurídico: tener siempre presente la **superioridad de los grandes principios y valores jurídicos** –entre los que, obviamente, se halla la seguridad jurídica– sobre las normas concretas e intrínsecamente contingentes. La colocación constitucional de este principio no es puramente decorativa, claro está. El art. 9.3 CE sirve para dotar de cimientos sólidos y con vocación de perentoria permanencia a un marco en el que la modificación normativa es en muchas ocasiones inevitable, en pos de la precisa mejora y el imprescindible progreso social que impide *ipso facto* la inmutabilidad normativa, contrabalanceando excesos dañinos a la propia subsistencia del Ordenamiento jurídico.

Pero ese vector debe caminar contrapesado para abortar excesos endógenamente lesivos para su teleología. Y ese atemperativo contravector radica en principios como la seguridad jurídica. Según leemos en la STC 208/1988, de 10 de noviembre, «la seguridad jurídica no exige la petrificación del Ordenamiento, pero sí el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales», so pena de probable quebranto de los compromisos que el Estado ha asumido previamente. Ha de buscarse el lógico equilibrio entre la idea de progreso (que se servirá de los correspondientes cambios normativos para su avance juridificado) y seguridad jurídica (en cuanto correctivo a sus desmanes que permita el mantenimiento de un marco estable, con sostenedores rasgos perennes a cuyo cobijo se produzcan esas modificaciones y progresos). Ante el potencial conflicto entre seguridad jurídica y legalidad en la actuación administrativa, el TS ha estimado en ocasiones prioritario cumpli-

¹⁸ *In extenso, vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

mentar a la primeramente referenciada con base, a su vez, en el principio de confianza cuando el obrar de la Administración «y la apariencia de legalidad de su actuación han movido la voluntad del administrado a realizar determinados actos e inversiones (...) que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que finalmente produce la Administración, máxime cuando esa apariencia de legalidad indujo a confusión al interesado, causándole unos daños que no tiene por qué soportar jurídicamente» (SSTS de 8 de junio de 1990 y 17 de febrero de 1997). En resumen, el principio constitucional de seguridad jurídica no es ni puede ser absoluto, pues en ese caso se produciría una petrificación del Ordenamiento, pero sí debe dotarle de una perentoria estabilidad que permita cualificarlo como tal y no como un estructuralizado agregado de mutantes normas jurídicas.

En fin, si en un sistema jurídico como el nuestro, edificado bajo el recio imperio del Estado de Derecho y el principio de legalidad, las transformaciones en las dispares posiciones jurídicas que se producen se canaliza mediante cambios legislativos o instrumentos predeterminados en las normas jurídicas que lo integran, es en esa parcela donde la garantía de estabilidad engarzada al principio de seguridad jurídica ha de guardar todo su potencial con subrayada preferencia y en conjunción con el momento aplicativo del Derecho.

En otra perspectiva concurrente, se apunta que la seguridad jurídica también implica que las normas y actos jurídicos deban revestir una determinada **forma** y hayan sido elaborados siguiendo una **manera prefijada**. Sin perjuicio de que un exacerbado formalismo acarree efectos negativos sobre la agilidad del tráfico jurídico, económico y social; su ausencia, al menos en unos mínimos suficientemente robustecidos, conlleva lesión a ese principio constitucional por cuanto carecerían del necesario y cualificante *plus* de validez que los distinga de una pura manifestación externa del acto o norma jurídica en liza, permitiendo el conocimiento de que los mismos se han producido por el órgano o la persona competente, que su voluntad se ha expresado de forma adecuada, etc.

Así, corroboramos que el Ordenamiento jurídico no solamente ha de comprender mutables normas, sino también otro tipo de creaciones o realidades jurídicas. De ahí que la seguridad jurídica deba proporcionar su sombra protectora de certeza a todo el Sistema, hacerlo cierto en un sentido propio y gramatical del término, transformándolo en un *totum* indubitado y previsible, cognoscible y verdadero. El Derecho, entendido como sistema que supera con creces los elementos puramente normativos que comprende, necesita para serlo dotarse de los rasgos de certeza, seguridad, predictibilidad... envolviéndose en un eminente impulso que tenga por frontispicio erigir un conjunto inequívoco, «de tal modo que podamos ajustar nuestra conducta a sus dictados sin temor a equivocarnos, a obrar mal, o a recibir una sanción»¹⁹.

¹⁹ AMORÓS DORDA, F. J., «Seguridad jurídica» en *SOCINFO*, Madrid, 2012.

Por otro lado, sin seguridad jurídica no puede lograrse una verosímil situación de **justicia material**, erigida en un valor superior del Ordenamiento a la vista del art. 1.1 CE. El Derecho no debe cejar en su empeño de lograr con su normación, incluyendo como instrumento reparador a la normativa procesal con la que impetrar la solución de conflictos ante la Jurisdicción estatal, la realización de esa justicia material²⁰. El Derecho precisa justificar si es capaz de realizar la justicia y el restante elenco de factores que conectan con ella. La justicia se erigiría en un valor jerárquicamente superior, incluso respecto a la seguridad jurídica. Sin embargo, la seguridad jurídica actúa a modo de *prius* respecto a la justicia: no se alcanza la segunda sin aseverar la primera. No considerar la seguridad jurídica para lograr aisladamente la justicia acarrea caos, incoherencia, desorden, casuismo y arbitrariedad. Una veraz Justicia (con mayúsculas, para toda la sociedad, para *todas las personas* como expresa el art. 24.1 CE) es inaccesible sin una solvente seguridad jurídica que la apoye. Las normas que se establezcan han de ser intrínsecamente justas para la generalidad abstracta de casos y supuestos presentables bajo amenaza de no constituir verdadero Derecho. El Derecho tiene que ser conocido, generando previsibilidad y aplicación mínimamente homogénea de sus prevenciones. De no ser así, no podrá acceder a esa condición ni, por supuesto, proyectar justicia material.

4.2. Al verdadero ser...

Así las cosas, la seguridad jurídica, en su doble faz comprensiva de la certidumbre sobre la pauta de comportamiento socialmente admitido y previsibilidad de las consecuencias en caso de anormalidad o conducta fuera de la norma²¹, sufre atropellada por ese mastodonte normativo. Ciertamente,

²⁰ «Una de las motivaciones radicales que impulsa al hombre a establecer reglas de Derecho es la urgencia de crear un orden cierto (en las relaciones sociales más importantes) y de seguro cumplimiento (...) Aun cuando el Derecho está abocado a la realización de valores de rango superior (...) debe ante todo y previamente crear una situación de relativa seguridad (...) Además (...) exige que ese orden cierto y seguro sea justo, favorecedor del bien común» en RECANSSENS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, Méjico, 1961, pág. 618.

²¹ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, J. A., «La prevención de los litigios» en *La sociedad litigiosa*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 247 y ss. Resalta el autor que la seguridad jurídica «abarca una faceta pública o constitucional, relacionada con el origen y ejercicio del poder y centrada en los límites de ese poder, esencialmente los derechos humanos, entre ellos los procesales y penales (...) y otra faceta jurídico-privada constituida esencialmente por los mecanismos, técnicas y resortes que transmiten al ciudadano la certidumbre sobre la ley aplicable y la previsibilidad o predictibilidad en su aplicación (...) Y también es sabido que estos principios de certidumbre y predictibilidad son aplicables no sólo al ámbito de relaciones de los ciudadanos con el poder constituido sino también al de los ciudadanos entre sí, lo que se ha denominado seguridad jurídico-privada o contractual en sus facetas estática y dinámica, pues a ambas se extiende la aspiración de los ciudadanos de obtener seguridad jurídica (...) Para contribuir a la seguridad jurídica y mantenerse en el ámbito de una previsibilidad racional, los Jueces

parece gozar de lozana salud a la vista del tenor del art. 9.3 CE, pero en cuanto se la observa con un pequeño detenimiento se comprueba su galopante enfermedad²². Sabido es que los contornos formales de este principio constitucional no siempre van a resultar inequívocamente nítidos, pero sí es incontrovertido que su núcleo habita en el suministro de certeza acerca de cuál es en cada momento el Derecho, así como lo que será con sólida previsibilidad en el futuro. De esa manera, se permitirá a cada cual ordenar su actitud jurídica con conocimiento de la calificación jurídica que ante cada supuesto de hecho recibirá del Ordenamiento, de tal modo que afecta tanto a las normas en abstracto tomadas como a los actos de particulares y poderes públicos.

están obligados a hacer uso de la que algunos han llamado “creatividad intersticial” que les permite leer, en los poros de la propia ley que aplican, no ya criterios subjetivos, siempre rechazables, pero sí los principios superiores del Ordenamiento para interpretarla y hacerla equitativa».

²² A mayor abundamiento, *vid.* GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. J., «Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en Derecho Administrativo» en *Noticias jurídicas*, abril de 2005. «*La creciente complejidad del Ordenamiento jurídico, la escasa calidad de una legislación que sigue estando motorizada, la aceleración de los cambios sociales en un contexto globalizado y en permanente transformación, mantienen al problema de la indeterminación o incertidumbre del Derecho entre las preocupaciones más destacadas de los operadores jurídicos (...) Se ha consagrado una concepción legislativa del Derecho que provoca una inflación de reglas y, al mismo tiempo, da carta de naturaleza a la crisis de la ley. Esta inflación se asocia, además, a la escasa calidad técnica de las normas. Los cambios permanentes de las normas, el flujo interminable de decisiones, provoca también una crisis de la información jurídica, que precipita en las tinieblas al Ordenamiento jurídico (...) Una inflación de leyes desbocadas (...) que difícilmente pueden abarcar los distintos supuestos conflictivos y tienen que ser aplicadas en un contexto marcado por la diversidad cultural (...) Una legislación deficiente y en permanente cambio unida a la coexistencia de diversos contextos de sentido y valor; fruto de la diversidad cultural y formativa, convierten en tarea hercúlea la búsqueda de factores de previsibilidad o certidumbre en la aplicación del Derecho».* No es marginable sentar que «*la seguridad jurídica es un valor económico. Las resoluciones judiciales contradictorias profundizan el déficit de legitimidad que la Justicia sufre en la opinión pública y que está en buena medida provocada por factores totalmente ajenos al Sistema judicial, como son los factores estructurales (la creciente opacidad del Ordenamiento jurídico, debido a la inflación legislativa y a la escasa calidad de la legislación), los axiológicos (la diversidad de culturas jurídicas y valores característica de las sociedades contemporáneas) y los organizativos (ámbito de la Jurisdicción, régimen de recursos y planta judicial) (...) Situados en un marco tan plural y complejo (...) se comprende que los derechos fundamentales, como los principios generales del Derecho, operen como el principal sustrato de certidumbre del Sistema jurídico (...) El sentido último de los derechos fundamentales no consiste, en definitiva, sino en no dejar en manos ni siquiera de la mayoría parlamentaria la decisión sobre las posiciones esenciales del individuo. Los derechos fundamentales presentan de este modo una doble dimensión. Confieren derechos subjetivos pero, al mismo tiempo, representan un cuadro de valores objetivo que sirve de directriz a la legislación, la administración y la justicia»*, REMÓN PEÑALVER, J., «La lucha por la seguridad jurídica» en *Diario La Ley*, nº 6642, de 1 de febrero de 2007.

Analizado desde el enfoque de la técnica legislativa, el principio de seguridad jurídica impone rigurosidad, claridad, precisión que engendre que las leyes formuladas permitan estabilidad en las situaciones jurídicas y su modificabilidad únicamente de la forma predeterminada en esas manifestaciones normativas. A la inversa, la inseguridad jurídica enlaza con la mala técnica legislativa que acarrea inestabilidad, al provenir de normas mal construidas, cambiantes; reflejo *in abstracto* de la contrastable pendularidad del sistema político, del titubeo administrativo, de su dudosa discrecionalidad y, judicialmente, de una tutela ineficaz.

Evidentemente, la desmesura e hiperutilización coronan el ejercicio de la función legislativa, y no digamos el de la actividad reglamentaria²³. De paso, semejante hiperabundancia de normas jurídicas exterioriza a un Estado que tiene una tendencia latente a sustraerse de las regulaciones previamente establecidas por el Derecho Público para proceder a una intromisiva ampliación cada vez menos disimulada sobre la vida de sus ciudadanos, con un intervencionismo que arrincona la labor vicarial que debería desarrollar, esto es, estar al servicio de los particulares. Una auténtica reunión de desmanes legislativos²⁴.

Como se comprenderá, no faltan consecuencias extremadamente negativas a la potencial plasmación de este escenario, con singular relevancia en las de carácter económico²⁵. Lógicamente, el diagnóstico del pulso vital del

²³ Cfr. ECHEVARRÍA PETIT, J. L., «Seguridad jurídica y proliferación legislativa» en *Diario La Ley*, nº 7332, de 1 de febrero de 2010. Como indica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, *Ob. Cit.*, «hemos de mencionar el deterioro existente en lo que a la ley se refiere (...) Hoy en día el Parlamento ya no conoce de la expresión de la voluntad general sino, más bien, de regulaciones pormenorizadas y detalladas de materias que deberían ser competencia de la normación administrativa pero que vienen a la sede de la soberanía popular sencillamente porque así tales disposiciones gozan de una mayor resistencia jurídica que si fueran objeto de la potestad reglamentaria (...) Junto al proceso de administrativización de la ley (...) nos encontramos con una creciente tendencia (...) de la reglamentación independiente, fenómeno excepcional que se convierte en ordinario cuando el Parlamento se convierte en un poder subordinado al Ejecutivo».

²⁴ Con mayor detalle, PULIDO QUECEDO, M: « La doctrina del TS sobre las leyes de acompañamiento a la luz del principio de seguridad jurídica» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 21, Pamplona, 2012.

²⁵ Conforme anota PASTOR PRIETO, «las economías necesitan marcos políticos y jurídicos que sean estables y previsibles, que se adapten con facilidad y rapidez a los cambios de la economía y la sociedad. La seguridad jurídica exige que el sistema jurídico-político posea ciertas características, cuya ausencia nos lleva a identificar otras tantas fuentes de inseguridad. La inseguridad proviene de: (1) Unas normas originarias y derivadas (reglamentos, órdenes, circulares) excesivamente abiertas, ambiguas e indeterminadas, complejas y cambiantes con excesiva frecuencia que dificultan el conocimiento y certeza del Derecho positivo (2) Una actuación administrativa gravosa, lenta e incierta, con excesiva discrecionalidad (3) Una Justicia lenta, costosa, incierta e ineficaz, sin líneas jurisprudenciales claras (4) La falta de seguridad que padecen las personas y empresas como consecuencia de la criminalidad (5) Un sistema político excesivamente inestable

principio de seguridad jurídica no puede resultar más preocupante, en estado de coma profundo: en absoluto es viable defender con solvencia la pervenencia plena de la predictibilidad, la cognoscibilidad normativa, la expectativa fundada de que el Juez resolverá la controversia nacida en un sentido razonablemente previsto de antemano.

Efectivamente, si recordamos la definición aportada por la Memoria 1992 del Consejo de Estado en la que más arriba nos deteníamos, podremos contrastar que no se cumplen ni remotamente los parámetros que allí se trazaban *–infra–*. Nos colocamos en una situación real en la que es imposible tener un conocimiento inequívoco de las normas que se hallan en vigor, en la que prima una calidad técnico-legislativa intachablemente cuestionable, respaldada por la desnaturalización de la concepción de la ley al primar leyes *omnibus*, leyes chatarra, *leges repetitae*, aderezadas por un exceso reglamentario... Toda una antítesis de una efectiva mínima estabilidad que lleva a contrastar la situación de extrema emergencia en la que el Ordenamiento jurídico se ha ubicado, donde el principio de seguridad jurídica, que sirve como termómetro con el que medir su frescura, está siendo atacado «gravemente en su línea de flotación, que puede llevarla directamente hasta la más negra sima de la arbitrariedad»²⁶.

e imprevisible, falta de transparencia y participación. Su ausencia implica y se traduce en incertidumbre, imprevisibilidad e inestabilidad, en un riesgo extra para el país o la actividad que la padecen, y con frecuencia acarrea la imposición de una prima de riesgo a las inversiones en aquellos lugares donde la inseguridad es mayor. Eleva costes y precios, encarece y reduce el crédito comercial y financiero, inhibe la contratación y los proyectos; desanima la innovación y la inversión y hace que disminuya la producción. En ocasiones fomenta la aparición de buscadores de rentas e incentiva la presencia de los grupos de interés (...) Las sociedades y los mercados tratan de paliar los problemas de la inseguridad jurídica mediante diversos mecanismos. Entre los más importantes están la actuación de notarios y la fiabilidad de los registros, la intervención de los reguladores sectoriales (en energía, comunicaciones, mercado de valores, sistema financiero, etc.), el asesoramiento jurídico de los abogados ex ante o previo a la realización de operaciones, el gasto público, la adopción de medidas de seguridad, la aprobación de normas y la mejora de la Justicia (...) El sistema jurídico –y el judicial como parte de él– afecta a variables que son fundamentales para el crecimiento económico. Incide de manera directa en los costes de producción y transacción, la inversión y las mejoras tecnológicas, y de forma indirecta en prácticamente todas las demás dimensiones de las que depende el crecimiento. Suministra un marco regulador, una especie de clima en el que operan, viven y crean valor personas, empresas e instituciones, y garantiza el cumplimiento de las reglas y los acuerdos que las partes contraen, así como el respeto de los derechos y libertades, de las económicas entre otras. De esta manera proporciona un marco de estabilidad, previsibilidad y seguridad, que son dimensiones centrales en la formación de expectativas de los inversionistas». PASTOR PRIETO, S., «Justicia y Economía: panorámica, crítica e implicaciones» en *Justicia y Economía*, nº 49, CGPJ, Escuela judicial, Madrid, 2009, págs. 92-100.

²⁶ PÉREZ RON, J. L., «La seguridad jurídica en la España actual» en *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 10, Pamplona, 2012.

Como corolario, los operadores jurídicos y todos los ciudadanos se ven sujetos al padecimiento de una estructural incertidumbre en la práctica integridad de las materias que el Ordenamiento jurídico regla, lo que deviene plenamente contrario a cualquier idea alemana a la seguridad jurídica. Que ese desconcertante marco se agudice al albur de una crisis económica, por gigantesca que resulte, no tiene justificación habida cuenta que no sirve como excusa para enterrar un pilar básico de nuestro sistema constitucional que, más que nunca en atención precisamente a la coyuntura histórica, ha de reconocerse y respetarse con plena y reforzada pulcritud.

Como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA²⁷, «la seguridad jurídica es una exigencia social inexcusable» pero «constantemente deficiente». Esta deficiencia se ancla a lo que el autor denomina «legislación del Derecho», entendido como un proceso en que al abusarse de manera flagrante de la norma escrita por su condición de máxima garantía de la seguridad jurídica frente a otros elementos jurídicos integrantes del Derecho (cfr. art. 103.1 CE: «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»). Toda Ley es Derecho, pero no todo el Derecho es Ley) deviene una abrumadora amenaza de primer orden para ese principio constitucional. Subsanan esa crisis requiere, a buen seguro, un cierto desapego de esas normas irremisiblemente motorizadas y poner nuestra mirada en los principios más genéricos (seguridad jurídica incluida, que simultáneamente sería principio *per se* a la par que medio para orientar toda esa línea reparadora de tantos dañosos excesos legislativos). Debemos buscar refugio a esa tempestad normativa desatada al abrigo de nociones jurídicas más generales, tal vez vagas y poco precisas, pero rotundamente más sustanciales e inmutables por erigir las columnas sostenedoras del sistema jurídico en su conjunto.

Si nos resulta imposible alcanzar el conocimiento del universo jurídico que regula nuestra convivencia social, por su número y por su continuada modificabilidad, la perentoria previsibilidad normativa ha de utilizar como instrumental del que servirse el conocimiento de esos sustratos o principios generales que atraviesen transversalmente la totalidad de lo que ha de ser un Ordenamiento jurídico, internamente pleno, único y coherente. Otra cosa es que el empuje de esa desvertebración sea tal que llegue a atomizar la unicidad estructural del Derecho, que pasa a descomponerse en trozos casi antagónicos que, a su vez, cuentan con sus particulares principios –*ergo* no principios en sentido propio, *supra*– no necesariamente armónicos con los de los restantes²⁸.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

²⁸ A mayor abundamiento, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «No es forma de legislar» en *Aranzadi Civil*, nº 17, Pamplona, 2002. Igualmente, MARTÍNEZ CORRAL, J. A., «La corrección y el enjuiciamiento de las leyes errantes» en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 27, Valencia, 2008.

Por ello, estamos ante una realidad del Derecho que lo destierra a larga distancia de cualquier atisbo de seguridad jurídica o Justicia, que obvia la protección del valor de la seguridad jurídica como presupuesto de la justicia misma del Sistema, que no quiere reconocer que sin seguridad jurídica el Sistema no es justo. Sin mesura legislativa y una mínima estabilidad no hay certidumbre en la ordenación social. La recodificación y el relanzamiento de unos principios generales del Derecho solidificados deviene perentorio para abortar haber colocado al Estado de Derecho al borde del abismo. Todas las normas han de afanarse por integrar un Ordenamiento jurídico único, continuo y abierto (unas se crean, otras se derogan, pero sin voltear el conjunto que permanece), inspirarse en la claridad (conocimiento exacto y preciso de su entrada en vigor, ámbito personal-material-territorial de aplicación y efectos jurídicos que conllevan), tener un contenido homogéneo, completo y lógico...

El principio de seguridad jurídica expresa uno de los criterios arquitecturales que toda norma debe seguir para calificarse como tal. Y sobre esta base, las normas deben integrarse entre sí armónicamente para constituir un verosímil sistema con los principios generales presentes en todo él.

5. UN SUPUESTO CONCRETO: LA REGULACIÓN PRESENTE DE LAS TASAS JUDICIALES

Tras esas reflexiones generales respecto a la seguridad jurídica abstractamente considerada, es momento de ejemplificar en un supuesto específico cuál es su doliente y convaleciente estado de salud actual. Nos serviremos para ello de la concreta institución tributaria (incluso ficticiamente procesal, a la luz de la regulación legislativa ahora positivamente en vigor) que suponen las tasas judiciales. A su vez, es conveniente desdoblarse la argumentación a trazar, por un lado, en una referencia ubicativa de esta figura jurídica y, por otro, en el análisis de la normación que las ha venido rigiendo a través del tamiz del principio de seguridad jurídica para testar su propia viveza como tal criterio jurídico-constitucional.

5.1. Consideración general

En un giro copernicano, las tasas judiciales que parecían un fósil jurídico totalmente olvidado después de su supresión integral por la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, (*BOE* de 31 de diciembre de 1986, nº 313) volvieron a la vida mediante el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (*BOE* de 31 de diciembre de 2002, nº 313). Ciertamente, la reintroducción de esta figura tributaria fue sensiblemente mitigada, ceñida a supuestos muy específicos y con un principio inspirador inevitable: el criterio general respecto a ellas era la exención, tanto en una perspectiva subjetiva (únicamente quedaban sujetas a su pago las personas jurídicas que, además, tuviesen demostrado un nivel de facturación económica reseñable; esto es, esa obligación tributaria no afectaba ni a

las personas físicas ni a un buen número de las personas jurídicas existentes) como objetiva (los hechos imposables tipificados como sujetos a tasa judicial también se hallaban bastante acotados)²⁹.

A pesar de la cautela legislativa de la Norma de 2002 a la hora de reimplantar las tasas, las incertidumbres sobre su constitucionalidad se generaron de forma prácticamente inmediata. Esas dudas eran del todo lógicas, por cuanto esta figura tributaria interaccionaba y, en potencial condicionamiento, entorpecía el acceso al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE. A mayor abundamiento, esa interferencia se producía en distintos elementos de los que se aglomeran al cobijo del sistema complejo que vertebra a ese único derecho: el acceso a la Jurisdicción, el derecho a los recursos, la ejecución de lo juzgado, etc³⁰. Como leemos en el ATC 197/2010, de 21 de diciembre, «la lesión en la misma exigencia legal (...) de condicionar el curso del proceso al pago del tributo (...) resulta desproporcionado con los fines recaudatorios a los que sirve el establecimiento del tributo (...) obstáculo insalvable (...) para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva».

Estas incógnitas fueron aparentemente despejadas de forma definitiva por la STC 20/2012, de 16 de febrero, quien estimó la constitucionalidad de gravar con tasas el ejercicio de la potestad jurisdiccional tal cual se implementaba por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, en los órdenes civil y contencioso-administrativo, indicando que «en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles con un elevado volumen de facturación –fundamental matiz que hemos de subrayar destacadísimo– al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos»³¹. De todas formas, ese visto

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «Las tasas judiciales: 1959-2012» en *Diario La Ley*, nº 7979, de 5 de diciembre de 2012.

³⁰ Desarrollando el contenido de este derecho fundamental, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009. El autor entiende este derecho en perspectiva material como «el derecho a acceder a los Tribunales para plantearles la pretensión procesal y obtener de éstos, sin padecer estado alguno de indefensión a lo largo del proceso, una resolución, a ser posible de fondo, motivada y fundada en el derecho objetivo y en las pruebas practicadas, congruente con las peticiones esgrimidas por los litigantes, frente a la que podrán imponerse los recursos establecidos legalmente, y que, una vez alcanzada la firmeza, resultará susceptible de ejecución forzosa e inmodificable fuera de los cauces previstos por el Ordenamiento» (pág. 130). También DíEZ-PICAZO, L. M^a., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 363-390. Lógicamente, el radio de acción del precepto ha sido configurado asimismo por la abundantísima doctrina al respecto del TC. Solamente compete en este trabajo dejar apuntado este tema.

³¹ Vid. LOREDO COLUNGA, M., «Las tasas judiciales: una controvertida alternativa de financiación de la Justicia» en *Indret-Revista para el Análisis del Derecho*, nº 270, Bar-

bueno tampoco se planteaba incondicionalmente, pues cabría la posibilidad de que hubiera inconstitucionalidad de la figura si con ella «se demostrase que la cuantía de las tasas establecidas (...) son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la Jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables». Como realza MAGRO SERVET, «esta viabilidad constitucional dependerá de la consideración acerca del carácter excesivo o no de la tasa impuesta (...) Si la suma de la tasa fija y la (...) variable (...) entra o no en el exceso que cuestiona el TC»³². Concuere con ese parecer GIMENO SENDRA, al indicar que «la cuota tributaria de la vigente Ley de Tasas (...) puede resultar desproporcionada al patrimonio de su sujeto pasivo y erigirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal y como nuestro Tribunal Constitucional pudo declarar en su doctrina sobre la fianza del acusador particular (SSTC 62/1983, de 11 de julio; 113/1984, de 29 de noviembre; 147/1985, de 29 de octubre; 21/1987, de 19 de febrero y 79/1999, de 26 de abril), que mutatis mutandis podría ser también aquí reclamada»³³.

Así, el TC entroncaba de lleno con la jurisprudencia trazada respecto a este particular por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que reiteradamente ha proclamado que las tasas judiciales, aun válidas *in abstracto*, no deben ser excesivas a la luz de las circunstancias propias de cada uno de los casos en los que se presenten, de tal forma que lleguen a impedir la satisfacción del contenido esencial (e indisponible a este factor tributario) del derecho de efectivo acceso a la Justicia (v. gr. SSTEDH de 26 de julio de 2005 –*Kniat c. Polonia*–, 28 de noviembre de 2006 –*Apostol c. Georgia*–, ó 9 de diciembre de 2010 –*Urbanek c. Austria*–).

En una interpretación muy extensiva, ciertamente autocomplaciente, sesgada e interesada del *nihil obstat* del TC que se reducía a los presupuestos normados por la Ley 53/2002, y contra la opinión de sendos informes emitidos tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial (que, respectivamente, hablaban de «magnitud exorbitante» y de un «incremento (...) en términos generales excesivo»), se promulgó la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (LTJ, en adelante; *BOE* de 21 de noviembre de 2012, nº 280).

Evidentemente, no se puede esconder que en el empeño legislativo, por muchas excusas y disfraces que se arguyan, pesa definitivamente la horrible coyuntura económica que se atraviesa, en la que al Estado le urge perentoria-

celona, 2005.

³² MAGRO SERVET, V., «Análisis sobre la viabilidad constitucional de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de tasas judiciales» en *Diario La Ley*, nº 7197, de 23 de noviembre de 2012.

³³ GIMENO SENDRA, V., «La Ley de tasas en el orden procesal civil» en *Diario La Ley*, nº 8037, de 6 de marzo de 2013.

mente recaudar fondos públicos de todas las maneras posibles para sofocar la hercúlea deuda acumulada. Bien es cierto que habría que matizar que no todo es ni ha de ser Economía, y desde luego el plantel de derechos fundamentales no debería quedar interferido por puros avatares financieros, por graves o desconocidos en precedencia histórica que resulten. No en vano la distinción intraestatal entre un momento propiamente político (en que se engarza el ciclo económico, presidido por la variabilidad casi estructural) y otro jurídico (mucho más estable y anhelablemente ajeno a esos vaivenes por erigir un sustrato basal de la organización estatal), debe permanecer a pleno rendimiento como manifestación de la perdurabilidad del Estado.

A pesar de esa consideración, transida por un empuje recaudatorio voraz imposible de difuminar por muchos sofismas y bonitas declaraciones legislativas que le acompañen, la LTJ ejecutó a un drástico incremento de la figura de las tasas judiciales, subjetivamente (al afectar por igual a personas físicas y jurídicas, como regla general, con algunas puntuales exenciones, *ergo* volteando los criterios genéricos que inspiraban las tasas reguladas en la Ley 53/2002), objetivamente (el elenco de jalones o hitos procesales seleccionados como hechos impositivos de la tasa se multiplicó en progresión geométrica) y cuantitativamente (las sumas a recaudar en concepto de tasa judicial no son nada desdeñables, tanto en su parte fija –p. ej. en el orden civil, 150 € en los juicios verbal y cambiario, 300 € en juicios ordinarios, 100 € en los procedimientos monitorio, monitorio europeo y demanda incidental concursal, 200 € en ejecuciones extrajudiciales y oposición a la ejecución de títulos judiciales, 200 € para los concursos necesarios, 800 € en la interposición de un recurso de apelación y 1.200 € si los recursos a entablar fueran el de casación o el extraordinario por infracción procesal, art. 7.1 LTJ– cuanto en la parte variable a añadir como porcentaje del principal reclamado en el procedimiento del que se tratara –cfr. art. 7.2 LTJ–).

A mayor abundamiento, el legislador procedió a considerarlas como un requisito procesal y no tributario. La *factio iuris* introducida resulta realmente inverosímil, pues un tributo nada tiene de procesal incluso en una simple perspectiva estrictamente sistemática (la LTJ no se inserta en las leyes de ritos, como es natural). Aun con esa convicción, la realidad legal es la que es y, a partir de ella, el legislador le apareja consecuencias igualmente contundentes que, de paso, extirpan ciertas dudas y prácticas que los órganos jurisdiccionales venían manteniendo bajo el imperio de la ahora derogada regulación de las tasas por la Ley 53/2002 (*infra*). En efecto, como nos anuncia el Preámbulo de la LTJ y realzan LÓPEZ JARA y FLORES RODRÍGUEZ, «la Ley (...) configura la nueva tasa no sólo como una obligación tributaria, sino también como un requisito procesal con las importantes conclusiones de producir la preclusión de los actos procesales gravados con la tasa e, inclu-

so, la terminación anticipada del proceso sin una resolución de fondo»³⁴. En consonancia con esa locución, dispone el art. 8 LTJ que, caso de no aportarse con el escrito seleccionado por el listado tipificado por art. 5 LTJ como hecho imponible de la tasa justificante de haberla satisfecho, el Secretario judicial «requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuera subsanada» en un plazo de diez días. De no cumplirse en el sentido ordenado esa subsanación, no se impedirá la aplicación de los plazos prevenidos en la legislación procesal, de tal forma que se dará lugar a la preclusión del acto procesal en liza y a la subsiguiente continuación o finalización del proceso sin obtener una resolución de fondo sobre la cuestión litigiosa suscitada.

Ya no cabe duda: queda eliminada la tentación de archivar provisionalmente el curso procesal hasta que se demuestre la pobreza habilitante de justicia gratuita del obligado tributario, o esperar a que satisfaga ese tributo aunque sea extemporáneamente siempre que no caduque la instancia... en aras de la conservación del vigor del superior derecho fundamental del art. 24.1 CE. Ahora, la LTJ pautó tajante que en caso de no abono de la correlativa tasa tras el requerimiento de subsanación formulado en resolución del Secretario judicial, el proceso no arrancará o, en su caso, no proseguirá. El archivo es la consecuencia del impago de la tasa. El derecho del art. 24.1 CE queda absolutamente al albur de un requisito procesalizado pero verazmente administrativo/tributario.

La contestación a esta regulación de la LTJ fue estruendosa e inusualmente unívoca, tanto de diferentes sectores sociales como, especialmente, de los dispares operadores jurídicos. Además de la consideración de ese ataque genérico al complejo jurídico que reside en el art. 24.1 CE, también se achacaron a la novedosa y expansiva regulación de las tasas judiciales defectos de técnica legislativa (v. *gr.*, sin ir más lejos, la inicial elusión de mencionar el plazo en que debía subsanarse ese defecto de falta de acompañamiento de justificante de pago de la tasa una vez apreciado por el Secretario judicial).

De todos ellos, nos interesa reflexionar con más detenimiento en el fallo que supone que, pese a hallarse formalmente en vigor, la LTJ devino materialmente inaplicable. Así es, dado que la realización de los hechos imposables referidos por el art. 5 LTJ aparejaba la necesidad de adjuntar a los correspondientes escritos justificantes de pago de abono de la tasa, se convertía en un aspecto necesario la aprobación de los modelos de autoliquidación en que pudiera plasmarse la cumplimentación de ese requisito formalmente procesalizado. Como indica el art. 9 LTJ, por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se regularían los procedimientos y modelos de

³⁴ LÓPEZ JARA, M. y FLORES RODRÍGUEZ, J., «La tasa judicial para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Comentarios a la Ley 10/2012, de 20 de noviembre» en *Diario La Ley*, nº 7988, de 20 de diciembre de 2012.

autoliquidación de la tasa. Y este aspecto no se produjo hasta la entrada en vigor de la Orden HAP 2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación (OHT, en adelante).

He aquí el desastre técnico-legislativo anunciado. La LTJ se publica en el BOE de 21 de noviembre de 2012, disponiendo su Disposición final séptima que su entrada en vigor se produciría al día siguiente al de su publicación. Por su parte, la OHT se publica en el BOE el 15 de diciembre de 2012, entrando en vigor el día 17 de diciembre de 2012, aplicándose a los hechos imponibles que tengan lugar *a partir de* la entrada en vigor de la misma (Disposición final segunda). De esa manera, nos topamos con que desde el 22 de noviembre de 2012 hasta el 17 de diciembre de ese año contábamos con una Ley formalmente en vigor pero inaplicable, luego materialmente no vigente. De paso, resulta que una norma legal depende de una norma reglamentaria para que sea realmente efectiva. ¿No podía el legislador prever algo tan sencillo como una *vacatio legis* mayor para que no se produjera este desfase?³⁵

Peor todavía es la solución que se arbitra para frenar el formal vigor de la LTJ en la práctica. Un puro artefacto administrativo, desde luego ayuno de cualquier consideración de fuente del Derecho y, mucho menos, incapaz de causar cualquier repercusión en el ámbito procesal a la vista del rigurosísimo principio de legalidad que prima y preside majestuoso este sector del Derecho (sin más, art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, BOE de 8 de enero de 2000, nº 7)³⁶, es quien se apresta a dejar inaplicable la LTJ en ese intervalo cronológico. Así es, la Instrucción 5/2012, de 21 de noviembre, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, corona del jerarquiza-

³⁵ Algunos autores niegan la mayor. Concluye GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI que «una norma regulada esencialmente por una norma con rango de ley no puede justificar en modo alguno un vacío tributario (...) No es factible que se dejen de exigir el pago de tasas simplemente con el argumento meramente formal de la inexistencia de los modelos de autoliquidación en la fecha de entrada en vigor de la ley (...) En la medida en que tal Orden Ministerial establece la entrada en vigor de las tasas el 17 de diciembre de 2012, sin habilitación especial alguna por la citada Ley 10/2012 y en contra de lo establecido por la misma en forma terminante sobre la entrada en vigor el 22 de noviembre, pudiere en ese concreto pronunciamiento entañar una disposición nula de pleno derecho, por quebrantar el principio de reserva de ley y jerarquía normativa contemplado en el art. 9.3 CE, con las consecuencias de nulidad radical (...) sin que una Orden Ministerial (...) haya quedado expresamente habilitada para la fijación de la entrada en vigor de la ley», GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., «Las nuevas tasas judiciales: ¿Qué pasa desde el 22 de noviembre hasta el 17 de diciembre?» en *Diario La Ley*, nº 8026, de 19 de febrero de 2013.

³⁶ Para mayor concreción sobre este espinoso particular, nos remitimos a nuestro trabajo «Perspectivas de futuro del Derecho Procesal ante el conjunto de reformas que ahora atraviesa: ¿un nuevo (e inaceptable) sistema de fuentes?» en *Revista CEF Legal*, Madrid, mayo de 2012.

do Cuerpo de Secretarios judiciales (art. 452.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, reformada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, *BOE* de 26 de diciembre de 2003, nº 309) pero resueltamente incrustada en la estructura del Ministerio de Justicia, luego órgano ejecutivo-gubernativo e indudablemente político³⁷, dispone con total coactividad que «hasta tanto no se produzca la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Orden Ministerial a la que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (...) los Secretarios judiciales de todo el territorio nacional no exigirán en ningún caso la presentación del justificante de autoliquidación de la tasa para dar curso a los escritos procesales que se presenten».

El parche legislativo es simple aunque burdo. Ya que el encargado de controlar la recaudación de la tasa es el Secretario judicial, sobre el que pesa su condición de funcionario netamente administrativo por encima de su cualificación jurídico-procesal a la vista del tenor conjunto de los arts. 440 y 463.1 LOPJ, reposando orgánicamente sobre los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 452.1 LOPJ, *supra*), se hace que su cúspide gubernativa, mediante un típico instrumento administrativo de ordenación doméstica (recordemos el art. 21.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, *BOE* de 27 de noviembre de 1992, nº 311, a cuya letra las instrucciones sirven para «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes») ³⁸, vinculando a sus subordinados, haga inaplicable la LTJ no sólo internamente en ese Cuerpo de funcionarios, sino a todos los niveles. Una norma jurídica queda suspendida en su virtualidad por un instrumento intraadministrativo que bajo ningún concepto tiene legitimidad alguna para operar así. Insistimos, la técnica legislativa empleada se califica por sí misma y pone un buen ejemplo del nulo cuidado cualitativo que el legislador presta al producto que tiene el monopolio de confeccionar. Además, se comprenderá que se obvia totalmente el imperativo mandato de sujeción a la ley que impone el art. 9.1 CE.

Consciente de todos estos aspectos, y muy probablemente reconociendo indirectamente la extralimitada normación implantada, el atribulado e hipersactivo legislador, estimando nada menos que la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigida por el art. 86 CE para permitir activar esta vía jurídica, promulgó el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (DLT, en lo sucesivo,

³⁷ «A la vista de las funciones que tiene asignadas la Secretaría General de la Administración de Justicia (...) no se trata de un mero órgano de gestión sino que tiene naturaleza política, atendida la posición que ocupa en la estructura organizativa del Ministerio de Justicia», STS 37/2012, de 23 de enero de 2012.

³⁸ A mayor abundamiento, nuestro estudio «Problemas dimanantes de la reforma procesal de 2009: A propósito de los recursos contra los recursos de los Secretarios judiciales» en *Actualidad Civil*, nº 2, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

BOE de 23 de febrero de 2013, nº 47). Su Exposición de Motivos reseñaba los extremos sobre los que se pretendía operar esas reformas. Concretamente expresa que, aun siguiendo considerando plenamente válido que las tasas judiciales supongan un instrumento adecuado e inócuo para los derechos subjetivos, podría haber algún caso puntual e individualizado en el que su cuantía resultara excesiva, por lo que mediante el DLT se propone evitar esas concretas consecuencias.

Ahora bien, lo verdaderamente significativo a nuestro juicio radica en que se proclama que la filosofía sustentadora de la LTJ permanece intacta. Por eso, las reparaciones que se implementan son puramente cosméticas, estéticas, superficiales, tan acotadas que apenas se notan en la generalidad del sistema pergeñado por la LTJ (p. ej. que se limite la tasa en el orden contencioso-administrativo cuando el recurso se interponga contra resoluciones sancionadoras impidiendo que la tasa supere el 50% de su importe, limitaciones —que no exclusiones— en los casos de personas naturales en la suma que configura la parte variable de la tasa...).

Efectivamente, el legislador no atajó los males que la LTJ engendró, al permanecer incólumes aspectos como el tramo fijo de la cuota tributaria, la clara desconexión de ese monto respecto al coste del servicio que teóricamente se brinda, o la extensión de la tasa a las personas físicas. De ahí que, particularmente, estimemos que los retoques efectuados en la LTJ por el DLT simplemente suponen una operación de maquillaje legislativo que, a la sazón, ni siquiera obtiene los resultados estéticos legislativamente perseguidos. El espíritu de la LTJ se mantiene, y los males apegados a las tasas judiciales, muy singularmente su riesgo de inconstitucionalidad primordialmente sustentado sobre la excesiva cuantía de las mismas, también. Posiblemente el eje de la cuestión no se apoye ya sobre la constitucionalidad de las tasas judiciales estimadas por sí mismas, en cuanto institución. Pero se traslada a si son constitucionalmente admisibles en la formulación que han tomado en la LTJ.

De todas formas, nos interesa más aquí enfocar el asunto hacia el rumbo que se ha trazado con este trabajo. Y así, contrastamos que, en el colmo de la displicencia legislativa, ha vuelto a suceder algo similar a lo que había acaecido al entrar en vigor la LTJ: el DLT también ha resultado materialmente inaplicable pese a hallarse vigente de manera formal. Efectivamente, si reproducimos el tenor de su Disposición final séptima nos encontramos literalmente con esta redacción: «Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. No obstante lo anterior, las tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional que hubieran de liquidarse por personas físicas y por todos los sujetos pasivos en el caso de la presentación de los recursos contencioso-administrativos a que se refieren los números cuatro y seis del artículo 1 en el período comprendido entre el día siguiente a la publicación de este decreto-ley hasta la entrada en vigor de la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se adapte el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 695 de solicitud de de-

volución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, se liquidarán a partir de esta última fecha en el plazo de quince días hábiles, quedando en suspenso los procesos en el estado en que se encuentren. Si no se efectuara dicha liquidación por los sujetos pasivos, el Secretario judicial hará el requerimiento a que se refiere el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre».

Entonces, tenemos una norma de rango legal en vigor pero su aplicación efectiva precisa de un desarrollo reglamentario que no existe al tiempo de su promulgación, lo que convierte en imposible esa realización plena de su norma superior. En este caso, se perfila ligeramente la situación de pleno desconocimiento que sí se provocaba a la puesta en vigor de la LTJ, por cuanto se regula expresamente que la aplicación del DLT se producirá de modo retrasado, en una suerte de pendencia o condicionante suspensivo. Las tasas se devengan igual durante ese tiempo de vacancia entre la entrada en vigor nominal del DLT, mas su exigible efectividad depende de la existencia de una nueva norma reglamentaria apegada a sus postulados que habilite retroactivamente su recaudación con el tope cronológico de la entrada en vigor del DLT. Para cerrar esa regulación transitoria que, en realidad, el DLT efectúa para cuidarse de evitar vacíos o dudas ante la ausencia a su ganancia de exigibilidad de un desarrollo reglamentario absolutamente imprescindible, se resuelve la suspensión de la tramitación de los procesos afectados en el estado en que se encuentren, lo que ratifica cómo un requisito tributario pasa a integrarse en la estricta procesalidad o procedibilidad. De todos modos, aunque se instaure una previsión que cubra las dudas que pueda generar la inexistencia acompañada de una precisa normativa reglamentaria de desarrollo, creemos que, dejando aparte ese detalle conformante de una disposición eminentemente transitoria, afrontamos un marco similar al relatado respecto a la LTJ: una norma legal formalmente en vigor no puede aplicarse materialmente, por lo que esa aplicabilidad real y efectiva queda diferida a expensas de la norma reglamentaria.

Ha de concluirse que, pese a toda la compulsión legislativa, nada ha cambiado de manera sustancial. De ahí que conjuntemos hiperactividad normativa, extremada mala técnica y, como colofón, modificaciones ciertamente inútiles y vacuas. Nada menos que se gestan cuatro normas sobre la misma materia en escasos cuatro meses. El *summum* de la mediocridad legislativa.

5.2. La regulación de las tasas judiciales desde el principio de seguridad jurídica

Apuntábamos antes el que ha de entenderse como contenido constitucionalizado del principio de seguridad jurídica. Igualmente, se ha recorrido el tormentoso proceder legislativo que en cuestión de unas semanas ha ido experimentando la regulación de unas relanzadas tasas judiciales. Corresponde entonces encajar esa normación en los postulados propios del principio de

seguridad jurídica prevenido por el art. 9.3 CE y analizar el resultado que se produce.

De esa conjunción se deduce un luminoso y esclarecedor ejemplo de la quiebra del principio constitucional de seguridad jurídica que de manera reiterada se constata en estos tiempos. Desgranemos cada uno de los sectores que más arriba señalábamos que ese criterio comprendía en su seno:

a) La **cognoscibilidad** de la normativa vigente en materia de tasas queda formalmente asegurada. Como no puede ser de otro modo, toda ella se ha ido publicando de manera oficial en el correlativo diario, el BOE. Ahora bien, un conocimiento material, pacífico, incontrovertido de esas normas posiblemente ya no sea tan diáfano. La relativa oscuridad que rodea a todo ese conjunto normativo, indirectamente reconocida por el legislador desde el momento en que procede a reformar el inicialmente introducido por un procedimiento legislativo reservado a supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, y la ausencia de complitud de la norma legal que se ve forzosamente precipitada a depender de un desarrollo reglamentario, corroboran en nuestra opinión semejante afirmación. Añádase la articulación de prolija y densa normativa transitoria y reforzaremos este argumento. Por ende, habría que practicar alguna modulación a una cristalina cognoscibilidad de la normativa señalada.

b) Algo similar se puede concluir desde el prisma de los **estándares técnico-jurídicos** seguidos en la elaboración de estos productos legislativos. Obviamente, no puede ser de otra manera, se han proseguido los itinerarios prefijados *de iure* para la formulación de esas normas (sin perjuicio de los informes –preceptivos mas no vinculantes– negativos que las antecedieron). Ahora bien, la técnica legislativa seguida es intrínsecamente defectuosa desde el justo instante en que se precipita con una inusitada aceleración, se dispersa en cuatro normas distintas aun en necesaria comunión *ratione materiae* en cuestión de semanas y se reenvía de unas a otras pretiriendo el imperio de condicionantes previos como el principio de legalidad o la jerarquía normativa, reflejando un sensible grado de titubeos a la hora de legislar.

c) Aplastantemente, la **mínima estabilidad** en la permanencia de las normas elaboradas y puestas en vigor no existe. Que en cuatro meses se hayan efectuado dos normaciones legales que, a su vez, precisan materialmente de soluciones reglamentarias que, entre tanto se promulgan, exigen unas soluciones de imaginativa ingeniería legislativa supone la antítesis de cualquier sosiego normativo en óptica cronológica y ataca de manera frontal este enfoque propio del principio constitucional de seguridad jurídica sin que semejante evidencia precise de mayores justificaciones.

d) La necesaria **superioridad de los grandes principios y valores jurídicos** mayormente constitucionalizados que apuntalan la existencia y permanencia del Ordenamiento jurídico, que actúan como arquitraves que impiden su colapso, queda claramente en entredicho. Hemos repasado cómo con la regulación en materia de tasas judiciales se interfiere negativamente

con el principio de seguridad jurídica a quien se dedican estas reflexiones, pero también de refilón se infiere que se inflige padecimiento a otros como el principio de legalidad (lesionado cuando un instrumento administrativo como una instrucción pone de manifiesto una suspensión en la aplicación de una norma legal pese a que ella misma proclame que se halla en vigor) o la jerarquía normativa (la plenitud de una ley formal no debería quedar al albur de normativa reglamentaria). El elenco del art. 9.1 CE no parece salir especialmente bien parado de su cohesión con la regulación de las tasas judiciales pese a que, naturalmente, deba imponerse sobre ella. Naciendo de estas premisas, mal va a articularse un racional conjunto normativo ya no sólo a los principios constitucionales, sino también a la tabla axiológica que inspira a nuestro Sistema jurídico.

6. IDEA FINAL

La idea final que con tristeza hay que realzar estriba, a nuestro entender, en focalizar la mediocridad legislativa que padecemos. El legislador que sufre en los últimos años tiende acuciantemente a agudizar un alarmante ritmo de ocurrencias normativizadas que simplemente exteriorizan sin disimulo la absoluta carencia de criterio, la ausencia de unas prioridades clarificadas a normar, el cortoplacismo del *ahora mismo*. Lo que prima son bandazos, vaivenes, ensayos a costa de las pretensiones y derechos de los demás... Qué sensación de credibilidad, qué certeza se puede dar a nuestra sociedad, qué imagen de coherencia y seriedad puede ofrecerse a inversores extranjeros, a los mercados financieros, a las tan necesarias instancias internacionales... con una concreta regulación en materia de tasas judiciales que, además de ser holgadamente abigarrada y confusa *per se*, se intenta disfrazar en la consecución de unos objetivos que no le son propios y, a mayor abundamiento, ha sufrido dos regulaciones (cuatro si consideramos también la precisa normación reglamentaria sin cuyo concurso no puede ni siquiera aplicarse materialmente) en cuestión de semanas, añadiendo la casi estructuralidad de la normativa transitoria. ¿De veras podemos afirmar con mínima solidez que hay una inquebrantable seguridad jurídica en el país? Desde luego, el ejemplo seleccionado no parece apuntar precisamente en esa dirección. Seamos conscientes de que seguramente la idealizada perfección de un conjunto tan vasto como el Ordenamiento jurídico se ha convertido en un imposible. Pero ello no justifica el insufrible nivel de deterioro al que nos exponemos ahora mismo, que volatiliza cualquier atisbo de seguridad jurídica.

La conclusión obtenida de ese contraste de un aspecto particular con un principio general tiene otras derivadas más graves aún. La seguridad jurídica, su lamentable estado de salud, sirve de buen indicador de la calidad de nuestro Estado de Derecho. La sujeción del obrar y actividad estatal al imperio del Derecho a buen seguro flaqueará, pues ni siquiera se sabrá certeramente a qué atenerse con mínima estabilidad. Más bien se vive en una compleja interinidad que, a la sazón, demasiadas veces parece que intenta sortear su

sometimiento a los máximos postulados constitucionales. La seguridad jurídica renquea, el Estado de Derecho probablemente también... ¿no lo hace la Constitución?, ¿no está siendo una víctima más de todo el desaguisado en el que navegamos como sociedad, en una crisis que cada día parece más sistémica? Debemos reflexionar e inducir conclusiones más generales desde el análisis de elementos concretos como el propuesto. Y tenemos que corregir una peligrosa deriva en la que nos precipitamos. Va en ello los derechos de todos, que ya no quedan cubiertos por su mera proclamación formal. Levantemos los velos...

RESUMEN: La seguridad jurídica es un principio del Derecho totalmente constitucionalizado, y porta un contenido propio que, a la vez, se proyecta sobre todo el Ordenamiento jurídico para poder cualificarlo como tal, sirviendo de criterio indicativo de la veraz viveza del Estado de Derecho. No es desconocido que se ha venido contrastando desde hace años su debilitamiento material, al margen de su proclamación formal. Los últimos tiempos han incrementado exponencialmente ese padecimiento constitucional. En este trabajo se propone contrastar esa situación sirviéndonos de un ejemplo de actualidad: las relanzadas tasas judiciales y su encaje en el ámbito propio del referido principio constitucional. Se intentará demostrar que el resultado de ese ejercicio no será muy positivo.

PALABRAS CLAVE: Constitución, tasas, seguridad, debilitamiento, ordenamiento.

TITLE: Effects caused by a compulsive legislator in the juridical safety. The example of the amplified judicial taxes.

ABSTRACT: The constitutionalized juridical safety carries an own content that, simultaneously, projects especially the juridical Order to be able to qualify it, as such serving as indicative criterion of the veracious quickness of the Constitutional state. For time, it has come confirming his material weakening, although his formal proclamation Last times have increased this constitutional suffering. In this work we propose the confirmation of this situation using an example of current importance: the new judicial taxes and their lace in the own area of the above-mentioned constitutional content. We will try to test that the result of this exercise will not be very positive.

KEYWORDS: Constitution, taxes, safety, weakening, order.

Recibido: 18.03.2013

Aceptado: 02.09.2013

Aspectos de la indemnidad en la Constitución española de 1978

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

A la memoria de mi mujer, Marisol, con el recuerdo que el paso de los días hace más indeleble y dolorido

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Garantía de la indemnidad inherente a la nota de plenitud del ordenamiento jurídico.—3. Garantía de la indemnidad fundada en el desarrollo de exigencias constitucionales implícitas.—4. Tutela de la indemnidad a cargo del valor superior del pluralismo político.—5. Garantía de la indemnidad fundada en la presunción de justicia material y no sólo de la estricta validez del ordenamiento jurídico.—6. ¿Constitucionalidad o constitucionalización del uso alternativo del Derecho?.—7. Manifestaciones notables y específicas de la indemnidad patrimonial.—8. Garantía de la indemnidad forjada en la defensa sistemática del futuro de la persona individual.

1. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones siguientes pretenden exponer –desde una perspectiva mejorable y sensata– una *noción de indemnidad* distribuida en varios aspectos, a saber: Primero. Garantía de la indemnidad inherente a la *plenitud del ordenamiento jurídico*. Segundo. Garantía de la indemnidad facilitada por la *presunción de justicia* y no de simple validez de las normas de dicho ordenamiento. Tercero. Garantía de la indemnidad ofrecida por las repercusiones constitucionales del *Derecho de daños*. Cuarto. Garantía de la indemnidad ideada por el Estado de Bienestar para amparar el *futuro de la persona individual*.

2. GARANTÍA DE LA INDEMNIDAD INHERENTE A LA NOTA DE PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho despierta las tensiones robustecedoras de la *plenitud* que, aderezando la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978), reflejan los textos constitucionales y los pasajes cuasi-constitucionales que, como el TPC.c. (Título Preliminar del Código Civil de 24 de julio de 1889, sucedido por la Ley de 31 de mayo de 1974), adornan sus

principios y preceptos. La voluntad de plenitud y la tendencia a conseguirla –minorando el espectro de las *lagunas de la ley*– responden a un ánimo de exhaustividad. Se refieren a estados de cosas que –concerniendo a los *intereses* o *apetencias por la utilidad de los bienes sensibles de la vida*– reclaman una regulación coherente y clara de sus mandatos y/o prohibiciones.

Esta propensión impide que, antes incluso de verse culminados, los acontecimientos de la vida social de relación muestren las *inclemencias e incertidumbres del vacío* en las zonas abandonadas o desérticas. Su característica común –resistencia a la recepción del Derecho objetivo y a la penetración de su tutela– esteriliza los esfuerzos que, invertidos en tan enojoso ejercicio, despliegan la persona individual y sus afines, cuantas veces se responsabilizan de los efectos jurídicos inseparables del signo de los tiempos que les toca vivir. El acreedor de una relación de obligación está legitimado para obrar extra e intraprocésalmente, porque su crédito importa un interés que –lejos de ser huero de sensibilidad y de deseo– abarca un todo mentalmente tangible que aglutina necesidades e ilusiones. La plenitud del ordenamiento jurídico transmite a la persona humana la convicción y los merecimientos de una *atribución de dignidad* que se ha de preservar a toda costa.

La dignidad es un *crédito* que el ordenamiento jurídico concede al individuo para beneficiarle de las ofertas que, asediando a su *yo ambicioso y expectante*, anhelan la mejor de las suertes en el círculo vital que las acoge y aproxima a sus destinatarios. Es la *cosmoeminencia* que –con lucidez, tenacidad y adecuación existencial– va en pos de una conciliación indispensable. Frecuenta la *línea horizontal de la solidaridad* –distinta de las definiciones descomprometidas y confusas– y de la *comunidad con los demás*, cuyos enfoques más exactos la denominan *reciprocidad*. Un valor al que las injerencias globalizadoras despojan de la autenticidad que le acompaña y sirve de acicate. La reciprocidad supone el intercambio de bienes y de ideas en un mundo donde el *rostro amable* –anverso del *rostro diabólico* pendiente de una severa exploración– propicia una suma de reconversiones morales. Este paso acusa la hostilidad a las deformaciones de una solidaridad tanto más cómoda de fingir, cuanto más alejado de ella está el prójimo oprimido y el sacrificio de auxiliarle sólo es testimonial por excelencia. Así resulta fácil –debido a esa distancia– confraternizar teóricamente y derrochar, sin arrostrar los riesgos de la heroicidad, las efusiones sentimentales y las afinidades halagüeñas. La dignidad concilia la vocación del *socorro mutuo* con las *prerrogativas de dominación* que –como derecho ansiado y obligación transformadora– ejerce el individuo sobre el resto de las cosas y seres dispersos por el mundo. Sus mudanzas se valen de las oportunidades que han de capitalizarse para acabar con el oprobio de unas vidas injustamente consumidas, registradas de antiguo en la necrología de la Historia de la Humanidad, y combatir las contrariedades que –reanudando el raciocinio sobre el *problema del mal*– oprimen su menesterosa condición. La persona es objeto de una protección acorde con la eminencia de su dignidad y con la supresión del desmerecimiento que

esas desventuras acarrear. La *dignidad*, libre de toda invocación superficial, defiende la pulcritud de una imagen que invita a concebirla como algo más categórico y rotundo que la atribución del *carácter de derecho fundamental*.

La dignidad constituye un *paradigma de derecho* que, desde la perspectiva del iluminismo y las pautas de la laicidad, pertenece a cada persona individual, no –como antaño se sostuvo– por el *hecho de creer* en un haz de verdades confesionales reveladas y sí por la *cualidad de ser creado* que, hastiado de amargura, el existencialismo declaraba *caído en este mundo* y víctima de sus iniquidades. La dignidad se verifica –como algo previo a dicho reconocimiento– a la manera de una *condición innata* que, según las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar, no escatima las opciones que los postulados del orden natural someten a su aceptación. Con fruición, unas veces, y, otras, con recelos y riesgos. Serían ellas las oportunidades de materializar aquel crédito, de afianzar la convicción de sus prerrogativas, de contar con los efectivos bastantes para impedir su menoscabo, y de agrandar los espacios de dominación que, para vincularlos a la causa del bien, se arrebatan al poder de las tinieblas. La dignidad personal es la base –como sostiene el art. 10.1 CE– de las indemnidades con que el Derecho objetivo obsequia a la persona para acentuar la *prosperidad de los derechos* invocados o la calidad de los intereses cuya supervivencia se debate.

Entre las luces y las sombras de un aventurado proyecto, se advierte cómo el cuerpo de la legalidad fundamental evidencia unos *designios de indemnidad* que, a primera vista, lo son todos, pero que, a la luz de sus medios y sus fines, delatan consecuencias aleccionadoras. La esencia de esta perspectiva atañe al fortalecimiento de las situaciones contempladas por el legislador constituyente y a los casos en que hay que impedir su deterioro. La indemnidad se propone que, en el tejido de las relaciones humanas, decrezcan los ámbitos donde las *razones estrictas de la fuerza* –dispuestas a cumplir su papel poco airoso– han subvertido las *instancias persuasivas del razonamiento*, reemplazando, por modos injustos e insolidarios de vivir, la vehemencia expansiva de los espacios hurtados a esas vejaciones. La indemnidad propugna soluciones que fundan su crédito en el *ingrediente de fuerza moral* –que las hace deseables y evidentes– y en la *dosis de razonabilidad* que, al facilitar su comprensión, las traslada al terreno del interés que ha engendrado el conflicto.

La confianza en la acción vigilante de un *Derecho atento y eficaz* incluye situaciones que, pese a embeber la ciencia de la legislación en el marco de un positivismo acogedor, no son invulnerables frente a las agresiones. Algo ha de innovarse, a imagen y semejanza de una tutela judicial efectiva que hoy no abunda en soluciones imaginativas. Ello, sin que decaiga la confianza en que –zarandeados por el excitante «*atrévete a pensar*»– los avances de la legislación descongelarán, al precio del esfuerzo creativo, los glaciares de la eficacia escueta del Derecho y probarán el tino de su progresismo razonable.

La esperanza puesta en la justificación de la *efectividad del legislador* se debe a las variantes de su acción normativa. La primera consiste en agotar o adelantar, con la debida diligencia, el desarrollo legislativo de los mandatos y/o prohibiciones constitucionales cuya eficacia preceptiva directa data de su stirpe de *derechos y libertades innatos*. Sus fuentes yusnaturalistas y su oposición al arbitrio del legislador se anteponen a las leyes positivas humanas, como un troquel que, sin desordenarlas, conglera sus materias primas. Es tajante la inmediatez con que, sin interposiciones dilatorias, sus proposiciones normativas han de aplicarse a los supuestos pensados para activar las facultades en que su esencia resplandece y cobra nuevos bríos. Esta cualidad no exime a la ciencia de la legislación o Política Legislativa –aliada de las libertades que, al recordar sus atenciones, no le conceden tregua ni respiro– de la obligación de aderezar, sin contornos borrosos, algunas hipótesis. Son ellas las que –sagazmente adivinadas y/o latentes en las realidades sociales de que se hace mérito– permiten que, en pro del interés correspondiente, se actúen las facultades del derecho atribuido o se cumplan las funciones –sociales asimismo– que su evolución pone de manifiesto. La *efectividad de la legislación* obliga a una vigilia interminable que restaure, modernice y/o amplíe el contenido esencial o núcleo intangible de los derechos básicos objeto de estudio. ¿Cómo lograrlo satisfactoriamente? Encadenando y completando unas tareas tan arduas como imprescindibles.

Hay que obtener *información veraz*, por medios lícitos e inocuos para cualquier tercero, de los ciclos evolutivos y de las incidencias que jalonan los procesos de cambio, denunciando los casos de obsolescencia y holganza rutinaria, y activando –como se infiere del art. 20.1 CE– los mecanismos de revisión y puesta al día.

Es preciso inventar –eligiendo modelos practicables y no simulaciones peligrosas– las ejemplificaciones de esas novedades en los horizontes constitutivamente históricos de la razón práctica. Sus dictámenes son pareceres de certeza variable y, a causa del apasionamiento que les acompaña, oscurecen, muchas veces, la predilección de los entendimientos curiosos que pierden las oportunidades de abismarse en sus inquietudes más recientes. Máxime, cuando ciertos oficialismos difunden azarosas versiones de demandas sociales, fruto de la zafiedad y condenadas a un naufragio inminente. Hay que cuidar de que, salvando los contenidos esenciales, no se desvanezcan, se oculten o se pierdan de vista los aspectos accidentales que, concienzudamente cultivados, enriquecen las perspectivas generales y, con ellas, los panoramas que revelan. La fascinación de esos derechos –gracias a su efectividad– determina la *entrada en combate* que obedece a alguna de las motivaciones expresadas.

Las normas jurídicas constitucionales revestidas de eficacia preceptiva directa, no se reducen a los magros términos de las proposiciones de principio en que sus juicios desembocan. Su importancia y sus eventualidades de futuro se condicen mal con el tenor de las *interpretaciones originalistas* que, aferradas a las circunstancias del tiempo y del lugar en que se promovieron,

aplauden su petrificación y rechazan su ajuste a los cambios sociales que inexorablemente se suceden. Lo contrario –pues aquí repugna comulgar con verdades a medias– de la vulgaridad y los radicalismos políticos en que –reiterando una expresión debida a quienes, en 1870, propusieron el modélico lema de «*la invención de la Magistratura contemporánea*»– incurrierán algunas *turbas de juristas* prestos a confundir, sin asomos de recta intención, las auténticas demandas sociales con los arbitrios de su imaginación desvariada o el buen obedecer que se esperaba de ellos. Una vez más, «*no es eso, no es eso*». Cada persona física no equivale a ella sola, sino a *la suma de si misma y la parte del mundo que la condiciona y acapara*, cuando no la inmoviliza y la secuestra. Las normas jurídicas constitucionales, de que se hace cuestión, constan del *mensaje* impreso por la filosofía del orden natural –fuente de sus orígenes y transformaciones– y de los *aditamentos sucesivos* que las complementan para cumplir sus condiciones de generalidad y difusión. Uno de dichos añadidos se interna en la comprensión de aquel mensaje para localizar la aparición de *elementos implícitos* que, a primera vista, se hallan soterrados y brillan con luz propia cuando se exhuman y divulgan comprensiblemente. Otros facilitan útiles o sugieren metodologías cuyas aplicaciones diseñan un panorama de bienes más numerosos y accesibles, obligando a sistemátizar los términos del cumplimiento de esta ocupación. Otros atañen a las operaciones judiciales que, adheridas a un rejuvenecido pensamiento, mejoran el nivel de la seguridad jurídica y espolean los ejercicios de creatividad que, si media un celoso amor a la verdad, enriquecen aquellos contenidos. Aunque el énfasis de las proclamaciones fundamentales dé a entender que, *con lo que dicen, todo está dicho sobre su materia o especialidad*, el entretejido de la vida social enseña que, sin dejar de ser verdad, se trata de una *verdad contemporánea* que mantiene la normalidad de su flujo e ilumina los cambios que, a partir de sus puntos de flexión, se multiplican.

Acatando la *cláusula de vinculación general e indistinta* que el art. 53.2 CE predica de los derechos cuasinatursales e innatos, el empeño del legislador y de los jueces ordinarios no sólo ha de favorecer la primacía de la justicia material –resultante de integrar la efectividad de las libertades y de las situaciones de igualdad que jalonan sus experimentos– sin que, por ello, sobreviva un mundo asolado por los actos injustos que aniquilan los incentivos de su cosmovisión. La Política Legislativa y el ejercicio de la jurisdicción deben intentar, hasta la extenuación, que los individuos y los grupos sociales aprecien los *alicientes autorreguladores* que alientan la viabilidad y animan las interpretaciones de cada situación existencial sobre los derechos reconocidos constitucionalmente. Acogen la multiplicidad –*rectius*, acaso infinidad– de complementos que les adjudican sus titulares, motivados por la exteriorización de sus respectivos *sentimientos constitucionales*. Son éstos, hoy por hoy, el subrogado de la antigua *impresión de las normas del orden natural* en la conciencia individual y de los arrestos con que las potencias del alma –memoria, entendimiento y voluntad– se cercioran de su advenimiento. Al

convertirlas en un acervo propio, no se olvidan de sus imperativos y los trasladan a los estados de perplejidad o de conflicto en que se vuelca el torrente de verdad que arrastra su luz cegadora. Las ocurrencias de los titulares de esas libertades y derechos, y no menos de sus beneficiarios, constituyen las fuentes que –además de los análisis técnicojurídicos sobre su evolución a través de la Política Legislativa o de la aplicación judicial del Derecho– saturan, fuera de sofismas y contradicciones, los círculos en que *el bien integrante de unas y otros tiende a difundirse*.

Ambos demuestran una juricidad espontánea que no prospera casualmente y sí gracias al impacto de sus testimonios. Su despliegue apareja un tanto de ductilidad que –al contrario de los seres vivientes que, a costa del envejecimiento, prolongan su existencia– tonifica la modernidad de las normas constitucionales que les reconocen. Las protegen contra la celeridad e inconveniencia de determinados cambios sociales –sin relativizar su eficacia ni ponerlas en trances de esterilidad o de amenaza– y ensayan terapias regeneradoras. Lejos de aminorar la *velocidad de crucero* de las libertades y derechos, los cambios sociales –que, cada vez, tienen menos de apacibles mudanzas y más de estrepitosas convulsiones– aumentan las reacciones en pro de su supervivencia. El asombro genera tensiones que obligan a frenar las depredaciones cuya proximidad avisa de los riesgos que, a la vuelta de la esquina, aguardan la *consigna de entrar en combate*.

Se yerra al sostener que una regulación legislativa de las libertades y derechos dotados de eficacia preceptiva directa desnaturaliza su mordiente, empequeñece su arrogancia o acusa una insuficiencia semejante a un «*quiero y no puedo*» del constituyente, siendo así que éste ha cumplido su papel y que tales objeciones no se justifican. Las tareas de amplificación y desarrollo –recabadas por la dogmática jurídica, sugeridas por una opinión pública ilustrada y activa, emanadas de las diversas sensibilidades y amparadas en la madurez de los juicios que las patrocinan– no vulneran el contenido esencial de la libertad o el derecho, ni obedecen al fin –expresivo de cierta indignancia intelectual– de cercenar el crecimiento de sus garantías. Descansan en fundamentos firmes y disponen de asideros muy recios. No veda el ejercicio de esas operaciones la protesta solemne de que *las libertades y derechos originarios se reconocen obligatoriamente y no se otorgan por condescendencia*. Ello es así, porque –contemplando objetivamente los intereses generales y enterados de su relevancia– la recta razón y el buen sentido tildan la posición contraria de antisocial y reñida con la naturaleza de las cosas. Una lectura comprensiva y no taimada del art. 53.2 CE permite asegurar que, preservadas la garantía de la reserva de ley y la prohibición de vulnerar el contenido esencial, el desarrollo legislativo de los derechos innatos que lo demandan –concretando la hondura y la extensión de su tutela– forma parte de sus requerimientos intangibles. Ello hace falta para proteger las preferencias y valores que ocupan el núcleo invulnerable y sus espacios periféricos. El reto de la *cláusula transformadora y social* del art. 9.2 CE compromete a los poderes

públicos y, aludiendo a la parte del todo que les corresponde, recuerda las *obligaciones naturales* –inscritas en el marco del decisionismo político y no, por ello, menos perentorias– que, unas veces, proceden de genialidades creadoras y, otras, pertenecen a enunciados parciales, como el del art. 53.3 CE. El art. 9.2 CE se apropia la especificación que, conforme al rigor y la emocionalidad de su mensaje, transmite a los poderes públicos –entre los que figura el Poder Legislativo– la tarea de definir y ejecutar las cargas que, reforzando la libertad y la igualdad de los individuos y grupos intermedios, dibujan una *sociedad caracterizada por el celo con que se entrega a confirmar las premoniciones del espíritu de cambio*. La sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico no se ciñe a los mínimos de sometimiento que dictan las moderaciones usuales del ejercicio del poder. Comprenden modelos de actitudes atípicas que, en permanente ebullición, resaltan la emergencia de los derechos innatos y ofrecen –quemando, a veces, las etapas en que se desaceleran sus ritmos– fórmulas aptas para restaurar su bagaje de modernidad.

El hecho de que la igualdad y la libertad –a reserva de que, en su caso, dejen de emparejarse y prevalezca una sobre otra– compartan la pretensión de *devenir fogosamente reales y efectivas*, abona reflexiones pródigas en ingenio y ambiciones morales. Para escapar de sus secuestradores, la libertad ha de impregnar cuantas realidades acrediten –dentro de una comunidad identificada con ella– el protagonismo de las personas físicas y de los grupos que, poblándola en un régimen de conflictividad normalizada y aceptable, esculpen el rostro –verdadero y no desfigurado– de la sociedad pluralista. La libertad deja de serlo, sin perjuicio de sus restricciones naturales, cuantas veces se oculta o disimula su cualidad central. A saber, la explicación o clave de por qué la persona no debe seguir siendo, como sostuvo el existencialismo pesimista, un *ser sin guía, que, una vez arrojado a las turbulencias de este mundo, queda desorientado, indefenso y expuesto a la infinidad de los vaivenes y agresiones que le toca sufrir en el reparto de los males*. Víctima del oprobio con que la crueldad de la Historia cotidiana le hostiga y trunca las oportunidades de amparar –erguida y animosamente– su dignidad puesta en entredicho. Es decir, de erigirse en la razón de ser de una *concepción antropocéntrica*, de la de quienes la asumen en sus espacios habitables y de la conexión equitativa de su voluntad –celosa defensora de un acervo de *funciones sociales*– con los que supeditan su suerte al triunfo de estas iniciativas y enriquecen los intereses generales con los réditos de su prosperidad. He ahí el sentido ordenado de los *cosmodesignios* que, si se atienen a su *norte moral*, justifican las planificaciones debidas al progreso de las voluntades –individuales y colectivas– que cumplen las *consignas básicas de un orden natural* cuyo peso específico obliga a estar al tanto de la evolución o la revolución de sus contenidos variables. Máxime, si las interacciones traslucen unas realidades propensas al calor de la reciprocidad que se promueve e indignas de las perversiones que las entumecen.

La igualdad –conducente a conclusiones análogas– mora en zonas o pasajes históricos que requieren un enérgico apoyo de presente para que sus buscadores cobren los créditos de la *necesidad liberadora* que es el título de su reclamación. Exige restricciones –de carácter didáctico y social– para que cuantos la propagan, con demagógicos halagos y torpeza simplificadora, sepan de los esfuerzos dirigidos a reponer su calidad de origen y no enturbiarla con sofismas y lugares comunes. La selección y el reparto de las vías de acceso a la atribución de los derechos innatos, crean las oportunidades de que, ejercitando el derecho de acción procesal, sus titulares puedan *alzarse en pie de guerra*. Acuden, unas veces, a la efectiva tutela judicial que ofrece el novedoso art. 24.1 CE para disuadir de la tentación de autojusticia. También apelan a formas de *presión extrajudicial institucionalizada*, como la que, diferenciando la *titularidad individual* y el *ejercicio colectivo* del derecho de huelga, reconoce el art. 28.2 CE, que ha *elevado a la segunda potencia* –giro muy caro a los pioneros del Derecho Procesal– la cobertura de unas libertades sindicales que ensalzan las virtudes de la *desigualación igualitaria*.

Abierto a las expectativas de omnicomprensión con que el art. 53.1 CE se hace audible, el ordenamiento jurídico acrecienta la fuerza expansiva de los derechos innatos y anuncia la voluntad de perpetuarlos para que su plenitud atestigüe la proliferación y la efectividad que les incumben. El dogma de su contenido variable hace saber que su existencia –adaptada al peso de los acontecimientos influyentes y a la credibilidad de las demandas sociales– se atiene a un *criterio doctrinal de continuidad* y a una *regla histórica de progreso*. El que haya contenidos variables constitucionalmente confiados a la regulación parlamentaria de los derechos innatos, no impide que el decisionismo político repare en otros derechos –así mismo cuasinaturales– sobre cuya expansión el constituyente nada dice. No es necesario invocar la precedencia de un imperativo constitucional soterrado o implícito, allí donde, aun a falta de este encarecimiento, la autonomía del legislador le aconseja de acuerdo con las insinuaciones de su decisionismo. No hay que apelar, *encogiendo el brazo*, a un encargo constitucional de legislar, si –ponderando los elementos personales, temporales y reales– la esencia del decisionismo incluye las responsabilidades anejas a requerimientos que, so pena de postergar los intereses generales, el legislador no puede desoír. El empleo del modo subjuntivo del verbo «regular» en el art. 28.2 CE –donde la regulación y la autorregulación de la huelga son igualmente constitucionales– sugiere un análisis conexo con las consideraciones anteriores.

Existe algún ejemplo de *interpretación voluntarista* de la legalidad fundamental, llamada así porque la invocación del pluralismo político no autoriza a encontrar un *imperativo constitucional* allí donde el constituyente sólo hace mérito de una posibilidad que no conmina de inmediato y queda al albedrío de la prudencia y la ponderación legislativas. Se rotula de mandato inaplazable alguna sugerencia que el legislador ordinario puede atender, por

propia autoridad, en el ejercicio de sus prerrogativas. La *participación popular* en la Administración de Justicia, por citar un ejemplo, no emana de una inclemente exigencia constitucional, sino de una elección que el art. 125 CE elogia o aconseja, pero nunca impone. La implantación del Jurado demuestra los reparos o fracasos de atribuir al constituyente una intención que, en vez de acomodarse al posibilismo de las realidades sociales, se ofreció como una panacea que no ha cosechado un éxito aplastante.

Otro tanto sucede con las proclamaciones o principios de *corte programático* que, aludidos en el art. 53.3 CE y a la espera de su desarrollo legislativo, no ingresan en el ámbito del Derecho constituido que reconoce el *derecho procesal de acción* –integrador de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción– para salvaguardar su contenido esencial y sus extensiones periféricas. Resulta inexcusable un desarrollo exigido por el *principio de responsabilidad de los poderes públicos*, del que –si el art. 9.2 CE se lee sin prejuicios reductores– no pueden hacer los legisladores caso omiso. Decayeron las afirmaciones de que el trabajo de éstos era *irreproachable*, cuando hoy no escapa al control de los juicios de constitucionalidad, de que las acciones del Gobierno y la Administración eran *irresistibles*, cuando hoy se cuenta con recursos jurídicos hábiles para frenar sus demasías, y de que la jurisdicción era *irreprehensible*, cuando su sistema actual de impugnaciones se funda en la falibilidad humana y en la *¿confianza?* de la opinión pública en la Administración de Justicia. Se deduce así de los arts. 117.3 y 4, 122.1 y 123.1 CE. Los poderes públicos del Estado social y democrático de Derecho se sujetan a la alternativa de que sus decisiones se reformen, si ha lugar a impugnarlas, o de que, cargadas de razón, prevalezcan sobre el recelo de aquellos cuyos intereses no logren la protección solicitada.

El constituyente no ha dotado al legislador de un *cheque en blanco* para cumplir esos deberes de desarrollo y ampliación, cuando su razonable arbitrio le indique que ha llegado el momento de hacerlo. La predicción de responsabilidad le somete a una limitación que, además de yacer en la naturaleza de las cosas y derivar de las relaciones éticojurídicas, figura en algunos pasajes del Derecho Positivo, como el art. 1.128 I C.c. Esta regla –corolario de la que, al evocar la buena fe, establece el art. 7.1 C.c. sobre el ejercicio regular de los derechos y la ejecución tempestiva de las obligaciones– recuerda que, si una obligación no fija plazo para realizar las prestaciones que constituyen su objeto, pero de su carácter y peculiaridades se deduce que ha querido concederse al deudor, se otorgará un período equitativo de tiempo para efectuar el preceptivo cumplimiento. Interviene un mecanismo integrador que –al defender al portador del interés afectado– decide sobre la extinción de un compromiso que no puede quedar, en cuanto al *si*, al arbitrio del deudor, ni depender, tocante al *cuándo*, de una duración indefinida.

La inacción que –al cabo de más tiempo que el recomendable por la recta razón y el buen sentido– comete el legislador que, pudiendo y debiendo legislar, se abstiene de hacerlo, tiene que acarrear una sanción peculiar, si se quiere, pero insustituible en defensa de los intereses generales de la ciudadanía confiada en la coherencia y la lógica del ordenamiento jurídico. El principio de igualdad ante la ley se infringe si subsisten *zonas insulares* de ciudadanos privados del acceso a las normas de desarrollo que la legislación ordinaria les deniega o aplaza injustificadamente. El Poder Judicial cumple las *funciones de suplencia* que –sirviéndose, a veces, de instrumentos mellados– asume en homenaje a la invitación del art. 9.2 CE, al hacer efectivas la sanción de esas omisiones y, si ello cabe, de la incursión en responsabilidad legislativa. Lo ratifica el art. 5.1 LOPJ, que –vigente ya el cuerpo de la legalidad fundamental– quiere borrar la distinción –académicamente apreciable– entre sus normas vinculantes y las que no lo son. El legislador ordinario –*castigándose a sí mismo*, como el protagonista de un conocido drama de la antigüedad clásica– comprende y acepta que, si el tiempo transcurre estérilmente a la espera de la contribución legislativa, *el Poder Judicial tiene que reaccionar como un legislador ocasional* que suple esos atrasos. De ahí no pasa la sanción imperfecta que –en punto a dicha responsabilidad y mientras no medien dispositivos más enérgicos– determinan la *mora legislativa* o la omisión de las conductas que, adeudadas por el legislador ordinario, caracterizan a un comportamiento diligente. Actitud que, si conceptualmente no rebaja la plenitud del ordenamiento jurídico, desacredita a los encargados de poblar –con las normas del Derecho constituido– el espacio habitable por la expansión del imperio de la ley. Ha de evitarse el daño atribuido a la ausencia de una regulación conveniente a sus destinatarios, que, aunque sujetos al ordenamiento jurídico por el art. 9.1 CE, son portadores de un interés directo en aprovechar las mejoras de la *seguridad jurídica material*. No han de sufrir para siempre los inconvenientes –reductores de esa seguridad– de un exceso de llamamientos a las fuentes secundarias o a las reglas integradoras del Derecho objetivo. Estas huelgan si, antes de manejarse la analogía y el Derecho supletorio citados en el art. 4.1 y 3 C.c., no se descartan minuciosamente las opciones de aplicación directa de la norma o normas con las que se trabaja.

El razonamiento se predica del desarrollo legislativo de los derechos innatos –dotados de eficacia preceptiva directa y necesitados de actualización– y del pormenor de los principios que, mientras no incorporen las ampliaciones y refrendos que un legislador escrupuloso debe introducir, no cuentan con el *derecho procesal de acción* para obtener los bienes jurídicos apetecidos. Así lo da a entender el art. 53.3 CE. La garantía, adelantada por el constituyente, es eco del mensaje transformador del art. 9.2 CE, de cuya promesa liberatoria los principios rectores de la Política Social y Económica ofrecen una selección inicial a la que, andando el tiempo, han de agregarse las oportunas decisiones del legislador ordinario.

3. GARANTÍA DE LA INDEMNIDAD FUNDADA EN EL DESARROLLO DE EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAS

Otro elemento estimulante de las acciones de refuerzo de la plenitud del ordenamiento jurídico, no emana de una exigencia constitucional específica y sí del diagnóstico de las *situaciones de interés general* –visión secular del *bien común* aristotélicotomista– que, a medida de su hallazgo e identificación, se incorporan al elenco de los *intereses desnudos*. Desprotegidos por el Derecho objetivo, palpitan en los ámbitos donde se adivina y difunde lo provechoso de tenerlos en cuenta. Los intereses desnudos devienen *intereses vestidos* desde que el legislador les asigna el carácter de derechos subjetivos o situaciones jurídicas que confieren el derecho fundamental a que –ante un episodio conflictivo– los órganos jurisdiccionales competentes dispongan de criterios bastantes para que el discurso –verificado y persuasivo– del Derecho permita resolver, sin interposiciones rituales obstaculizadoras, las cuestiones de fondo. La selección de los intereses generales, cuya mejora se propone, depende de la razonabilidad del albedrío y de las sensibilidades ideológicas que –a través de sus dosis de implantación o representatividad parlamentaria– el grupo legitimado para ello transfiere al ordenamiento jurídico. También atañe a la *elasticidad* –confundida, a veces, con la *laxitud*– de que, sin contrariar la letra y/o el espíritu constitucionales, la legislación hace gala cuando se adueña de los espacios –desdibujados y extensos hasta entonces– donde sus inquietudes quieren acampar. Debe ejercitar –poniéndola a prueba concienzudamente– la *celeridad del diagnóstico* de los intereses generales y *acreditar su acierto* mediante iniciativas responsables y no condescendientes con la versatilidad de los voluntarismos rupturistas. Aprecia cómo y cuándo la Política Legislativa ocupa decorosamente su espacio habitable –moviéndose con soltura en su interior– para rehuir los efectos desproporcionados o menguar las desigualdades preexistentes. El legislador ha de captar –con devoción y conocimiento de causa– los estados de cosas relevantes de la moralidad política y la cordura de su actividad discrecional. La postura voluntarista o radical –*lo bueno es tal porque quien manda así lo quiere y establece*– del decisionismo político, cuyas versiones abusivas adquieren temibles resonancias, puede patrocinar soluciones que, ante el apasionamiento numeral de las mayorías parlamentarias que les son afectas, producen –en vez de un raciocinio saludable y pausado– debates destemplados y poco edificantes. Ofrecen, a menudo, la traza y los afanes de un *paseo militar parlamentario* al que no es fácil oponer una resistencia compacta, pese al énfasis con que el art. 128.1 CE prescribe la subordinación de las formas y la titularidad de la riqueza al servicio de los intereses generales del país.

El manejo abusivo del concepto de *interés general* no siempre se advierte con infalible transparencia. Hay que determinar si las *querencias tendenciosas* se apartan de la homogeneidad de las demandas sociales y eluden los criterios de una opinión pública verazmente informada para diseminar sus preferencias y denunciar los actos que las entorpecen. Los controles de

un juicio de constitucionalidad resuelven poco o nada en un sistema donde la superioridad del pluralismo político –variante de la libertad que, sumada a la igualdad, completa la *omnicomprensión de la justicia*– permite *artificios de ingeniería* maleables e inmunes a la fiscalización de sus componentes de interés general, dadas la naturalidad y la frecuencia con que se exaltan o pasan a segundo término. Son salidas que, aunque emergen en los límites de la prestidigitación y no coinciden con otras opciones políticas minoritarias, tampoco atentan frontalmente contra los principios y preceptos de la carta política. Surgen en circunstancias que inducen a esas anomalías y que, sin violar la legalidad fundamental, se asemejan a un abuso deshonesto de lo que son y significan sus pautas. Transigir con estos *pecados veniales* –que, a veces, rozan con conductas de gravedad probada, aunque respeten la distancia imperceptible que les inmuniza– es el *precio político puesto a la recepción del consenso* que aporta una nueva herramienta de trabajo a la factura del proceso constituyente. La sociedad –que, por una u otra razón, no reclamó esos bienes– sufre el castigo de las decisiones unilaterales que, invocando la voluntad política, registra el *mercado de los intereses no generales* en las zonas inconsistentes o difusas del tejido social. Se echa de menos una atención homogénea de las demandas sociales sustituidas o, si hay grave olvido de los intereses afectados, suplantadas por mensajes huérfanos del *mínimo de fidelidad al bien común* que la lealtad política prescribe. O bien se emprende la busca de las auténticas demandas sociales y se comprueba la insuficiencia denunciada –que el legislador debe subsanar con prudente discrecionalidad– o bien se analizan las demandas sociales cognoscibles para esclarecer lo que de hay en ellas de excitación engañosa o populismo cegador. La regla vale para las ofertas políticas cursadas a sus destinatarios y al resto de la opinión pública. Ceder ante reivindicaciones que, a pesar de sus orígenes espurios, se dicen auténticas demandas sociales, equivale –si el legislador las digiere de modo automático y no separa la paja del trigo– a triturar los valores de la generalidad de la ley. La libertad del decisionismo político se ha pensado para seleccionar y proteger los intereses atendidos bajo condiciones más o menos explícitas, pero acercándose, con ambición moral, a los requerimientos de sus funciones sociales y a las ventajas que la sociedad pluralista deduce de estas experiencias. La magnitud y variedad de los frentes que la desafían –ante los que ha de definirse o aplazar su respuesta para mejor momento– explican la mediación de los legisladores en el tratamiento complementario de las libertades y derechos innatos que dependen de esas iniciativas.

La *indemnidad preventiva* responde a la celeridad con que el ordenamiento jurídico adquiere plenitud y ocupa –para servirlos generosamente– los reductos de la vida de relación, prefiriendo a los que sufren una existencia frágil o sienten más agostados sus destinos. Esta indemnidad afianza la solidez y el crecimiento de las relaciones tejidas en el seno de la sociedad general –organizada en el Estado social y democrático de Derecho– y de las sociedades parciales que se integran en ella satisfactoriamente. Relaciones

impregnadas del bienestar que –al desencadenar deseos o apetencias– refleja el elemento intelectual de la materialidad económica o del interés tangible que explica la defensa de la indemnidad con cargo al *valor superior del pluralismo político*.

4. TUTELA DE LA DIGNIDAD CON CARGO AL VALOR SUPERIOR DEL PLURALISMO POLÍTICO

El art. 1.1 CE contiene un *elemento de indemnidad* relativo al componente ideológico de las actitudes individuales y de los comportamientos políticos. La preocupación –legítima y útil– por ultimar este detalle, proviene de la lista de los valores superiores del ordenamiento jurídico que, planteando un reparo de arte menor o secundario, descubre, quizás para fijar fuera de duda sus orígenes, la *desproporción metodológica* del interior de su enunciado. Son valores simultáneamente superiores al resto del ordenamiento jurídico e interiores a la figura piramidal elegida para representarle. La *tradición geométrica* de diseño del ordenamiento jurídico se serviría mejor si, en vez de la pirámide, se imaginase un cilindro fragmentado en tantas divisiones como sectores de aquél fuesen reconocibles y vigentes. El art. 1.1 CE altera el usual paradigma normativo –refundición de los yusnaturalismos polémicos– y traslada sus predilecciones a un solo valor –primordial y prevalente– del que los demás que se enuncian son experimentos o derivaciones. Una de éstas contempla la indemnidad de las opciones ideológicas en sus versiones tradicionales o recientes. Inmunes, unas y otras, a cualquier amenaza de marginación o achicamiento. Tal es la clave del acceso a un *panorama general de indemnidad* para el pensamiento y las acciones derivadas del mismo. ¿Por qué ha de suceder así?

La irregularidad de método –enunciativo y sistemático– se advierte la luz de la relación entre el art. 1.1 CE –pieza capital y objeto de interpretación– y la consigna de transformación estampada en el art. 9.2 CE. Se reiteran las partes de un todo –cuyo enunciado era bastante– y, además, se menciona el pluralismo político como aspecto de aquéllas. El examen del art. 1.1 CE requiere precisar si fija pulcramente una pluralidad de valores superiores del ordenamiento jurídico o si, con laxitud metodológica, añade al género o al todo las especies o partes integrantes y aun los corolarios o accesorios de algunas de estas últimas. Parece que ha ocurrido así y que no huelga una relectura de aquel texto. La *concepción aristotélicotomista* de lo que la justicia es y significa, sostiene que el conjunto de sus excelencias colma las condiciones de la dignidad individual a medida que lo reclama el modo que –sin servidumbres ni entorpecimientos excesivos– la persona física tiene de comparecer en el mundo y deambular por sus compartimentos. Es la contrafigura del señuelo del *fin de la historia* que –menoscabando las esencias de la libertad y la igualdad– predijo, como conquista irrenunciable, la imagen de una sociedad en la que *cada uno contribuiría según sus posibilidades*, por módica que fuese su disposición cooperativa, y *recibiría según*

sus necesidades, si, pese a la modestia de esa contribución, frecuentaba las querencias más voraces de su voluntad de disfrute.

La dignidad satisfecha coloca a las personas en estados individuales o colectivos de justicia, si los sujetos que aspiran a plenificarla no sufren diferencias de trato arbitrarias, ayunas de justificación objetiva y razonable, ni se lastiman sus propósitos de aprovechar la igualdad para realizarse hasta donde lo permitan sus disponibilidades y su inventario de ilusiones. El acto de presencia del art. 9.2. CE –criterio contextual y sistemático de interpretación en el seno privilegiado del TPCE (Título Preliminar de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978)– enseña que la conjunción armónica de las libertades e igualdades reales y efectivas afluye a una síntesis en la que prevalece el *supremo valor de la justicia*. Referirse –como, en pie de paridad conceptual, hace el art. 1.1 CE– a la libertad, la justicia y la igualdad– *es mezclar el género –la justicia– con las especies de la libertad y la igualdad*. Una recomposición más atinada del art. 1.1 CE podría rezar: *El Estado social y democrático de Derecho, en que España se ha constituido, propugna, como valor supremo y omnicomprendido de su ordenamiento jurídico, la justicia material que armoniza y condensa la libertad y la igualdad*. Así queda emplazado el *único y supremo valor* –en vez de *tres*, ya que *dos* de los mismos se subsumen en él– *del ordenamiento jurídico*.

El *pluralismo político* es otra facultad o, si se prefiere, *irradiación del bien central de la justicia*, porque, sumado a los más caros testimonios de la libertad, intensifica la aspiración a una igualdad copiosa en las experiencias propias de su fisonomía. El pluralismo político emana de la igualdad –integrante, no huelga repetirlo, del supremo valor de la justicia– porque se vedan las discriminaciones que, menoscabando la existencia de las personas y los grupos sociales, coartan la finalidad y el ejercicio de las libertades en cuanto a sus preferencias ideológicas generales, sociales, religiosas, económicas, lúdicas y cuantas otras traen causa de su autorregulación o autonomía. Vuelven éstos a ser elementos contextuales de interpretación que desbaratan los obstáculos opuestos a las proclamaciones de igualdad formal y a los esfuerzos de su endurecimiento. El pluralismo político pertenece a la evidencia de las libertades, pues, conforme a su significado etimológico, el art. 1.1 CE ensalza la receptividad que le distingue y la pulcritud con que han de analizarse las modalidades de legislación material o vertical que sus opciones den a conocer. No hay necesidad de acometer la reforma constitucional prevista en el tít. X CE para que cualquiera de esas expresiones quepa en las ofertas de sus *portadores naturales*– los partidos políticos que, según el art. 6 CE, ostentan dicha condición– o de los *grupos vertebradores intermedios* que, como reza el art. 9.2 CE, acogen a los individuos colectivamente asentados en sus cuerpos y almas. Ello acontece en el seno de la sociedad a cuyo pluralismo alude, de pasada, el art. 20.1 CE, admitiendo que soluciones legislativas incompatibles o antagónicas pueden, no obstante, preservar su fidelidad a la letra y el espíritu constitucionales. El *respaldo poliédrico* del pluralismo político

tolera una diversidad de lecturas plausibles de los preceptos constitucionales objeto de análisis. Otro tanto se afirma, guardadas las distancias, de la comprensión y formulación de los principios constitucionales que brotan de un entendimiento liberal gobernado por el ingenio de sus descubridores.

5. GARANTÍA DE LA INDEMNIDAD FUNDADA EN LA PRESUNCIÓN DE JUSTICIA MATERIAL Y NO SÓLO DE LA ESTRICTA VALIDEZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Del art. 1.1 CE arranca una enérgica *presunción inicial* que es parte de un pasaje –a saber, el TPCE– donde las predicciones axiológicas, prestas a incorporar y difundir un *bloque de moralidad legalizada*, se abren paso frente a los *paradigmas del normativismo* que explicaban el progreso del Derecho a través del equilibrio inestable– pero *equilibrio*, al fin y al cabo– que garantizaban sus normas. Superadas las vacilaciones del *yusnaturalismo evanescente*, cundió la idea –intelectualmente pacífica y socialmente pacificadora– de que el ordenamiento jurídico emprendía un ascenso en busca de la norma suprema que cerraba la figura piramidal elegida para representarle. Valga decir, una vez más, que la imagen geométrica conviene exactamente a la de un *sólido cilíndrico* repartido en los sectores integrantes de las parcelas del Derecho Público y el Derecho Privado que agotan esa división. La inmovilidad del ordenamiento jurídico nacía de la voluntad del titular de la soberanía, cuyas eran las iniciativas de esa elaboración y postura. Se justificaba porque, si el texto constitucional –fruto de una decisión fundamental– no garantizaba el equilibrio y la coherencia del sistema positivo de normas, el ordenamiento jurídico se desplomaría y sus elementos emprenderían una retirada cabizbaja, anárquica y ostensiblemente vergonzosa. La textura del TPCE prueba que la sensibilidad y la elasticidad éticas vencen, si se lo proponen, a las servidumbres del normativismo a ultranza. De ahí, que, para no fracasar en el vacío, se eche mano del impulso binario que abarca la *exaltación de la justicia* a cargo del art. 1.1 CE– como supremo valor del ordenamiento jurídico– y las ventajas de la *cláusula transformadora y social* que, purgada de sus radicalismos, el art. 9.2 CE ha importado del art. 3 II CI (Constitución italiana de 27 de diciembre de 1.947). Estas innovaciones mudan el centro de gravedad de los pasajes privilegiados del TPCE, hasta el punto de que, volviendo a lo ya dicho, la proposición ordenada y cabal del art. 1.1 CE puede reformularse así: *España se erige y constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que, como supremo valor de su ordenamiento jurídico, reconoce la justicia material que, aposentada en su interior, sintetiza la igualdad y la libertad efectivas, cuyos objetivos de transformación y de cambio no se alcanzan sin la asistencia del pluralismo político.*

La exégesis del art. 1.1 CE no se detiene aquí, a falta de otras reflexiones axiológicas sobre el relieve que el constituyente atribuye al supremo valor de la justicia como compendio de todo su enunciado. La apuesta por la *preponderancia de lo justo* no se limita a presumir que –según un optimista entendi-

miento— la impecabilidad de la carta política se debe a que el supremo valor superior de la justicia enfervoriza los mensajes de sus principios y preceptos. Algo de ello se relacionaría con un tácito afán compensatorio, consecuente con los pareceres a que dio lugar alguna incidencia técnicojurídica de la transición democrática. Hubo pensadores que, cautivos de su purismo intelectual, subrayaron la singularidad histórica del proceso constituyente y censuraron sus heterodoxias. Sostuvieron —con argumentos persuasivos y audibles— que ese proceso no reunía las condiciones requeridas por su perfección jurídico-política. No se reconocían ni salían a la superficie la claridad y la continuidad del ciclo por el que el pueblo —titular originario o en raíz de la soberanía— se desprendía, temporal y voluntariamente, del poder político y lo transfería al nuevo titular provisional del poder constituyente. *Poder temporal*, no como herramienta del mundo secular y opuesto a los poderes espirituales, sino comprensivo de las operaciones —concatenadas hábilmente— de factura de la carta política. El ejercicio del poder constituyente troquelaría el texto constitucional, agotaría la delegación venida del pueblo soberano y dotaría de un *sistema de poderes constituidos* que refrendaría el titular originario. El poder constituyente no podía emanar, así las cosas, del pueblo atenazado por un régimen paternalista autoritario, sucedido por el proyecto del Estado social de Derecho que auguraba la marcha compartida hacia el *¿fin feliz?* de la transición democrática. La delación de un *poder constituyente regular* no encajaba en los moldes de esa morfología y transmisión, aunque, para templar la insuficiencia, se haya apuntado la figura de un *poder constituyente evolutivo* que haría sus veces en tan excepcionales circunstancias.

Medió, como era de esperar en ese trance, la novedad del *uso alternativo del Derecho* que —bajo la enigmática premisa que rezaba «*de la ley a la ley*»— forjó la LRP (Ley de Reforma Política de 3 de enero de 1976) y disfrazó nominalmente, tildándole de *cambio cuasisustancial*, el que —llamando a las cosas por su nombre, pues no se vislumbraba otra salida— era un desmantelamiento de las instituciones o ruptura de fondo con el cuerpo y el alma del paternalismo autoritario. Esta objeción —flotante en el centro y en la periferia del hecho constitucional puesto en marcha— revivía la burlesca imagen del rey desnudo y halagado por los cortesanos que servilmente elogiaban la donosura de su vestimenta inexistente. La presunción general de justicia —predicada de los principios y preceptos constitucionales— y el enclave de la justicia material en la cúspide del ordenamiento jurídico, sirvieron al criterio de que *un defecto insubsanable —como la formación anómala del poder constituyente— se compensase con los merecimientos del esfuerzo desplegado para asignar a esos principios y preceptos el óptimo y el máximo de justicia material que, en cada caso, toleraban las movedizas circunstancias de su puesta en escena*. La afirmación terminante del art. 1.1 CE —en pro de esa opinión— supliría la cortedad del poder constituyente que se ha censurado.

Adjudicar a la justicia –continente de los elementos y subespecies que enumera el art. 1.1 CE– el carácter de *supremo valor del ordenamiento jurídico*, exige un emplazamiento convincente. Si se admite que la legalidad fundamental culmina la figura piramidal de dicho ordenamiento y se insiste en la presunción general de justicia de sus contenidos, solamente se acepta que el *óptimo de la justicia perceptible* –elemento capital de control– reside en los principios expresos o tácitos y en los mandatos y/o prohibiciones de la norma fundamental del Estado. El art. 1.1 CE cobra una significación declarativa que, emparentada con las intenciones del Pr.(Preámbulo) CE, complementa ese proemio con las diferencias dogmáticas e históricas –de todos conocidas– que implican sus paternidades y que tampoco hay que exagerar en perjuicio de la coherencia interpretativa. Curioso maridaje, el que se aprecia entre la introducción y el pasaje inicial privilegiado de la carta política. El esfuerzo transformador –propagado por el art. 9.2 CE a la letra y el espíritu de los preceptos que se le aproximan– invita a ensayar, voluntariosa y audazmente, cuantas interpretaciones animan la localización del *espíritu móvil* –ingeniosa ocurrencia de los canonistas medioevales– que invita a sumergirse en las vicisitudes del cambio y a aclarar la seducción de sus propósitos. La conclusión es contundente en pro de la celeridad y calidad de las mudanzas deseables. Los pasajes constitucionales reclaman pautas de interpretación más numerosas y distintas de las del art. 3.1 C.c., que, pese a su naturaleza cuasiconstitucional, no se ha pensado para interpretar la carta política, aunque suministra las referencias hermeneúticas que lo hacen factible. Atenerse al *sentido propio de las palabras de la norma jurídica* supone un criterio al que se acude para entender el significado de la contracción gramatical «del» –que refundiendo la preposición «de» y el artículo determinado «el»– precede al sustantivo «ordenamiento». Dicha contracción designa una *relación de pertenencia*, no de simple contigüidad o cercanía, y enseña que el supremo valor de la justicia reside en el interior de un ordenamiento jurídico que cobra un dinamismo más valioso que él derivado de situar la carta política fuera de su composición piramidal. *De acuerdo con la pertenencia que pone en su lugar al supremo valor de la justicia, ésta opera dentro y no extramuros del ordenamiento jurídico*. Según la preeminencia que así adquiere, el supremo valor de la justicia –amén de esa interioridad– prevalece sobre la ley fundamental. Puede alegarse y aplicarse para concluir si el constituyente ha incumplido los compromisos contraídos con su preponderancia y jerarquía. Si, en función de este razonamiento, se examina la dicción del art. 1.1 CE, la estructura del ordenamiento jurídico englobaría el *cuerpo intermedio constitucional* o carta política escrita, el *resto supraconstitucional* que, antepuesto jerárquicamente, remoja y aporta los contenidos variables del supremo valor de la justicia, y el *resto subconstitucional* comprensivo de la legislación material o vertical, las costumbres y los principios que atienden a la plenitud del sistema de fuentes del Derecho objetivo. Se supera la idea de que el valor superior de

la justicia sólo es una *realidad menos tangible* que impregna, desde fuera, la porosidad de un Derecho constituido con el que se muestra simplemente comunicativa, cuando, en verdad, forma parte de un ordenamiento jurídico que, sin su inclusión, queda mutilado y deja de ser íntegro. La justicia material controla sus vicisitudes a la luz de los postulados que –atemperados a los signos de los tiempos– actualizan los contenidos variables del orden natural y de su *bloqueo de moralidad legalizada*.

De lo expuesto se sigue que la *constitucionalidad impecable y completa* de una norma jurídica requiere analizar su adecuación al supremo valor de la justicia y, si hay conformidad, contrastarla con los principios y preceptos constitucionales a que su validez se subordina. Este planteamiento de *axiología binaria* no es el frecuentado por los juicios de constitucionalidad, que no parten de la jerarquía que se ha defendido ni han abordado la cuestión –que tener precedentes, los tiene– de la nulidad de las normas constitucionales o de los desarrollos legislativos que infringen el supremo valor de la justicia. Amén de compartir la postura templada y general que atribuye al texto constitucional el carácter de *norma suprema del ordenamiento jurídico*, el art. 5.1 LOPJ –que no tanto pretende adoctrinar sobre el entendimiento de las normas constitucionales, cuanto dilucidar su enclave en el sistema de las fuentes del Derecho objetivo que aplican los jueces ordinarios– mantiene una *actitud ecléctica* de proporciones medias.

No está de más completar la reflexión sobre dos versiones –doméstica la una y cuasiyusnaturalista la otra– del papel que cumple el *supremo valor de la justicia material*. Se trata de la declaración que, incluyéndola en el elenco de los valores enunciados, emite el art. 1.1 CE sobre la función y utilidad del *pluralismo político*. La alusión presenta un alcance deontológico y fáctico. El primero de ellos se extrae, sin mayor dificultad, del análisis general que acaba de hacerse. El segundo es típico de las *normas jurídicas de comprobación* que, además de ofrecer los contenidos normativos que reparten, habilitan, mandan o prohíben, ceden a la tentación de glosar –algo crípticamente– el hecho histórico de su estreno. La mención del pluralismo político elogia la acción representativa de los partidos –que, como promotores de origen, enfatizan sus preferencias ideológicas– y de su práctica por grupos innominados que, sin esa legitimación directa, intervienen como sus portadores sociales. La correlación de los arts. 1.1, 6 y 9.2 CE permite sostenerlo así. El aval del pluralismo político –que, como norma de constancia, incorpora el art. 1.1 CE– es la *¿aceptación confiada y optimista?* de que –superados los antagonismos entre la rigidez de la *esencial enemistad* y la ductilidad del *pluralismo social*– se disponga de un *¿edificio habitable?* donde –si, en verdad, lo quieren los invitados a cincelar un porvenir armónico y fecundo– se traigan a capítulo los proyectos meritorios e imaginativos. La abundancia de conceptos jurídicos indeterminados del texto constitucional autoriza lecturas acordes con ideologías divergentes, cuya incompatibilidad colocaría a unos u otros al margen de la legitimidad cons-

tituyente. Trazaría una *línea maniquea de separación* entre los respectivos pensamientos, si el papel salvífico del pluralismo político no corrigiese los inconvenientes de esa envergadura.

6. ¿CONSTITUCIONALIDAD O CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO?

El *uso alternativo del Derecho* fue un remedio ideado –tras las frustraciones que forzaron la intrepidez de sus apariciones– para liquidar la contumacia del legislador ordinario que –haciendo caso omiso de su trascendencia– prescindía de la elogiabile orientación del art. 3 II CI. Este precepto –de fatigosa introducción en algún texto de la legalidad fundamental contemporánea– depositaba su confianza, gracias a las perspectivas de cambio, en la imaginación y la rapidez de las acciones de la legislación ordinaria postconstitucional. Operaciones de mudanza social que –puesta la vista en un futuro regenerador y cercano– impregnaban los términos de su formulación. Pendía el problema de rehabilitar los valores de la cultura judeocristiana que, tras un prolongado eclipse, revivían a raíz del reparto ideológico de una Europa dividida en áreas de influencia y zonas de sometimiento. El art. 3 II CI aportaba la idea –cuyo enlace con el pensamiento jurídico soviético no mermaba el aliciente de su recepción– de que el Derecho constituido no sólo *estaba ahí* para resolver los conflictos surgidos entre las personas físicas y/o los grupos en que se insertaban. *También le apremiaba la carga de transformar la sociedad organizada en el Estado democrático según los términos de una revolución venida de lo alto*. La promesa del constituyente postbélico vivificaba un compromiso de cuyo cumplimiento dependía la consolidación de los bienes jurídicos adeudados a los grupos indigentes de una sociedad confiada en el triunfo de sus más justificados anhelos. La incidencia numeral de las mayorías políticas en la producción legislativa determinó que, a la larga, el impacto del art. 3 II CI se degradase a un espejo –deseñado y opaco– que el legislador arrinconaba y en el que desistía de mirarse para no confesar sus frustraciones. El art. 3 II CI devino una norma petrificada y platónica, despojada de valor vital e invocada, sin éxito, al calor de unas realidades sociales que, aguardando su turno por tiempo indefinido, se disolvían a causa de su marginación. Desafiada por la desmemoria de los legisladores ordinarios que pasaban de largo ante la legítima *impaciencia revolucionaria* del esfuerzo de transformación.

El *uso alternativo del Derecho* –sucedáneo de un pluralismo político que aquellos legisladores no habían refrendado– incidía en un Derecho Positivo huérfano, hasta entonces, de las enmiendas peculiares del signo de los tiempos. Sus defectos se reconstituyeron mediante reflexiones rupturistas que, advirtiendo y alegando los escollos de sus episodios judiciales, moderaron y/o eludieron las dificultades que aquejaban al ejercicio jurisdiccional. El uso alternativo del Derecho defendía –como *solución minimalista*– el recurso a los elementos de interpretación evolutiva apuntados en el art. 3 II

CI y –como *elección maximalista*– las opciones de ruptura fundadas en la supremacía jerárquica de las normas constitucionales sobre una legislación plagada de olvidos y lagunas. La rigidez de una interpretación conforme a la voluntad del legislador predemocrático y la resistencia a las propuestas de adecuar las normas jurídicas a las realidades sociales del tiempo y del lugar, estaban en el meollo de los males que se pretendía exterminar. Apostando por el empuje y la prosperidad del pluralismo político, el uso alternativo del Derecho demostraba la hostilidad de la voluntad parlamentaria frente a los textos constitucionales que –vista la *resistencia cuasinumantina* del legislador originario– reclamaban un tratamiento quirúrgico de urgencia.

Una *semiverdad* –fundada en la rutina de las fobias históricas irreflexivas– sostiene que la tecnificación del vigente ordenamiento jurídico español dispensa de acudir a un uso alternativo del Derecho que se dice superado y proscrito. Algunos datos contradicen esta aseveración. Las operaciones constituyentes del Estado social y democrático de Derecho se valieron de la mediación –pacificadora y eficaz– de un *uso alternativo del Derecho previgente*, que, antes de fenecer, cumplió unas funciones de reparación sin cuyo auxilio el proceso de transición democrática no habría salvado importantes obstáculos de su trayectoria. La claridad tardía de la DD.(Disposición Derogatoria) 3 CE dio a conocer que la supuesta *octava ley fundamental* del sistema previgente era, además de su *verdugo enmascarado*, la *primera ley del nuevo Estado* y que –para disipar las dudas sobre el particular– le correspondía eliminar los residuos de la legislación fundamental autoritaria viciados de inconstitucionalidad sobrevenida. Con tal aclaración, la LRP resultó ser –mirando atrás, sin ira– la *pieza clave* de un uso alternativo del Derecho que, accediendo a esta vía y no a cualquier otra impracticable, allanaba los caminos de la transición y limaba las asperezas del *giro copernicano democrático*. Con el *uso alternativo rupturista*, por privación o carencia de medios jurídicos idóneos, coexiste un *uso alternativo institucional* que el ordenamiento jurídico tiene a su alcance y de cuya ductilidad, llegado el caso, puede aprovecharse.

La otra constancia –que transmite al pluralismo político la prontitud de que alardean sus protagonistas– es que el constituyente ha sancionado el *uso alternativo del propio Derecho constitucional*, considerando equitativo y saludable que el desarrollo legislativo de la misma norma de la ley fundamental –acatada por las ideologías instaladas en la escena políticosocial– se atenga, como es lógico, a las directrices de sus opciones específicas, y, a la vez, discrepe de las líneas del pensamiento y de la acción política –no menos constitucionales– que le son antagónicas y/o divergentes, y en comparación con las cuales no pueden ocultarse, al modo de una ingeniosa prestidigitación, las diferencias de sus entendimientos. El pluralismo político es, hay que repetirlo, la posibilidad de que los valores, principios y preceptos constitucionales –coasumidos sin disidencias sustanciales– admitan lecturas incompatibles entre sí, pero acordes, sin perjuicio de ciertas erosiones laterales, con el tenor

flexible de la letra y el espíritu de la carta política. De ahí, su traslación a los individuos y/o grupos sociales cuyos intereses demandan una atención connatural e inmediata.

No faltan ejemplos de ese uso alternativo constitucionalmente estimulado. El art. 9.2 CE admite ponderaciones varias –arbitrarias y no descabelladas– para *alcanzar las metas de la realidad –constancia y no falsa añoranza o percepción voluntarista– y la efectividad –ejemplaridad y asombro despertados por su contundencia– de la libertad y la igualdad que se conjugan para dar paso a la justicia material y fortificar su recepción*. La libertad y la igualdad pueden situarse en planos que normalizan sus interacciones y les asignan el mismo tanto de participación. Cabe que, en cambio, se primen las funciones de la igualdad material y que, partiendo de esta preferencia, las correlativas libertades se autorregulen y compensen la creatividad de quienes las inventan –descubriendo sus expresiones inéditas y preexistentes– y se disponen a experimentarlas. También es dable que, para no acentuar los desmanes de las libertades, se establezcan frenos o *desigualaciones iniciales* que mitigan esos inconvenientes. El uso alternativo de la *cláusula transformadora y social* sirve a los medios y fines de una sociedad pluralista cuya inserción en el modelo del Estado depende del peso específico y el concurso de las ideologías. Tendencias que, unas veces, difieren ostentosamente y, otras, son más o menos difusas o enojosas de identificar.

Otro ejemplo reside en el art. 14 CE, que –además de vedar las diferencias de trato carentes de una justificación objetiva y razonable– se ha utilizado para mejorar la condición de situaciones jurídicas que –aun fuera de los ámbitos de la sec. 1ª, cap. 2º, tít. I y el cap. 3º, tít. I CE– se benefician del trato y la tutela reservados a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Del art. 24.1 CE se ha echado mano para lograr el mismo efecto, apelando a un uso alternativo similar a la figura que el Derecho punitivo llama concurso de normas o *conflicto aparente de leyes penales*. La aplicación de ambos preceptos –tildados de *polivalentes*– sirvió para ampliar el acceso al recurso de amparo instituido en el art. 53.2 CE y tantear algunas de sus innovaciones. Su frecuente interposición ha provocado invasiones –motivo de algún desconcierto para el común sentir de la ciudadanía– de la justicia constitucional en el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, que ha reaccionado sin fortuna excesiva. Parece anómalo el efecto derivado de reconvertir, aunque se insista en que no son así las cosas, el recurso de amparo en una *cuasicasación constitucional* que controla unas aplicaciones de la legislación ordinaria cuya revisión no le compete.

Un supuesto heterodoxo proviene de aplicar una operación de uso alternativo del Derecho a la idea de *información veraz* que, según el art. 20.1 a) CE, se comunica o recibe libremente por cualquier medio de reproducción. La descripción veraz de los episodios del mundo del ser, es, a primera vista y según la naturaleza de las cosas, la que –en sustancia y accidentes– coincide con el hecho histórico traído a colación. Se superpone, como un calco, a la

realidad –no a la conjetura ni a la hipótesis– y reseña inconfundiblemente los acaecimientos constitutivos de la información transmisible. Informar verazmente es cumplir una *obligación de fines* o *de resultado*, cuya ejecución –idéntica, indivisible e íntegra– requiere ofrecer noticia fidedigna del suceso y de sus contenidos individualizadores, descartándose las versiones reñidas con la unidad y unicidad del hecho histórico que ha de difundirse. La información deja de ser veraz si quienes la cursan no describen cómo realmente acaecieron los hechos transmitidos y, para eximirse de responsabilidades, pretenden que, con cierta ligereza, se dé por buena una versión que haga las veces del relato adeudado a la opinión pública, en general, y a sus destinatarios, en particular. Apartándose de una lectura que parece pacífica y única, la tesis de la *comprensión alternativa* del art. 20.1 d) CE brota de un pensamiento cuestionable y conversor de la *obligación de fines* o *de resultado* –que urge al informador– en una *obligación de medios* o *de simple actividad*. Ello descarga de agotar la consulta de las fuentes que fundan la veracidad de lo informado, si se acredita haber usado de una diligencia razonable y, ello no obstante, siguen en pie las objeciones sobre la absoluta verdad de los hechos. *Información veraz bis*, es la que –contradiendo la verdad objetiva y exacta, que ha de respetarse, o disintiendo de ella– viene del informador que confiesa haber agotado su explotación de las *fuentes de máxima fiabilidad*. Ello le convence de la existencia de una realidad histórica que, según indagaciones posteriores, acaso no ocurrió tal y cómo se presentaba, pero que el agente informador da por buena gracias a la confianza que, sin más averiguaciones, le merecen aquellos testimonios. Al bastar con el uso de la diligencia exigible –sobremanera fatigosa– para comunicar la realidad y relativizar su verificación exhaustiva, se canonizan las noticias históricamente falsas o inexactas y se acepta un concepto dudosamente alternativo de lo que por información veraz debe entenderse. Se comulga con la devastadora máxima que reza “*no dejes que la realidad se te anticipe y te arrebate el éxito de una noticia considerada buena y constitutiva de una sensacional información*”. Se exime de responsabilidad por el daño irrogado a los derechos fundamentales al honor y la intimidad de las terceras personas salpicadas por la información desorientadora o inveraz. Este uso alternativo del art. 20.1 d) CE vulnera el *principio ontológico de no contradicción*, prohibitivo de que «*una misma cosa –nada menos que la verdad controvertida– pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo*».

Antes de que el acceso a la Europa comunitaria comprimiéndose su elasticidad, otras normas constitucionales admitían esta susceptibilidad pluralista. El art. 38 CE acogía sendos entendimientos –respectivamente liberal y planificador– que eran incompatibles por hipótesis. Predecían, respecto a las economías de mercado, modelos y desarrollos de la libertad de empresa que diferían con sólo ensayar lecturas que, en voz alta, alterasen sus inflexiones orales o prescindiesen de una concreta puntuación ortográfica. El art. 131.1 CE –donde el infinitivo verbal «*planificar*» no iba seguido del adverbio «*de-*

mocráticamente», al igual que el art. 38 CE citaba la «*planificación*» a secas y omitía su calificación de «*democrática*»— toleraba dos entendimientos. El primero autorizaba a restringir, si era del caso, los excesos de una libertad de empresa concebida como pieza exclusiva del modelo económico propuesto por el constituyente. El marco de la economía de mercado no era entonces una opción dependiente del decisionismo político, sino la única de las elegibles en ese orden de cosas. El segundo insinuaba que la libertad de empresa sólo era uno de tales caminos —a saber, el propio de la economía de mercado— y no descartaba las salidas extremas de la socialización económica o recetas afines. El recurso al valor superior del pluralismo político ungía inclusive la economía controlada —en régimen de normalidad o de excepción— por el omnividente aparato del Estado. Dígase si el art. 38 CE no encerraba la *carga de profundidad* necesaria para que, sin cortapisas, el legislador ordinario comprobase la existencia de las condiciones necesarias para intentar unos avances sociales espectaculares. Las repercusiones desencadenadas por la elección de uno u otro modelo económico serían múltiples e impredecibles. Las cosas han cambiado desde que la adscripción a la UE (Unión Europea Occidental constituida por el TUE, Tratado de Maastricht de 9 de febrero de 1.992) privilegia el modelo —primero tradicional, después lastrado por la crisis y *¿acaso dispuesto a resurgir?*— de la libertad de economía de mercado, refundiendo el *¿retorno a la tradición judeocristiana?* y el neoliberalismo insondable de los enigmas globalizadores.

El *principio de primacía del Derecho Comunitario* descalifica cualquier arbitrio autoritario de que se pretenda echar mano para reinterpretar el art. 38 CE, porque el espacio económico de la UE se singulariza por la *eminencia respetable de los derechos fundamentales de libertad de empresa y libre circulación de capitales*. Son derechos que, parafraseando una dicción ya consagrada, *pertenecen —como base y fundamento de su regular gobernación— a los artífices de la construcción europea y a la posteridad que constituyen las generaciones venideras*.

La indemnidad convence de que el supremo valor de la *justicia material* no se ciñe a impregnar —desde el cielo de los conceptos éticos— un ordenamiento jurídico en que no ha penetrado, sino que traspasa este recinto amurallado y actúa la supremacía que se ejercita en su interior. No es dogmáticamente indefendible —sí, retadora y sugestiva— la tesis favorable al control de la aplicación directa de la legalidad fundamental en nombre de una *justicia material antecedente* que se impone a sus principios y preceptos. El uso alternativo, de que se hace mérito, no es un arbitrio ocasional o extemporáneo, sino un anticipo que el pluralismo político maneja para no expulsar del área democrática las iniciativas que —viniendo de ideologías divergentes y de sus ofertas a una opinión pública cuya formación han asumido— sugieren la Política Legislativa y/o la autonomía de las personas y los grupos sociales que, cuando menos, tocan con la mano la oportunidad de sumarse a una línea común de pensamiento y de atenerse a sus orientaciones.

7. MANIFESTACIONES NOTABLES Y ESPECÍFICAS DE LA INDEMNIDAD PATRIMONIAL

Una de las variantes de indemnidad recogidas por el constituyente se refiere a la *plenitud del ordenamiento jurídico* que evita los perjuicios anejos a la baja densidad de las fuentes primarias y a la subsistencia de lagunas dañosas para la comunidad a que se destinan. Otra suerte de indemnidad supone que ese Derecho pleno es algo más que válido, pues la justicia material ocupa el vértice del ordenamiento jurídico en cuyo interior ha penetrado. Valor supremo que –conglobando la libertad y la igualdad– se instala en el seno del ordenamiento y, lejos de limitarse a una asistencia descomprometida, controla y contrasta cuantos preceptos se le subordinan. Toda una *rehabilitación de la equidad* se sigue de estas proposiciones y de la vehemencia con que la cláusula transformadora y social del art. 9.2 CE las gratifica y hace suyas.

Junto a esta *magna situación de indemnidad*, el constituyente no descuida las *indemnidades singulares* que, por su modernidad o tradición, se explican y ocupan lugar en el contexto de las garantías que les acompañan.

Amén de la esplendidez polítolegislativa que entroniza la libertad y la igualdad, el art.9.2 CE no dicta a los poderes públicos obligaciones típicas y predeterminadas, sino que –con la elasticidad peculiar de la prudencia política– prefiere hacer algo distinto. El ejercicio de las competencias y la concreción de las funciones públicas que implican, parten de una consigna general que, a imagen y semejanza de otros valores, las hace comprensibles y amables. El concepto jurídico indeterminado de *poderes públicos* sobrepasa –si los pasajes del texto constitucional se coordinan esmeradamente– la trilogía de la separación e independencia de los poderes clásicos. Ello anima la labor selectiva de aquellos supuestos y lleva a amplificar la máxima que afirmaba «*todo poder único es despótico, no hay libertad donde no hay independencia y separación completa de poderes, un poder necesita ser controlado por otro poder*».

El compromiso de progreso de esa cláusula tiene que provocar la *audacia saludable* –no la quién sabe qué aberraciones demagógicas– de la acción legislativa que contempla el art. 66.2 CE, de la *originalidad y la bondad políticas* –no de la inercia rutinaria– del decisionismo gubernamental y de las Administraciones Públicas a que aluden los arts. 97 y 103.1 CE, y de los *afanes novedosos* –si desiste de seguir circulando por senderos trillados– del Poder Judicial para diferenciar –aumentando su productividad moral– la efectividad maximalista de la efectividad minimalista y –¿cómo no?– de la eficacia formal y simplificadora. Tal es la prospección, a gran escala, de lo que, más adelante, preconiza el art. 53.3 CE para los principios en que el cap. 3º, tít. I CE enumera –adelantándoles y, a veces, llamándoles *derechos*, como hacen los arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47 I CE– los objetivos más acariciados de un proyecto de transformación y de cambio. El art. 9.2 CE –que no habla de «*obligaciones*» o «*deberes*»– utiliza el indicativo «*corresponde*» para esbozar una propuesta innominada de *obligaciones naturales* que los poderes públicos reseñan, actualizan o añaden a las ya existentes. Estas obligaciones

naturales –encumbradoras de los niveles de la igualdad y libertad efectivas que subliman la justicia material– agrandan los espacios de la indemnidad, pues colman los vacíos en que, disimulando su presencia y sus rechazables intenciones, se ocultan los riesgos de quebranto de los intereses generales.

Cabe que el legislador infrinja el supremo valor de la justicia –impuesto a su decisionismo– o conculque, con graves fisuras, los principios y/o los preceptos constitucionales. No es inusual ni sorprendente que las Administraciones Públicas dejen de someterse plenamente a la ley y al Derecho que, con más frecuencia de la tolerable, descuidan y/o pasan por alto. De ahí, el recordatorio, avalado por la experiencia histórica, del art. 103.1 CE, además del encarecimiento general del art. 9.1 CE. Puede ocurrir también que los jueces ordinarios se desmarquen del espacio reservado al imperio de la ley o desoigan los llamamientos a su independencia. Se da entonces una reacción arbitraria que –vedada en el art. 117.2 CE– contraviene las pautas rectoras de la moralidad y juricidad de sus comportamientos. Se conducen de modo inconsecuente con el apuntado para adecuar sus actitudes y sus hábitos al texto constitucional y al resto del ordenamiento jurídico. Las peripecias de este corte dañan, directa o indirectamente, los intereses afectados por unas acciones u omisiones que se apartan de sus finalidades.

Las conductas arbitrarias de los poderes públicos pueden disfrazarse de audaces operaciones de transformación que invaden la inmensa *tierra llana* del art. 9.2 CE. No se distinguen –si se atiende a la constancia de lo superficial– las acciones solventes de transformación, de las piruetas que, jactándose de novedosas, sólo merecen la denuncia indulgente del escaso fuste que las caracteriza. Para paliar este frenesí y evitar que el art. 9.2 CE degenere en fuente caprichosa o instrumento torcido de posturas inconstitucionales, el art. 9.3 CE vuelve a la *tierra firme del normativismo* que no pretende abandonar. Prohíbe –con los medios favorables al fin perseguido y al margen de tentativas llamadas al fracaso– la *arbitrariedad de los poderes públicos* que destrazan el sentimiento constitucional e inutilizan su puesta al servicio del Estado social y democrático de Derecho. La garantía se extiende a la *incursión en responsabilidad* que, según la estructura y funciones de aquellos poderes, imputa las consecuencias de los actos causantes del daño y ocupa los espacios en que la indemnidad se instala para subsistir.

La responsabilidad por actos legislativos cabe si se accede a la *tesis moralizadora* –acogida con reservas– de que la introducción e irreversibilidad del supremo valor de la justicia, en el seno del ordenamiento jurídico, hieren de muerte la supervivencia de las normas jurídicas que se le opongan o la contradigan. Como el control máximo del Derecho Positivo sigue ejerciéndose a través de la legalidad fundamental y no del bloque de moralidad legalizada que se le antepone, se precisaría de una investigación comprometida para fabricar un discurso –documentado y persuasivo– sobre *el retorno más reciente de cuantos –incesantemente, es decir, sin demoras ni treguas– registran las normas del orden natural.*

La responsabilidad del Gobierno y de las Administraciones Públicas conecta con la indemnidad preventiva y terapéutica, avalada en los arts. 103 y 106 CE, al obstar a la producción y/o las consecuencias de los daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, que, además de las prestaciones de esta procedencia, comprende los actos políticos del Gobierno que producen efectos derivados de la infracción del ordenamiento jurídico.

No se olvide, en fin, que, según el art. 117.1 CE, la justicia se administra por Jueces y Magistrados responsables y que la responsabilidad por errores judiciales o funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia se instituye en el art. 121 CE.

La indemnidad patrimonial se manifiesta en el deber de respetar el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos innatos. Lo que el art. 53.1 CE exige del legislador –a saber, la observancia de ese contenido– es algo a que se obligan cuantos se inscriben en la órbita donde, con más o menos éxito, se ejercitan los derechos así localizados. El contenido esencial significa lo que, perceptible y unánimemente, corresponde al haz de facultades que integran el activo del derecho en cuestión. Consta de manifestaciones que diferencian el derecho o la libertad analizados, de los demás que completan la urdimbre de los derechos reconocidos. Tiene, para el caso de que fracase su satisfacción en forma específica, la común consecuencia del resarcimiento del perjuicio o la reparación íntegra del daño, esto es, de la pérdida sufrida más la ganancia dejada de obtener que menciona el art. 1.106 C.c. El art. 53.1 CE refrenda un principio inherente al reconocimiento de cualquier derecho y al contenido esencial que le individualiza, incluida la procedencia de una justa reparación y no de un subrogado arbitrario y simbólico, cuando –a tenor de los arts. 1.156, 1.167 I y 1.169 I C.c.– no se asegure la satisfacción dependiente de la identidad, indivisibilidad e integridad del cumplimiento. Las *obligaciones naturales* –desprovistas de acción procesal para exigir el cumplimiento en forma específica o enmendar su desatención– son una excepción a la generalidad de este mecanismo.

El art. 45.3 CE da por supuesta la regla general del resarcimiento, al convertir en positiva y exigible la *obligación natural de conservar y defender el medio ambiente* necesario para el desarrollo de la persona, que el art. 10.1 CE declara fundamento del orden político y de la paz social. Se espera que el legislador ordinario determine las condiciones en que, ocurrida dicha violación y lesionada la indispensable solidaridad colectiva, proceda acordar la reparación del daño causado.

Un aspecto notable de la indemnidad patrimonial atañe a la privación de los derechos subjetivos en virtud de la *expropiación forzosa*. Parece indiscutible que, a causa de una modificación producida en el trámite de la ponencia constitucional e imputable a protagonistas cuyas identidades nadie ignora, el art. 33.3 CE ha minorado la extensión tradicional de la garantía expropiatoria. La conmutatividad del negocio jurídico en que consiste la venta forzosa,

requería que –para respetar la exigencia de la causa que cita el art. 1.274 C.c.– la indemnización compensatoria de la privación sufrida o el precio del bien enajenado se abonase antes de la desposesión del sujeto expropiado. El art. 33.3 CE prescinde de esta garantía –tocante al mínimo de conmutatividad del hecho expropiatorio– y se ciñe a indicar que la privación de bienes y derechos no puede ser confiscatoria, porque mediará siempre la *indemnización correspondiente*, aun cuando no sea justa su cuantía. Resulta incomprensible –si la falibilidad humana no estuviese por medio– que, elevada la justicia al rango de supremo valor del ordenamiento jurídico, el art. 33.1 CE suprima dicho requisito con una iniciativa sorprendente y preparatoria de un ensayo de *legislación de caso único*. Allí donde, de antiguo, el pago de la indemnización, además de preceder al desapoderamiento del bien expropiado, tenía que ser justo, esta calificación se suprime y se afirma –sin aludir a la *exigencia de justicia*– que el resarcimiento será el “*correspondiente*” –adjetivo oscurecedor y arbitrario– a la enajenación en curso. Término que, para mayor empobrecimiento del precepto, ni siquiera contiene un concepto jurídico indeterminado y sólo da a entender aquello que, aun expulsando el adjetivo, se comprende sin dificultad. Cierto que, acudiendo al carácter privilegiado del TPCE, puede opinarse que la voz «*correspondiente*» se escoge para remitirse al art. 1.1 CE y concluir que, faltando el precio justo, la expropiación no es tal y sí una confiscación encubierta con abominable descaro. Esta miseria correctora no fue una incidencia inevitable ni nació de una ligereza u omisión sufrida durante el proceso de factura constitucional. Provino de una iniciativa –cuyas intenciones formaron parte de un secreto a voces– que, andando el tiempo, produjo en cadena los efectos previstos. A saber, lo excepcional de un acto expropiatorio respaldado por una norma jurídica de caso único y afianzado con complicidades generosamente repartidas. Hubo repercusiones relativas a la premeditación del golpe que ello suponía, a lo precipitado de su adopción rocambolesca, a las irregularidades formales que salpicaron su curso, a las utilidades que reportó a los beneficiarios preseleccionados y a los interrogantes –morales, jurídicos y económicos– que siguen sin despejarse ni mostrarse interés en que lo sean. Todo ello, para pésima conciencia y oprobio de quienes planificaron la operación, de su equipo de cooperadores y de los terceros cuya voracidad aceleró el hundimiento de los llamados a sufrir la derrota. El art. 33.3 CE se erigió en un «*vae victis*» –«*¡Ay de los vencidos!*»– que, amén de sonrojar muy mucho, fomenta otras elucubraciones.

8. GARANTÍA DE LA INDEMNIDAD FORJADA EN LA DEFENSA SISTEMÁTICA DEL FUTURO DE LA EXISTENCIA INDIVIDUAL

La selección que ahora se ensaya, se va a cerrar examinando el futuro individual –asociado a los otros futuros que con él coexisten– como una de las *realidades ascendidas a la vida jurídica*, merecedoras de tutela y protegidas frente a las consecuencias de su menoscabo. Hay un *régimen público de*

Seguridad Social que –imposible de asentar directamente en la sede de derechos fundamentales que es el art. 17.1 CE– tampoco ha de contraerse a los límites que impone al art. 41 CE su residencia en el pasaje que el cap. 3º, tít. I CE rotula «*De los principios rectores de la Política Social y Económica*». No faltan argumentos para enclavar el derecho de todos los ciudadanos a la Seguridad Social en el espectro de los derechos fundamentales y reconocer la naturaleza que les corresponde en el contexto –humano y democrático– de los valores eminentes.

Una novedad del que aspiró a ser texto constituyente europeo y, a falta de ratificación unánime, se esfumó demasiado pronto, consistió en llevar a la CDFUE (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incoada por el Tratado de Niza de 7 de diciembre de 2000) el título de *Solidaridad* que, en el elenco de los derechos sociales maltrechos hasta entonces, determinó que *el art. 94 TCUE (Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se establece una Constitución para Europa)* confiriese al derecho a la Seguridad Social el carácter de *derecho fundamental*. Estímulo que, pese a su potencial de excitación técnicojurídica, reveló la parca ilustración con que –al encomiarse la excelencia del texto frustrado por falta de unanimidad de los Países Miembros– los sindicatos del primero de los Estados soberanos que convocó la preceptiva consulta popular, pasaron por alto tan significativa novedad y compartieron, con rigidez cadavérica, la rudeza informativa de la propaganda gubernamental.

Así las cosas e independientemente del fracaso político sufrido, recuperó su fuerza de obligar el art. 136 I VCTR (Versión consolidada del Tratado de Roma, modificado por el TA, Tratado de Amsterdam de 20 de octubre de 1997), de cuya lectura se colige que el compromiso de realizar una Política Social adecuada obliga a los Estados miembros a tener presentes –exhumanando su verdadero rostro y dotándoles del consiguiente tratamiento– los *derechos sociales fundamentales* contenidos en la CSE (Carta Social Europea de 18 de octubre de 1.961) y los que, al enunciar los *derechos sociales de los trabajadores*, reconoce la CCDSFT (Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9 de diciembre de 1989). Esta remisión recupera el más reciente espectro del Derecho fundamental comunitario –cuya versión y validez jurídica reviven tras el revés electoral del TCUE– y diseña el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social como un *derecho fundamental* acompañado de sus atributos específicos. Aunque la conclusión no despierte el entusiasmo de los *euroanalistas* e incluso se minimice su alcance, nacen, en su virtud, las obligaciones estatales de emprender las pertinentes reformas constitucionales y enmendar una distribución incompatible con el carácter asignado al derecho a la Seguridad Social por la naturaleza de las cosas y no por las decisiones erráticas del voluntarismo político. El Derecho objetivo de los Estados miembros de la UE (Unión Europea) no puede, so pena de infringir el *principio de primacía del Derecho Comunitario*, mermar la dignidad ni mudar la esencia de una

institución que –como el derecho de todos los ciudadanos a la Seguridad Social– las normas comunitarias vigorizan inequívoca y suficientemente. Lo hacen cuando –por vía de hallazgo y pormenor de sus notas de identidad– le asignan una tutela más intensa que la conferida por la legalidad constitucional o la legislación ordinaria del Estado. Es preciso que las manifestaciones del Derecho objetivo del régimen público de la Seguridad Social tengan la consideración de un *derecho fundamental inherente a una solidaridad bien entendida y expresiva –como reza el Pr. (Preámbulo) CDFUE– de un valor perteneciente al bloque universal e indivisible de la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana instalada en el centro de un espacio de seguridad y de justicia*. Ello dista de prejuzgar que, gracias a una milagrosa conversión o acto de fe, los poderes públicos de los Estados miembros –aferrados a los cánones economicistas– compartan esta conclusión con entusiasmo. Los episodios recesivos y críticos demuestran que al, reoscurcerse el panorama, no es gratuito ni descabellado el pavor que, en ese y otros temas explosivos, despiertan las conminaciones y ocurrencias del neoliberalismo salvaje.

El aspecto de la indemnidad a que se mira finalmente, recuerda que la cobertura de los derechos individuales de corte clásico se contrajo a las vicisitudes incidentes en la existencia diaria de la persona individual, objeto de las dosis de tutela jurídica admisibles y expuesta a menoscabos que –aunque reparables mediante las normas rectoras de la responsabilidad correspondiente– carecían de referencias racionalizadoras y sedantes, cuyo bagaje informase verazmente sobre la magnitud y el ritmo de sus transformaciones. Surgieron después las *interpelaciones del pluralismo social*, cuyo futuro condicionaba las constantes de su definición y las variables de su engrandecimiento. Influyó también la mala conciencia de que provenía la herencia –plagada de dudas y de deudas– que la sensibilidad éticopolítica del Estado Social y democrático de Derecho obligaba a aceptar para olvidar, pasando página cuanto antes, la posición apática del Estado de Derecho liberal burgués.

El *concepto de Seguridad Social* abarca un cuerpo de doctrina que antepone los perfiles del bien jurídico emanado de la protección de un interés situado en vanguardia de las *auténticas demandas sociales* y expresivo de la rebelión contra la terquedad con que se desoyen sus quejas. Se parte de que la pluridimensión de la vida o condición humana –que la jerga del existencialismo emparejaba con la angustia de «*estar caídos en el mundo*»– no es sólo un valor individual defendible frente a los daños imputables al sujeto causante. Tal condición es una parte –no siempre separable– del todo de las existencias personales que, coasumiendo la utilidad y soportando las cargas del presente, se abren a la futura planificación o garantía de los episodios que antaño se llamaron *riesgos* y hoy equivalen a *contingencias previsibles e intuidas con dosis variables de fatiga profética*. Hay que obtener un cuadro –lo más detallado y fiable– de la frecuencia de esos episodios, de su lesividad y de las reacciones colectivas de la resistencia a su irrupción. Las indemnida-

des fundadas en la verificación de la plenitud del ordenamiento jurídico, en la presunción de justicia de sus normas, en su sometimiento a los controles de una moralidad legalizada y en los modelos de reparación del Derecho de daños, se completan con un último testimonio. Se entiende que –ponderadas las menciones que los arts. 10.1, 25.2, 27.2 y 45.1 CE dedican al *pleno y libre desarrollo de la personalidad*– su progreso consta de fases y oportunidades que, conforme a la idea filosófica del *devenir* que impera sobre la del *ser*, perduran y se complican en el tiempo. La existencia individual, lejos de congelarse en los momentos óptimos de su crecimiento, evoluciona para bien o para mal del futuro que le aguarda hasta el fin de sus días. Ese futuro hace historia a unos ritmos que, lejos de producir efectos petrificadores, arrancan de las compulsiones externas o del arrojamiento del yo de la persona. Cada momento de su porvenir soporta una elección a que se aferra o que la desafía con alternativas de asimilación o resistencia. Sin omitir ni desdeñar la circunstancia de que *la persona combate para continuar siendo ella misma*. El razonamiento, aunque primario y tosco, basta para convencer de que ese porvenir no es sencillo, porque abarca todos y cada uno de los momentos en que la existencia humana se expone a la prueba de su definición y a las peripecias de su interés legítimo en lograr la aquiescencia jurídica de su relevancia. El género próximo aplicable a esas vicisitudes se conoce con el nombre de *seguridad*. La expansión de la *demanda de seguridad* determina el carácter social –colectivamente racionalizado– de la tutela esperada y exigida. Un régimen público de Seguridad Social, como el previsto en el art. 41 CE, se propone –aunque, para enmascarar los apremios de este fin, circulen pretextos y verdades a medias– llevar a sus confines más justos un presupuesto capital. El de que la cointegración del futuro de cada existencia personal se convierta en un bien jurídico regulado por sus portadores y por el sentimiento de *reciprocidad fraternal* que remueve la *solidaridad desgastada y equívoca* de los demás. Los atentados contra ese futuro lesionan sus valores jurídicos y causan daños patrimonialmente resarcibles.

Una lectura sosegada del art. 41 CE revela cómo y en qué términos se concibe el aspecto de las inmunidades avaladas constitucionalmente. Con independencia de que su toma de visión se inscriba en circunstancias de prosperidad económica –a las que no hay retorno– o de una crisis que, siendo en principio su contrafigura, derivó luego en sucedáneos de difícil diagnóstico y borrosos contornos. Mientras algunos de éstos sobreviven, otros emergen aparatosamente para volver a confundirse. Ello tiene lugar bajo la *rúbrica de la globalización* que, a fin de cuentas, denota cómo lo denso y álgido de los problemas comunes se enrarece para aumentar la lista de sus interrogantes y embrollar los problemas que, en vez de conclusiones comprensibles, alimentan las contradicciones que, en muchos casos, pueden evitarse. No se está lejos, si no se ha producido ya, de la inmersión en una *ceremonia de la confusión* donde se mezclan obviedades –que nada suman a lo ya temido– y fobias que enturbian el panorama divisado, intoxicando una meridiana dis-

tinción entre lo que, con probabilidades de fructificar, se debe, se puede y se tiene el propósito de llevar a cabo.

Retornando al grueso de estas reflexiones, el art. 41 CE asigna a los poderes públicos el papel de sujetos activos de las operaciones sociales a que da cabida. Quiere decir que, cuando menos y con independencia de los poderes que ejerciten la función asignada, siempre se está pendiente de la cláusula de transformación del art. 9.2 CE y, sin retroceder, se encomienda la gestión de esta indemnidad a sujetos semipúblicos o poderes de hecho. Sin perjuicio de las aportaciones de los agentes del pluralismo político que son los partidos según el art. 6 CE, de la promoción y defensa de los intereses –conexos con la indemnidad– por los sindicatos que, conforme al art. 7 CE, los activan o se los apropian, y de la asiduidad de los grupos y/o las comunidades que –atentos a la gravitación del art. 9.2 CE y a la voz de «*proa adelante*»– coadministran las adquisiciones de la sociedad pluralista.

La promesa se dirige a todos los ciudadanos y requiere una reinterpretación acorde con las realidades sociales que la motivan y van aconteciendo. A efectos de acotar la zona de indemnidad coherente con este entendimiento, se consideran destinatarios a cuantos se inscriban de presente y de futuro en el *marco de eventual lesividad* que está en las inmediaciones de las contingencias protegidas. No se trata de aferrarse a los tópicos de la limitación e insuficiencia de recursos, sino de subrayar dos órdenes de realidades influyentes. Una de ellas, el *achicamiento del mundo* que correlaciona las contingencias y exige formas protectoras más eficientes e ingeniosas, en cuanto derivadas de las mismas, aunque su dispersión geográfica se aproveche para desoír las. Otra, el ejercicio del *derecho de comunicación*, que, amén de su virtud intrínseca, es impulsado por ese achicamiento y, en la medida de sus ímpetus, goza de inconvenientes y ventajas. Ambas magnitudes se aligeran si se dispone de un *aparato internacionalizado*, purgado de banalidades retóricas y consecuente con las advertencias de un fenómeno aliado con la racionalidad y sentido común. No es inteligente ni honesta la tentativa de explotar unas realidades sociales que, sin visos inequívocos de prosperidad, se califican –con la laxitud del *pensamiento de deseo*– de estimulantes y viables, cuando las evidencias negativas de la coyuntura desautorizan un optimismo exagerado.

Se promete un *régimen público* expresivo de que, para proveer a la indemnidad del futuro, el Estado social y democrático de Derecho no transigirá con los típicos y tópicos cantos de sirena y, pendiente de dichas realidades, defenderá una más de las parcelas del Derecho necesario. Cabe, unas veces, entender que ha llegado la hora de que los ciudadanos asuman directamente esos gravámenes, porque, a causa de la madurez adquirida, quedaron atrás las circunstancias que, para fomentar el progreso de las libertades, pertenecían a la presuposición del art. 9.2 CE y explicaban la prosecución transformadora. No falta quien sostiene que –como parte del futuro vislumbrado– sobran argumentos económicos para concluir que, a causa del retorno globalizador y

neoliberal, se ha dislocado la *base del negocio* y es el tiempo de liberarse de esos compromisos.

Queda en pie una de las premisas del Estado de Bienestar que, aunque sigue concibiendo ese régimen como un sistema de previsiones arduas que amenaza con desmoronarse, no lo hace de momento y le aloja en el repertorio de los desarrollos legislativos más urgentes. Mantener el régimen público, no obstante su propósito de indemnidad colectiva, admite un *entendimiento alternativo* que sopesa las opciones insinuadas por el valor superior del pluralismo político. Desde una posición minimalista, se hace saber que los poderes públicos no arrían la bandera protectora de las aspiraciones de la Seguridad Social ni traspasan a terceros las competencias relativas a la gestión del bien jurídico en que el futuro de la persona individual consiste. Otra posibilidad –menos afortunada en la práctica, pese a las consideraciones que, sobre el destaque y eminencia del derecho, han precedido– propone una lectura favorable a la tesis de que, además de subsistir la arquitectura de un sistema de Seguridad Social racionalizado y solvente, se conservarán los avances que –según el postulado «*siempre más, nunca bastante*»– reflejaban el triunfo del principio de irreversibilidad. Esta salida –parte de las ilusiones truncadas del pasado– se ha clausurado definitivamente y su pretensión de indemnidad ha causado baja en las añoranzas políticolegislativas y en los *panoramas tocados del ala* por las irrupciones globalizadoras y el relieve adquirido por la noción de *sostenibilidad*.

El daño irrogado al futuro de la persona individual tiene otra característica. La compensación de los daños causados en los episodios comunes de la vida de relación lleva el nombre de *indemnización* o resarcimiento y corre a cargo del deudor responsable por un título jurídicamente válido para acreditarlo. La compensación del daño ocasionado al presente y el porvenir del individuo se denomina *prestación social*, pues los acaecimientos generadores del perjuicio son inseparables del pluralismo de la sociedad y se atienden a una periodicidad de contingencias avaladas por las prospecciones estadísticas. La compensación usual de cualquier daño –prevista de antiguo en el art. 1.105 C.c.– se rotula de *indemnización*, pues la consecución de sus auxilios interrumpe el menoscabo pendiente de resarcimiento.

La indemnidad garantizada por la acción protectora de un sistema de Seguridad Social es más reducida que la tradicionalmente asegurada por la compensación total de los daños causados, pues una y otra descansan en presupuestos diferentes. La indemnidad clásica provee a la *reparación íntegra del daño*, no sólo por tratarse –como hace notar el art. 1.157 C.c.– de un atributo de la deuda de responsabilidad contraída, sino también porque el art. 1.106 C.c. se refiere a dicha integridad. El daño sobrevenido en cada caso determinante –cualquiera que sea la fuente de la obligación cuyo tenor se infringe– de la incursión en responsabilidad y de la inexorabilidad del cumplimiento equivalente, brota de ese acontecimiento y su cuantía comprende el valor de la pérdida sufrida más la ganancia dejada de obtener. La justicia

de la reparación se satisface atribuyendo a cada perjudicado una magnitud indemnizatoria que comúnmente difiere en cada caso. Se singulariza por la afectación de todos los bienes presentes y futuros del deudor a los efectos de la responsabilidad patrimonial universal que configuran los arts. 1.111 y 1.911 C.c. Las prestaciones sociales, que aquí y ahora se comparan, se rigen por criterios distintos de los inherentes a la reparación íntegra del daño. Su accesibilidad económica no casa con la irrestricta persecución de los bienes y derechos del deudor, ni con la amplitud autorizada por el principio de responsabilidad patrimonial universal. El *canon de limitación y equitativo reparto de recursos* lastró, en los momentos más eufóricamente reivindicativos, la victoria del dogma de irreversibilidad de las adquisiciones sociales, porque las dimensiones de la crisis del Derecho de las relaciones de trabajo lo impusieron así, reemplazando el *imperio de la rigidez* por el *fuero de la flexibilidad*.

La interdicción de revocar los niveles de indemnidad conseguidos pasó a coexistir con la moderación de los medios de financiación del sistema, cuya cualidad de deudor no soportaba el *componente de integridad* a que se sujetaban las indemnizaciones de Derecho Común. La *nota de suficiencia* las imprimía carácter y las distinguía de aquellas indemnizaciones. La suficiencia de una prestación social consistía en su aptitud –condicionada por la cuantía dineraria de su auxilio– para aproximarse al importe de la reparación íntegra del daño. Las prestaciones sociales eran más suficientes a medida que acortaban esa distancia y respetaban unos límites cuya razonabilidad dependía de la asignación de los recursos restringidos. La prestación social se estimaba insuficiente si admitía una diferencia notoria o muy lesiva con la cifra indicada. La irreversibilidad de los beneficios sociales y la suficiencia de las prestaciones han sido conceptos de manejo engorroso a la hora de graduar sus oportunidades y establecer sus objetivos de progreso.

La *suficiencia de las prestaciones* –que parece un concepto relativamente determinado, pese a la dificultad de fijar el punto de inflexión de sus definiciones– adquiere otro sentido al incoarse la crisis económica y advertirse su impacto en el sistema de la Seguridad Social. Prestación suficiente no es ya la surgida de una formulación resbaladiza o laxa del adjetivo que sigue al sustantivo, sino la que, adjudicándole una evidente utilidad compensatoria, los poderes públicos invisten de esa cualidad. Una presunción de acierto acompaña entonces al ejercicio del decisionismo político. El valor superior del pluralismo político da entrada a una definición que, aunque susceptible de objeciones, se prevale de la elasticidad justificante de las reinterpretaciones y/o de los descubrimientos de las proposiciones latentes en las normas jurídicas que las disciplinan. No parece que los arts. 35.2 y 40 CE concedan el mismo alcance a los *niveles de suficiencia* que respectivamente se predicán de la *remuneración de la fuerza de trabajo* y de la *reparación del daño* causado por el advenimiento de una contingencia protegida.

La indemnidad que aquí se advierte, cubre las privaciones o defectos llamados *situaciones de necesidad*, conceptualmente ajenas a la causa de inculpabilidad del Derecho Penal y convenientes a las condiciones de las personas físicas que, tras asociar sus esperanzas a la prosperidad de un futuro compuesto de bienes variables, quedan desposeídas de todos o parte de los arrebatados por la producción de una contingencia dañosa. Lo *demoledor de la crisis económica* obliga a echar de menos cuanto se hallaba indisolublemente unido a la visión del porvenir, a sus horizontes históricos y a las composiciones de lugar hechas para insertarse en ellos. Se deterioran situaciones vinculadas al proceso del desarrollo pleno del futuro y de la perfección del *bien jurídico a la carta* en que el proyecto se concentra.

Ello es tanto como saber en qué consiste el escenario intuido y hasta dónde llega un espacio de tiempo decadente o inundado de ambiciones factibles. Algo que, según las perspectivas y los pasos dados para satisfacerlas, fraguará –con el paso del tiempo– abundantes reflejos y experiencias. Las *situaciones de necesidad* constituyen la parte del daño –no, como es claro, su totalidad– que se resarce con las prestaciones sociales dependientes de los requisitos –razonables y justos, tecnificados y complejos– que conciernen a la financiación y el alcance de la protección otorgada, sin descender a exigencias de culpabilidad extrañas a la naturaleza y los automatismos del sistema. El *daño íntegramente reparable* –según la patología de la situación jurídica afectada y la contravención del tenor de la obligación como fuente o título del resarcimiento– se compensa con la indemnización que encaja en la doctrina general del cumplimiento equivalente de las obligaciones civiles. La indemnización repara en el proceso de producción del daño y en la dosis de voluntariedad requerida para su atribución al sujeto causante.

Una precisión viene al caso. La protección de esta especie de la indemnidad no se aparta de un dato que el art. 41 CE tiene en cuenta al introducir el complemento circunstancial encerrado en el giro «*especialmente en caso de desempleo*». Quiere decir que las cuestiones de presente y de futuro que convergen en esa indemnidad, también pertenecen a la escena del drama que ofrece el *deterioro del derecho al trabajo* estampado en el art. 35.1 CE. Derecho que no entraña la facultad o el poder jurídico –típicos de la traza de ciertos derechos públicos subjetivos– de obtener una ocupación procurada por los poderes públicos que –salvo lo previsto en el art. 25.2 CE para los condenados a pena de privación de libertad– no sobrellevan esa carga. Es criticable que se dé aquí una excepción a la regla del art. 35.1 CE, en vez, como parece lógico, de una *ejemplificación del contenido esencial* o núcleo invulnerable del derecho individual a la reinserción de los penados. Estos acumularían las facultades consistentes en acceder a un mercado de trabajo homogéneo y libre de restricciones arbitrarias, iniciar y mantener contactos con los empresarios oferentes en condiciones dignas de comunicación e igualdad material, debatir y contrastar las preferencias que motivan los intereses de la incorporación a uno u otro proceso productivo, perfeccionar el contrato de

trabajo mediante la emisión de un consentimiento exento de vicios, obtener ocupación efectiva en el curso de la relación individual constituida y no verse injustamente apartados del empleo que se desempeña.

El adverbio «*especialmente*» admite dos entendimientos fecundos a la luz de la elasticidad interpretativa que autoriza su enclave en el art. 41 CE. Si se avista retrospectivamente el contexto de prosperidad que revelaban las *incidencias optimistas* del Estado social y democrático de Derecho, el desempleo —en que el giro adverbial ha reparado— es aun la especie que los postulantes de *plena ocupación* —que el art. 40 CE pone cautelosamente en tela de juicio— reputaban un *estigma ofensivo* para la esplendidez y el espíritu social del Estado de Bienestar. Transigían con ello como si se tratase de una experiencia homeopática. Semejante intuición o advertencia tocaba el punto álgido de una economía que, vislumbrando la crisis económica, hacía temer que el desempleo engrosaría —veloz y escandalosamente— la lista de esas contingencias. El entendimiento del énfasis que el uso del adverbio imprime a su proposición, indica que, ante un incremento alarmante de la contingencia anunciada, los poderes públicos deben apresurarse a conjurar los perjuicios que origina, paliando los males de su repercusión en el mercado de trabajo y el tránsito social de sus consecuencias negativas. No vale mirar hacia otro lado y obstinarse en los hábitos de no decir verdad, cuando la desocupación incrementa la desolación y el empobrecimiento en un sistema protector que, lejos de combatir la inmersión en la crisis económica con criterios persuasivos y eficaces de planificación, contempla impávido sus devastadores deterioros.

La situación descrita alarma menos que la que el giro adverbial refiere a una crisis que, lejos de atisbarse entre luces y sombras, exhibe —descarada y descarnadamente— los antagonismos subyacentes a sus invasiones. Las etapas divisorias de sus experiencias dieron lugar a la *rotulación de los períodos críticos* que, agravando las dificultades de diagnóstico, ya pertenecen a la historia. Son ellos la emergencia o *advenimiento impensable y pasmoso* de la crisis, la *contemporización con el compañero de viaje* que la crisis implica, el *ejercicio de las libertades económicas* y las peripecias del empleo, la *instalación resignada y paciente en el cautiverio de la crisis*, la *irreversible inmersión en la crisis*, la *crisis disciplinar* y la *recivilización crítica* —en su acepción más censurable— de un Derecho Social cuyos espasmos agónicos derruyen la solidez de su prestigio. Es aquí donde el adverbio de modo «*especialmente*» pierde su significación prudencialista y/o preventiva, para adquirir otra que, con crudeza inusitada, denuncia cómo el *hecho de la crisis económica* y la *acritud del desempleo* alimentan reacciones colectivas de indignación y repugnancia. La indemnidad no se consigue encareciendo la previsión solícita de los poderes públicos, sino apremiándoles a que, ante la entidad y el riesgo social del desempleo, la suficiencia de las prestaciones devenga una medida indispensable y se complete con otras que muestren la libertad legislativa de decisionismo político. Técnicas que inicialmente asin-

tieron al *principio de continuidad en el empleo* –dando por extinguida una estabilidad imposible de recuperar– y a su fomento con soluciones temporales que no disuadiesen a los titulares de la libertad de empresa –sancionada en el art. 38 CE– de proseguir sus escabrosas aventuras. Debían condescender con períodos rotatorios que alternasen la actividad retribuida y la inactividad coexistente con una voluntad de trabajar insatisfecha. Hoy por hoy, se constatan, a escala mundial, los descompromisos de los poderes públicos –entrenados en silenciar lo que piensan hacer de inmediato y dispuestos a demorar lo prometido a largo plazo– que han dejado de proveer a una indemnidad arruinada por la extenuación de las relaciones de trabajo. De ello dan fe el *arrinconamiento sindical* de las funciones decisorias de la negociación colectiva y la *desprotección individual* para obtener y conservar un bien que, como el empleo, escapa al control eficaz de los agentes sociales encargados de su promoción y defensa, siquiera olvidadizos de tan graves responsabilidades. Estas dos versiones plausibles –una de ellas históricamente superada y pospuesta– representan respectivamente el anticipo o la *visión profética* de la indemnidad y la *insistencia terapéutica* para contener el alud de una contingencia virulenta. La primera de ambas descubre la amenaza de un mal que la Política Social de la prosperidad juzgó modesto y remediable, mientras que el tratamiento de la crisis le considera inmisericorde y destructivo. La segunda predice que, tras la irrupción masiva de dicha contingencia, la suficiencia de las prestaciones sociales no sólo ha de compensar la situación de necesidad protegida, sino que las reglas de su determinación cuantitativa –eco de las acciones que propugna el art. 9.2 CE– son inseparables de la necesidad de ponderar el perjuicio causado y corregir sus consecuencias negativas. Dejando de ceñirse a la tónica de protección estricta, enfrentan con el deterioro de derechos que la legalidad fundamental acoge y que los afectados no siempre pueden asumir y ejercitar con un mínimo de energía. Las intransigencias de la economía transmiten un carácter formal e inaccesible –con todas las frustraciones que supone el haberlas tocado con la mano– a las libertades que se desvanecen. Así ocurre con los derechos a la vida y la integridad personales, a la educación y a la existencia familiar de que se ocupan, entre otros, los arts. 15, 28 y 39 CE. Ello causa una *reducción de la dignidad personal* –modelo del crédito antropocéntrico en el que esos y otros derechos encajan– y ocasiona los desmoronamientos que, como intuye el art. 10.1 CE, pueden acontecer seguidamente.

BIBLIOGRAFÍA DE ORIENTACIÓN

- ALVAREZ, I. *El futuro de la mediación preprocesal*. Madrid: Ed. La Ley, 2007.
- ALZAGA, O. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Ed. Ediciones del foro, 1978.
- BARCELONA, P. *et al. L'uso alternativo del diritto*. Roma-Bari: Ed. Laterza, 3 vols., 1974.

- BAYET, A. *Historia de la libertad de pensamiento*, traducción de ARRÚNADA, M. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1962.
- BRIMO, A. *Les grandes courants de la philosophie du droit et de l'Etat*. París: Ed. Pedone, 1968.
- CARBONNIER, J. *Derecho Civil*, traducción y «adiciones» de conversión al Derecho español de ZORRILLA, M.M., vol.1/1. Barcelona: Ed. BOSCH, 1960-1970.
- DARNSTADT, T. *La trampa del consenso*, traducción de MZ. DE LUCA J.M. y estudio introductorio de Sosa, F. Madrid: Ed. TROTТА, 2005.
- DE ANGEL, R. «Constitución y Derecho de daños», *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, pp. 173-220.
- DELHAYE, P. *Permanence du droit naturel*. Lovaina: Ed. Nauwelaerts, 1960.
- DESIDENTADO A. et al. *Seguridad Social: Manual de Formación*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- DUVERGER, M. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, traducción de FERRERO J. y prólogo de LUCAS VERDU, P. Barcelona: Ed. Ariel, 1962.
- ESCARPIT, R. *Teoría general de la información y la comunicación*, traducción de CARBO, A. y SANAGUSTIN, P. Barcelona: Ed. Icaria, 1981.
- FROMM, E. et al. *Humanismo socialista*, traducción de GOLIGORSKY, E. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1980.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Civitas, 1984.
- GOLDMISCHT, W. *La ciencia de la justicia*. Madrid: Ed. Aguilar, 1958.
- GORDILLO, L.I. *Constitución y ordenamientos supranacionales*, prólogo de PEREZ TREMP S. Madrid: Ed. Centro De Estudios Politicos y Constitucionales, 2012. «El proceso de integración europea y la teorización de la dinámica comunitaria», *Iuridica*, vol. 2, 2005, pp. 47-80.
- LEPP, I. *La nueva moral*, traducción de GARASA, D.L. Buenos Aires: Ed. CARLOS LOHLE, 1964.
- LINZ, J.J. *La quiebra de las democracias*, traducción de Teran, R. Madrid: Ed. Alianza Universidad, 1987.
- LOPEZ ARANGUREN, J.L. *Etica*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 1997.
- LOUIS, J.V. *El ordenamiento jurídico comunitario*, traducción y edición de la Oficina de Publicaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1985.
- LUCAS VERDU, P. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Ed. Reus, S.A., 1985.
- MARINA, J.A. y DE LA VALGOMA, M. *La lucha por la dignidad*. Barcelona: Ed. Anagrama, 2000.
- MARITAIN, J. *Humanisme integral*. París: Ed. AUBIER MONTAIGNE, 1936.
- MOVILLA, C. y ZORRILLA, M.M. «Protección judicial efectiva de las libertades», *Estudios de Deusto*, vol. 45/2, pp. 285-295.
- OEHLLING, A. *La dignidad de la persona*. Madrid: Ed. Dykinson, 2010.
- PECES BARBA, G. *La Constitución española de 1.978: Un ensayo de Derecho y Política*, con la colaboración de Prieto, L. Valencia: Ed. Fernando Torres, 1981.

- PERELMAN, CH, *Les notions a contenu variable en droit*. Bruselas: Ed. Bruylant, 1984.
- POULANTZAS, N. *Nature des choses et droit*. París: Ed. Librairie Générale de Droit et de la jurisprudence, 1966.
- REVEL, J.F. *El conocimiento inútil*, traducción de Bochaca. J. y prólogo de TUSSELL, J. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1993; *El rechazo del Estado*, traducción de PUJOL, C. Barcelona: Ed. Planeta, 1984
- ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques*. París: Ed. Dalloz, 1963.
- THERY, H. *Les groupes sociaux: ¿Forces vives?* París: Ed. Editions du centurion, 1964.
- TREVES, R. *Livertá política e veritá*. Milán: Ed. Editions Della Communita, 1962.
- ZORRILLA, M.M. «El Derecho Natural como técnica de racionalización», *Sociología para la convivencia*, pp. 153-178. Madrid: Ed. ZYX, 1966; «Modernidad y moralidad de la mundialización», *Estudios de Deusto*, vol. 50/2, pp. 181-196; «Del sometimiento al imperio de la ley a la modernidad del arbitraje», *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, pp. 185-211; «Eficacia y justicia del orden natural de la equidad», *Estudios de Deusto*, vol. 57/2, pp. 255-302; «Servidumbre y grandeza de la mediación en el ámbito del Derecho Privado de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, vol. 58/2, pp. 299-319; «Voluntad transformadora del sindicato democrático», *Estudios de Deusto*, vol. 59/1, pp. 277-308; «Difusión extrajudicial del Derecho justo frente al reto del achicamiento del mundo», *Estudios de Deusto*, vol. 59/2, pp. 209-235.

RESUMEN: La indemnidad supone que el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho debe estar exento de vacíos que entorpezcan sus procesos de prosperidad o plenitud. La prosperidad deriva de desarrollar ciertos postulados constitucionales implícitos e idóneos para favorecer ese estado de cosas. Ello lleva al convencimiento de que el pluralismo político ofrece una variedad de posiciones antagónicas o predilecciones ideológicas que, pese a su incompatibilidad transversal, se atemperan a la letra y/o el espíritu móvil de las normas constitucionales. Cualidad que se armoniza con la presunción de justicia material de las normas de un ordenamiento jurídico que antepone ese carácter a la presunción tradicional de validez que se le reconoce. El examen comprende aspectos de la indemnidad –ausencia de daño o deterioro– actualmente exigibles y necesitados de tutela. Se consideran los relativos a cuestiones especialmente actuales, como la constitucionalización del uso alternativo del Derecho, algunas manifestaciones de la indemnidad y la atención debidas al futuro de la persona humana como un bien cuya pérdida o menoscabo da derecho a una reparación social a cargo de los poderes públicos competentes para establecerla.

PALABRAS CLAVE: indemnidad, plenitud, exigencias constitucionales, pluralismo político, supremo valor de la justicia, manifestaciones específicas de la indemnidad, indemnidad del futuro personal.

TITLE: Aspects of indemnity in the Spanish Constitution of 1978.

ABSTRACT: The indemnity supposes that the matter of the law of the sovereign State, must be exempt of hollows which obstruct its optimum of prosperity. The prosperity derives of developping some implied postulates which are apt to foment this state of the things. It makes know that the political pluralisme shows a variety of antagonic positions or ideologic predictions, apt, in spite of it, to respect the letter and the constitutional spirit. This quality is harmonious whith the praesumption of the material justice placed before the praesumption of validity own of the juridical rules. This work includes aspects of an especial actuality consisting in the alternative use of the law, the singular expressions of the indemnity and the attemption due to the future as a good whose reduction or loss must be repaired by the action of the public powers.

KEYWORDS: Indemnity, plenitude, constitutional exigencies, political pluralisme, supreme valor of the material justice, manifestations of the indemnity, indemnity of the personal future.

Recibido: 24.07.2013

Aceptado: 02.09.2013

NOTAS

El «estado de suspensión fáctica» del Estado social autonómico

Abdelhamid Adnane

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. Notas introductorias.—2. Sobre el Estado Social Autonómico.—3. Estado Social Autonómico y Responsabilidad del Estado por incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de los compromisos internacionales. 3.1. Excurso sobre los derechos sociales en la jurisprudencia internacional.—4. Estado Social Autonómico y redefinición del margen de maniobra de las Comunidades autónomas a la luz de la STC 134/2011.—5. Notas finales.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Si a nadie puede ocultársele que una de las características principales del Estado, como forma de organización política del poder, es su soberanía tanto *ad intra* como *ad extra*, tampoco requiere mucho esfuerzo percatarse de que uno de los retos a los que esta nueva forma de organización política se enfrenta hoy por hoy es la aparición en el ámbito privado de nuevos centros de poder de naturaleza principalmente económica cuya capacidad de presión y de pilotaje de las decisiones políticas va *in creciendo* en el contexto de la globalización que pretende imponer, de facto, el carácter materialmente político del capital.

Dicho poderes denominados como «salvajes»¹, por estar desregulados, que huyen de todas la técnicas tendentes a limitar el poder en aras de fortalecer el estatus de ciudadano, se afanan en evidenciar el carácter «inservible» del viejo Estado nacional cuyo origen se remonta a la paz de Westfalia, y en promover la disposición de elementos tanto fácticos como jurídicos para convertir en realidad aquello que se viene definiendo como la aldea global².

¹ Cfr. FERRAJOLI, L., «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», *Isonomía*, núm. 9, México, octubre 1998, págs. 173-186.

² Al respecto escribe el profesor RUÍZ PÉREZ que «al producirse el desmantelamiento del sistema comunista y, con ello, haber desaparecido del horizonte político el clima de la guerra fría, aparecerá la idea de que los esquemas conceptuales del viejo Derecho Constitucional, nacido en el marco de una realidad social hartamente distinta, pierde todo su significado y sentido. Siendo así lo que se nos propondrá es la sustitución del, según dicen, acabado modelo por uno nuevo, que sea capaz de organizar la convivencia en una sociedad única para todo el orbe. El Estado nacional, afirmarán deberá ser sustituido, no ya por aquel “Estado continental” que, aunque comenzado a defender en los primeros años del siglo XX, alcanzaría su máxima expresión en la Europa de la segunda posguerra, y que, en cualquier caso, se presenta ya como un modelo estrecho y raquítico para las necesidades contemporáneas, sino por la aldea global». Cfr. RUÍZ PÉREZ, J., «¿La Constitución en

Uno de ellos, traído a colación por su patente importancia es el libre flujo de capitales que dio lugar a lo que algunos economistas han llamado «un senado virtual»³, eso es un centro de poder no estatal integrado por instituciones financieras, en condiciones de imponer su propia política mediante la amenaza de evasión⁴ de capitales que podría acarrear «tipos de interés más altos, ralentización económica, recortes presupuestarios en la sanidad y en la educación, etc., o tal vez una recesión o un colapso total».⁵

El Estado español se encuentra sumergido en esta lógica imperante y de ahí que sus políticas estén fuertemente condicionadas por los imperativos de un mercado que reclama para sí la supremacía propia del poder constituyente en tanto condiciona el diseño de las políticas sociales y económicas desplegadas a nivel estatal, y predetermina aquellas que, en virtud del reparto competencial iniciado por la Constitución y desarrollado por los Estatutos de Autonomía, afectan a los ámbitos regionales⁶.

crisis? El Estado Constitucional Democrático y Social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 20, 2003, págs. 127-171.

³ Cfr. TEROL BECERRA, M. J., «Globalización versus Universalización constitucional en el Mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad» en *Revista de derecho político*, N° 60, 2004, pág. 77.

⁴ Como señala PISARELLO, el episodio decisivo fue el fracaso del último proyecto reformista serio en un país europeo: el de la coalición social-comunista francesa a principios de los 80. Sus intentos de introducir cambios estructurales y la nacionalización de algunas entidades bancarias obtuvieron como respuesta huidas de capitales y presiones de los mercados financieros internacionales. El fracaso sirvió de «aviso para navegantes». ESTÉVEZ ARÁUJO, J. A., «Globalización neoliberal y democracia» en <http://firgoa.usc.es/drupal/node/50499>, última consulta el 07 de diciembre de 2012.

⁵ Cfr. CHOMSKY, N., «Los mercados y la sustancia de la sociedad» en AA.VV., *Los límites de la globalización*, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 33. Citado por TEROL BECERRA, M. J., «Globalización versus Universalización constitucional en el Mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad» en *Revista de derecho político*, N° 60, *Ob. Cit.*, Pág. 77. En el mismo sentido apunta HABERMAS que «el capital libre y sin trabas (...) puede amenazar con ejercer su opción de salida cada vez que un gobierno pone limitaciones onerosas a las condiciones para la inversión interna con la intención de salvaguardar sus niveles de protección social». Cfr. HABERMAS, J., «El valle de lágrimas de la globalización» en *Claves de razón práctica*, núm. 109, pág. 6, citado por TEROL BECERRA, M. J., «Globalización versus Universalización constitucional en el Mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad» en *Revista de derecho político*, N° 60, *Ob. Cit.*, pág. 77.

⁶ En este sentido apunta el profesor PÉREZ CALVO «El Estado, autosuficiente jurídicamente en otro tiempo, manifiesta hoy su incapacidad para hacer frente a nuevas situaciones de las que depende nuestra vida personal y social. Y ese mismo Estado, que había logrado un equilibrio relativamente estable en su estructura interna, en las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, y entre la federación y las entidades federadas, en la nueva situación necesita recomponer unos equilibrios internos nuevos». Cfr. PÉREZ CALVO, A., «Estado autonómico, Unión Europea y mundialización» en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/estado-autonomico-union-europea-y-mundializacion>, última consulta el 07 de diciembre de 2012, pág. 5.

Un breve repaso de la batería de reformas legislativas llevadas a cabo en los últimos años, justificadas todas por la crisis económica⁷ y orientadas a paliar sus efectos, y rematadas por la nueva redacción del artículo 135 de la Constitución, dibujan un horizonte sombrío para el Estado Social⁸, cuyos principales realizadores desde la puesta en marcha del Estado autonómico, han sido las Comunidades Autónomas⁹. Éstas, a pesar de que las últimas reformas estatutarias han permitido la ampliación de su techo competencial, principalmente en materia prestacional, ven el alcance de sus competencias determinado por una necesaria lectura combinada entre sus posibilidades de acción integrantes del bloque de constitucionalidad y la escasez de recursos que da origen a las normas tendentes a la racionalización del gasto tanto del poder central como de los autonómicos, y a su subordinación a la política económica general del gobierno central que, a su vez, obedece al cumplimiento de obligaciones internacionales y a imperativos de los mercados financieros.

La presente reflexión se propone repasar de modo genérico los elementos jurídicos que contribuyen a desvirtuar la potencialidad social del Estado español a través, principalmente, de la limitación del alcance prestacional

⁷ Afirma el profesor JORDANO FRAGA que «La crisis de deuda ha generado políticas de austeridad y contención del gasto que conllevan el incremento de la presión fiscal (subidas en Europa del IVA en un rango de tipo general de nuestro 18% al 24 % –en España del 17 al 21% con efectos de septiembre de 2012–) o bien mediante la reintroducción de impuestos (impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre sucesiones allí donde fue suprimido, introducción del impuesto sobre la primera casa (IMU) que incluyó el Ejecutivo en el plan de ajustes de 30.000 millones del Ejecutivo de MONTI)», JORDANO FRAGA, J., «El Derecho administrativo de la crisis» en *XIX Congreso italo español de profesores de Derecho Administrativo*, Madrid 18, 19 y 20 de octubre de 2012. http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/_docs/ponencias/J.%20JORDANO.%20EL%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20DE%20LA%20CRISIS.pdf. Última consulta el 29/10/2012.

⁸ Citamos a título de ejemplo las siguientes normas: Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, *BOE (Boletín Oficial del Estado)*, de 27 de marzo de 2010, núm 75; Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, *BOE*, de 31 de diciembre de 2011, núm 315; Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, *BOE*, de 30 de abril de 2012, núm 103; Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, *BOE*, de 14 de julio de 2012, núm 168; Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, *BOE*, de 21 de abril de 2012, núm 96; Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, *BOE*, de 24 de abril de 2012, núm 98; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, *BOE*, de 7 de julio de 2012, núm 162.

⁹ Véase a este respecto el libro del profesor TEROL BECERRA, M. J., *Del bienestar en la Constitución Española y de su implementación (1978-2011)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

del bloque competencial de las Comunidades Autónomas. Limitación que obedece tanto a que es el Estado quien debe responder de los compromisos contraídos a nivel internacional como a que la definición de la política económica general le corresponde al Estado ex artículo 149.1.13, competencia cuyo alcance obedece en gran medida a la lógica de la *lexmercatoria*.

2. SOBRE EL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO

Justo después de la aprobación de la Constitución española de 1978 empiezan a oírse manifestaciones políticas portadoras de mensajes a favor de la necesaria concreción del programa social recogido en la norma fundamental. Concreción que sólo parcialmente le incumbe al poder central ya que en virtud del marco de la posible auto-atribución de competencias por parte de las Comunidades autónomas una vez constituidas, éstas podrían desplegar sus políticas a favor de la construcción del Estado del bienestar al que el constituyente se había comprometido.

El reconocimiento constitucional de la autonomía política y la precisión de las competencias en los Estatutos son las premisas necesarias para la edificación del Estado Social autonómico español. El respeto a la competencia del artículo 149.1.1 es compatible con la capacidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo políticas sociales propias diferenciadas en las materias de la competencia respectiva y que, al hacerlo, determinan una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los consiguientes efectos sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico.

Dejando aparte las previsiones constitucionales establecientes de los cimientos para la construcción del referido edificio, gran parte de las Comunidades Autónomas han hecho suya, en sus primeras actas fundacionales, esta labor incluyendo en sus respectivas normas institucionales básicas disposiciones estatutarias de marcado contenido social¹⁰, comprometiéndose con ello a hacer de la consecución del bienestar un objetivo primordial de toda su política.

Este compromiso se ha visto renovado y, si cabe, ampliado en las últimas reformas al configurar derechos sociales de rango estatutario, despojados posteriormente de tal carácter por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010. Ello no obstante su compromiso con las políticas sociales no ha mermado, pues buena prueba de ello es la actividad legislativa desplegada por estos entes territoriales tendente a satisfacer ciertas necesidades sociales que resultarían sacrificadas si se hubieran dejado al esfuerzo personal del ciudadano.

Cabe subrayar que la actividad legislativa de algunas Comunidades Autónomas en materia de derechos llega a cuadruplicar (por ejemplo, la de Ca-

¹⁰ Cfr. en este sentido los artículos 12.3.4 y 12.3.5 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, *BOE*, de 11 de enero de 1982, núm 9.

taluña respecto de La Rioja o Asturias) o a duplicar la de otras (por ejemplo, Aragón respecto de la Comunidad de Madrid o de Extremadura), a pesar de haber mantenido históricamente todas ellas similares competencias. Ciertamente es también que no todos los nuevos Estatutos han incorporado catálogos exhaustivos de derechos, deberes y principios rectores. Pero no es menos cierto también que todas las Comunidades Autónomas sin excepción han legislado, y en general profusamente, sobre derechos de muy distinta naturaleza y en muy distintos ámbitos: familia, igualdad, educación, trabajo, salud, cultura, servicios sociales, derechos lingüísticos y culturales, vivienda, consumidores, buena administración, o medio ambiente¹¹.

Si ello no ha sido consecuencia directa de los declarados no derechos por la mencionada sentencia, puede afirmarse que no faltan asideros estatutarios para tal actuación. De hecho, reiteradas son las referencias a la calidad de vida y al bienestar, «indiciarias de ese tratamiento detenido que en ellos reciben, bien como principios rectores de las políticas públicas autonómicas, en general, o de las políticas económica, tributaria, de mayores, de menores o de género, por ejemplo, en particular; bien como objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, con la invocación, a veces, del Estado de bienestar como telón de fondo, cuando no recibe el bienestar social la consideración de competencia exclusiva»¹². Ello puede comprobarse, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley Orgánica 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; el Preámbulo y los artículos 17, 40, 41.5, 42, 45.2, 53.2, 203.6 y 206.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los artículos 16.3, 30.15, 123.2 y 124.2 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; El Preámbulo y los artículos 10.3.6º, 10.3.7º, 10.3.8º, 10.3.14º, 18.1, 19, 37.1.4º, 48.3ª), 162.2, 175.2.c), 179.3, 201 y 202 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; los artículos 12.2, 23.2.a), 24.a), 99.3 y 107.2 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, y el Preámbulo y los artículos 13.6, 16.2 y 78.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León¹³.

Suscribimos, tras este breve repaso, la afirmación de BARCELÓ I SERRAMALERA de que no es mal balance el que resulta de la actividad legislativa

¹¹ Cfr. BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «La Contribución de las Comunidades Autónomas en el reconocimiento y regulación de los derechos sociales» en *Lex Social – Revista de los Derechos Sociales*, nº 1, julio 2011, Pág. 2, http://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/236, última consulta el 07 de diciembre de 2012.

¹² TEROL BECERRA, M. J., «Treinta años de desarrollo constitucional y legislativo de los derechos sociales: Derechos ciudadanos y principios rectores» en *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*.

¹³ Ídem.

autonómica en el ámbito de los derechos sociales: se ha dado forma de verdaderos derechos subjetivos a nivel autonómico a mandatos constitucionales de promoción y protección dirigidos a los poderes públicos allí dónde han existido competencias para ello; se han creado verdaderas estructuras serviciales en educación, sanidad y servicios sociales; y se han desplegado políticas tuitivas en beneficio de categorías sociales desprotegidas o discriminadas en forma de derechos. Todo ello reforzado con la posibilidad de tutela en sede jurisdiccional¹⁴.

Si este es el estado actual del Estado Social autonómico, ¿de qué margen de maniobra podrá disponer el legislador autonómico para seguir llevando a cabo su labor social teniendo en cuenta las llamadas a la austeridad lanzadas desde las instancias europeas recordando los compromisos contraídos por los Estados miembros?

3. ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

En tiempos de dificultades económicas patentes se impone por vía normativa, desde las instancias gubernativas centrales, la necesidad de operar una racionalización del gasto público y de llevar a cabo políticas de austeridad en aras de reducir el déficit del que se aqueja la economía nacional. Dicho esfuerzo está llamado a afectar ineludiblemente a la faceta prestacional del Estado, desplegada en gran parte por las Comunidades Autónomas tal como queda señalado en el apartado anterior. Ello, como es de todos conocido, responde a las exigencias de una política económica trazada desde instancias europeas, en respuesta a las exigencias de los mercados financieros, cuyo eslogan principal es la necesidad de saneamiento de las cuentas públicas operando amplios recortes presupuestarios como una salida posible de la crisis económica.

Dichas políticas de austeridad afectan sobremedida a las políticas autonómicas tendentes a garantizar el llamado bienestar material de los ciudadanos, y repercuten en sentido restrictivo sobre su autonomía presupuestaria que ha de ser acorde con las directrices del poder central que, muchas veces, no son más que la traducción de su compromiso europeo con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁵ cuyo fundamento normativo se encuentra en los

¹⁴ Cfr. BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «La Contribución de las Comunidades Autónomas en el reconocimiento y regulación de los derechos sociales» en *Lex Social – Revista de los Derechos Sociales*, nº1, *Ob. Cit.*, págs. 31-32.

¹⁵ La resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997 sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento y los Reglamentos (CE) núm. 1466/1997, del Consejo, de 7 de julio –relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas– y 1467/1997, del Consejo, de 7 de julio –relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo–

artículos 99 y 104 del Tratado de la Unión Europea (actualmente, artículos 121 y 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Recuérdese que el Derecho Internacional, aun dejando cierta libertad para los Estados, les exige un cabal cumplimiento de las obligaciones internacionales, y rechaza la posibilidad de que pueda invocarse las normas internas para justificar el incumplimiento de tales compromisos. Consecuencia lógica de ello es que la responsabilidad de un posible incumplimiento se imputa al Estado, sea cual sea el órgano o el nivel dónde se haya producido.

La misma lógica impera en el ámbito europeo bajo el principio de indiferencia de tal modo que España responde de las infracciones comunitarias imputables a cualquiera de sus órganos, sea del nivel que sea, incluyendo, por supuesto, las infracciones cometidas por sus entes regionales¹⁶. El procedimiento habilitado para interponer el recurso de incumplimiento viene establecido por los artículos 226 y 228 del Tratado CE. De no solucionarse el incumplimiento de la Comunidad Autónoma en un plazo razonable, el Estado español corre el riesgo de que se inicien nuevos procesos de incumplimiento del Derecho comunitario con vistas a imponerle una sanción económica a tanto alzado y/o una multa coercitiva (artículo 228 del Tratado

tienen como finalidad concretar el alcance del llamado Pacto de estabilidad y crecimiento. Dicho Pacto, según la exposición de motivos del Reglamento CE núm. 1466/1997, «se basa en el objetivo de finanzas públicas saneadas como medio de reforzar las condiciones para la estabilidad de los precios y para un crecimiento sólido y sostenido que conduzca a la creación de empleo», de manera que «se formulan orientaciones políticas firmes ... para ajustarse al objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o de superávit, al que todos los Estados se han comprometido, y para tomar las medidas presupuestarias correctoras que estimen necesarias para alcanzar los objetivos fijados en sus programas de estabilidad y convergencia», y se procede a «completar el procedimiento de supervisión multilateral previsto en los apartados 3 y 4 del art. 103». En este contexto, la exposición de motivos del Reglamento CE núm. 1467/1997 señala que «es necesario acelerar y clarificar el procedimiento del déficit excesivo contemplado en el art. 104 C del Tratado con el fin de evitar que se produzcan déficit excesivos de las administraciones públicas y, en caso de que se produjeran, con el fin de propiciar su rápida corrección», por lo que «es necesario establecer flujos para la aplicación del procedimiento». Vid. STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, FJ. 5.

¹⁶ Cfr. CIENFUEGOS MATEO, M., *Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente*, Pág. 16. Visto en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2478816.pdf. Última consulta el 07 de diciembre de 2012. En este sentido se pronuncia el TJCE su Sentencia de 25 de mayo de 1982 (Comisión c. Países Bajos, 97-81), «Es verdad que cada Estado miembro es libre de distribuir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno y de adaptar una directiva por medio de medidas acordadas por autoridades regionales o locales. Esto no podría, sin embargo, dispensarle de la obligación de traducir las disposiciones de la directiva en disposiciones internas que tengan carácter obligatorio».

CE)¹⁷, de lo que extrae el Tribunal Constitucional la facultad del Estado para establecer mecanismos de coordinación y control que «permitan evitar las irregularidades o las carencias [autonómicas] en el cumplimiento de la normativa comunitaria»¹⁸.

En casos de «normalidad económica» la responsabilidad de los entes autonómicos por incumplimiento del Derecho comunitario puede dar lugar a dos tipos de situaciones¹⁹: por un lado, a una reclamación de responsabilidad patrimonial de las Comunidades Autónomas; por otro lado, a la repercusión en las Autonomías responsables de la infracción del Derecho comunitario del importe de las sanciones económicas impuestas a España por este hecho²⁰.

Sin embargo, con la actual crisis financiera que se ha traducido en un elevado déficit presupuestario en todas las Administraciones Públicas españolas, lo cual ha precipitado reformas que limitan cuantitativamente el crecimiento anual de los gastos en que puede incurrir cada entidad pública, el cumplimiento de la normativa europea supone una «suspensión fáctica» del contenido prestacional del bloque competencial anudado a la autonomía política de las Comunidades Autónomas. De ahí que un ejercicio constitucionalmente legítimo de las competencias pueda dar lugar al incumplimiento de las normas europeas sobre el déficit con la posible imposición de una sanción al ente incumplidor. A tener en cuenta las reiteradas declaraciones del Ministro de Hacienda que hacen valer los medios de acción de naturaleza preventiva como la posible intervención de la Comunidad Autónoma, el futuro del Estado social autonómico, cuanto menos a corto plazo, se presenta poco halagüeño.

Antes de cerrar este epígrafe una observación se impone. En España, la falta de ratificación de la Carta Social revisada viene a ser suplida por la ratificación del Pacto Facultativo al Protocolo de derechos económicos, sociales y culturales, que tiene el mismo valor, jurídicamente hablando, que cualquier Tratado celebrado a nivel europeo²¹. De ahí que su cumplimiento le corresponda tanto al Estado central como a las entidades regionales, y que la satisfacción de los derechos sociales por vía de la labor prestacional se configure

¹⁷ CIENFUEGOS MATEO, M., *Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente*, Ob. Cit., Pág. 19.

¹⁸ Vid. STC 148/1999, de 2 de julio, FJ 8.

¹⁹ Cfr. CIENFUEGOS MATEO, M., *Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente*, Ob. Cit., Pág. 37.

²⁰ En su Sentencia del 96/2002, de 25 de abril de 2002 (FJ. 10), el Tribunal Constitucional declaró que la responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea por incumplimientos autonómicos del Derecho comunitario no «le impide repercutir *ad intra*, en las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda».

²¹ Vid Artículo 96.1 CE.

como un deber cuyo incumplimiento ha de dar lugar a una sanción. Pues, la ratificación del referido Pacto obliga tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. O acaso ¿puede tacharse en este caso de incumplimiento de la norma europea un cumplimiento de otra internacional (PIDESC en este caso), sino por los poderes políticos cuanto menos por el poder judicial en su labor de garante de los derechos, integrando el contenido de la jurisprudencia internacional sobre la materia en los derechos previstos por el ordenamiento español?

3.1. *Excurso sobre los derechos sociales en la jurisprudencia internacional*

La idea de crear un pedestal social en favor de los necesitados, a fin de protegerles de la indigencia se inscribe en una lógica integradora del Estado social. Se trata de atribuir a cada uno un mínimo que le permita hacer frente a situaciones de urgencia. De ahí la reclamación de un derecho fundamental a un mínimo vital o a medios de existencia, denominados también como derechos a condiciones mínimas de existencia.

Concebido a mínima, hace referencia al derecho a la subsistencia que comprende el derecho a los alimentos, a un techo, a la vestimenta y a garantizar la asistencia sanitaria^{22,23}.

Sin embargo, en su concepción *a maxima*, considerando el individuo como ser social, necesitado no sólo de alimentos sino también de relaciones sociales para su realización personal, el derecho a condiciones mínimas de existencia responde a la necesidad de garantizar un nivel de vida decente. Se trata, pues, de disponer las condiciones materiales necesarias para que todo individuo pueda recobrar su libertad y acceder a los otros derechos fundamentales²⁴ debido a que la pobreza se equipara a la denegación de un

²² Así, el Tribunal Federal Suizo ha considerado, en una importante decisión de 1995, que la satisfacción de las necesidades básicas de la persona humana, tales como el alimento, la vestimenta y la vivienda representa la condición misma de la existencia humana y del desarrollo de la persona.

²³ En su decisión de marzo de 1996, la Comisión Africana de los derechos del hombre y de los pueblos evoca un «estándar mínimo de salud», que comprende el acceso al agua potable y a la electricidad así que a los medicamentos de base. CADHP, mars 1996, Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, Free Legal Assistance Group, Lawyers Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah c. Zaïre.

²⁴ En su recomendación del 27 de octubre de 2001, la Comisión africana «descubre» los derechos a la vivienda y a la alimentación, no inscritos expresamente en la Carta africana. Les concibe, sobre todo como inexcusablemente unidos. Tal proceder permite concebir el derecho a condiciones mínimas de existencia en tanto que derecho social, es decir en tanto que condición de acceso a los demás derechos fundamentales. Bastante explícito al respecto, el Tribunal Federal suizo recuerda en 1995 que este derecho, destinado a evitar «*tout état de mendicité indigne de la condition humaine*» representa la condición para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales y no puede ser limitado salvo en casos excepcionales.

conjunto de derechos. Es, de hecho, incontestable que *«pour être en mesure d'invoquer son droit à l'éducation, par exemple, mais également sa liberté d'expression, un individu doit avant tout manger à sa faim»*²⁵.

La efectividad mínima de este derecho tiene ya apoyo en la jurisprudencia comparada. De hecho, la justicia constitucional alemana, a propósito de una ley relativa a las pensiones de huérfanos minusválidos, ha declarado que la asistencia a los necesitados forma parte de las «obligaciones evidentes» del Estado social²⁶. Ahora bien, éste implica la obligación de asistencia, es decir una obligación jurídica objetiva del Estado de garantizar a la población una «protección social mínima»²⁷. En otra sentencia el mismo Tribunal apela a la dignidad y no al concepto de «Estado social» de rango constitucional, para derivar de ello una lista de derechos sociales no mencionados en la norma fundamental alemana.

En la misma línea de garantía de los derechos sociales, haciendo uso del principio de interconexión de los derechos, y permitiendo enriquecer su competencia *rationae materiae*, la Corte Europea de los derechos humanos, opera mediante una estrategia de ampliación de los derechos alegando las prolongaciones socio-económicas de los derechos civiles y, de ahí, impone al Estado ciertas acciones positivas. Esta manera de abordar los derechos viene ilustrada en su sentencia emitida a propósito del contencioso relativo a la situación causada por los gitanos en la Europa del este al estimar que *«les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'abaissement.»*^{28, 29}.

El Tribunal Constitucional Federal alemán subraya a su vez, tras un recurso interpuesto por un paciente, afectado de una enfermedad extremadamente grave, reclamando el reintegro de los gastos médicos no cubiertos, la importancia del principio constitucional de Estado social y de los derechos fundamentales a la vida y a la libertad, y ha considerado que la denegación del reintegro de los gastos médicos elegidos por el paciente para tratar su

²⁵ FERCOT, C., «Le juge et le droit au minimum. les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé», en *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Section 2, pág. 222.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

²⁸ ROMAN D., «Les droits civils au renfort des droits sociaux: l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire» en *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Ob. Cit., pág. 310.

²⁹ Para más información, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., (Dir.), *Prontuario de Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2009.

enfermedad considerada como extremadamente grave e incluso mortal y para la cual ningún medio de tratamiento convencional era disponible, viola dichos principios³⁰.

La mencionada jurisprudencia, entre otras, coadyuvó en la realización de la igualdad materialmente concebida e impuso a los poderes políticos obligaciones cuyo desconocimiento u omisión podría ser, llegado el caso, sancionado en sede judicial. Inferencia lógica de ello es que el poder político estatal ha de operar una ponderación entre las obligaciones que imponen un equilibrio presupuestario, con lo que de ellas deriva de ajustes en la política de gastos, y los compromisos con los derechos sociales derivados de los Tratados ratificados y de la jurisprudencia que de los mismos realizan los órganos competentes.

4. ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO Y REDEFINICIÓN DEL MARGEN DE MANIOBRA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A LAS LUZ DE LA STC 134/2011

A la limitación, arriba mencionada, derivada de una posible sanción por incumplimiento se añade otra, avalada por el Alto Tribunal, referida a la competencia estatal de dirección de la actividad económica general con base en el artículo 149.1.13 CE.

Resta, pues, comprobar las posibilidades de acción de las que pueden disponer las Comunidades Autónomas a la luz de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 134/2011 del concepto de autonomía política y del alcance de la autonomía financiera constitucionalmente garantizada. El repaso de ciertos pasajes de esta sentencia nos informa sobre la subordinación del Estado social autonómico a las orientaciones de política económica general cuyo artífice es el Estado.

De hecho la STC 134/2011, de 20 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 18/2011, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y contra la Ley Orgánica 5/2011, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria elabora un corpus jurisprudencial que viene a redimensionar la autonomía política de las Comunidades Autónomas y, en lo que respecta a los derechos sociales para cuya realización se hace preciso cierto esfuerzo económico, a legitimar una «suspensión» del proceso de construcción del Estado Social.

La referida sentencia presenta un gran interés para el tema que nos ocupa ya que hace referencia al significado y al alcance del principio de autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas en relación con las competencias estatales. En efecto, tras subrayar que la estabilidad presupuestaria se configura como una orientación de política económica general que el Estado puede dictar ex art. 149.1.13, define la autonomía política y

³⁰ GRÜNDLER, T., «Le droit à la protection de la santé» en *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Ob. Cit., pág. 210.

financiera de las Comunidades Autónomas establecida en los artículos 2 y 137 de la Constitución como «la capacidad de autogobierno, que se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia» y que «ofrece una vertiente económica importantísima»³¹. Añade el Alto Tribunal, con remisión a su jurisprudencia anterior³² que ello «implica la plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas»³³, sin que por ello dicha libertad tenga carácter absoluto. Lo que en definitiva reconoce la constitucionalidad del establecimiento de controles, incluso específicos «para asegurar la coordinación de la política autonómica en un determinado sector económico con programación, a nivel nacional»³⁴.

Teniendo en cuenta este planteamiento, el Tribunal Constitucional considera que la estabilidad presupuestaria entraría dentro de este concepto de control que se justifica a partir del artículo 149.1.13 de la Constitución, lo que habilita al gobierno a establecer límites presupuestarios en materias concretas porque la limitación de gasto impuesta a las Administraciones públicas «encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13) y su establecimiento está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario»³⁵. Con base en este razonamiento, el Gobierno puede tomar las medidas que considere necesarias en aras de, por ejemplo, limitar el déficit de las Comunidades Autónomas y controlar los gastos sociales de los gobiernos autonómicos.

Ahondando en el carácter no absoluto de la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas, fundamenta el Tribunal Constitucional la imposición de topes máximos de gasto por parte del Estado en «el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE, con el alcance previsto en el art. 2.1 b) LOFCA, el cual exige a las Comunidades Autónomas la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general (SSTC 171/1996, FJ 2; 103/1997, FJ 1)»³⁶.

En la misma línea se apunta por parte del Alto Tribunal que, en este marco multilateral de coordinación y cooperación propio de la materia «financiera», las decisiones que deban garantizarla «han de adoptarse con carácter

³¹ Vide. STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, FJ. 5.

³² Vide. SSTC 63/1986, de 21 de mayo, 201/1988, de 27 de octubre de 1988, y 96/1990, de 24 de mayo de 1990.

³³ Vide. STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, FJ. 5, *Ob. Cit.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Vide. STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, FJ. 8.a).

³⁶ *Ibid.*

general y de forma homogénea para todo el sistema y, en consecuencia por el Estado y en el ámbito estatal de actuación, no siendo posibles decisiones unilaterales que ... tendrían repercusiones en el conjunto ... y condicionarían las decisiones de otras Administraciones Autonómicas y de la propia Administración del Estado»³⁷.

En la misma sentencia fundamenta el Tribunal Constitucional en el art. 149.1.11.a) y 13.b) la necesaria autorización del Estado a las Comunidades Autónomas para realizar operaciones de endeudamiento, y recuerda que el art. 14.4 LOFCA exige la necesidad de coordinar las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas con la política de endeudamiento del Estado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. A mayor abundamiento, precisa que el establecimiento de un control sobre los presupuestos de las Comunidades Autónomas no menoscaba su autonomía financiera ya que no se trata de un control genérico sino derivado de una competencia concreta, en este caso derivado del artículo art. 149.1.13.a) CE. Por este motivo, considera que tampoco vulnera la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas el examen por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, órgano competente en relación con la aplicación efectiva del objetivo de estabilidad presupuestaria, del plan económico-financiero elaborado por éstas.

La jurisprudencia reafirmada y matizada por la presente sentencia del TC recalca la posición superior que ocupa el Estado respecto de las Comunidades Autónomas en materia financiera, lo que reduce el marco de sus posibilidades de acción máxime cuando se trata de fijar un techo de gasto que convierte a los derechos sociales, cuya concreción en gran parte le corresponde a los entes regionales, en plena y doblemente disponibles, en primer lugar por el legislador estatal, cuya voluntad viene determinada en parte por los compromisos europeos, y en segundo lugar por la voluntad de los parlamentos regionales.

5. NOTAS FINALES

En su concepción inicial, los derechos sociales se presentan en oposición a los derechos de libertad. Éstos han sido considerados desde el primer momento como verdaderos derechos³⁸, mientras que aquellos se caracteriza-

³⁷ Vid. STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, FJ. 8.d) con remisión a la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, FJ. 13.

³⁸ *«Il faut donc rappeler qu'il existe deux catégories de droits de l'homme et seulement deux : les vrais et les faux. Les vrais droits de l'homme sont effectivement ceux qui ont été proclamés, i.e. les droits que possède chaque individu, qu'il peut opposer au Pouvoir et que les gouvernants ont pour mission, et pour unique mission, de faire respecter. La liste des droits se ramène essentiellement à la trilogie lockéenne incluse dans le concept de propriété: la vie, la liberté et la propriété. Les faux droits de l'homme, ce sont des droits qui ne sont plus proclamés comme faisant partie de la nature éternelle de l'homme, mais des droits inventés de toutes pièces. Il ne s'agit plus alors de s'opposer à*

ban con una cierta vulnerabilidad normativa. Su concepción actual tiene una clara expresión en las palabras de García Pelayo cuando afirma que el Estado social niega la posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no se acompañan de unas condiciones existenciales mínimas del individuo que permitan su ejercicio real³⁹.

Aceptada esta afirmación, se hace preciso pleitear por un marco autonómico, estatal o europeo garante del estatus de ciudadanos y no sólo del individuo consumidor⁴⁰. Eso es garantizar tanto la libertad como sus condiciones materiales de realización, lo que, en definitiva, propiciaría la construcción de un marco social y democrático, ya que «no se puede ni se debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la *lex mercatoria* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad»⁴¹.

l'intervention de l'Etat au sens large, mais de recourir à lui pour les mettre en œuvre ; il ne s'agit plus de droits-libertés, mais de droits-créances. L'Etat aurait le devoir, idéalement l'obligation, de tout mettre en œuvre pour assurer à chaque individu ou à chaque groupe telle ou telle créance : il ne n'agit plus de «droits de», mais de «droits à». Or, le mécanisme a été démontré par Frédéric Bastiat dès le milieu du XIX siècle : l'Etat ne peut rendre que ce qu'il a d'abord pris et, par surcroît, il n'en peut rendre qu'une partie. Il prend aux uns pour donner aux autres ; il viole les vrais droits de l'homme pour tenter d'assurer les faux. Tenter, car les faux droits sont un puits sans fond, et pour deux raisons. D'abord, l'Etat est incapable de les fournir. Ensuite, les faux droits appellent les faux droits. A partir du moment où l'Etat tend à assurer un droit-créance, par définition arbitraire, il n'y a plus de limite à l'extension de l'Etat. Perpétuellement insatisfaits en raison de l'incapacité de l'Etat et du fait que certains individus ou certaines catégories socioprofessionnelles bénéficient de ses largesses, d'autres personnes ne manquent pas de venir clamer leur part de spoliation légale (...) Surtout, les faux droits de l'homme chassent les bons, à l'image de la fausse monnaie qui fait disparaître la bonne. En effet, on ne peut impunément mêler des droits contre l'Etat, qui permettent de sauvegarder la sphère de la société civile, et des droits réclamés à l'Etat, qui dès lors serait obligé d'empiéter sur cette sphère ! (...) Bref, il s'agit d'une machine à faire exploser le Droit ». Jean-Philippe FELDMAN, «Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », DALLOZ, 2009, págs. 1036-ss.

³⁹ Cfr. GARCÍA PELAYO, M., «El Estado social y sus implicaciones» en *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, 3ª Ed. 1982, corregida y aumentada, págs. 13 al 26.

⁴⁰ Obsérvese que las últimas reformas operadas en la sanidad y la educación convierten los derechos que los sostienen en mercancías que, a corto o medio plazo, podría entrar en el ámbito de la competencia mercantil. Para más información, véase: TAJADURA TEJADA, J., «Los derechos sociales en el contexto de la globalización», en *Teoría y Derecho. Los derechos sociales en tiempos de crisis*, 2011, págs. 147-162.

⁴¹ DE VEGA, P., *Prólogo a Dromi San Martino, Laura: Derecho Constitucional de la Integración*, Marcial Pons/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Editorial

Ello reclama, como tarea perentoria, culminar el proceso de legitimación democrática del poder en todos estos ámbitos, y garantizar que el poder político que se instale tenga la capacidad suficiente para ejercer los atributos de la soberanía que le han sido parcialmente arrebatados por los poderes privados ademocráticos que hoy por hoy subordinan gran parte de las decisiones que se toman al servicio de sus propios intereses. Intereses que merman, entre otros, la efectividad del principio básico del Estado de derecho cual es el de la separación de poderes tanto a nivel horizontal como vertical. Recuérdese que en España «las Comunidades Autónomas son parte del Estado, de ahí que lo que afecte al Estado debido a la integración comunitaria y a la mundialización les afecte también directa o indirectamente»⁴².

Proceso, bien llevado a cabo, permitirá sin lugar a dudas democratizar las relaciones económicas que trascienden las fronteras del Estado en cuyo seno se despliegan y hará que éstas, en el marco de un Estado de social de derecho, estén orientadas al bienestar de los individuos y no al beneficio mercantilista de la globalización. En suma, volver a lo que NAMOI KLEN denominó como «capitalismo decente». De lo contrario estaríamos favoreciendo la reversión de avances incontestables y la deconstrucción de consensos diligentemente forjados tanto en lo referido a la descentralización territorial de España como en lo tocante a la esencia social y democrática del Estado español que el poder constituyente logró establecer en 1978. Ésta comulga plenamente con la constatación de RUDOLF SMEN de que la legitimidad del Parlamento no se evalúa en función de la realización de un ideal deliberativo sino por su capacidad de integración de los individuos en la comunidad política. La parte dogmática de la Constitución se concibe no sólo desde un punto de vista normativo sino desde una óptica axiológica que sirve principalmente la nueva función atribuida a la norma fundamental, a saber la de permitir la integración de todos los ciudadanos y de los grupos sociales en su seno.

RESUMEN: Este artículo repasa de modo genérico los elementos jurídicos que contribuyen a desvirtuar la potencialidad social del Estado español a través, principalmente, de la limitación del alcance prestacional del bloque competencial de las Comunidades Autónomas, destacándose que es el Estado el internacionalmente responsable por el incumplimiento de dichas prestaciones.

PALABRAS CLAVE: Estado de las autonomías, crisis económica, medidas de austeridad, Estado social.

TITLE: The «State of factual suspension» of the Welfare Autonomic State.

Ciudad Argentina, Madrid/Buenos Aires, 2000, pág. 21.

⁴² Cfr. PÉREZ CALVO, A., «Estado autonómico, Unión Europea y mundialización», pág. 8, en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/estado-autonomico-union-europea-y-mundializacion>, última consulta el 07 de diciembre de 2012, *Ob. Cit.*

ABSTRACT: This article reviews the legal elements that contribute to undermine the Welfare potential of the Spanish state through mainly limiting the scope of the social powers of the Autonomous Communities, stressing that it is the State internationally responsible for the failure of such benefits.

KEYWORDS: State of the Autonomies, economic crisis, austerity measures, Welfare State.

Recibido: 27.03.2013
Aceptado: 02.09.2013

Auge y ocaso del constitucionalismo gaditano¹

Jorge Pérez Alonso

Abogado

I

Federico Chueca y Joaquín Valverde, músicos autores de numerosas joyas del género chico español, compusieron en 1886 una zarzuela titulada *Cádiz*, ambientada históricamente en la lucha del pueblo español frente al invasor francés durante la guerra de independencia. Una de las piezas de dicha obra, la *Marcha*, se hizo muy popular, hasta el punto de entonarse con frecuencia en ámbitos castrenses para enardecer la moral de las tropas. Doce años después de estrenarse la zarzuela, un joven Ramiro de Maeztu se hacía eco en su artículo *La marcha del regimiento* (escrito sobre la base de las experiencias personales vividas en su viaje a Mallorca como soldado voluntario), incluido con posterioridad en su imprescindible libro *Hacia otra España* de cómo en la despedida que en una estación de ferrocarril la población ofrecía a los reclutas que en defensa de los intereses españoles partían hacia ultramar a enfrentarse con los rebeldes cubanos, eran agasajados por una enardecida multitud mientras en el andén se tocaba precisamente esa *Marcha de Cádiz* como medio de vitorear a un ejército que iba a defender el honor patrio.

Si la marcha de Cádiz pretendía simbolizar la lucha frente al invasor, el patriotismo y el aguerrido esfuerzo de quienes se enfrentaron abiertamente al entonces todopoderoso amo de Europa, la Constitución de Cádiz era el símbolo jurídico de esa lucha, el arma patriótica que se esgrimía por los leales al rey Fernando VII *el deseado* frente a los partidarios de José I, a quienes se motejaba de *afrancesados* y que tenían a su vez en la Constitución de Bayona, aprobada significativamente en una ciudad francesa poco menos de cuatro años antes a instancias del emperador, su modelo de organización política. Es precisamente ese carácter de símbolo de resistencia el que ha aureolado una Constitución que ni por su origen, ni por su aprobación ni por su contenido era quizá la norma fundamental que la sociedad española demandaba. Se inicia así, pues, una práctica que iba a caracterizar la historia constitucional española durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX por encima de cualquier otra diferencia jurídica o doctrinal: la elaboración de textos constitucionales por minorías muy reducidas y que éstas imponían no sólo a los rivales políticos sino incluso a un pueblo a quien se mantenía de forma consciente alejado del proceso constitucional, quizá porque en el

¹ Recensión a Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La monarquía doceañista (1810-1837)*. *Avatares, encomios y denuetos de una extraña forma de gobierno* Marcial Pons, 2013. 478 págs.

fondo dicho pueblo se mostraba no sólo ajeno, sino incluso distante cuando no opuesto a él. La Constitución de 1812 no fue una excepción a dicha regla, pero a diferencia del resto de textos constitucionales si por algo llama la atención más que por su reducida vigencia temporal o por la escasa duración que sus principios tuvieron en el constitucionalismo español, es por la aureola de prestigio que su simple invocación evoca, algo que no ocurre con el resto de constituciones históricas españolas (salvo, quizá, la de 1931 y por circunstancias harto parecidas las de 1812). Los principios que inspiraron el constitucionalismo gaditano se abandonaron muy pronto, pero no así la emotividad que siempre rodea la simple mención de la Constitución de Cádiz. ¿Cómo fue posible esta circunstancia? ¿Cuáles fueron las razones por las que quienes se enfrentaban con las armas al invasor galo elaborasen un texto cuyas bases ideológicas emanaban de un país al que paradójicamente estaban combatiendo? ¿Por qué se optó por un sistema político cuyo fracaso más rotundo había tenido lugar en Francia en 1791-92? ¿A qué se debe que durante el trienio constitucional ya hubiese voces que demandasen expresamente su reforma, voces que se multiplicaron en el exilio que siguió a la Década Ominosa y que en la práctica supusieron inaugurar en 1834 un constitucionalismo alejado ya de los patrones gaditanos? Y, por último ¿Cómo es posible que fallecido el monarca absoluto en 1833 e inclinada su sucesora por instalar definitivamente un modelo liberal (es decir, en unas circunstancias mucho más propicias para que la Constitución de 1812 se pusiese en práctica) el grueso de la élite liberal optara por sustituir el modelo elaborado veinte años atrás por otro cuyas bases doctrinales eran sustancialmente distintas al del venerable texto gaditano?

El último libro del profesor Joaquín Varela Suanzes-Carpegna trata de responder a esos y a otros múltiples interrogantes al abordar en profundidad no sólo los antecedentes, sino la génesis del proceso constitucional así como el análisis de los principios doctrinales y normativos del constitucionalismo gaditano, con un amplio tratamiento de los modelos constitucionales que se debatieron en las cortes reunidas en la Isla de León, las alternativas propuestas por los distintos grupos, el sistema definitivamente plasmado en el texto constitucional de 1812 y el devenir histórico del mismo hasta su definitiva liquidación en 1837. En realidad, nos encontramos ante un trabajo que tiene a sus espaldas nada menos que treinta años de continua investigación y dedicación al tema, y con esta obra en cierto modo se culmina una andadura que el profesor Varela iniciara en 1981 cuando su tesis doctoral, publicada con el título *La teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico: las Cortes de Cádiz* (que se ha vuelto a editar el año pasado coincidiendo con la efeméride del bicentenario), abordaba desde el punto de vista de la dogmática constitucional los grandes temas de la teoría del estado que sostenían las tres tendencias políticas existentes en las Cortes de Cádiz: la liberal, la realista y la americana. Treinta años de dedicación a la historia constitucional española y comparada no pasan en vano, y el actual libro retoma nuevamente

aquéllos temas que constituyeron el núcleo de su primer libro, pero analizados de forma diferente bajo una doble perspectiva, tanto metodológica como temporal. Es novedoso desde el punto de vista de la metodología utilizada porque el autor no se limita a analizar exclusivamente categorías dogmáticas, sino que lo hace ahora bajo el prisma de una visión global e integradora: la del historiador del constitucionalismo que maneja a la vez historia normativa, institucional y doctrinal para abordar en toda su extensión e integridad el fenómeno del constitucionalismo gaditano. Pero se amplía igualmente el marco histórico-temporal analizado, no limitado ya estrictamente al constitucionalismo gaditano durante los años 1810-1812, sino que se extiende tanto a sus antecedentes inmediatos como a sus diversas etapas hasta la definitiva liquidación del modelo cuando en 1836 ambas facciones del liberalismo iniciaron, precisamente bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz reimplantada con el pronunciamiento de los sargentos en La Granja, un proceso constituyente que culminó con la transacción constitucional de 1837.

Joaquín Varela aborda todo este *iter* o devenir histórico de la monarquía doceañista enfrentándose a cada uno de los problemas estudiados desde la distancia que da el análisis estrictamente objetivo y riguroso, alejado de todo tipo de valoraciones u opiniones subjetivas que únicamente en momentos muy puntuales aparecen y siempre bajo la previa exposición fáctica que justifica o avala cada toma de posición, para que sea así en última instancia el lector el juez último a la hora de formarse su particular criterio. Pero todo este exhaustivo y detallado análisis de cada uno de los temas abordados no impide que el autor haga uso de un estilo narrativo enormemente ágil y sencillo que hace muy amena la lectura y, sobre todo, facilita la comprensión de la obra incluso por el público no familiarizado con conceptos y categorías jurídicas. Es por ello que podemos decir con todo rigor que será imposible comprender el texto constitucional de 1812 y el sistema político que ésta erige sin consultar las dos obras del profesor Varela, tanto su *Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico* como, sobre todo, esta magnífica *Monarquía doceañista (1810-1837)*, de imprescindible y obligada consulta tanto para el jurista como para el historiador.

II

La monarquía doceañista consta de siete capítulos que, a su vez, podrían dividirse en dos partes claramente diferenciadas, separadas por un capítulo que sirve de transición o puente entre ambas.

La primera parte, que engloba los tres primeros capítulos, analiza en profundidad los grandes modelos de articulación monárquica en el Estado constitucional existentes en 1812. En primer lugar, los defendidos en el seno de las propias Cortes constituyentes, es decir, el monárquico-constitucional británico de 1688 y el asambleario francés de 1791, pero también el defendido extramuros de las Cortes por José María Blanco White, léase monarquía parlamentaria (la apegada a la realidad coetánea inglesa, que los diputados de

las Cortes no llegaron a comprender muy bien dado que su visión de la monarquía británica se encontraba más en la órbita de la *balanced constitution*, tal y como había sido articulada en el *Bill of Rights* y en la visión que de la misma tenían autores como Locke y Montesquieu, que en la situación coetánea de la política inglesa). El texto gaditano se inclinó por el sistema asambleario francés de 1791, y en el capítulo segundo, el más amplio del libro, Joaquín Varela desarrolla *in extenso* la exégesis normativa de la articulación monárquica en la Constitución de Cádiz y la relación que la Corona tenía con cada uno de los poderes, exponiendo cómo la peculiar interpretación de los principios de soberanía nacional y división de poderes sirvieron no sólo para mutar al Rey de órgano soberano a órgano constituido y excluirle por tanto del proceso de elaboración y de reforma constitucional, sino incluso para mediatizar en gran medida sus potestades al hacer de las nuevas Cortes unicamerales el nervio del Estado y atribuirles no sólo la función legislativa, sino una parte nada desdeñable de las funciones correspondientes al poder ejecutivo. Este segundo capítulo permite igualmente responder a muchos interrogantes, como por ejemplo, el porqué del continuo afán de los diputados por invocar precedentes históricos en la legislación española o los motivos que impulsaron a los constituyentes a desechar el sistema parlamentario inglés en beneficio de un sistema político que había fracasado rotundamente veinte años atrás en su país de origen. Pero también podrá el lector comprobar que la propia Constitución podía servir como potencial fuente de conflictos entre los poderes legislativo y ejecutivo pues, pese a priorizar indudablemente el primero al permitirle interferir en la labor del segundo, otorgaba a éste las prerrogativas necesarias para que, sin salirse ni un ápice del texto constitucional, pudiese obstaculizar la tarea legislativa de las Cortes. La Constitución podía convertirse pues, paradójicamente, en el origen y desencadenante de un conflicto institucional entre dos poderes, situación además para la que no se establecían mecanismos que permitiesen solventar adecuadamente el mismo en virtud de la rígida separación entre Cortes por un lado y Monarca-Secretarios de Despacho por otro. El propio Joaquín Varela refleja de forma expresa esta circunstancia cuando indica: «*No cabe la menor duda de que con esta normativa constitucional el rey estaba condenado a entenderse políticamente con las Cortes y, en menor medida, las Cortes con el rey. De no ser así, de haber un disenso profundo entre ambos órganos respecto de la función de gobierno, los conflictos desbordarían muy probablemente el marco constitucional*». Eso y no otra cosa es lo que sucedió precisamente en la etapa en que la Constitución de Cádiz entró de nuevo en vigor en 1820.

El cuarto capítulo sirve de puente o enlace entre ambas partes. Aborda el retorno del cautivo de Valençay, la restauración del absolutismo y los primeros síntomas del abandono de los esquemas doctrinales que habían servido de base a la Constitución de 1812. El regreso de Fernando VII y su restablecimiento del antiguo régimen supusieron un gravísimo retroceso y motivaron el exilio de muchos de los liberales que entraron, así, en contac-

to con el nuevo liberalismo decimonónico. Es inevitable y casi obligado el contraste o comparación entre la situación francesa y española en 1814 y la actuación que en ambos casos tuvieron los monarcas galo e hispano dado que ambos realizaron manifestaciones similares cuando asumen la Corona. Así, y como bien indica el profesor Varela: «*Mientras Luis XVIII cumplió con lo prometido, Fernando VII no lo hizo. Si el primero aprobó la Carta de 1814 y apoyó la política reformista y tímidamente liberal que mantuvieron los doctrinarios, el segundo, haciendo caso omiso de las pretensiones de los 'Persas' y de los deseos del duque de Wellington, llevó a cabo una política verdaderamente reaccionaria...*». En efecto, quien como conde de Provenza no fuera un ejemplo de virtudes cívicas ni morales, al empuñar el cetro francés como monarca supo mantener la dignidad real y situarse a la altura de los tiempos, mientras que por el contrario Fernando VII pretendió lisa y llanamente dar la espalda a los mismos. Ciertamente no faltaban a este último monarca razones para apartarse del modelo gaditano y algunas de sus críticas al texto constitucional no carecían de fundamento (indudable en cuanto a privarle de la soberanía y constituirle en un mero delegado o ejecutor de lo acordado por las Cortes; algo más discutible pero no carente de cierta base las acusaciones respecto a la ilegitimidad de origen), aunque la alternativa no era ni mucho menos el regreso al absolutismo. Máxime cuando, como se detalla en este capítulo, ya comienzan a alzarse tímidamente voces que abogan bien la reforma puntual de la Constitución de 1812 manteniendo en todo caso la filosofía general de la misma (caso de Flórez Estrada), o bien el alejamiento definitivo del mismo (como sucede con el proyecto de Acta Constitucional de 1819 y que rodeó al fallido Plan Beitia).

La última parte aborda la mutación o cambio de toda una teoría constitucional y su sustitución por otra que respondía a principios muy diferentes, y expone de forma muy detallada y rigurosa el progresivo abandono de las tesis o fundamentos constitucionales del doceañismo, en el cual influyeron principalmente tres causas: la desdichada experiencia del trienio constitucional, el definitivo ensamblaje del liberalismo español con los nuevos patrones europeos en el segundo y más largo exilio que tuvo lugar en 1823-1833 y, sobre todo, la necesidad estratégica de alianza entre las dos facciones liberales frente al común enemigo carlista. La experiencia del Trienio, donde a diferencia de la etapa 1812-1814 las Cortes no se encontraron con una Regencia revocable y dúctil sino con la presencia física del monarca, resultó desastrosa no sólo por la oposición de Fernando VII al programa reformista, sino por la estricta división de poderes que llevaba a ambas instituciones a un inevitable choque. Las diferentes interpretaciones de la Constitución de 1812 realizadas a lo largo de estos tres años por las dos facciones liberales, la doceañista y la exaltada, ya constituían un síntoma de que el texto constitucional gaditano albergaba las suficientes disfunciones como para comprometer el mismo sistema. Es además durante este periodo cuando se inicia una práctica que sería absolutamente letal para el devenir histórico español:

el desbordamiento del marco constitucional por la facción más exaltada del liberalismo acompañada de un hecho aun de mayor gravedad, como fue la agitación y utilización de las masas para coaccionar la voluntad regia hacia orientaciones deseadas por los revolucionarios (simbolizado en el grito «*trágala*»). Sin embargo, el pueblo llano en modo alguno compartía la política exaltada, como lo acredita el hecho de que las masas populares que combatieran armas en mano al invasor francés en 1808-1814 en nombre de Fernando VII recibieran de forma entusiasta al duque de Angulema cuando éste, al mando de los *Cien mil hijos de San Luis*, invadía el suelo español a restaurar en la plenitud de la soberanía a Fernando VII quien, haciendo caso omiso de los consejos que en pro de una reforma política (alejada de los patrones gaditanos, pero también del mero retorno al Antiguo Régimen) le hicieran los monarcas europeos y el propio Angulema, reinició por segunda vez el absolutismo, obligando a los liberales a un segundo exilio aún más duradero que el anterior. Exilio que, paradójicamente, exacerbó el alejamiento del rígido e impracticable sistema constitucional de 1812 por el contacto con las nuevas ideas constitucionales en boga, contacto que analiza exhaustivamente el capítulo sexto de la obra reseñada. Es en verdad muy brillante el capítulo sexto, donde se analiza *in extenso* la actividad que en el exilio llevaron a cabo los liberales españoles en Londres y París (sobre todo en esta última donde se desplaza gran parte de los exiliados españoles tras la revolución de 1830) y que sirvió para abrirles los ojos y orientarles hacia un sistema muy diferente al que se había articulado en Cádiz: bicameralismo, monarca robusto con veto absoluto y derecho de disolución de las Cámaras, compatibilización entre el cargo de ministro y diputado; en definitiva, un sistema más anglófilo acorde al parlamentarismo que, sobre todo desde la *Reform Act* de 1832 se consolidó en Gran Bretaña.

El fallecimiento de Fernando VII el 29 de septiembre de 1833 y la proclamación de su hija como reina Isabel II bajo la regencia de su madre María Cristina dio origen a las guerras carlistas, al no reconocer el hermano menor del fallecido monarca a su sobrina como legítima reina. El liberalismo se instala en nuestra patria definitivamente en el seno de una guerra civil, que obliga a las facciones liberales a hacer frente a un enemigo común. Pero ello en modo alguno suponía restablecer la Constitución de 1812, no sólo por el alejamiento definitivo de los patrones gaditanos por el grueso del liberalismo español, sino porque ello hubiera supuesto granjearse la enemistad de las grandes potencias europeas (nada partidarias de dicha Constitución), cuyo apoyo era fundamental para derrotar al carlismo en armas. Al devenir histórico de los acontecimientos que tienen lugar entre el fallecimiento del monarca absoluto y la promulgación de la Constitución de 1837 se dedica el último capítulo de la obra. En 1834 bajo el gobierno de Martínez de la Rosa se aprueba el Estatuto Real, que no satisfizo al ala más moderada del progresismo al entender que si bien recogía algunas de las nuevas bases del constitucionalismo europeo, su propia naturaleza de carta otorgada y, sobre

todo, la ausencia de una declaración de derechos lo hacía inaceptable. Quizá a la hora de explicar el fracaso del sistema político del Estatuto Real con venga tener en cuenta la posibilidad que el objetivo último del Estatuto Real radicase en brindar al carlismo la integración en el sistema institucional, de ahí que el rechazo del destinatario a tan generoso ofrecimiento conllevara necesariamente el fracaso del sistema al no cumplir su objetivo esencial². Sea como fuere lo cierto es que el Estatuto no satisfizo ni a los carlistas ni al sector progresista del liberalismo, por lo que el fantasma del restablecimiento de la Constitución de Cádiz planeó nuevamente sobre el suelo hispano a principios de 1836, motivando una airada e irónica reacción de Larra en su artículo titulado *Dios nos asista: tercera carta de Figaro a su corresponsal en París*, publicado en *El Español* del día 3 de abril de 1836: «“¡Bravo!” Dije yo; esto es lo que se llama andar camino. Aquí no se sabe multiplicar; pero restar, a las mil maravillas. Vamos a ver quién puede más. El año 14 vino el Rey y dijo: 'Quien de catorce quita seis, queda en ocho; vuelvan las cosas al ser y estado del año 8' El año 20 vienen los otros y dicen: 'Quien de veinte quita seis, queda en catorce. Vuelvan las cosas al ser y estado del año 14' el año 23 vuelve el de más arriba y dice 'Quien de veintitrés quita tres, queda en veinte; vuelvan las cosas al ser y estado de febrero del año 20' El año 1836 asoman los segundos, y éstos quieren restar más grande: 'Quien de treinta y seis quita veinticuatro, queda en doce: vuelva todo al año 12' Estos han pujado, si se exceptúa el Estamento [sic] que, más picado que nadie cogió y lo resto todo y nos plantó en el siglo XV»³. Por eso, el pronunciamiento de los sargentos en La Granja en agosto de 1836 obligando a la regente María Cristina a proclamar la Constitución de Cádiz fue en realidad el canto de cisne de dicho texto, pues, pese a entrar en vigor por tercera vez en nuestra historia, si en algo concordaban las facciones liberales era, precisamente, en la elaboración de un nuevo texto constitucional. Se abrió así un proceso constituyente⁴ en el seno de unas Cortes unicamerales bajo la vigencia de la Constitución de 1812 y donde, al igual que ocurriera en Cádiz, se encubrió el verdadero objetivo final, en esta ocasión disfrazando como reforma lo que en realidad era la elaboración de un nuevo texto que respondía a una nueva teoría constitucional. Un texto más breve, conciso y alejado de abstracciones filosóficas, donde el principio de soberanía nacional se recogía expresamente mas no en el articulado sino en el preámbulo; donde se proclamaban abiertamente

² Esta tesis es defendida por el profesor Carlos SECO SERRANO en su *Historia del conservadurismo español*, Temas de Hoy, Madrid, 2000, p. 60-61. y 99.

³ Larra no dejaba de reconocer que los tiempos pasaron factura al constitucionalismo gaditano: «*La Constitución del año 12 era gran cosa, en verdad, pero para el año 12 [...]* Para el año 1836 la única Constitución posible es la de 1836». Mariano José de LARRA, *Obras completas* Tomo II, Ediciones Atlas, Madrid, 1960, p. 197-198.

⁴ Sobre las Cortes Constituyentes de 1837 ha aparecido recientemente un voluminoso estudio debido a Alejandro NIETO, *Mendizábal: apogeo y crisis del progresismo civil*, Ariel, 2012.

una tabla de derechos y entre ellos el más fundamental, el de la libertad de imprenta; donde se articulaba un sistema basado en el bicameralismo, el robustecimiento de los poderes de la Corona y, sobre todo, la compatibilidad del cargo de ministro y diputado. Un texto que, como indica el profesor Varela, supuso una transacción constitucional y un ensamblaje entre principios moderados y progresistas.

El año 1837 supuso, pues, el fin de la vigencia formal y material de la Constitución de Cádiz, precedido años atrás por el fallecimiento de sus principios, arcaicos y anacrónicos en la Europa del momento. En una Europa donde en mayo de ese mismo año el fallecimiento del monarca inglés Guillermo IV entronizaba la jovencísima Victoria de Inglaterra, hija del duque de Kent; en un mundo donde al otro lado del Atlántico en los Estados Unidos se ponía fin a los ocho años de mandato presidencial de Andrew Jackson, quien el 4 de marzo de 1837 cedía el testigo a Martin van Buren, su hasta entonces vicepresidente, que recoge de su antecesor un sistema donde se ha consolidado definitivamente la democracia y el bipartidismo en el sentido moderno del término; en definitiva, superados ya los estertores revolucionarios y consolidado ampliamente un nuevo modelo de constitucionalismo anglófilo y alejado de los ya vetustos y anticuados principios del iusnaturalismo racionalista, la Constitución de Cádiz resultaba anacrónica e incompatible con el «*espíritu del siglo*».

III

Históricamente no le han sentado nada bien a España las alianzas con Francia, que una y otra vez acabaron siendo funestas para nuestros intereses, y lo mismo ha ocurrido cuando se ha querido seguir acriticamente patrones galos. Quizá hubiese convenido en este aspecto seguir más la estrella británica que la francesa, y por ello no puedo menos que compartir la opinión de Joaquín Varela cuando, al analizar la alternativa parlamentaria auspiciada por Blanco White, indica que «*De haber triunfado esta alternativa quizá hubiese cambiado el sinuoso y desgraciado curso de la historia constitucional española, aunque este triunfo hubiera requerido no sólo una distinta actitud por parte de los liberales –menos francófila y más anglófila, por decirlo de forma rápida y expresiva– sino también por parte de los realistas y del propio rey*», palabras cuyos ecos me han traído a la memoria aquéllas con las cuales, hace ya noventa años, Yela Utrilla finalizara su análisis sobre el papel desempeñado por España en el proceso independentista de los Estados Unidos de América: «*Un...yo pequé para terminar: aleccionado por las doctrinas y discursos de ese magnífico sofista de las derechas españolas, Juan Vázquez de Mella, fuimos a un tiempo anglófobos en grado sumo; hoy, el estudio de la política española en el reinado de Carlos III, nos ha convencido de que los intereses españoles hubiesen prosperado infinitamente más, de haber mar-*

chado siempre pueblo y Gobierno español de acuerdo con la gran nación inglesa»⁵.

RESUMEN: Este trabajo realiza un estudio crítico del libro de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna titulado *La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno Marcial Pons, 2013.*

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo histórico, Cádiz, 1812.

TITLE: *Rise and fall of the constitutionalism of Cádiz.*

ABSTRACT: This article performs a critical analysis of the book authored by Professor Joaquín Varela Suanzes-Carpegna entitled *La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno Marcial Pons, 2013.*

KEYWORDS: Historic constitutionalism, Cádiz, 1812.

Recibido: 07.05.2013

Aceptado: 02.09.2013

⁵ Juan Francisco YELA UTRILLA, *España ante la independencia de los Estados Unidos*, Ediciones Itsmo, Madrid, 1988, p. 485.

RECENSIONES

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012

La obra del profesor Álvarez reflexiona sobre «las posibles aristas constitucionales que se observan respecto a determinadas medidas que intentan favorecer la presencia política de las mujeres en las principales instituciones representativas» (pág. 23), en concreto, la composición equilibrada de las listas electorales. Ciertamente, esta temática ha sido objeto de un número relativamente elevado de análisis en los últimos años. Sin embargo, en las próximas páginas se comprobará que dicha circunstancia no resta interés a un trabajo que, apoyado en una sólida estructura jurídico-constitucional, toma elementos de disciplinas análogas como la ciencia política, la sociología o la filosofía —«a veces, del Derecho» (pág. 24)— para convencernos de que la concepción paritaria introducida en nuestro ordenamiento no tiene un encaje sencillo en el dogma de la representación política presente en la Constitución de 1978.

En este sentido, el título que me propongo reseñar constituye un ejercicio sincero de análisis. El lector no tardará en comprobar la posición favorable del autor para con el impulso de la igualdad de género en el espacio político. Precisamente por ello, resulta destacable la respuesta ofrecida al final de la obra: «las disposiciones paritarias no casan del todo con algunos aspectos centrales sobre los que nuestra democracia representativa se basa», de manera que «quizás lo apropiado desde un punto de vista estrictamente jurídico sería operar una reforma constitucional» (pág. 211). Una afirmación rotunda que le obliga a desmontar la aparente nitidez de la jurisprudencia constitucional en la materia, sumiéndola en las sombras que proyectan las aristas a que hacía referencia al comienzo.

Apuntado el desenlace, es necesario aclarar algunos aspectos formales. La estructura del libro deja a las claras que su origen se encuentra en la tesis doctoral del autor. De esta forma, los cuatro capítulos que integran el estudio —Introducción y Conclusiones aparte— se ordenan en dos bloques temáticos diferenciados. El primero examina el aparato teórico propio de las acciones positivas y su operatividad en relación con las instituciones democráticas representativas. Por su parte, el segundo bloque se ocupa del empleo de estas técnicas en España, centrandó su objeto en la reforma operada en la LOREG para la exigencia de la composición paritaria de las listas electorales.

La primera parte se inicia con la presentación del régimen jurídico de las acciones positivas. A pesar de lo extenso de la materia tratada, el autor ofrece un repaso muy significativo de esta doctrina, desde su aparición como elemento corrector de las discriminaciones étnicas en Estados Unidos, su progresiva inclusión en los principales instrumentos normativos internacionales y la recepción en la jurisprudencia constitucional española, en la que lamenta «que no se vislumbren unos criterios mínimos y coherentemente asentados

para proceder al juicio de constitucionalidad de este tipo de disposiciones» de acción positiva (pág. 77).

Conocidos los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del legislador, el siguiente capítulo se centra en su operatividad para conseguir dotar a la democracia vigente de un carácter paritario. Como no podía ser de otra forma, el primer hito del discurso pasa por identificar en qué consiste la paridad como rasgo adjetivo de la democracia. Desde esta perspectiva, el sugerente trabajo del autor pone a nuestra disposición los elementos de juicio necesarios: se trata de una idea reaccionaria al condicionamiento sexual inherente al contrato social, que bebe de la corriente igualitaria del feminismo más que de la revolucionaria, y que pretende operar un cambio en el sistema democrático que no se limite a aspectos meramente cuantitativos sino también cualitativos, de integración de la perspectiva de género en el debate político (pág. 85 y ss.). Así las cosas, la condición paritaria de la democracia excede de la corrección de la sobrerrepresentación masculina –representación descriptiva (pág. 92)–, operando como un elemento adicional de cambio social puesto que «la deliberación supone aceptar la posibilidad de modificar los intereses y posiciones iniciales, a través del intercambio racional de argumentos entre las partes, lo que permitiría a los representantes acoger y defender la causa femenina» (pág. 97).

Identificada la modalidad democrática que se pretende, resta valorar si el objetivo puede ser alcanzado mediante la implementación de medidas de acción positiva. A favor de tal conclusión parece decantarse la experiencia comparada. Ahora bien, la referencia debe tomarse en sentido abstracto, esto es, sobre la categoría, no sobre las medidas concretas a adoptar. Como apunta el autor, ni cabe realizar una tipología específica de las medidas de acción positiva posibles (págs. 99-100), ni la eficacia de éstas puede valorarse sin atender a otros factores exógenos como la cultura política y el sistema electoral vigente (pág. 108). Las medidas habrán de adaptarse a las circunstancias específicas del país.

Concluida la parte teórica, la segunda parte de la obra se dedica al estudio del impulso de la democracia paritaria en España. En el primero de los capítulos se analiza el origen y evolución de esta dinámica hasta la aprobación de la celeberrima Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por la que se introduce una «cuota bidireccional y neutra» (pág. 123) en relación con los cargos públicos representativos. Sin espacio para detenerse en este extremo, no puede pasarse por alto un –contundente– comentario relativo a la eficacia de esta medida para la mejor de la representación femenina en aquellos cargos: «cuando la realidad electoral española ha tenido que juzgar los rendimientos prácticos, las esperanzas depositadas en estas medidas se han enfriado» (pág. 138). Sin proponérselo, el autor lanza un aviso para navegantes: la promoción de la democracia paritaria podría haber errado no sólo en el vehículo normativo elegido, sino también en su redacción.

Volviendo a los aspectos jurídico-constitucionales del objeto de estudio de la obra, el núcleo del trabajo lo conforma la presentación del escrutinio efectuado por el Tribunal Constitucional respecto de los –importantes– «puntos de fricción constitucional» que la reforma incluida por la ley de igualdad conoce (pág. 149). El recorrido realizado por el autor a través de la jurisprudencia resulta del máximo interés. Sin embargo, la finalidad pretendida no excede de la ofrenda al lector de los conocimientos precisos para el diálogo a tres bandas entre el juez constitucional, la doctrina y el propio autor con que se cierra el título y en el que afloran los puntos débiles de la argumentación manejada por el primero para avalar la constitucionalidad de la reforma.

De manera esquemática, la implementación de una medida como la señalada dentro del modelo de democracia definido en la Constitución de 1978 podría encontrar un primer problema de calado en el propio dogma de la representación parlamentaria. El profesor Álvarez Rodríguez se adhiere en este punto a la posición disidente del Magistrado Rodríguez-Zapata: la medida «interpone entre la soberanía y la categoría de ciudadano la condición sexual» (pág. 138). No podría ser de otro modo, pues la doctrina de la presencia –inherente al sistema de cuotas– «potencia la idea del reconocimiento identitario diferente, por lo que en este esquema los sujetos que llevan a cabo la representación importan, y mucho: deben pertenecer al colectivo en cuestión, para el caso que ahora se estudia: mujer-representa-mujer / hombre-representa-hombre» (pág. 172). Todo ello sin olvidar dificultades de carácter más concreto, como la posición jurídica del representante como vocero de la voluntad general (pág. 176) o el complejo encaje de la obligada presencia femenina en la autonomía de los grupos parlamentarios (pág. 179).

Más evidente pareciera la eventual contradicción entre el modelo de cuotas y el principio de igualdad en su vertiente de acceso a los cargos públicos representativos. Desde esta perspectiva, la postura del juez constitucional pasa por considerar la cuota de género un requisito adicional para el ejercicio de un derecho de configuración legal. Salvado el escollo, la aplicación indiferenciada de la exigencia a ambos sexos hace «harto difícil alegar una discriminación justamente fundada en tal característica» (pág. 136). Resulta discutible, empero, que una argumentación de este tipo pueda tener acomodo en un ámbito donde «rige el principio de *favor libertatis*» (pág. 188). Por este motivo el autor aboga por la introducción de una cláusula de apertura que no convierta el requisito del sexo en una causa de inelegibilidad que no solamente obedece a una lógica distinta a las ya existentes sino que «paradójicamente se convierte en un requisito que, de entrada, deja fuera la posibilidad de poner en marcha el mencionado sufragio» de manera abstracta, de modo que «desde el pistoletazo de salida, algunas mujeres y hombres quedarán imposibilitados a la hora de accionar su derecho a acceder al cargo como consecuencia de equilibrar las listas» (pág. 192).

Por último, la introducción del sistema de cuotas es valorada desde la perspectiva de los partidos políticos, pues «en el nacimiento y desarrollo

de las formaciones partidarias confluyen, básicamente, el pluralismo político y las libertades asociativa e ideológica, sin perder de vista la relevancia en esta cuestión del derecho de sufragio» (pág. 193). Ya se ha aludido con anterioridad a la postura del autor sobre aspectos conexos a esta temática, a saber, la eficacia de las cuotas para la integración de la mujer o la fractura de la teoría de la representación política. Junto a los mismos, la libertad ideológica y de expresión de los partidos lleva a cuestionarse «si se podría estar abriendo una suerte de democracia neomilitante, que vendría a exigir una adhesión positiva de los partidos hacia determinadas formas de igualdad de género» (pág. 203). Éste es el punto donde más difieren las perspectivas del autor y el juez constitucional. El segundo niega cualquier avance en esta línea porque «los partidos podrán seguir defendiendo los principios políticos oportunos siempre que cumplan las exigencias que el ordenamiento impone» (pág. 136). Más dudas alberga el autor, para quien «conviene no olvidar que, de no cumplir con la (cuota), no se establece una sanción cualquiera, sino una de las más dolorosas, como es la no concurrencia a las elecciones correspondientes» (pág. 205). En otras palabras, se limita la libertad de acción y de organización de los partidos, obligándolos a llevar a cabo una conducta que no sólo se aleje de su ideología, sino que la contradiga (págs. 207-208).

Si se ha leído con atención todo lo expuesto, se coincidirá en la valoración positiva de esta obra. El lector avezado encontrará en la misma gran cantidad de información, un valioso resumen del estado de la cuestión y –principalmente– un cuidado análisis jurídico de la misma. Por su parte, el estilo claro y sencillo del discurso, unido a una muy estudiada cadencia, tanto en la presentación de los temas como en la introducción de perspectivas distintas de la estrictamente jurídica, contribuyen a que la lectura de la obra sea fácilmente asumible por los lectores menos expertos que deseen conocer más de una temática que, a pesar de su importancia capital, se ha visto envuelta en numerosos clichés a resultas de su proximidad a la esfera política.

Roberto Rosino Calle

Centro Universitario de la Defensa en San Javier

Arturo CALVO ESPIGA y María A. PEÑÍN GONZÁLEZ, *Constitucionalismo y protección penal del matrimonio. La secularización del matrimonio en la evolución histórica del ordenamiento penal español*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor 2010

La monografía que comentamos en esta reseña constituye un denso estudio jurídico como lo acredita la riqueza del aparato crítico a pie de página, el análisis de fuentes legislativas y jurisprudenciales y la casi exhaustiva y acreditada bibliografía con que se enriquece y sobre la que ha sido elaborado este libro. Las páginas 13-27 contienen una ajustada y, a la vez, erudita introducción en la que se delinea perfectamente la temática a analizar y la línea metodológica que se seguirá en el tratamiento de la compleja cuestión que se han propuesto los autores. La exposición se articula en cuatro capítulos. En el primero, a lo largo de las páginas 29 a 138, se plantea el marco constitucional, a partir de una metodología jurídico-evolutiva, de la legislación matrimonial desde que, en el primer Código Penal, aparecen de forma sistemática normas protectoras del matrimonio. En el capítulo siguiente, que comprende las páginas 139 a 239, se estudia el proceso mediante el que se ha proporcionado, a lo largo de la historia, cobertura y garantía penales a la institución matrimonial, a tenor de cómo en cada momento la norma civil tipificaba la institución matrimonial. Ahora bien, en todo ordenamiento, principios constitucionales, tipos jurídicos y cobertura penal de los mismos sólo son efectivos en cuanto aplicables y contrastados tanto en la dinámica implícita en el propio desarrollo normal del ordenamiento como en las situaciones conflictivas. La jurisprudencia se asume en esta monografía como el contraste del ordenamiento que avala la eficacia de la norma. A ella dedican los autores el tercer capítulo, páginas 241-305, de este estudio, en el que se ofrece no sólo el análisis, a través de la historia, del sistema coercitivamente protector del matrimonio, sino el estudio del sentido jurídico de esta protección a través de la identificación del tipo delictivo en que se justifica, desde el ámbito penal, la mentada protección.

El cuarto y último capítulo, de la página 307 a la 323, de carácter eminentemente conclusivo, pone de relieve, por una parte, la dinámica secularizadora que ha seguido la legislación de la institución matrimonial en el ordenamiento español; y, por otra, la tendencia de la ley, al menos por lo que al caso español se refiere, a proteger más el ejercicio personal de un derecho que las propiedades o la misma existencia de la institución matrimonial en cuanto tal.

Hemos de destacar, dentro de los aspectos formales de esta obra, la unidad y congruencia de estilo redaccional; de este modo se consigue una redacción ágil, fluida y de cómoda lectura sin que ello impida una gran hondura y profundidad jurídicas. El esfuerzo de coordinación en la estructura literaria del libro para evitar rupturas en la lógica y desarrollo unitario de la exposición dice mucho de la calidad del trabajo con que se ha elaborado esta

monografía. Por otra parte, sería prolijo hacer referencia a todas y cada una de las aportaciones innovadoras y novedosas, desde el punto de vista de la protección penal del matrimonio, que aporta esta monografía. Nos limitaremos en este comentario a señalar algunas de ellas.

Entre las novedades destacables del capítulo primero, en el que se ofrece un detallado estudio de la experiencia constitucional española desde la de 1812, cabe destacar el principio hermenéutico que se utiliza en el análisis de la sucesión constitucional acaecida en España entre 1812 y 1978. Se trata de un esmerado estudio sistemático de la dimensión constitucional que afecta a la protección penal del matrimonio por el ordenamiento. De muy especial interés resultan, a este respecto, las páginas 131-138 en las que, consecuencia del método sistemático y relacional-comparativo utilizado en el estudio de las Constituciones, se ofrecen las líneas dogmático-institucionales de evolución de la legalidad penal, según los distintos textos constitucionales, así como los principios penales que, directa o indirectamente, fueron progresivamente constitucionalizados a través del proceso histórico de elaboración y vigencia de las diferentes Constituciones.

En el capítulo siguiente, los autores abordan ya de forma directa el estudio de la protección penal que el ordenamiento español ha ofrecido a la institución matrimonial desde el Código Penal de 1822 hasta la codificación realizada en 1995. De nuevo, se ofrece un exhaustivo estudio sistemático de la parcela de la legislación penal que se refiere a la institución matrimonial. Constituye en este estudio una absoluta novedad en el tratamiento que el Derecho Penal ha reservado a la institución matrimonial la presentación y análisis de las fuentes jurídicas del ordenamiento penal español. En concreto, se analiza *El Codex repetitae praelectionis*, *El Fuero Juzgo*, *El Fuero Real*, *Las Partidas* y *La Novísima Compilación*, escudriñando en ellas todos aquellos pasajes que hacen referencia a la protección jurídica de las variadas situaciones personales y sociales que afectan al matrimonio. Es la primera vez que, en la literatura doctrinal penal, se realiza un estudio del importante influjo que las fuentes jurídicas canónicas han tenido en el ordenamiento español. Se estudian las fuentes históricas canónicas sistematizadas en tres grupos: 1) las anteriores al Decreto de Graciano, desde el siglo III hasta el XI; 2) el Decreto de Graciano; y 3) las Decretales de Gregorio IX. Cabe, en este sentido, destacar el manejo y uso que de forma directa, inmediata y primaria se realiza de las fuentes jurídicas. No es fácil encontrar en la doctrina jurídica contemporánea referencias tan de primera mano a fuentes jurídicas fundamentales y absolutamente necesarias para el correcto conocimiento de nuestras instituciones jurídicas básicas.

El capítulo tercero está todo él dedicado al análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a los posibles delitos que puedan ser cometidos en relación al matrimonio. Todo este capítulo constituye una absoluta novedad tanto por lo que se refiere a su contenido material como al tratamiento que se realiza del material utilizado. La Jurisprudencia del Tribunal

Supremo analizada contiene sentencias desde el 14 de marzo de 1861 hasta el momento en que se elabora esta monografía. El bloque de sentencias del Alto Tribunal se estructura, según la problemática abordada, en torno a las cuestiones relacionadas con el matrimonio que abordó el Supremo desde los años sesenta del siglo XIX. La parte más importante del análisis jurisprudencial, en lógica consecuencia con la temática abordada por las propias sentencias, se dedica en esta obra al tratamiento que el Alto Tribunal realiza del delito de bigamia. Desde la primera sentencia analizada (1861) se aprecia y demuestra una constante tendencia jurisprudencial a reducir a mínimos el recurso a la sanción penal como medio de protección y salvaguarda de la institución matrimonial, buscando, también en lo que al delito de bigamia se refiere, más la seguridad jurídica de las personas casadas o en trance de contraer matrimonio que la incolumidad de la propia institución. El cuarto y último capítulo se configura como una recopilación perfectamente ajustada a la exposición que antecede y síntesis de las ideas fundamentales que sistemáticamente se han desarrollado a lo largo de todo el texto. De nuevo llama en ella la atención la densidad de su redacción y la profundidad y claridad con que se manejan conceptos jurídicos de compleja comprensión.

Sin duda alguna, el libro que presentamos constituye una importante aportación al Derecho Eclesiástico del Estado así como a la dogmática penal contemporánea. Una vez más, hemos de constatar el dominio de la doctrina y jurisprudencia que manifiestan sus autores tanto por lo que se refiere a la dimensión histórica de las mismas como a las más recientes aportaciones sobre el tema. En la exposición y análisis de las distintas cuestiones tratadas se armonizan contenidos y métodos de distintas disciplinas y especialidades jurídicas, desde el Derecho Constitucional al Penal, desde la Historia a la Jurisprudencia, desde el Derecho Canónico al Procesal, etc. Nos hallamos, por tanto, ante una de esas obras que por la propia relevancia del asunto tratado, por la precisión, hondura y exhaustividad de sus análisis y por la riqueza y amplitud de las fuentes utilizadas están llamadas a una permanencia, utilidad y validez que sobrepasan los límites cronológicos de la actualidad de su publicación.

David Berrocal Rengel
Abogado

Carlos Javier MOREIRO GONZÁLEZ, *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2012

La monografía del Profesor Carlos Moreiro constituye una obra fundamental para los operadores que se enfrenten a procedimientos de contenido comunitario económico y a los cauces que les ofrecen los diferentes sistemas supranacionales para conseguir una adecuada protección de sus derechos.

El libro hace fundamentalmente referencia a la relevancia que la protección del principio de celeridad tiene actualmente en los procedimientos judiciales. Sin celeridad procesal no puede existir calidad en la justicia, de ahí la importancia que tiene un análisis de la protección que recibe el principio de proceso sin dilaciones indebidas.

Desde una perspectiva internacional publicista, el enfoque del autor resulta de especial interés, dado que partiendo del estudio del principio en el sistema de Naciones Unidas, pasa por el Consejo de Europa y la Unión Europea para llegar a los sistemas nacionales de protección de derechos fundamentales. Es una comparación a la par académicamente brillante y de elevada eficacia práctica.

El análisis que el autor realiza de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional español puede considerarse profundo y lleno de matices y esto convierte a esta obra en un referente necesario para los operadores de diversa índole que se enfrenten a la defensa de derechos particulares ante las instancias jurisdiccionales.

El tratamiento del principio parte de la propia definición del concepto jurídico indeterminado en que se basa, es decir, aborda la noción de derecho al plazo razonable. Esta definición parte del estudio de las condiciones para su invocación ante los tribunales y de las medidas que los sistemas contienen para poder garantizar su ejercicio y teniendo en cuenta su falta de definición normativa, emplea los requisitos jurisprudenciales definidos por las diferentes instancias que han abordado la cuestión. El análisis de la confluencia de aproximaciones sobre el mismo principio, basándose en diferentes elementos y matices se aborda por el autor con delicadeza y precisión jurídica dignas de ser subrayadas. Es quizá la referencia a elementos contenidos en normas universales formales o pertenecientes al soft law, a pesar de no ser el centro fundamental de interés de la monografía, uno de los elementos más novedosos y relevantes de este análisis y en el que el autor pone a disposición del lector su dominio del complejo entramado normativo en que en este momento se han convertido nuestros ordenamientos.

El primer capítulo, bajo la denominación Características generales del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (págs. 13-44) analiza la definición del derecho a obtener una resolución judicial en un plazo razonable en el Derecho español, el supranacional, el Derecho de la Unión Europea, y en la jurisprudencia del TEDH.

El capítulo segundo del libro bajo el título Consideraciones sobre la naturaleza y el funcionamiento del sistema jurisdiccional de la unión Europea, (págs. 45-74) hace un análisis teórico y doctrinal de la relevancia de la jurisprudencia comunitaria en razón de la naturaleza del Tribunal de Justicia como máxima instancia encargada de controlar la labor de los órganos administrativos comunitarios.

La necesidad de celeridad se pone en conexión con la cautela que exige la protección de los derechos de defensa de las partes y se analizan las razones que determinan la complejidad de los procedimientos y los esfuerzos que se han llevado a cabo para tratar de paliar los efectos negativos de esa complejidad sin descuidar el resto de valores que se protegen en el procedimiento.

El capítulo tercero se denomina La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la duración razonable de los procedimientos (págs. 75-120). En él se analiza la jurisprudencia del TJ en procedimientos en que se alega la vulneración del derecho a que la causa sea vista en un plazo razonable y en él se pone de manifiesto nuevamente la relación existente entre el análisis comunitario y el del Consejo de Europa vía Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El análisis de las similitudes y diferencias entre ambas instancias en el enfoque del principio, la definición de los matices que separan la aproximación entre ambas instancias resulta uno de los aspectos más relevantes de la monografía objeto de estudio.

Además se aborda otra de las cuestiones más relevantes en la aplicación práctica del principio, la determinación de los sistemas jurídicos para reparar los perjuicios que en las personas físicas y jurídicas implique la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En esta cuestión se verifica otro de los elementos que subrayan la relevancia práctica de este estudio para los operadores jurídicos que busquen proteger derechos económicos ante instancias nacionales o internacionales, tratando de acercarnos a una justicia eficaz y respetuosa con los derechos de los ciudadanos.

María Pilar Canedo Arrillaga
Jean Monnet Chair en Derecho Transnacional
Universidad de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º. 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º. L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, – n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 61, Issue 2, July-December 2013

Sumario

Special Issue: The economic crisis and its impact within the Constitutional Legal Order

Presentation

Emanuele Rossi,
Patricia Rodríguez-Patrón

The Impact of the Financial Crisis on the Constitutional Form of Government and Democracy. Some Lessons from Italy

Andrea Simoncini

The Welfare State and the fragility of the social rights in times of economic crisis

Luis E. Delgado del Rincón

Economic crisis and strengthening of the regulatory powers of the Executive

Asunción de la Iglesia Chamorro

Fundamental rights in times of shortages. Some considerations dealing with the Judgment 293/2013, 12 April (TJS Galicia)

Pablo Nuevo López

Spanish provincial division: History, Evolution and Current status

Marc Tarrés Vives

Studies

European Union: To a really common Foreign and Security Policy

Joaquín Bordonado Fortuny

Constitutional reform and the new Economic Governance of the European Union

Josu De Miguel Bárcena

The requirement of the special Constitutional significance: «decide not to decide»

Yessica Esquivel Alonso

Forest management, naval need and legal-institutional conflict: the Hispanic monarchy and the Basque institutions during the Habsburgs

Alfredo José Martínez González

The needed review of the effectiveness of parasocial omnilateral shareholder agreements

Aranzazu Pérez Moriones

Effects caused by a compulsive legislator in the juridical safety. The example of the amplified judicial taxes

Eduardo Sánchez Alvarez

Aspects of indemnity in the Spanish Constitution of 1978

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notes

Book reviews