

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

32

XUNTA DE GALICIA

32

SETEMBRO - DECEMBRO
2002

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- Nº. 0 (1992) –
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992-
v.; 24 cm.
ISSN:1132-8371
Depósito legal: C-1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas
15707 Santiago de Compostela
Tel.: 981 54 60 40 / Telefax: 981 54 63 37
E-mail: manuel.brana.gutierrez@xunta.es

Traducción e supervisión lingüística: Lidia Fernández Pastoriza
Raquel Rodríguez Parada

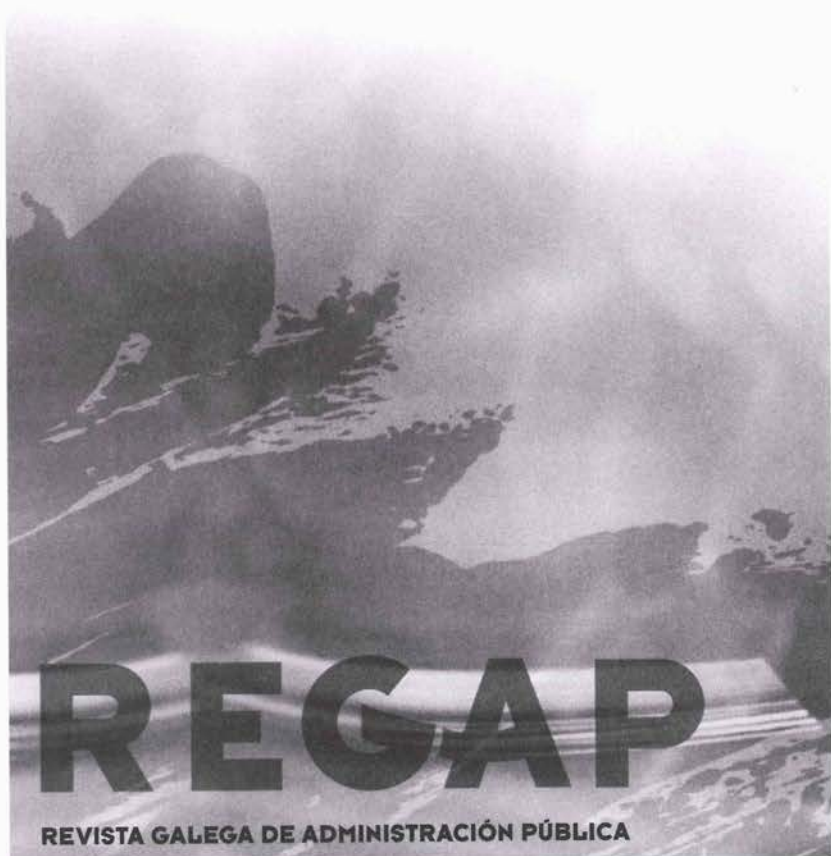
Deseño gráfico: uqui lllll cebra

Imprime: Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solicitude de subscricións á EDITORIAL GALAXIA.

A Escola Galega de Administración Pública non se identifica
necesariamente cos xuízos dos autores dos artigos que aparecen nesta revista.



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro
Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes
Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal
Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo
Secretario de Administración local

José Ramón Cólera Leirado
Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria Díos Vieitez
Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín
Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto
Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Manuel Fernández Areal
Catedrático emérito de periodismo

Alejandro Fernández Barreiro
Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña

Eduardo Freire Pousa
Oficial de Administración de Xustiza de Galicia

José Antonio García Caridad
Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño
Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas
Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radó
Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

José Carlos López Corral
Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Xosé López García
Decano da Facultade de Ciencias da Información da Universidade de Santiago de Compostela

Fernando José Lorenzo Merino
Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

Jesús Martínez Girón
Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo
Profesor da Universidade da Coruña

Luís Rodríguez-Ennes
Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste
Conselleiro de Innovación, Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo
Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela
Director xeral de Administración local

Luís Ramón Sotelo López
Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Jesús Souto Prieto
Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García
Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Jesús Vázquez San Luis
Secretario xeral da Consellería de Innovación, Industria e Comercio

Javier de Vicente Remesal
Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira
Catedrático de ciencia política e da administración da Universidade de Santiago de Compostela

Perfecto Yebra Martul-Ortega
Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela

SUMMARY

STUDIES

Domingo Bello Janeiro	Galician autonomous agricultural law _____	15
Luis Rodríguez Ennes	The crisis of self-autonomy and the appearance of the modern employment contract _____	35
José L. Requero Ibáñez	Nationality acquisition by residence. Case law analysis of Civil Code Article 22.4: good civic conduct and suitable degree of integration _____	53
Pedro de Pablo Contreras	Civil legislation in the Autonomous Communities agricultural law _____	73

NOTES AND COMMENTS

José María Arrojo Martínez	The role of national and regional parliaments _____	93
Manuel Guillermo Altava Lavall	A better allocation and definition of powers within the European Union _____	105
M^a Teresa Carballeira Rivera	Women, feminism and public authorities. An approach from the point of view of international relations _____	121
Miguel Angel Díaz	Necessity and emergency decrees in The Argentine _____	143

JURISPRUDENCE

Juán José Pernas García	Considerations to the Constitutional Court decision 159/2001 of 5th July: legal inertia on the final approval of town planning _____	157
--------------------------------	--	------------

PARLIAMENTARY CHRONICLE

Xosé Antón Sarmiento Méndez	Language and its legislative and legal treatment: state of affairs _____	171
------------------------------------	--	------------

SUMARIO

ESTUDIOS

Domingo Bello Janeiro	Derecho agrario autonómico gallego _____	15
Luis Rodríguez Ennes	La crisis de la autonomia de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo _____	35
José L. Requero Ibáñez	Adquisición de la nacionalidad por residencia. Análisis jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil: la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración _____	53
Pedro de Pablo Contreras	Legislación civil en el derecho agrario de las Comunidades Autónomas _____	73

NOTAS E COMENTARIOS

José M^a García Leira	O papel dos parlamentos nacionais e rexionais _____	93
José Manuel Sobrino Heredia	Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea _____	105
Irene Rodríguez Manzano	Mujer, feminismo y poderes públicos. Una aproximación desde las relaciones internacionales _____	121
Miguel Ángel Díaz	Os decretos de necesidade e urxencia na Arxentina _____	143

XURISPRUDENCIA

Almudena Fernández Carballal	Consideracións á Sentencia do Tribunal Constitucional 159/2001, do 5 xullo: a inercia jurisprudencial sobre a aprobación definitiva do planeamento urbanístico _____	157
-------------------------------------	--	------------

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Xosé Antón Sarmiento Méndez	A lingua e o seu tratamento lexislativo e xurisprudencial: estado da cuestión _____	171
------------------------------------	---	------------

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- Conference on new regulation of the Public
Administrations' contract law
191 _____ EGAP, 3rd and 4th December, 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- Conference on town planning and noise pollution
213 _____ Lugo, 13th and 14th February, 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- Conference on administrative efficiency
and economic analysis of law
233 _____ Vigo, 20th and 21st March, 2002 **Xosé A. Barreiro Pereira**
- Conference on nationality and immigration
253 _____ A Coruña, 13th and 14th June, 2002 **José Ricardo Pardo Gato**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- Right of assembly and demonstration*
J. González Pérez
267 _____ Madrid, Civitas, 2002 **Pablo González Mariñas**
- Private law litigation on overseas slavery in the
jurisprudence of the Supreme Court (1857-1991)*
J. Martínez Girón
271 _____ Madrid, Civitas, 2002 **José L. Mínguez Goyanes**
- Contaminated blood, civil liability and state aids.
Legal answers to AIDS and hepatitis infection by transfusion
J. Seuba
275 _____ Madrid, Civitas, 2002 **José R. Pardo Gato**
- Personal and family privacy
Luis J. Mieres Mieres
279 _____ Madrid, Aranzadi, 2002 **Xosé A. Barreiro Pereira**
- The history of ownership in Spain.
Common property, past and present*
S. de Dios, J. Infante, R. Robledo, E. Torijano
289 _____ Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002 **Faustino Martínez Martínez**
- Problems of public law at the beginning of the century*
E. García de Enterría
297 _____ Madrid, Civitas, 2001 **M^a del Carmen Silva López**

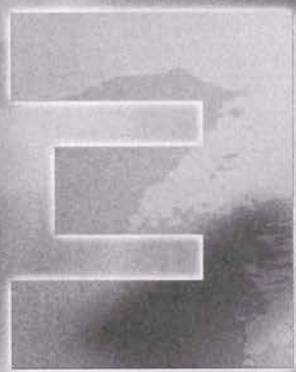
CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 191 Xornadas sobre o novo Regulamento da lei de contratos das administracións públicas
Egag, 3 e 4 de decembro de 2001 Juan Manuel González Hiltner
- 213 Xornadas sobre urbanismo e contaminación acústica
Lugo, 13 e 14 de febreiro de 2002 Isabel Castiñeiras Bouzas
- 233 Xornadas sobre eficacia administrativa e análise económica do dereito
Vigo, 20 e 21 de marzo de 2002 Xosé A. Barreiro Pereira
- 253 Xornadas sobre nacionalidade e inmigración
A Coruña, 13 e 14 de xuño de 2002 José Ricardo Pardo Gato

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

- 267 *Derecho de reunión y manifestación*
J. González Pérez
Madrid, Civitas, 2002 Pablo González Mariñas
- 271 *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*
J. Martínez Girón
Madrid, Civitas, 2002 José L. Mínguez Goyanes
- 275 *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*
Joan C. Seuba Torreblanca
Madrid, Civitas, 2002 José R. Pardo Gato
- 279 *Intimidación personal y familiar*
Luis J. Mieres Mieres
Madrid, Aranzadi, 2002 Xosé A. Barreiro Pereira
- 289 *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*
S. de Dios, J. Infante, R. Robledo, E. Torijano
Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002 Faustino Martínez Martínez
- 297 *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*
E. García de Enterría
Madrid, Civitas, 2001 M^a del Carmen Silva López

ESTUDIOS



DERECHO AGRARIO AUTONÓMICO GALLEGO

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad
de A Coruña y director de la EGAP

1. Presentación

Delante de las competencias de las que las comunidades autónomas disponen, prevalece el Derecho agrario comunitario, que si bien sus nobles objetivos persiguen aumentar la productividad, estabilizar los mercados y asegurar precios razonables al consumidor, viene a crear problemas de excedentes y disensiones entre comunidades y países, asunto especialmente agrio en Galicia.

Hoy en el siglo XXI nadie alberga la menor duda que Agricultura y Derecho forman un binomio inseparable a lo largo y ancho de la historia de la humanidad. El hecho agrario arranca con la aparición del hombre y comportó una inicial forma de vida y alimentación, una dependencia hacia unos recursos naturales espontáneos que daba la tierra.

El hecho agrario no es así un mito, ni realidad pasajera. Es un proyecto de vida en el tiempo, que como todo hecho social, engendrará un hecho jurídico que producirá un campo infinito de consecuencias jurídicas. Así alcanzaremos el concepto de Agricultura, como ordenación primaria de las reglas jurídicas, sino a la vez sociales, técnicas, culturales y desde luego jurídicas en el fin.

El Derecho agrario ha sido, y continua siendo, el «Derecho de la tierra», por el cual los derechos agrarios autonómicos elaborados en la proximidad de los campos por hombres que conocen profundamente la problemática agraria, rural y medio ambiental de cada lugar, constituye una referencia obligada y sumamente útil para ese Libro Blanco.

Efectivamente, el Derecho agrario se refiere en general a la regulación de la empresa agrícola y la reforma de las estructuras agrarias, afectando, desde luego, parcelas de la vida de los ciudadanos que repercuten de una manera muy directa en su contorno inmediato, como la propiedad, el aprovechamiento de la tierra y los contratos, singularmente los arrendamientos rústicos.

Dada la importancia de estas cuestiones, consideramos que es una tarea indelegable de la Administración Pública darles a conocer a los ciudadanos en general y, particularmente, a todos los participantes en el tráfico jurídico, las nuevas perspectivas del Derecho agrario.

La Agenda 2000 tuvo el propósito de instaurar en la Unión Europea nuevas reducciones de precios y de ayudas para el control de la oferta, que ya inició la reforma Mc-Sharry de 1992. Tal hecho no surge por generación espontánea sino que es la consecuencia lógica de la firma el 15 de abril de 1994 del Acta de Marraquech, la cual, como es sabido, crea la Organización Mundial de Comercio. El modelo que implanta la Agenda 2000 tiene que ver con el afrontamiento de la globalización y liberalización de los mercados agrarios, y, aunque se ha hablado antes de la reducción de ayudas, lo cierto es que, quizás, lo más importante de aquella agenda es la construcción de una reforma estructural, cuyo objetivo final no cabe duda es conseguir que las empresas europeas se encuentren en condiciones de competir en ese mercado total. Lógicamente, todo ello ha tenido una serie de efectos que, para entendernos, vamos a llamar colaterales y que han configurado lo que se ha dado en llamar el «modelo europeo de agricultura», entre cuyas peculiaridades cabría destacar la capacidad para realizar con éxito la competencia en ese mercado mundial al que antes nos referíamos; el empleo de métodos de producción más sanos, más respetuosos con las exigencias del medio ambiente y capaces de procurar productos de calidad para responder a las demandas y expectativas de la sociedad; la variedad de la agricultura por ejemplo, en relación con su tradición, agricultura que, por otra parte, no va a tener limitado su cometido a la producción de alimentos, sino muy especialmente a la conservación del espacio rural.

La cuestión más importante, probablemente, que aborda la Agenda 2000 no es tanto la reducción de ayudas sino, quizás la reforma de estructuras que pretende, uno de cuyos objetivos finales es conseguir que las empresas europeas se encuentren en condiciones de competir en el mercado global. Se puede afirmar que la estrategia de dicha Agenda gira

alrededor de dos cuestiones fundamentales: por un lado, el referido aumento de la competitividad de los sectores agrario y agroalimentario, tanto en los mercados nacionales como en los internacionales, y, por otro lado, el desarrollo de las directrices que ya fueron establecidas en la reforma Mc Sharry. La primera traducción a la práctica de lo mencionado anteriormente se realiza a través de las modificaciones referentes a los sectores de los cereales, la carne de vacuno, la leche y los productos lácteos, por una parte, y las medidas de ayudas directas a los productores, el fomento del desarrollo rural y el sistema de financiación de la PAC. La reforma de la PAC se instrumenta mediante el acuerdo alcanzado por el Consejo Agrícola, en los meses de febrero y marzo de 1999, en la cumbre del Consejo Europeo celebrada en Berlín, debiéndose resaltar que como consecuencia de la misma se incorporó al indicado bloque de reformas la modificación de la OCM del sector vitivinícola. Consecuencia de todo ello es la aprobación con carácter definitivo en el mes de mayo del mismo año por parte de dicho Consejo de los reglamentos inscritos en la Reforma de la PAC. Tales disposiciones legales hacen referencia a los cultivos herbáceos, carne de vacuno, leche y productos lácteos, vitivinicultura, ayudas directas a la renta, desarrollo rural y financiación. Habiendo entrado en vigor a partir de 1 de enero del pasado año lo referente al desarrollo rural, a la modulación de las ayudas directas a las rentas de los agricultores, la carne de vacuno y el vino, está previsto que a partir del 2005 lo hagan la leche y los productos lácteos.

De todo lo expuesto surge el «modelo europeo de agricultura» que se caracteriza por el empleo de métodos productivos más sanos, más respetuosos con el medio ambiente y susceptibles de conseguir productos de calidad para dar respuesta a las demandas y a las legítimas expectativas sociales; la multifuncionalidad de la agricultura, la cual no solamente se va a limitar a su misión clásica de producción de alimentos, sino que va a asumir nuevas funciones, de entre las cuales no es la menos importante la conservación del espacio rural.

2. Introducción

El Derecho civil, en su acepción clásica, es el derecho propio de cada pueblo. Justiniano lo definía como el derecho que cada pueblo constituye exclusivamente para el y que es el propio de los mismos ciudadanos y por eso se llama Derecho civil.

El Derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego, que surgió de la costumbre y se asentó durante siglos en la conciencia colectiva nacional como a su fuente material. Tal derecho, que no tenía más soporte que la convicción de su prescriptividad, recibió su

asentamiento formal en la Compilación del año 1963, que regularía diversas instituciones jurídico-patrimoniales, familiares y sucesorias. Sin embargo, la evolución político-social del país exigía la adaptación de una ordenación de origen estatal y obsoleta a los principios fundamentales consagrados en la Constitución de 1978, superando definitivamente vetustas figuras jurídicas de origen feudal.

El objeto de la presente ponencia bajo el título «Derecho agrario autonómico gallego» se centra, básicamente, en el estudio de los dos primeros capítulos del Título V, que lleva por rúbrica Contratos, de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (BOE de 27 de junio), conteniéndose en los mismos, que comprenden los artículos 35 a 94 de la nueva Ley, la regulación en Galicia de los arrendamientos rústicos y las aparcerías.

En efecto, el primero de los citados capítulos del Título V se dedica a los arrendamientos rústicos, y, a su vez, consta de dos secciones, la primera en la que se contienen las Normas Generales y la segunda que lleva por rúbrica «Del arrendamiento del lugar acasariado», tras lo cual figura el Capítulo II, que se refiere a las aparcerías, con cinco secciones, relativas, respectivamente, a disposiciones generales y a los cuatro tipos de aparcería ya contenidos en la Compilación de Derecho Civil aprobada por la Ley 147/1963, de 2 de diciembre (agrícola, de lugar acasariado, pecuaria y forestal), que serán objeto de exposición seguidamente con la lógica brevedad que un trabajo de este tipo requiere.

3. Los arrendamientos rústicos

3.1. La competencia autonómica

El primer aspecto destacable de la regulación contenida en la Ley gallega respecto de los arrendamientos rústicos es, sin duda, su novedad puesto que hasta el momento presente Galicia carecía de una normativa específica sobre la materia ya que la Compilación de 1963, no se refería en absoluto a los arrendamientos rústicos y sólo regulaba la aparcería en sus artículos 59 a 83.

Pues bien, a pesar de tal carencia de normativa específica sobre arrendamientos rústicos que estuviese vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, ninguna duda cabe de la competencia gallega en la materia, siquiera sea por la vía de la recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivos vigentes en el respectivo territorio autonómico, tal y como habían consagrado las sentencias del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre y 182/1992, de 16 de noviembre, a que se hace mención en la Exposición de Motivos de esta Ley 4/1995.

En efecto, en Galicia existía una conciencia jurídica generalizada acerca de la singularidad existente en el ámbito de los arrendamientos rústicos que demandaba una legislación específica dada la aparente insatisfacción que había producido el imperativo régimen normativo estatal, según se evidencia de las reclamaciones en tal sentido efectuadas en el Primer Congreso de Derecho gallego celebrado en A Coruña en 1972 y reiteradas, de modo más explícito, en el Segundo Congreso, que tuvo lugar en 1985, asimismo en A Coruña, donde poner de manifiesto la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma gallega especialmente para tratar la materia de aparcerías y arrendamientos rústicos en Galicia, se recomendaba que, como se ha hecho, el precio y duración del contrato, como elementos esenciales, debían reducirse al pacto o común voluntad de los contratantes, salvo en el de lugar acasurado, que debería de tener una duración mínima.¹

Incluso, mejor, la competencia de la Comunidad Autónoma gallega se justifica con mayor amplitud sobre la base de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo, que se reproduce en la sentencia 156/1993, de 6 de mayo, silenciadas ambas inexplicablemente –dada su trascendencia en orden a la potencial expansión de los derechos civiles autonómicos– en la Exposición de Motivos de la Ley gallega de Derecho civil.

De acuerdo con estas sentencias, si bien la conservación de Derecho civil foral o especial puede conllevar la asunción legal de prácticas consuetudinarias, la expresión constitucional «desarrollo» del propio derecho permite que, según expresión utilizada en la sentencia 88/1993, «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral».

Pues bien, al margen de la polémica doctrinal al respecto, ninguna duda cabe de la conexión, siquiera sea simplemente normativa, entre el contrato de aparcería, contenido en la Compilación de 1963, y el de arrendamiento rústico, que ahora se regula por vez primera en nuestro derecho, siendo una buena muestra de dicha interrelación el contenido en los artículos 101 y 106 de la Ley estatal 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

Una vez apuntada la problemática competencial, continuaremos con el análisis concreto del articulado de la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia, en torno a los arrendamientos rústicos, constitutivo del Capítulo

¹ Vid. las conclusiones del I Congreso de Dereito Galego en Estudos do Dereito Civil de Galicia, Santiago, 1973, y las del II Congreso en Foro Gallego, 1986, número 182.

I del referido Título V, que comienza con una Sección Primera referida a las Normas Generales para concluir con la Sección Segunda que lleva por rúbrica «Del arrendamiento del lugar acasado» en términos que a continuación desarrollaremos.

3.2. Normas generales

En cuanto al contenido concreto de la ley gallega, el primero de los artículos de la Sección Primera consagra ya de modo expreso la primacía de los pactos libremente establecidos entre las partes sobre las normas de dicho capítulo así como, en su defecto, los usos y costumbres que les sean de aplicación.

No obstante, no deja de ser difícilmente cohonestable tal prevalencia de la libertad de estipulación con una regulación legal más o menos pormenorizada a continuación en los artículos 35 a 49, que, por lo demás, adolecen de ciertas deficiencias fácilmente constatables tales como referirse a la duración del contrato en dos preceptos seguidos, los artículos 39 y 40, en lugar de constituir esta materia un único precepto tal y como sucede, por ejemplo, con el artículo 25 de la Ley estatal.

En efecto, a pesar de tal declaración acerca del carácter dispositivo de la normativa en cuestión respecto del acuerdo de voluntades así como de la condición supletoria, en defecto de norma escrita, de la costumbre, en la misma Ley se contempla también, en puntuales casos, la prevalencia de la costumbre.

Así, se establece el carácter preferencial de la costumbre respecto del régimen de los aprovechamientos secundarios, que en el artículo 36/3 se declaran de pertenencia al arrendatario «salvo pacto o costumbre en contrario» e, igualmente, se señala la condición prevalente de la costumbre para determinar la forma, tiempo y lugar del pago, que, como disciplina el artículo 37/2, se efectuará conforme a lo pactado, abonándose «en defecto de pacto o costumbre» en metálico, por años vencidos y en el domicilio del arrendador.

Al margen de esta primera precisión, también existen otras excepciones de mayor calado a la primacía de la voluntad pactada, imponiéndose de modo imperativo determinadas reglas derivadas de consideraciones de protección a la parte teóricamente débil del contrato, el arrendatario, si bien, es necesario advertirlo, la normativa gallega carece de una declaración genérica en tal sentido al modo en que se contiene en la Ley de Arrendamientos Rústicos en los artículos 9 y 11.

Así, dentro de estas normas que constituyen una excepción a la prevalencia del pacto figura el número 2 del artículo 42 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, en el cual, tras la imposición, en el precedente número 1 de dicho precepto, a cargo del arrendatario de las reparaciones

que deriven del uso y disfrute ordinario de la finca, se consideran siempre de cuenta del arrendador las reparaciones extraordinarias, con la obligación por parte del arrendatario de advertir de su necesidad.

Igualmente, en el número 3 del artículo 47, después de declarar que el arrendamiento se extingue por muerte o invalidez del arrendatario, se deja a salvo el derecho de sus sucesores legítimos o, en su defecto, familiares que conviviesen con él y lo auxiliasen en la explotación de la finca o fincas arrendadas, teniendo dichos sucesores o familiares, que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogara en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido o que quedase inútil permanente, todo ello con respeto al mejor derecho que se declara del viudo o viuda con hijos menores.

En esta misma línea de preceptos de condición imperativa, en el artículo 48 se especifica que, de modo distinto a lo preceptuado en el artículo 1571 del Código Civil, la enajenación de la finca no será causa de resolución del contrato, subrogándose el adquirente en todas las obligaciones del arrendador.

Con análoga intención tuitiva para la parte teóricamente más débil del contrato, se reconoce también, en el artículo 49, al arrendatario que esté cultivando de modo personal la finca, los derechos de adquisición preferente, en forma de tanteo y retracto, salvo que los arrendamientos tengan por objeto terrenos a pasto, prado y, en general, cualquier aprovechamiento secundario o que sean de duración inferior al año agrícola, según se declara en el número 7 de dicho precepto.

Los mentados derechos de tanteo y retracto se consideran preferentes a cualquier otro de adquisición, salvo el de colindantes para fincas de cabida no superior a una hectárea y el de coherederos y comuneros, por el evidente mayor provecho desde la perspectiva agraria de estos últimos, a cuyo través se pretende, de conformidad con una monolítica doctrina legal, la unificación de la copropiedad o la eliminación de los minifundios, según se destaca, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio y 10 de diciembre de 1991, respectivamente.²

Dichos derechos de adquisición preferente se declaran en el número 6 de este artículo 49, en igual línea que el artículo 11 de la Ley estatal de Arrendamientos Rústicos, irrenunciables hasta el momento en que puedan ser ejercitados, dado que, según ha declarado, en aplicación de este último precepto, una nutrida jurisprudencia, no resulta admisible la posibilidad de una renuncia respecto de una hipotética y futura operación cuyos elementos internos o no estaban fijados o no se expusieron al que

² Vid., sobre ello, con más detalle, D. Bello Janeiro, «El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil», Pamplona, 1995.

tenía que apoyarse en ellos para ejercitar o no el derecho de retraer, contrariando la necesidad de que la renuncia tiene que ser explícita, clara y terminante, según se explicita, con amplia información al respecto, en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1979.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley estatal se ubica dentro de las Disposiciones Generales de la misma, refiriéndose con carácter global a los derechos, no sólo de adquisición preferente, del arrendatario y se cohesta, por ejemplo, con la declaración previamente contenida en el artículo 9, en cuya virtud son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas de dicha Ley, salvo los casos en que ésta expresamente lo autorice.

Por el contrario, en la Ley de Derecho civil de Galicia, y esta es una grave laguna, difícilmente compaginable con las aludidas normas pretendidamente tuitivas del arrendatario, falta, según hemos adelantado, una mínima declaración general en tal sentido pro locatario al modo en que se establece en los artículos 9 y 11 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, resultando, en último término, ciertamente peculiar estatuir la protección puntual consistente en la irrenunciabilidad sólo del derecho de retracto y no enmarcado dentro de una tutela global que impida, de modo colectivo, la renuncia de los derechos, en genérico, del arrendatario.

Por otro lado, y en igual sentido imperativo como excepción a la libertad de pacto, si bien en este caso en tanto que obligaciones a cargo del arrendatario, se le prohíbe modificar por su propia voluntad el tipo de cultivo o aprovechamiento que se hubiese convenido, según se impone en el número 2 del artículo 36, y, asimismo, se prohíbe al referido arrendatario ceder en todo o en parte o subarrendar la finca arrendada sin el consentimiento expreso del arrendador, a tenor de la disposición contenida en el artículo 41, estableciéndose la facultad de resolver el contrato a instancia del arrendador en caso de subarrendamiento o cesión inconsentida en el artículo 47/1-f).

Entre las carencias de la regulación sobre este particular, puede destacarse que no se establece sanción alguna para la hipótesis de que el arrendatario enajene la finca antes de tres años desde su adquisición a través del oportuno ejercicio del derecho preferente³, lo que obliga a la

³ Vid. al respecto la disposición contenida, en sede de aparcería agrícola en general, en el artículo 65 de la Compilación de 1963, donde, ante la prohibición de enajenar, arrendar o ceder en aparcería durante seis años desde que el aparcerero adquiriese la propiedad por ejercicio del derecho de retracto, se estipulaba que «en caso de incumplimiento voluntario de lo establecido en este párrafo, podrá dejarse sin efecto el retracto», ante lo cual J. C. PAZ ARES, *La Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia*, Salamanca, 1964, página 43, apostillaba que «debieran haberse precisado las condiciones y forma de ejercicio de la revocación de las adquisiciones efectuadas en virtud del retracto».

aplicación supletoria de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que contiene al respecto previsiones específicas.

En defecto, en la Ley estatal, respecto de los derechos de adquisición preferente a que se refiere el Capítulo IX, que lleva por rúbrica «Formas de acceso a la propiedad», en el primero de sus preceptos, el artículo 84, después de haberse impuesto, en el número 2, al arrendatario, que adquiera la propiedad de la finca arrendada a consecuencia de los derechos de tanteo y retracto o del de adquisición preferente la prohibición, salvo que lo haga a favor del YRIDA, de enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición, a continuación se especifica la sanción que corresponde en caso de contravención de dicha disposición.

Efectivamente, en el número 3 de dicho artículo 84 de la Ley estatal, se estatuye que si el arrendatario incumple cualquiera de esas prohibiciones adelantadas «el arrendador podrá pedir la resolución del contrato ordinario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados».

Ahora bien, una vez expuestas sumariamente las normas imperativas, ha de señalarse también que, frente a esas referidas posibles excepciones al principio de autonomía de la voluntad que existen en la nueva regulación de los arrendamientos rústicos en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, el principio de libertad contractual que se consagra en el primer precepto, el artículo 35, del Capítulo I, De los arrendamientos rústicos, del Título V, Contratos de la Ley gallega, este principio, reiteramos se encuentra ampliamente desarrollando a lo largo del articulado de la Sección 1ª de dicho Capítulo, que lleva por rúbrica Normas Generales.

Así las cosas, el tipo de cultivo o aprovechamiento será libremente determinado, según se señala en el artículo 36, e igualmente, la renta y su pago serán la que libremente estipulen las partes, tal y como reza el siguiente precepto, el artículo 37, donde se estipula, además que las partes podrán acordar el correspondiente sistema de actualización, e incluso, convenir que la renta consista, en todo o en parte, en la propia mejora de la finca arrendada.

Igualmente, se reconoce en el artículo 38 el principio de libertad de forma en el contrato de arrendamiento, que será obligatorio cualquiera que sea la forma en que se celebre, con independencia, lógicamente, del reconocimiento a las partes de su derecho para compelerse recíprocamente a su formalización en documento privado o público.

Por lo que se refiere a la duración del contrato arrendaticio, su regulación, según se ha adelantado, se contiene en dos preceptos seguidos en dos preceptos seguidos, los artículos 39 y 40, en lugar de constituir esta

materia un único precepto tal y como sucede, por ejemplo, con el artículo 25 de la Ley estatal.

Se establece en el primero de dichos preceptos, el 39, que la duración contractual se somete al libre acuerdo o, en su defecto, por el tiempo de dos años agrícolas, añadiéndose en el siguiente artículo 40 que la eventual prórroga del contrato se supedita, igualmente, al acuerdo expreso de las partes.

A continuación, en el número 2 de este último artículo 40, se admite la tácita reconducción del contrato por una duración de dos años agrícolas si al menos con seis meses de antelación a la finalización del contrato, o a la de cualquiera de sus prórrogas, ninguna de las partes manifiesta a la otra, mediante la correspondiente notificación, su voluntad de que el arrendamiento concluya.

En relación a la regulación de las mejoras, el actual artículo 43 de la Ley contiene una regulación, cuando menos, reducida sobre una cuestión tan transcendental en el ámbito de los arrendamientos rústicos, puesto que en dicho precepto tan sólo se reconoce a cualquiera de los contratantes la facultad de realizar las mejoras útiles de que sea susceptible la finca según su destino, con la obligación de comunicar previamente su propósito a la otra parte, quien podrá oponerse expresamente en el plazo de quince días, tras lo cual, en el número 2 de dicho precepto, se establece que esas mejoras podrán ser compensadas económicamente o mediante prórroga del arrendatario, según acuerdo de las partes, teniendo en cuenta el valor actualizado en el momento en que el contrato finalice.

Según fácilmente puede apreciarse, tanto la disposición contenida en este precepto sobre las mejoras cuanto la referida en el anteriormente citado artículo 42 sobre las obras y reparaciones, suponen ciertamente una previsión escasa en relación con la regulación sobre el particular de los artículos 47 a 69 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que, indefectiblemente, seguirán rigiendo en Galicia, al igual que acaece con la materia atinente a los arrendamientos incluidos y excluidos de la Ley, en que, ante la falta de previsión en el número 1 del artículo 36 de la Ley gallega, resultan de aplicación los artículos 2 al 7 de la Ley estatal.

En cuanto a la conclusión del contrato, por último, se distingue en la nueva Ley gallega entre, por un lado, las causas de extinción estricto sensu, que son el vencimiento del plazo y la pérdida o expropiación de la finca, aparte de la ya mencionada muerte o invalidez del arrendatario, con el aludido derecho de sus sucesores, las cuales se ubican en el artículo 46, y, por otra parte, las causas que producen la resolución del arrendamiento a instancia del dueño de la finca o, en su caso, del arrendador no propietario, a las que se refiere el siguiente precepto, el 47.

3.3. Arrendamiento de lugar acasariado⁴

Al igual que en otros territorios de Derecho civil propio, es la casa elemento determinante en la configuración del Derecho gallego. Como entidad familiar y patrimonial integra la casa en su concepto al llamado «lugar acasariado» o «casal», elemento real indispensable por ser el soporte físico que sirve de sustento a la familia que se asienta en él.

Es el «lugar» una institución propia del Derecho histórico de Galicia, configurador de su particular régimen e instrumento de estabilidad en la economía campesina. Ha sido tradicionalmente definido como una unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal, instrumentalizada sobre una unidad de bienes.⁵ Carácter esencial del «lugar» es la interdependencia entre todas las fincas integrantes del patrimonio en función de unos aprovechamientos, y la existencia de una casa de labor a la que la explotación está subordinada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶ reconoce, a su vez, el carácter del lugar acasariado como instituto especial y autóctono y su destino como unidad de explotación por la voluntad manifiesta del propietario de cultivar las diversas fincas integrantes del mismo conforme un determinado plan.

En la Sección Segunda del Capítulo I del Título V de la Ley de Derecho civil de Galicia, se contiene una regulación bastante detallada, y con carácter separado e independiente, del arrendamiento del lugar acasariado, que es una figura tradicional del Derecho consuetudinario gallego.⁷

En el primero de los preceptos de esta Sección, el artículo 50, se define dicho «lugar acasariado» como «el conjunto que, formando una unidad, comprende la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos, aunque no sean colindantes», incluyendo, asimismo, «toda clase de ganado, maquinaria, aperos de labranza e instalaciones que constituyan una unidad orgánica de explotación agraria, forestal o mixta».

A través de la nueva regulación se pretende posibilitar la estabilidad e integridad de la explotación agrícola por medio del establecimiento, en el artículo 51, de un período de duración mínima de cinco años, con la

⁴ Vid. al respecto ponencia bajo el título «Derecho civil gallego y derecho agrario» publicada en el libro *Empresa Agraria y Administración Pública*, Santiago de Compostela 1998; por Domingo Bello Janeiro.

⁵ Vid. Paz Ares, *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia*, 1964. Asimismo por su interés, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1965 y 29 de noviembre de 1993

⁶ Vid las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1965, de 3 de junio de 1988, de 10 de junio de 1992 y de 29 de noviembre de 1993.

⁷ Vid. M. ARTIME PRIETO, «Estudios del Derecho Civil de Galicia», *Foro Gallego*, número 160, 1973, páginas 363 a 367.

posibilidad de prórroga por acuerdo expreso de las partes o, incluso, tácitamente, por años agrícolas, si no media denuncia del contrato por el arrendatario mediante notificación fehaciente al arrendador con más de seis meses de antelación a la fecha en que se desee darlo por finalizado.

También se trata de garantizar, con la disposición contenida en el artículo 52, la integridad del «lugar acasariado» durante el período de vigencia del contrato puesto que no podrá excluirse del mismo, por voluntad del arrendador, ninguna de las fincas o elementos que lo constituyan.

De modo similar, y con análogas condiciones y por las mismas razones –y con iguales deficiencias– que en el arrendamiento rústico, se reconoce el ejercicio de los derechos de preferente adquisición, si bien, en igual línea de posibilitar la integridad del «lugar acasariado», «recaerán sobre todas las fincas arrendadas o las que el arrendador hubiese enajenado», según se dispone en el artículo 53, en su número 1.

4. La aparcería en Galicia:

i) Introducción

Durante el proceso de abolición del Antiguo Régimen –primera mitad del siglo XIX– se abrió un amplio debate sobre la necesidad de tomar las medidas para modernizar un sector agrario poco productivo. Como en otros países europeos que iniciaron tardíamente el proceso de industrialización, los problemas agrarios constituyeron un eje central del debate económico-social. Las formas más idóneas de organizar la producción agraria y, en particular, los regímenes de tenencia más convenientes fueron temas ampliamente discutidos. Los liberales españoles, inspirados en los planteamientos de la recién nacida economía política, consideraron que el atraso agrícola se debía a un marco institucional inadecuado. En consecuencia, se procedió a sentar las bases de un nuevo sistema político-jurídico que eliminara las trabas al funcionamiento de una economía de mercado y reforzara el derecho burgués de propiedad.

Tanto en los diagnósticos como en las propuestas formuladas durante aquellos años, la influencia de Adam Smith, David Ricardo y otros economistas clásicos fue explícita. Los tratadistas españoles del siglo XIX aceptaron la superioridad de la gran explotación gestionada por el propietario o por un arrendatario con suficientes recursos, respecto a la explotación campesina en general y a la aparcería en concreto. También recomendaron persistentemente a los grandes propietarios que cultivaran directamente sus fincas o que las cedieran en arriendo monetario a labradores con recursos suficientes. Y consideraron que la explotación

campesina –con independencia del régimen de tenencia– tenía pocas posibilidades de protagonizar grandes mejoras. El paralelismo de estos análisis con los planteamientos de los clásicos resulta evidente.

Sin embargo, durante las décadas que siguieron a la reforma agraria liberal, las formas de tenencia tradicionales se mantuvieron con escasos cambios. La explotación campesina y los diversos sistemas de aparcería continuaron teniendo un peso indiscutible, y la gran propiedad mantuvo la aparcería como la forma principal de explotación de la tierra. Además, desde fines del siglo XIX, se consolidó una línea de pensamiento agrario que contemplaba la pequeña explotación campesina de forma más positiva, atribuyéndole mayor capacidad para competir con la gran explotación. No se trata de un fenómeno exclusivo puesto que, pese a las sombrías predicciones, la aparcería y la explotación familiar campesina sobrevivieron en otras zonas europeas.

Tampoco fue producto de la inercia. Después de la revolución liberal, los nuevos y viejos propietarios se plantearon cómo aumentar el producto de sus tierras sin excluir la posibilidad de realizar un cambio en el régimen de explotación. En la prensa afín a los propietarios se debatió sobre las supuestas ventajas de la explotación directa con trabajo asalariado y del arrendamiento monetario fijo. Sin embargo, la aparcería mantuvo su predominio. En ninguno de los patrimonios estudiados se optó por la explotación directa de la hacienda ni por el arriendo monetario; al contrario, se continuó utilizando la fórmula tradicional de cesión a colonos y aparceros bajo el control estricto de un administrador cuando el propietario no podía efectuarlo directamente.

El sector agrario gallego se caracterizaba por un peso importante de los cultivos arbustivos y arbóreos, junto al cultivo de la patata y el maíz, y por el predominio de modelos tecnológicos propios de una agricultura de base orgánica, con tendencia al autoabastecimiento y un capital de explotación modesto. Sólo a mediados del siglo XX empezaron a propagarse los fertilizantes industriales, la recolección mecanizada y las energías fósiles, lo cual exigió cierto crecimiento del capital de explotación.

El contexto agroecológico y las tecnologías disponibles también favorecieron la preferencia de la gran propiedad gallega por la aparcería. Hasta bien entrado el siglo XX la pérdida de cosechas y las fuertes oscilaciones en los rendimientos fueron un fenómeno especialmente intenso. La situación de gran incertidumbre hizo que la aparcería fuera percibida como la mejor opción, puesto que permitía compartir los riesgos de una actividad productiva cuyos resultados eran difíciles de prever.

ii) Marco legal^{8,9,10}

El proceso de autonomización del Derecho civil gallego se inició en el año 1987, con la Ley sobre la compilación del Derecho civil en Galicia. Con algunas modificaciones, la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, atraía para el Derecho autonómico una norma de carácter estatal que, para otros efectos, seguía subsistente fuera del territorio gallego. Inspirada en los modelos de Cataluña y de Aragón, el legislador gallego acababa así con una curiosa fórmula mixta del sistema de fuentes del Derecho autonómico gallego.

Las disposiciones generales de este contrato se encuentran en los artículos 57 a 67 de la Compilación¹¹. Estableciendo el artículo 57 que «La cesión por un contratante a otro del disfrute de ciertos bienes, conveniendo en repartirse en partes alícuotas los frutos o rendimientos, se regirá por el título consuetudinario y, en lo no previsto por el mismo, por los usos y costumbres locales y, en su defecto, por las normas de este capítulo» (Capítulo II).

Dentro de la misma figura cabe, a su vez, subdistinguir:

a) *Aparcería agrícola*: regulada en los artículos 68 a 70, señalando el artículo 68 que «Pueden ser objeto de aparcería agrícolas las fincas rústicas de cualquier clase, sin que se pierda tal carácter por el hecho de comprender la casa de labor y sus dependencias».

b) *Aparcería de lugar acasurado*: se regula con minuciosidad en los artículos 71 a 78, disponiendo, a su vez, el artículo 71 lo siguiente: 1. El objeto de la aparcería del lugar acasurado es el conjunto de elementos que constituyen una unidad orgánica de explotación, según lo establecido en el artículo 50 de la presente ley. 2. Respecto a su integridad se aplicará lo dispuesto en el artículo 52 de la presente ley».

⁸ Aparte de la Ley 4/1995, de 24 de mayo de derecho civil de Galicia, la Consellería de Agricultura, Ganadería y Política Agroalimentaria ha propuesto y la Xunta aprobó el Decreto 381/1998, de 29 diciembre, la Orden de 23 de marzo de 1999, la Orden de 26 de junio de 2000 y la Orden de 18 de abril de 2001; que establecen ayudas para los aparceros y arrendatarios de fincas rústicas históricas que ejerzan su derecho a la propiedad, en aplicación de la Ley 3/1993.

⁹ La Ley 3/1993, de 16 de abril, regula el régimen jurídico de las aparcerías y arrendamientos rústicos-históricos de Galicia, entendiéndose por tales aquellos que se pactaron con anterioridad a agosto de 1942, sea cual fuese su procedencia jurídica inicial y que componen en su conjunto una institución histórica propia de Galicia.

¹⁰ El Decreto 381/1998, de 29 de diciembre, establece una línea especial de ayudas a las que podrán acogerse aquellos titulares de aparcerías y arrendamientos históricos que deseen ejercer su derecho de acceso a la propiedad.

¹¹ Ley 4/1995, de 24 de mayo (Parlamento de Galicia), de Derecho Civil de Galicia. (DOGA núm 107, de 6 de junio de 1995, BOE núm 152, de 27 de junio de 1995).

Lo que me interesa destacar en este punto es lo que se entiende por lugar acasurado o casa, no se nos debe olvidar la concepción de casa que se entiende en Navarra o Aragón que es muy similar al nuestro. En el Derecho gallego aparece regulado en varios preceptos de la Ley de 24 de mayo de 1995 de Derecho civil de Galicia (si bien su definición aparece en el artículo 50 en relación con el arrendamiento rústico) y en la Ley 10/1985, de 14 de agosto, modificada por la Ley 12/2001, de 10 de septiembre de 2001, de concentración parcelaria.

Paz Ares¹² define la casa gallega¹³ como la entidad familiar y patrimonial integrada por la familia labradora asentada en un lugar acasurado y por éste. El lugar acasurado sirve, entonces, de base a la institución de la Casa y también a la explotación agraria propiamente dicha. Esta será por definición, una explotación familiar.¹⁴ Por lo tanto la Casa ofrece una doble vertiente al ser una unidad familiar y una unidad patrimonial de clara vertiente vocación agraria en sus orígenes.

c) *Aparcería pecuaria*: igualmente regulada de manera extensa en los artículos 79 a 88, referida a «los animales susceptibles de aprovechamiento en la agricultura, industria y comercio».

d) *Aparcería forestal*: regulada en los artículos 89 a 94.

«En la aparcería forestal, dice el artículo 89, el dueño de ciertas fincas de vocación forestal, sin ceder su directa posesión y su aprovechamiento, concierta el cuidado y vigilancia de ellas con una o varias personas para que éstas atienden y vigilen las plantaciones arbóreas existentes o que puedan crearse, otorgando a cambio al aparcerero los aprovechamientos secundarios que se determinen y la parte alícuota que se especifique cuando se proceda a la venta de los árboles que haya cuidado o que haya ayudado a plantar».

En cuanto a la aparcería de nuevas plantaciones, indica el artículo 90 que ésta «tiene por objeto la creación, el mantenimiento y la posterior participación en plantaciones de arbolado...»

¹² Paz Ares, «La Casa en el Derecho foral de Galicia», RDN, 1965, pág. 229.

¹³ El autor definía el lugar acasurado como una finca discontinua, formada por la casa petrucial, tierras labrantías, prados y montes, que de ordinario no son colindantes, al menos en su totalidad, e interdependientes entre sí (loc. Cit., pág. 242).

¹⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1965 describe el lugar acasurado como el conjunto de bienes formado por la casa vivienda, las cuadras para los ganados, los cobertizos o alpendres para aperos y mieses, la era para trillar, el patio o corral, el hórreo para entronjar el maíz, las fincas o huerta, labradío, regadíos o prados, pastos, montes altos y bajos.

iii) Crítica

El intento del legislador gallego de ofrecer un modelo de contratación agraria adaptado a las necesidades del sector agrario, empieza bien, con el reconocimiento de un tipo contractual muy abierto: cesión del disfrute de bienes a cambio de una participación en los frutos, pero se pierde ese arranque inicial al caer en una casuística muchas veces desfasada, en el tratamiento de figuras concretas como la aparcería de lugar acasariado, la pecuaria, la forestal o la agrícola.

Sinceramente, creemos que la aparcería no necesita una regulación tan extensa y detallada, principalmente si lo que se consigue es la descripción de un tipo contractual ligado a formas anquilosadas de explotación agrícola.

En suma, nos parece conveniente y necesario que se ofrezca un tipo de contrato agrario basado en la idea de entrega de bienes (tierra, ganado, lugar acasariado, recursos forestales) a cambio de frutos, pero la casuística de los modelos ofrecidos obligará, en el caso de su inaplicación, a revisar con el tiempo su valor y eficacia.

iv) Conclusión

La arraigada visión historiográfica que considera al atraso del sistema agrario español y gallego como consecuencia de la persistencia de las aparcerías es difícil de sostener, aunque los avances sean menores a los conseguidos por otras agriculturas. Esto nos lleva a la conclusión de que es necesario revisar la misma noción de atraso, puesto que implica aceptar la existencia de una única vía de crecimiento agrario. Dicha noción olvida que condiciones ambientales, tecnologías disponibles y marco económico pudieron significar barreras difíciles de superar. La aparcería a pesar de sus limitaciones, ha conseguido alcanzar ciertos niveles de eficiencia, comparables –en el contexto gallego– a otros regímenes de tenencia.

El concepto de eficiencia frecuentemente se usa de forma genérica, ahistórica y sin tener en cuenta los efectos distributivos. Muchos planteamientos neoclásicos y neoinstitucionalistas sólo analizan la aparcería como forma de coordinación económica y miden su funcionalidad por el rendimiento de los factores productivos. No obstante, no deben olvidarse que la aparcería también es un mecanismo de explotación del trabajo. La distinción entre eficiencia económica y eficiencia de clase pone al descubierto esta multidimensionalidad de la aparcería y sitúa en primer plano los aspectos distributivos. La opción de los terratenientes gallegos por mantener la aparcería hasta mediados del siglo XX también respondía, pues a criterios de eficiencia de clase. Mientras la actividad agraria continuó siendo intensiva en trabajo, la aparcería fue eficiente como procedimiento de extracción de trabajo. Aunque sus costos de su-

pervisión y control pudieran ser algo superiores al arrendamiento monetario, su integración en la red de relaciones sociales era más fluida y permitía reforzar la posición de los grandes propietarios, incentivando relaciones de tipo paternalista que constituyen un ingrediente básico para la reproducción de su poder.

Desde el ángulo del aparcerero, la evaluación en términos de eficiencia de clase arroja resultados diversos: globalmente fue un mecanismo de reproducción de la desigualdad social, aunque en algunas ocasiones también actuó como vía de ascenso social. No obstante, durante el primer tercio del siglo XX, la percepción de los colonos sobre la injusticia de los tratos se acentuó. En un contexto de reestructuración del sector, renovación tecnológica y evolución desfavorable de los precios relativos, las tensiones entre propietarios y cultivadores se activaron hasta estallar de forma violenta en los años treinta. Aunque donde dominaba la aparcería hubo menor propensión a la movilización sindical, también allí surgieron conflictos: por la distribución de la cosecha, por el reparto de los costes de unas innovaciones que los mercados exigían, por la prolongación de los contratos, por el pago de las mejoras ... hasta terminar cuestionando la propiedad y, con ello, el poder de los terratenientes. El retraimiento de los propietarios pudo contribuir a ello: al ceder el protagonismo del cambio técnico y de la dirección de las explotaciones a los aparceros y arrendatarios, la renta percibida por el propietario podía asimilarse más fácilmente a una carga que disminuía su eficiencia productiva y sus posibilidades de reproducción económica. Tras unos años de violentos conflictos en que la confianza entre propietarios y aparceros, uno de los componentes fundamentales para el funcionamiento de la institución, fue cada vez más precaria, la victoria del levantamiento militar del general Franco repuso la situación anterior y durante la postguerra la aparcería incluso se expandió, espoleada por las posibilidades de especulación en el mercado negro.

A partir de los años cincuenta, sin embargo, la aparcería inició un rápido declive hasta convertirse en algo marginal. El factor determinante fue la implementación de un nuevo modelo tecnológico que integraba los avances en la química agraria, la motorización y la mecanización con las innovaciones de la genética, dando lugar a espectaculares incrementos en los rendimientos, que generaban poderosos impulsos para una rápida adaptación. Este nuevo paradigma permitía ahorrar trabajo pero exigía una importante inmovilización de capital. Difícilmente la aparcería podía ser la institución idónea para su difusión puesto que unos –los aparceros– no estaban dispuestos a invertir sin garantías de estabilidad y sin alterar las reglas de distribución, y otros –los propietarios– tampoco aceptaban invertir sin modificar a su favor las pautas de distribución. Además, con el nuevo paradigma, el control del trabajo era más fácil y

menos costoso. Muchos propietarios optaron bien por vender la tierra, bien por el cultivo directo, más factible gracias a la estructuración del mercado de crédito y de seguros. La mejora de estos mercados también facilitó que antiguos aparceros se convirtieran en arrendatarios o incluso en propietarios.

En resumen, el ejemplo gallego muestra como la aparcería coexistió durante una larga etapa con el desarrollo de una agricultura capitalista, mientras la producción agraria continuó siendo muy intensiva en trabajo. En este sentido, fue algo más que una mera vía de transición. Se mantuvo sin graves desajustes hasta la aparición, a mediados del siglo XX, de ofertas tecnológicas más potentes que no pudieron ser canalizadas por ella. Su desaparición, sin embargo, no condujo a la gran explotación con trabajo asalariado, sino a la explotación familiar. Una vez más, el proceso de concentración propio de la industria capitalista se mostró poco operativo en las economías agrarias. En este sentido, la evolución de la aparcería gallega no se distinguió de la registrada en otras regiones europeas, donde también constituyó una forma específica de desarrollo del capitalismo que, como en Galicia, se mantuvo hasta la Segunda Guerra Mundial.

5. Consideraciones conclusivas


La característica más sobresaliente de la nueva legislación sobre arrendamientos rústicos es que la normativa se hace ahora más flexible y adaptada a las peculiaridades de Galicia y a la estructura minifundista de las tierras pues se parte del más pleno respecto al principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, sin previsiones correctoras y también respecto de la duración, en que no se contempla la posibilidad de la existencia de prórrogas legales, con la única excepción del arrendamiento de lugar acasado, en el cual se establece una duración mínima de cinco años, por razones de carácter únicamente económico.

Con tal respeto a la voluntad negocial se pretende satisfacer, como se advertía en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación presentada al Parlamento gallego el 22 de marzo de 1991, una tradicional aspiración de nuestro medio agrario, que es la liberalización del mercado de tierras y la finalización del continuo descenso de este modo de explotación de la tierra.¹⁵

En todo caso, la mentada primacía de la autonomía de la voluntad resulta un principio básico en el ámbito actual de los arrendamientos rús-

¹⁵ Vid. *Foro Gallego*, 1992, número 184, páginas 13 a 27.

ticos ante el difícil reto de la integración en la Unión Europea y, así, en esta misma línea, se sitúa la Ley estatal 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, lo cual, en último término, resta buena parte de la singularidad que suponía la normativa gallega recientemente aprobada.

Por lo que atañe a la regulación de la aparcería, en los momentos actuales, es lo cierto que se trata de una institución bastante superada por las nuevas realidades agrarias de explotación de la tierra, por lo que, simplemente pondré de relieve una vez más, que resultan excesivos los treinta y ocho artículos que a una institución de carácter residual como la aparcería le dedica la Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Derecho civil de Galicia, con lo cual doy por concluida esta somera aproximación a la regulación de los arrendamientos rústicos y aparcerías en esta Ley. 

LA CRISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA APARICIÓN DEL MODERNO CONTRATO DE TRABAJO*

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Vigo

I

El contrato de trabajo aparece ante el estudioso como una de las figuras jurídicas de calificación más problemática y de más difícil deslinde respecto de otros modelos para la contratación de servicios que le son próximos. Es cierto que el contrato de trabajo siempre ha soportado un halo de problematicidad en torno a sus linderos, pero también lo es que en el momento presente sus perfiles están especialmente difuminados.¹

En el marco de esta ponencia interesa, sin embargo, dejar constancia de algo que es obvio, por lo demás. Las situaciones críticas más que una variable son una constante en el proceso de evolución de las relaciones laborales. Proceso evolutivo en el que el nexo contractual que les sirve de

*Este trabajo constituye una versión ampliada de la ponencia presentada en el V Congreso Internacional y VII Iberoamericano de Derecho Romano, agosto 2002 (Universidad de Fortaleza-Brasil) que giró en torno a las «Condiciones Generales de los Contratos. De Roma al Derecho moderno».

¹ Cfr. Por todos, LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994), p. 30, con abundante bibliografía al respecto.

base ha ido lenta y penosamente discurriendo por ese cauce sinuoso inicialmente asentado sobre el lecho inestable de la vieja *locatio conductio operarum*, para devenir primero en el decimonónico arrendamiento liberal de servicios y luego, aunque con perfiles siempre borrosos, en el contrato de trabajo que, a fin de cuentas, no es sino una variable de ese arrendamiento de servicios a la que la presión ejercida por quienes nuestro Código Civil aún denomina «criados y trabajadores asalariados» logró adosar el calificativo de laboral².

Siendo todos ellos datos suficientemente conocidos y con una evolución similar en todos los países, quisiéramos resaltar que más que de *la crisis* del contrato de trabajo hay que hablar de *las crisis* (en plural) del mismo. Crisis que conectan con momentos diferentes en el proceso de configuración del Derecho regulador de las relaciones laborales y que tienen, sin duda, perfiles asimismo diferenciales, pero que, en cualquier caso, poseen su denominador común, en cuanto afectan al cauce jurídico básico que en las sociedades industriales ha servido –y sirve, aunque con ostensible debilitamiento– para canalizar el proceso de producción de bienes y servicios. Tales momentos críticos pueden –siguiendo a Galiana Moreno³– intensificarse inicialmente con el surgimiento del contrato como propiamente laboral y su desgajamiento, como hemos dicho, del tronco común de los arrendamientos de servicios (la que denominaremos *crisis de nacimiento*) y, en último término, con la puesta en cuestión de los confines del ordenamiento laboral que se viene observando desde hace años como consecuencia, en gran parte, de los ciclos económicos adversos y del resurgir del pensamiento que ha venido en llamarse neoliberal, que han suscitado una cierta vis repulsiva hacia el contrato de trabajo de corte clásico y un intento de reducir sus fronteras (situación que, a falta de una denominación más precisa, pudiéramos describir como *crisis flexibilizadora o crisis de disgregación*). A cada uno de estos momentos críticos vamos a aludir sucesivamente.

² Como ya afirmara GARCÍA OVIEDO, «jurídicamente el contrato de trabajo es un contrato de arrendamiento de servicios. Sólo que las circunstancias sociales le han impuesto una reglamentación cuidadosa y especial, que no tuvo el arrendamiento primitivo y que, en cierto modo, modifica su naturaleza» [Cfr. *Tratado elemental de Derecho Social*³ (Madrid, 1948) p. 118].

³ GALIANA MORENO, «Crisis del contrato de trabajo», en *Revista de Derecho Social*, en lo sucesivo RDS 2 (Albacete, 1998) p. 48 ss.

II

Si se acepta que la relación entre hombres es la verdadera materia jurídica⁴ y se repara en que el trabajo «fluye inesperadamente del hombre»⁵, posiblemente no parezca precipitado afirmar que el trabajo es el bien jurídico más idóneo para convertirse en objeto de negocio jurídico. Con todo, es lugar común entre los laboristas calificar al Derecho Romano como una de las fases «prehistóricas» del Derecho del Trabajo⁶. En su opinión, lo es así por faltar en ellas los rasgos que en la actualidad impregnan el tipo jurídico del contrato de trabajo en los ordenamientos positivos. Por tal razón, tales fases acaban siendo minusvaloradas para el iuslaboralista, relegadas a la anécdota, al dato sociológico, a la comparación somera e ilustrativa.

Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, la doctrina dominante en el ámbito iuslaboral retrotrae el nacimiento de la disciplina a la era del maquinismo, por entender que el trabajo característico de la sociedad industrial ha supuesto la introducción de nuevos principios jurídicos, distintos de los tradicionales del Derecho Civil, y es esta especialidad de principios la que ha provocado la emergencia de un derecho nuevo⁷. Lógico colorario de ello es el reputar lo anterior –y muy especialmente lo acaecido en Roma– como precedente remoto, olvidándose que no existe un tal distanciamiento ya que –como muy bien apuntan Alemán-Castán⁸– «no existe tal distanciamiento histórico ya que la construcción dogmático-civilística del contrato de arrendamiento de servicios tal como aparece regulado en las modernas codificaciones es pura y simplemente una traslación a tiempos no tan pretéritos de la *locatio romana*». Empero, para Gierke⁹, el origen del contrato de servicios del ordenamiento alemán no es la *locatio conductio romana* sino una institución del Derecho Germánico, incluida en el derecho de personas: «el

⁴ GUASP, *Derecho* (Madrid, 1971) p. 13.

⁵ GIERKE, *Las raíces del contrato de trabajo*, trad. Esp. G. Barreiro (Madrid, 1982) p. 55.

⁶ Vid., por todos, ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Madrid, 1987) p. 93. Bibliografía más reciente en ALEMÁN-CASTÁN, *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romantístico* (Madrid, 1997) p. XVI; crítica abiertamente la *communis opinio* laboralista GÓMEZ-IGLESIAS, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo* (Madrid, 1995) p. 20 para el que las relaciones «de trabajo no pueden tener más origen que las concepciones que genialmente han construido los juristas romanos».

⁷ Basta con citar a título de ejemplo por tratarse del autor del manual más reiteradamente editado: MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* ²² (Madrid, 2001) p. 42 ss.

⁸ ALEMÁN-CASTÁN, *Del trabajo como hecho social*, cit., p. XVI.

⁹ GIERKE, *Las raíces*, cit., p. 11 ss. Cabe advertir que aunque la traducción de Alemán Barreiro es de 1982, el original alemán –*Die Wurzeln des Diensvertrages*– es de 1914.

contrato de servicio fiel». Con todo, nosotros preferimos –por más matizada– la tesis de Planitz, en cuya opinión, en el Derecho Germánico los contratos libres de trabajo, con eficacia exclusivamente jurídico-obligatoria, no aparecieron en lo esencial hasta la Edad Media. Sólo entonces es cuando surgen, con carácter típico, contratos en los que los trabajadores libres confieren sus energías de trabajo a cambio de una remuneración o compensación. En los dos contratos de trabajo más importantes, el contrato de servicio de criados (*Gesindevertrag*) y el contrato de trabajo de oficiales y trabajadores (*Gesellenvertrag*), el trabajador es recibido en la comunidad doméstica del señor, quedando con ello sometido a su potestad. El desarrollo capitalista de fines de la Edad Media provocó un retroceso en la idea de la fidelidad y en la doctrina del Derecho Común triunfó la concepción romanista que equiparaba las energías de trabajo de las personas a los bienes susceptibles de derecho real, a las mercancías. Sin embargo, esta concepción exclusivamente jurídico-patrimonial del contrato de trabajo ha sido suprimida por el BGB, puesto que en él triunfan de nuevo las ideas del Derecho alemán elaboradas sobre el deber recíproco de fidelidad¹⁰. Así las cosas, a nuestro entender, estas particularidades germánicas que Gierke apunta y Planitz desarrolla –oscuras y poco fundadas en punto a sus orígenes y más claras por lo que hace a la regulación del contrato de trabajo en el BGB– pudieran explicarse por la tardía codificación civil alemana, que ve la luz casi un siglo después de la napoleónica¹¹ y, por lo que se refiere a Alemania veinte años más tarde que la legislación bismarckiana sobre el contrato de trabajo¹². Ello, pues, no obsta en modo alguno, para considerar a la *locatio conductio* romana como el precedente más inmediato del contrato civil de arrendamiento de servicios.

¹⁰ PLANITZ, *Principios de Derecho privado Germánico*, trad. Esp. Melón Infante (Barcelona, 1957) p. 246.

¹¹ Sobre la polémica en torno a la codificación alemana, fruto del enfrentamiento entre la escuela filosófica y la escuela histórica, vid.: THIBAUT-SAVIGNY, *La codificación*, trad. Esp. Díaz García (Madrid, 1970). Más información al respecto en RODRÍGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia* (Santiago de Compostela, 1999), p. 183, nt. 469.

¹² No deja de ser curioso que, juzgada con las convenciones de su momento, la idea de Bismarck de crear una organización de seguros estatales, fuese reputada de «estrafalaria e imposible de poner en práctica» [Cfr. *Bismarck*, trad. esp. I. Hierro (Madrid, 1999) p. 197]. De hecho aquella idea extraordinariamente ambiciosa de la organización de un sistema de seguros sociales benefició de forma importantísima a la clase trabajadora: el seguro de enfermedad se introdujo en 1883, el de accidentes en 1884 y el de invalidez y vejez en 1889. No hubo en todo el mundo ninguna legislación social más progresista [Más información en GALL, *Bismarck: The White Revolutionary*, 2 vols. (Londres, 1986). Para una visión más general, FULBROOK, *Historia de Alemania*, trad. Esp. B. G. Ríos (Cambridge, 1995) p. 182 ss.].

La concepción del trabajo en la Antigüedad clásica es sobradamente conocida: tiene un sentido negativo. En este sentido, el arrendamiento de servicios –*locatio conductio operarum*– por virtud del cual una persona se obliga frente a otra a realizar ciertos servicios a cambio de una remuneración tiene una importancia secundaria en Derecho Romano¹³. La razón es doble: de una parte, sólo son susceptibles de ser arrendados los servicios de orden inferior, a los que se puede poner un precio que, por tanto, representa un valor patrimonial¹⁴; se excluyen, por el contrario, los servicios inestimables –*operae liberales*¹⁵– normalmente prestados gratuitamente por miembros de las clases sociales elevadas bajo la figura contractual del mandato¹⁶; partiendo de esta concepción, no tiene nada

¹³ DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* 3 (Madrid, 2001) p. 384, con abundante bibliografía en p. 413-414.

¹⁴ Cicerón, *ad. Att. 7, 2, 7* emplea el término *operarius* en un sentido decididamente negativo: *Illud tamen de Chysippo: nam de altero illo minus sum admiratus, operario homine*. En realidad, el arpinate consideraba a todas las *operae*, a excepción de la agricultura, *sordidae* e indignas de un hombre libre cuando eran ejercidas con ánimo de lucro [sobre el pensamiento ciceroniano en este punto, cfr. PALADINI, «Cicerone», en *Rivista ciceroniana* 1 (1959) p. 65-66]. Séneca habla frecuentemente del motivo de la ausencia de nobleza en las artes manuales –*artes quae manu constant*– en las que no encuentra *nulla decoris, nulla honesti simulatio* (*Epist.* 88, 21) y de la degradación social que acompañaba a su ejercicio. En *ibid.* 22, califica de *labor sordidus et contumeliosus* a los *negotia* en general y estigmatiza a la ganancia con el apelativo de *merces miserarum*. El propio a. en *ibid.* 88, 20 llama *viles* en general a todas las artes *quae manu constant*, mientras que tacha de *sordida et vilissima* a las ganancias correspondientes (*mercedes*). Para otros testimonios en el mismo sentido *vid.* DE ROBERTS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (Bari, 1963) p. 56 ss.

¹⁵ La noción de *Studia liberalia* es mucho menos amplia que la actual «trabajo intelectual». Comúnmente se reputaban profesiones liberales, además de la de los *oratores* y *advocati* [a este respecto *vid.* RODRÍGUEZ ENNES, «Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los *advocati*», en *Studi Romanistichi in memoria di Gabbio Lombardi*, SDHI 60-61 (1994-1995) p. 361 ss; «La remuneración de la oratoria forense: del rechazo inicial a su aceptación social y normativa», en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni* (Milán, 1999) p. 348 ss.]; las de los agrimensores, médicos, maestros y nodrizas [abundante literatura en BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique* (París, 1936) p. 7-8]. Con todo, Séneca (*Epist.* 88, 1) tras haber afirmado *liberalia studia sunt, quid homine libero digna sunt*, especifica poco después que tal noción sólo comprende la filosofía a la que Quintiliano (*Inst. orat.* 12, 7) añade la gramática y la retórica.

¹⁶ Nadie ha distinguido las *operae* de las artes liberales en términos tan netos como Cicerón; nadie mejor que él para traducir el desdén de la ciudad antigua por los trabajadores mercenarios (*Vid. ad ex. De off.* 1, 42, 150-151. Sobre las fuentes ciceronianas en este pasaje y sus relaciones con el pensamiento de Panecio, *vid.*: LABOWSKY, *Die Etik des Panaitos* (Leipzig, 1933) p. 67; PHILIPPSON, «Das Sittlichschöne bei Panaitos», en *Philologus* (1955) p. 357; de donde se infiere que el arpinate se limita a retomar una distinción conocida desde tiempo atrás y mantenida en la Antigüedad. Aristóteles la había dejado plasmada en sus escritos (*Polit.* 3, 5, 1278 a; 3, 4, 1277 a; 5, 7, 1234 a; *Rethor.* 1, 9, 13676 a; Séneca hará suyas las palabras de Crisipo declarando que el esclavo es un mercenario a perpetuidad (*De Benet.* 3, 22: *Servus ut placet Chrysippo perpetuum mercenarius est*).

de extraño la consideración del trabajo asalariado como esclavitud temporal¹⁷. El segundo motivo de la exigua importancia del arrendamiento de servicios radica en la gran amplitud que tuvo en Roma el trabajo de los esclavos¹⁸. La concepción social del trabajo y su protección jurídica, que caracterizan al Estado moderno y sus fines, eran desconocidas totalmente por la sociedad antigua¹⁹. El Derecho Romano de arrendamiento respondía naturalmente a las condiciones sociales y económicas de la época.

Por las razones expuestas, la *locatio conductio operarum* quedó reducida a los jornaleros libres y artesanos, y ésto a menos que sus servicios no revistiesen la forma de contrato de obra. El patrono –conductor– disponía de una acción, la *actio conducti*, para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones. El obrero –locator– estaba obligado a ejecutar personalmente el trabajo y le correspondía la *actio locati* para exigir la retribución convenida –merces–. Se trata, en consecuencia de un contrato *intuitu personae* que se extingue por la muerte del obrero²⁰.

¹⁷ «Zeitliche Sklaverei», cfr. ERDMANN, «Frei Berufe und Arbeitsuerträge in Rom.», en ZSS 79 (1948) p. 567, el calificativo de *ingenuae* que se les asignaba, se explica paladinamente por el hecho de que cuando tales tareas eran ejercidas por esclavos, dejaban de ser consideradas como *artes liberales*. En este sentido, en Cicerón se encuentran emparejados *liberalis et ingenuus: homines ingenui et liberaliter educati* (*De fin.* 3, 17, 57); *liberalis doctrinae atque ingenuae* (*De orat.* 3, 22, 127); así: *ingenuae atque humanae artes* (*ibid.* 3, 6, 21), *artes elegantes et ingenuae* (*De fin.* 3, 1, 4); *ingenuae studiis atque artibus delectari* (*ibid.* 5, 18, 48). En Séneca se halla: *Liberalia Studia et artes liberalia* (*Epist.* 88, 1, 18-20 además el mismo a. opondrá a las *artes liberales*, *las viles ex professo artes quae manu constant... in quibus nulla decoris, nulla honesti simulatio est* (*ibid.* 17 y 21). Sería fácil multiplicar las citas, cfr. LÖWENFELD, «Inästabilität und Honorarung des artes liberales nach röm. Recht», en *Festgabe Plank* (Munich, 1887) p. 370 ss.; más modernamente: RODRÍGUEZ ENNES, «La remuneración de la oratoria forense», cit., p. 348 ss.

¹⁸ Como es sabido, si la guerra fue la fuente esencial de la esclavitud, la Segunda Guerra Púnica marca el comienzo de la serie de grandes guerras de conquista que abastecieron los mercados romanos de enormes contingentes de esclavos. En total, si aceptamos las estimaciones de STAERMAN, 463. 310 esclavos para el período del 218 al 88 a. C., a los que hay que añadir los esclavos de nacimiento [cfr. *Die Blutezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik* (Wiesbaden, 1969) p. 43-44]. Además y con referencia a épocas posteriores, existen datos que constatan que sólo César en diez años de campaña en las Galias hizo cientos de miles de cautivos (Veleyo Patérculo, 2, 47: *Per haec insequentiaque et quae praediximus tempora amplius quadringenta milia hostium a C. Caesare caesa sunt, plura capta* y Estrabón, 14, 5, 2 estima en 10.000 los esclavos que diariamente se vendían en el mercado de Delos. En estas condiciones no es extraño que el número de libertos no cesara de aumentar; TREGIARI estima que en Roma y en las ciudades vecinas el número de libertos era superior al de los *ingenui* [cfr. *Roman Freedmen during the Late Republic* (Oxford, 1969) p. 36].

¹⁹ *Vid.*, al respecto, V.V.A.A. *Formas de explotación del trabajo y relaciones sociales en la Antigüedad clásica*, trad. esp. J. Calatrava (Madrid, 1979).

²⁰ DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones* 3, cit., p. 384-385.

A modo de conclusión sobre este punto, hacemos nuestras las acertadas palabras de Schulz²¹ cuando asevera la impresión de pobreza que procude el derecho clásico de arrendamiento si se compara con el moderno, pero precisa tener en cuenta que las condiciones socio-económicas de Roma diferían grandemente de las presentes; de ahí que el problema actual del Derecho del Trabajo no pudiera plantearse entonces. A mayor abundamiento, los juristas escribían y trabajaban para la clase de los *beati possidentes*, clase a la que ellos mismos pertenecían, acusando por ello una evidente falta de sentido social. Se interesaron poco por la situación de los obreros y la idea de proteger a éstos y a los pobres inquilinos de habitaciones o arrendatarios de terrenos frente al capitalismo les fue totalmente extraña. Por ello se ocuparon raramente de estas cuestiones vitalmente interesantes en nuestra época. Las partes contratantes fueron perfectamente libres de celebrar el contrato, de configurarlo como les pareciese, lo cual significa, naturalmente, que el contrato era del tenor que placía al capitalista. Así las cosas, tal situación de notoria y flagrante desigualdad contractual se mantuvo impávida hasta el último tercio del siglo XIX.

III

Es de sobra conocido que el nacimiento de las relaciones laborales en sentido propio coincide con el advenimiento de la revolución industrial y, lo que es más importante, con el triunfo de las ideas liberales que si en el plano político supusieron la eliminación de las corporaciones intermedias entre el individuo y el Estado y en el económico la sustitución del proteccionismo colbertista por el orden natural de los fisiócratas (encerrado en la máxima *laissez faire laissez passer*) en el orden jurídico, como con frecuencia se ha repetido, supusieron la instauración del dogma de la autonomía de la voluntad. En la Edad Contemporánea se observa con acusado relieve la disociación entre los *sistemas ideológicos* y las *estructuras políticas*, económicas, sociales y jurídicas en que aquellos encuentran o tratan de alcanzar realización. Así, el credo liberal e individualista, formulado inicialmente en los mismos comienzos de la edad anterior, obtiene ahora su consolidación (o «consagración», según la terminología entonces en boga) al consagrarse solemnemente en los grandes códigos del siglo XIX; pero, a la vez, cuando este triunfo se consigue, muchas de las normas y, por tanto, muchas de las ideas que las legitimaban están ya muertas o en vías de fosilización²². El Derecho triunfante

²¹ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. Esp. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona, 1960) p. 520-521.

²² BORRAJO, *Introducción al Derecho del Trabajo* ⁸ (Madrid, 1995) p. 76.

es, así, anacrónico y, lo que es más grave, en atención a su falta de adecuación con la realidad social que tenía que regular, puede ser considerado como injusto.

Este divorcio radical entre el régimen jurídico de signo individualista y liberal del XIX y las estructuras socio-económicas, se muestra especialmente patente en España debido al evidente retraso de nuestra codificación privada²³, relegada a fines de siglo cuando ya habían tenido lugar las grandes convulsiones mundiales de 1848 y de 1871 y, en especial, tras la catarsis nacional de 1868 a 1874. Tomás y Valiente ha señalado que la Codificación civil española fue la «larga historia de una frustración»²⁴. Sin duda fue una larga marcha, un proceso que parecía no llegar a su fin. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código Civil era una sociedad incompleta, coja, mal construida. El mismo autor ha declarado que el Código Civil no se hizo antes «porque cuando se quiso no se supo y cuando se supo no se quiso»²⁵. A diferencia de lo sucedido en Francia, donde el *Code Napoléon* precedió a los demás, el Código Civil no sólo no abrió en España el proceso codificador, sino que constituyó su último capítulo. Es así ciertamente curioso que aquí llegara a codificarse antes el Derecho adjetivo o procesal civil, que el sustantivo al que aquél debería adaptarse. Retraso todavía más grave aún si tenemos en cuenta que nuestros ilustrados sintieron vivamente el ideal codificador desde el siglo XVIII²⁶. Tal anomalía suele ser explicada por varias causas. El no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la revolución liberal (el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona) ocupa un lugar prevalente²⁷; la cuestión, indudablemente

²³ Acerca del retraso que supuso en nuestro proceso codificador el fracaso del Proyecto isabelino, *vid.*, RODRÍGUEZ ENNES, «Influencia del Proyecto de 1851 en los códigos Iberoamericanos», en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano* (Madrid, 2001) p. 257 ss.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1983) p. 536.

²⁵ *Ibid.*, *Códigos y Constituciones (1808-1978)* (Madrid, 1989) p. 26.

²⁶ En este sentido, FEDERICO DE CASTRO escribe: «El ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII; está en los proyectos de Ensenada, en el antirromanismo de Macanaz, en la petición de leyes derivadas de principios nacionales de Jovellanos y en todo el deseo reformista del Setecientos» [*Derecho Civil de España I* (Madrid, 1955) p. 194].

²⁷ MALUQUER DE MOTES ha escrito un interesante trabajo dedicado a probar que la Codificación es el resultado final de un largo proceso, que no podría cerrarse hasta haber obtenido la total transformación de la propiedad y haber alcanzado el conjunto de los derechos individuales. Es menester la transformación de la propiedad de la tierra, que pierda sus elementos feudales y se haga libre, absoluta e individual, una vez desvinculada y desamortizada; que se despatrimonialicen las propiedades especiales (v. gr. aguas) y se consolide la propiedad adquirida (en particular el dominio de los inmuebles mediante la institución del Registro de la Propiedad); que se reconozcan

muy sugestiva sobrepasa el tema de nuestro estudio; empero siempre quedará la duda de por qué triunfó el *Code Civil*, apenas iniciada la paz burguesa o los Códigos italiano de 1865 o portugués de 1867 en países con tantos residuos al menos como el nuestro del orden feudal. Así las cosas, un Derecho –que a fines del diecinueve– reducía la regulación de las relaciones del capital y del trabajo al libre juego de la voluntad autónoma de las partes, más que dar solución al problema venía a radicalizarlo y, por tanto, podía calificarse como no existente.

La insuficiencia del Derecho Común para dar respuesta a la llamada «cuestión social» se presenta como la causa principal de la emergencia de un contrato de trabajo diferenciado del clásico arrendamiento de servicios²⁸. Tal especialidad –en decir de Borrajo²⁹– aparece cuando la aplicación de la norma de Derecho Común que debía garantizar la paz social en el orden laboral, dio lugar a un problema tan grave que ha pasado a la Historia como la «cuestión social» por antonomasia: la cuestión obrera. Gráficamente ha dicho Casas Baamonde, que «el Derecho del Trabajo hubo de nacer y desarrollarse contra el Derecho Civil o Común»³⁰ y, como con acierto opina Giugni, «El Derecho del Trabajo, en el aspecto que con-

las libertades individuales proclamadas por la Revolución liberal de 1868; una vez desarrollada la Constitución de 1869, y si la Codificación y Constitución no pueden llevar un rumbo distinto, la Codificación se alcanzará con las transformaciones de la propiedad en la esfera de la sociedad y de los derechos de la persona en la esfera individual [«La codificación civil en España, síntesis de un proceso», en RDP (1981) p. 1083-1101].

²⁸ La doctrina se ha ocupado de esta insuficiencia del Derecho Civil para atender los problemas suscitados por la «cuestión social» con un detenimiento tal que excusa ahora de cualquier alusión que exceda de la mera cita de autores. Entre los primeros estudiosos del Derecho Social, destacan DE AGUINAGA TELLERÍA, *Derecho del Trabajo* (Madrid, 1952) p. 24 ss.; HERNAINZ MÁRQUEZ, *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*⁷ (Madrid, 1955) p. 7 ss.; MARTÍN GRANIZO-GONZÁLEZ ROTHVOSS, *Derecho Social*³ (Madrid, 1935) p. 12 ss.; CALLEJO DE LA CUESTA, *Derecho Social* (Madrid, 1935) p. 49. Entre los modernos laboristas, además de los manuales ya citados en notas anteriores, cabe mencionar a: MARTÍN VALVERDE, «La formación del Derecho del Trabajo en España», en V.V. A.A. *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936* (Madrid, 1987) p. XI ss.; MONTOYA MELGAR en su colección sobre Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España [*Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales* (Madrid, 1975), *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923* (Murcia, 1977); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la dictadura de Primo de Rivera* (Murcia, 1980); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de la Segunda República* (Murcia, 1983)]; ALONSO OLEA, «Las raíces del contrato de trabajo», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 21 (1989) p. 339 ss.; DIÉGUEZ CUERVO, *Derecho y trabajo* (Madrid, 1963) p. 22 ss.; PALOMEQUE, *Derecho del Trabajo e ideología*³ (Madrid, 1987) p. 15 ss.

²⁹ BORRAJO, *Introducción*⁸, cit., p. 38-39.

³⁰ CASAS BAAMONDE, «La individualización de las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales* (1991) II, p. 405.

viene al contrato de trabajo, constituye un sistema de límites a la autonomía privada»³¹. El Derecho Civil queda, pues, definitivamente rezagado en la comprensión de la institución del nuevo orden jurídico –el contrato de trabajo– tanto como en el entendimiento de su fuente peculiar –el convenio colectivo de condiciones de trabajo–. Radbruch ha percibido y descrito muy exactamente el fenómeno de la insuficiencia del Derecho Civil para regular el trabajo generalizado en la sociedad contemporánea: «El Derecho obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho Civil. Éste reconoce sólo *personas*, sujetos jurídicos iguales por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado que compensa o nivela esta inferioridad del poder del empresario individual frente al patrono, ni de las grandes asociaciones profesionales... Nada sabe, por fin, de la unidad de asociación en la empresa; el Código Civil considera sólo una multiplicidad de contratos de trabajo entre el mismo empresario y los diversos obreros, y no acierta a ver la índole de la empresa, como una unidad sociológica cerrada»³². Así surge, con perfiles claramente diferenciados frente al Derecho Civil, el Derecho del Trabajo.

En este sentido, es claro que la aparición del Derecho del Trabajo es el resultado de la tensión entre dos fuerzas contrarias, la que encarna la libertad individual –tal como se entiende en el siglo XIX– y la que se le opone para compensar el desequilibrio existente en las relaciones entre empresarios y trabajadores: la intervención de los poderes públicos en la vida social que, a fin de cuentas, no es sino la constatación de esa característica común en todas las sociedades que resalta Kahn-Freund, la «desigual distribución del poder» que la ideología liberal pretendió enmascarar bajo la pantalla del contrato, teóricamente concebido como un acuerdo entre iguales³³. Con ello se exterioriza una primera tensión, la que enfrenta la autonomía del individuo y la heteronomía del Estado; en el fondo lo que se está afirmando es la libertad de trabajo frente a una peligrosa constatación de la libertad de contratación³⁴.

³¹ GIUGNI, «Derecho del Trabajo. Voz para una enciclopedia», en *Temas Laborales* 13 (1987) p. 58.

³² RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Leipzig, 1925) p. 153-154.

³³ KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, trad. esp. JM. Galiana (Madrid, 1987) cap. I, *passim*. Afirmaciones con claros antecedentes en RENNER, *The Institutions of Private Law and their social functions* (Londres, 1949) p. 141, con introducción a cargo del propio Kahn Freund.

³⁴ Cft. W. FRIEDMANN, *Legal Theory*⁵ (Londres, 1967) p. 401, donde afirma: «Originally freedom of contract represented the emancipation of labour from the fetters of status; but as freedom of contract, owing to the inequality of bargaining position, came into conflict with freedom of labour, the law more and more emphasised the latter if necessary, at the expense of the former».

Las sucesivas leyes obreras que paulatinamente se promulgan como respuestas de los Estados a las crecientes reivindicaciones sociales constituyen, pues, el germen del Derecho laboral, aunque éste no aparece en propiedad hasta que se regula de forma autónoma el contrato de trabajo, hecho éste que, en nuestro país, fue preparado por la aparición del Código de Trabajo de 1926 e iniciado con la promulgación de la primera Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931. Hasta ese momento el llamado «contrato de trabajo» era sólo el resultado de la proyección sobre los contratos de arrendamientos regulados en el Código Civil de las normas contenidas en la legislación industrial³⁵. Normas, como se sabe, de carácter administrativo y de policía con fines principalmente tutelares. En ningún momento llega a diferenciarse con nitidez un contrato de trabajo distinto del contrato de arrendamiento de servicios, sino que ambos aparecen confundidos. Así lo prueba la Ley de Tribunales Industriales de 19 de agosto de 1908, cuyo artículo 5, al fijar su competencia declaró que dichos tribunales conocerían: «De las reclamaciones civiles que surjan entre patronos y obreros o entre obreros del mismo patrono, sobre incumplimiento o rescisión de los contratos de arrendamiento de servicios, de los contratos de trabajo o de los de aprendizaje».

Este proceso de «laboralización» del arrendamiento no es sino –como hemos dicho– el resultado coherente de la inadecuación de los moldes individualistas del Derecho Civil para adaptarse a las nuevas relaciones entre empresarios y trabajadores. Inadecuación que ya denunciaba con toda claridad el preámbulo de la Real Orden de 9 de noviembre de 1902, cuando recomendaba la reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios, afirmando que el que ya llamaba *contrato de trabajo* «se refiere a relaciones íntimamente ligadas con las cuestiones sociales, que tanto han preocupado siempre, y hoy más que nunca preocupan a todos los gobiernos», por lo que para su regulación no basta «la aplicación de los principios generales en que se bajan las obligaciones»³⁶.

El proceso español de especificación del contrato de trabajo discurre –al igual que en el resto del continente europeo– por los cauces legislativos comunes a los países de Derecho Civil, aunque con fluctuaciones importantes, pues si en un principio la Real Orden de 1902 –a la que acabamos de referirnos– aconsejó la modificación de los artículos del Código Civil que aún hoy regulan el arrendamiento de servicios, la larga

³⁵ LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994) p. 31.

³⁶ Cfr. su texto en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Información legislativa española y extranjera sobre contrato de trabajo* (Madrid, 1921) p. 10.

serie de proyectos que se suceden a partir de 1904 se dirigen, por el contrario, a la elaboración de una ley especial que regulará el contrato de trabajo o arrendamiento laboral de servicios, cuya primera regulación unitaria se alcanza en nuestro país, como es sabido, bajo forma codificada –el Código de Trabajo de la dictadura de Primo de Rivera– para posteriormente durante la República y la Era de Franco derivar hacia Leyes de Contrato de Trabajo o de Relaciones Laborales que, en la actual fase democrática, se sustituyen por un reiteradamente reformado Estatuto de los Trabajadores³⁷.

En el sistema inglés del *Common Law*, el proceso de laboralización del arrendamiento de servicios va a discurrir por cauces esencialmente diferentes. Al ser Inglaterra un país que resiste incólume el embate codificador³⁸, unido a las peculiaridades de sus sistema jurídico, el contrato de trabajo permanecerá anclado al molde individualista del derecho general de los contratos y las limitaciones más importantes a la autonomía de la voluntad no tendrán su base más sólida en la intervención parlamentaria; en el esquema jurídico inglés, caracterizado tradicionalmente por un notable abstencionismo del Derecho, el modelo contractual sobre el que se asientan las relaciones entre *employer* y *employee* seguirá siendo el mismo que sirvió de nexo a las relaciones entre *master* y *servant*. Las correcciones se impondrán básicamente por la poderosa influencia de las *trades unions*, limitándose al intervencionismo legislativo, al menos inicialmente, a la defensa de sectores marginados de la contratación colectiva o, en su caso, a la corrección de posiciones del *Common Law* que se juzgan insostenibles. Inglaterra conservará, pues, el sistema liberal del *laissez faire*, aunque desgajado de sus orígenes individualistas para transformarse en lo que Kahn-Freund denominara un *laissez faire colectivo*³⁹.

Si la figura del arrendamiento de servicios fue derivando hacia la noción autonómica del contrato de trabajo por obra de la intervención legislativa, no hay que perder de vista que la organización progresiva de las clases trabajadoras va paulatinamente exigiendo una participación en el poder social que implica la adquisición por los grupos laborales de una cierta autonomía frente al ordenamiento estatal. Se reproduce así la tensión autonomía-heteronomía, pero el centro de gravedad experimenta un desplazamiento apreciable. Ya no se trata de que el individuo –ese ser

³⁷ GALIANA MORENO, «Crisis del Contrato de Trabajo», cit., p. 51.

³⁸ Sobre las peculiaridades del sistema anglosajón *vid.* RODRÍGUEZ ENNES, «La recepción del Derecho Romano en Inglaterra», en *Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Granada, 1997) p. 203 ss., con bibliografía

³⁹ KAHN-FREUND, «Legal development. Labour Law», en *Law and opinion in England in the 20th century* (Londres, 1959) p. 224; luego incluida en *Selected Writings* (Londres, 1978) p. 8, cito por esta última.

«profundamente aislado, en una terrible soledad social» de que hablara Bayón Chacón⁴⁰, demande la protección de las leyes estatales; ahora son colectividades organizadas que exigen una participación en el poder social. Lo que se cuestiona es la exclusividad normativa del Estado en el mundo del trabajo; lo que se expresa es la inadecuación de las leyes para resolver el problema obrero; lo que se reclama, en fin, es la configuración de un nuevo orden normativo. Consecuencia clara de este proceso de intervencionismo estatal, al que sin duda hay que añadir la importancia notoria de la negociación colectiva como vía de fijación del contenido del contrato, éste se ha visto privado de su primitivo carácter regulador; la autonomía individual –la *lex contractus*– ha sido en buena parte suplantada por la regulación heterónoma, desde fuentes externas, que ha hecho que el contrato de trabajo se haya limitado a ser la llave que abre la puerta a la relación laboral, pero no el instrumento esencialmente regulador de la misma⁴¹.

IV

Hoy en día, con la «crisis occidental», los nuevos principios neoliberales (flexibilización, desregulación, etc.) están informando una legislación excepcional del trabajo; es decir, aparecen unas leyes laborales que se desvían del conjunto sistemático regulador de las relaciones de trabajo; son la «excepción» dentro del régimen laboral anterior, por lo que reaparece la tensión entre lo *nuevo* y lo *tradicional*, entre lo *excepcional* y lo *común* laborales⁴². Si se extienden los nuevos principios y las normas de coyuntura se consolidan y hacen permanentes, es posible que las nuevas estructuras normativas obliguen a una revisión contractual profunda del Derecho del Trabajo. De ahí que nos guste decir que el *Derecho laboral de la crisis puede ser la crisis del Derecho laboral clásico*. El nuevo Derecho labo-

⁴⁰ BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español* (Madrid, 1955) p. 267.

⁴¹ Recuérdese, en este sentido, la reiterada afirmación de MONTROY MELGAR en las sucesivas ediciones –hasta el momento 22– de su *Derecho del Trabajo* de que es función del contrato de trabajo «dar ocasión a la aplicación automática de las normas estatales y colectivas» [Cfr. la 22 ed (Madrid, 2001) p. 267].

⁴² *Vid.*, por todos BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales* (Madrid, 1995); SAGARDY BENGOCHEA, «La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada», en *Debate Laboral* 24 (1988) p. 8 ss. En lo sucesivo D L; VV. AA. (D'Antona ed.) *Politiche di flessibilità e mutamenti del Diritto del Lavoro. Italia e Spagna* (Nápoles, 1990); SMITIS, «Diritto del Lavoro e la riscoperta del individuo», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 45 (1990) p. 87 ss.; CASAS BAAMONDE, «La individualización», *cit.*, p. 402-403.

ral se «civiliza» o «mercantiliza» con su espíritu economicista, por lo que se tiende a perder su especialidad y a integrarse en el Derecho común.

En este sentido se habla de «deslaboralización»⁴³ como proceso de exclusión del sistema de tutelas jurídico-laboral y su sustitución por otro complejo de reglas de progenie privatística. La extensión y desarrollo de la precariedad laboral, el recurso generalizado a la contratación temporal como fórmula casi exclusiva de inserción laboral, la legalización de empresas interpuestas en el mercado de trabajo con el objeto de ceder trabajadores temporales a otras empresas usuarias y la reducción de determinados contratos formativos en mecanismos de empleo con bajos costes sociales, es una seña de identidad de la nueva regulación del trabajo, que cobra especial relieve en ordenamientos como el español y que produce la debilitación del sistema de garantías y del contenido de la protección para un importante segmento de trabajadores⁴⁴. Este marcado retorno al «individualismo» y a la «desregulación» de las relaciones de trabajo ha provocado amplias dosis de temporalidad en la contratación y, como consecuencia de ello, elevadas dosis de precariedad en el empleo a las que se ha tratado de poner coto en nuestro país a partir de 1999 y, todo hay que decirlo, con escaso éxito pese a la acusada proliferación legislativa⁴⁵.

⁴³ «Bruto neologismo» para ROMAGNOLI, «Arriva un bastimento carico di A», en VV. AA. (D'Antona ed.) *ibid.*, p. 32.

⁴⁴ ORTIZ LALLANA, *La transformación del Derecho del Trabajo ante los nuevos retos sociales*, Lección inaugural del curso académico 1999-2000 (Universidad de La Rioja, 1999) p. 14-15.

⁴⁵ Como precedentes más inmediatos de la Reforma de 1994, pueden citarse el RDL 19/1993, de 3 de diciembre, «de medidas urgentes de fomento de la ocupación» y la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, «de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo» [Sobre ellas, *vid.* PALOMEQUE-CABERO, *Todo sobre las primeras normas de Reforma del Mercado de Trabajo* (Barcelona, 1994). No obstante, la reforma estuvo básicamente integrada por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, «sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación»; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, «por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social» y la Ley 14/1999, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y que incluye la disposición adicional cuarta a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (sobre ellas, sin ánimo exhaustivo, por todos, puede verse SALA FRANCO, *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Valencia, 1994); VV.AA. (Valdés dal Re ed.) *La Reforma del Mercado Laboral* (Valladolid, 1994); VV.AA. *Estudios de Jurisprudencia. Análisis de los aspectos básicos de la Reforma del ET y de la LPL*, en *Colex* 11 (1994); VV.AA. (Escudero Rodríguez ed.) *Reforma de la Legislación Laboral* (Sevilla, 1997); VV.AA. *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (Madrid, 2000). En 1997 tiene lugar la Reforma laboral originada por el «Pacto Laboral por el empleo» entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Fruto del mismo fueron dos Reales Decretos Leyes, ambos de 16 de mayo, «de medidas urgentes para la mejora

Si se asume la expresión de la «huida» del Derecho del Trabajo, ésta, principalmente, se produciría hacia el Derecho Civil o Mercantil⁴⁶. El desplazamiento o «contracción»⁴⁷ del Derecho laboral hacia formas civiles o mercantiles es quizá el fenómeno más conocido y frecuente en los estudios laboristas. La prestación de servicios se encuadra en el arrendamiento de servicios civil o en contratos mercantiles como los de transporte, suministro, etc. El supuesto base que subyace a la elección de estos contratos distintos del laboral suele consistir en nuevas profesiones o nuevos servicios respecto de las clásicas estructuras ocupacionales, como sucede con los mensajeros⁴⁸, los encuestadores⁴⁹ o los guías turísticos⁵⁰, por poner sólo algunos ejemplos, o bien en nuevas formas de prestar el trabajo, como típicamente se aprecia en el teletrabajo⁵¹ o, en fin, en las nuevas formas de organizar la producción a través de la externalización

del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida» y el RDL 9/1997, por el que se regularon «incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y del fomento del empleo», ambos RRDDL fueron convalidados por el Congreso de los Diputados y su tramitación como sendos proyectos de ley culminó con la Ley 63/1997, de 26 de diciembre «de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo» (Sobre ellas, también sin ánimo exhaustivo, *vid.* Albiol Montesinos *et alii* *La Reforma Laboral de 1997*² (Valencia, 1998); VV.AA. (Rojo Torrecilla ed.) *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997* (Madrid, 1998). No obstante, es una reforma inacabada. La tendencia reformadora continua y muestra de ello es, entre otros, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, «de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad» o el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, «por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada» o la Ley 29/1999, de 16 de julio, «de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. A mayor abundamiento debemos constatar el RDL 5/2001 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo....

⁴⁶ Rodríguez Piñero es quien ha acuñado por primera vez esta expresión al referirse a los mecanismos «de huida del Derecho del trabajo y de sus costes sociales» [Cfr. «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», en RL 18 (1996) p. 3].

⁴⁷ Tendencia «contractiva o de fuga», la denomina LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines* (Valencia, 1999) p. 11.

⁴⁸ Objeto de extenso debate doctrinal a partir de la declaración de laboralidad de los mismos por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 1986. Así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Sobre la laboralidad de los mensajeros», en *La Ley* 4 (1996) p. 795 ss.; VALDÉS-PEDRAJAS, «Contrato de transporte, ¿un giro en la jurisprudencia?», en DL 19 (1986) p. 97 ss.

⁴⁹ Declarada también su relación laboral en sentencias de 1992 y 1994, cfr. CHARATEGUI, *¿Los encuestadores son trabajadores?* (Madrid, 1996).

⁵⁰ LÓPEZ-GANDÍA, *Contrato de trabajo*, cit., p. 57-59.

⁵¹ GALLARDO MOYA, *Viejo y nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador* (Madrid, 1998).

de servicios, que permite la conclusión de contratos de transporte, de suministros o de figuras como la franquicia⁵², pero se extiende un poco uniformemente a las diversas figuras profesionales que clásicamente se han ejercido en términos de independencia como es el caso de las profesiones liberales. La historia de estos procesos de deslaboralización ha estado jalonada de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales, que respondían así al cuestionamiento de este tipo de fórmulas de inserción no laboral.

Paralelamente, desde hace algunos años se vienen produciendo lo que doctrinalmente se ha denominado una «crisis de autoridad» de las fuentes externas de fijación de condiciones de trabajo «tanto en su expresión legal como colectiva»⁵³. Se quiere indicar con ello que cada vez se va extendiendo con más fuerza «una visión recuperadora de la autonomía individual y del contrato como expresión máxima de ésta»; posición que en última instancia tiende a «robustecer las potencialidades del libre acuerdo de voluntades en la regulación de las condiciones de trabajo»⁵⁴. En este sentido, habría que indicar que la tensión constante entre autonomía-heteronomía sufre un giro de signo inverso al que históricamente ha caracterizado el proceso de consolidación del Derecho del Trabajo; o, dicho de otra manera, el proceso de individualización de las relaciones laborales nos retrotrae a los comienzos del ordenamiento laboral⁵⁵. Si, como hemos venido indicando, tanto la intervención del Estado como la de los grupos profesionales en la fijación de condiciones de trabajo han desposeído al contrato de su carácter regulador como medio de compensar el desequilibrio que subyace en las relaciones laborales, en cuanto relaciones de subordinación, hoy se nos lanza el mensaje que es preciso «restituir al trabajador una libertad de la que ha sido demasiado frecuentemente explotado por la heteronomía y la colectivización»⁵⁶. Con este punto de partida, en los últimos años se viene produciendo un doble tipo de actuaciones. Por un lado las reformas laborales más recientes han supuesto un desplazamiento del punto de equilibrio entre ley y conve-

⁵² GONZÁLEZ BIEDMA «Aspectos jurídico-laborales de las franquicias», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* 97 (1999) p. 670-671. En lo sucesivo REDT.

⁵³ OJEDA, «Autonomía colectiva y autonomía individual», en RL 2 (1991) p. 67.

⁵⁴ BAYLOS, *Derecho del Trabajo modelo para armar* (Madrid, 1991) p. 67,

⁵⁵ Cfr. SMITIS, quien de forma tajante indica: «In short, individualisation brings us back to the beginnings of employment law», en «Is there still a future for employment law?» en *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security* (Leiden, 1966) p. 17.

⁵⁶ Tal es la «opción cultural subyacente» que, con referencia a la realidad italiana denuncia D'ANTONA «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», en RL 2 (1991) p. 286.

nio colectivo, esto es entre *heteronomía estatal* y *autonomía colectiva*. Normas que en el pasado constituyeron auténticos bastiones de lo que se viene denominando derecho necesario o imperativo se han visto despoídas de tal carácter para pasar a ser disponibles por la autonomía negociada⁵⁷. Por otro, la tendencia creciente de retorno al contrato se manifiesta asimismo, y de manera especial, en el terreno de las relaciones entre *autonomía individual* y *autonomía colectiva*, especialmente en la reacción suscitada contra la fijación uniforme de condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva, lo que plantea conflictos entre el contrato individual y el convenio colectivo⁵⁸.

V

En las páginas que anteceden hemos tratado de dejar constancia de que las situaciones críticas son una constante en el proceso de evolución de las relaciones laborales, que han afectado al contrato de trabajo desde sus mismos orígenes. En todo caso se trata de un proceso condicionado por la tensión que sucesivamente ha ido enfrentando la autonomía del individuo con la heteronomía del Estado, o ésta con la autonomía colectiva⁵⁹. Si en un principio fue necesaria la intervención legislativa para corregir la falacia del contrato libre, sólo la combinación equilibrada del intervencionismo estatal y de la actuación normativa de los grupos profesionales es la que históricamente ha propiciado la consolidación del Derecho del Trabajo como parcela del ordenamiento jurídico dotada de autonomía propia. Las nuevas circunstancias económicas y sociales derivadas de la globalización de los intercambios comerciales y del aumento imparable del desempleo están propiciando un proceso de signo inverso al hasta ahora recorrido; las exigencias de flexibilización apuntan a una diversificación de las relaciones laborales y aun intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de empleo de perfiles borrosos en la que se quieren encuadrar las diferentes formas de trabajo atípico o las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas en las que, cada vez con mayor frecuencia, se produce el fenómeno de la externalización del trabajo y, consecuentemente, el intento de extraer a quienes lo prestan del campo del ordenamiento laboral para introducirlos en los dominios que regulan las prestaciones de servicios independientes, hasta

⁵⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Los convenios colectivos y acuerdos de empresa», en *La Reforma del Mercado Laboral* (Valdés ed.) (Valladolid, 1994) p. 41.

⁵⁸ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*¹⁸ (Madrid, 1996) p. 276.

⁵⁹ Cfr., en general, SAGARDOY «La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada», en DL 24 (1998) p. 9 ss.

el punto de que en la doctrina haya podido hablarse no sólo de parasubordinación⁶⁰, sino incluso, de pseudocontratados de trabajo y pseudoempresarios⁶¹. Con todo, debemos convenir con Borrajo en que el Derecho laboral en general, y el español en concreto, aún está dominado por el modelo propio del trabajador industrial, urbano, estable en su relación de servicio, por lo que está anclado en principios típicos de 1931 a 1973; resulta así poco apto para otorgar protección social eficaz a los trabajadores típicos de la sociedad postindustrial de los años actuales, en los que se quiere dar entrada a un proceso de movilidad permanente, valga la paradoja. La crisis del Derecho del Trabajo es, así, la crisis de una forma histórica del Derecho del Trabajo: la forma keynesiana posterior a la Gran Depresión de 1929. Frente a esta forma histórica se postula un Derecho con menos intervención estatal en beneficio de una intervención concertada fruto de la autonomía colectiva.⁶² ■

⁶⁰ En la conocida expresión acuñada por la doctrina italiana. En la nuestra, *vid.* al respecto RUIZ CASTILLO, «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado», en RL 2 (1991) p. 135 ss. y la bibliografía que cita.

⁶¹ GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, en *Droit Social* 6 (1995) p. 537.

⁶² BORRAJO, *Introducción*⁸, cit., p. 35.

ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR RESIDENCIA.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 22. 4 DEL CÓDIGO CIVIL: LA BUENA CONDUCTA CÍVICA Y EL SUFICIENTE GRADO DE INTEGRACIÓN

José Luis Requero Ibáñez

Magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo
Vocal del Consejo General del Poder judicial

1. Preliminar: el estatuto del extranjero ante la nacionalidad por residencia

Es objeto de estudio la jurisprudencia nacida al amparo del artículo 22. 4 del Código Civil, precepto que no ha sido objeto de reforma tras la reciente Ley 36/2002, de 8 de octubre, por el que se modifican los artículos 20 y 22 a 26 del Código Civil. El artículo 22.4 para la obtención de la nacionalidad española por residencia, aparte de ciertos requisitos reglados que no son del caso más los deducibles del artículo 21.3, impone como carga procedimental la consistente en que el «interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española». Este precepto debe relacionarse con el artículo 21.1 que prevé que para el caso de solicitud de la nacionalidad por residencia, el Ministerio de Justicia «podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional».

El complemento normativo de esas previsiones está en el Reglamento del Registro Civil cuyo artículo 220 dispone que en el expediente para la concesión de la nacionalidad por residencia se indicará especialmente si el interesado está procesado o tiene antecedentes penales y –aunque sea

ya una previsión desfasada- si ha cumplido servicio militar o prestación equivalente según las exigencias de las leyes de su país, o se acredite la situación que concurran en él al respecto y las circunstancias reduzcan el tiempo exigido (apartado 2º).

Más relevante y en orden a la determinación de su grado de integración, el apartado 5º del citado precepto prevé que debe haber constancia de si habla castellano u otra lengua española, más cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente.

La prueba de tales extremos corresponde al solicitante (artículo 221. 1), y así la conducta se acreditará por certificado de la autoridad gubernativa local y por el del Registro Central de Penados y Rebeldes (artículo 221. 3). Y concluye el citado artículo 221 diciendo que para la concesión de la nacionalidad por residencia, ésta se acreditará, de ser posible, por información del Gobierno Civil o de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior. En cuanto a los demás hechos y circunstancias el artículo 221 señala que se acrediten por cualquier medio de prueba adecuado admitido en Derecho. Por último, el Encargado oír personalmente al peticionario para comprobar su grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren.

A su vez dispone el artículo 222 que «la Dirección recabará los informes oficiales que estime precisos y siempre el del Ministerio del Interior. El informe de este Departamento comprenderá el juicio sobre la conducta y situación del extranjero respecto de las obligaciones que impone su entrada y residencia en España»

Como se sabe, los litigios que nazcan de esta normativa se resuelven ante la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor del artículo 22.5 del Código Civil, previsión legal que se introdujo a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo, antigua Sala 4ª, de 7 de junio de 1986.

Desde este marco normativo, la jurisprudencia parte de la premisa de que la nacionalidad, a tenor del artículo 1. 7º de la Ley del Registro Civil, es un auténtico estado civil (SsTS de 24 de abril, 9 de junio, 19 de junio, 25 de octubre de 1999 y 7 de octubre de 2000); de esta forma y según esa doctrina, la nacionalidad define el estado civil por más que tenga una doble dimensión, de un lado, como título para formar parte de la organización del Estado y, además, una cualidad como perteneciente a una comunidad. El primero configura su aspecto público y el segundo el privado, sin que por ello quepa escindir su verdadera naturaleza jurídica de estado civil, decisivo para la posición jurídica de la persona.

Por lo expuesto su adquisición por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza. Al respecto la jurisprudencia

dencia dice que mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia (cf. artículo 21.1), en el que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no de causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurren las circunstancias legalmente previstas. De esta manera no se trata de una concesión *stricto sensu* y menos en sentido jurídico administrativo, desde el que podría defenderse su carácter de negocio unilateral; se trata, más bien, de un reconocimiento que se efectúa por concurrir los requisitos exigibles, aunque pueda denegarse por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados (artículo 21.1). En relación a este requisito formal, de no haber sido por la inaplicación que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1986 del artículo 223.3 del Reglamento del Registro Civil conforme al cual «podrán no motivarse las resoluciones denegatorias por razones de orden público o interés nacional», hoy día tras la reforma de 1990 se habría entendido derogado y, en todo caso, siempre sería de aplicación el artículo 54.1.f) de la Ley 30/92 que exige la motivación cuando una disposición legal así lo exija.

A su vez, no debe olvidarse que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen general de extranjería conforme al cual la residencia legal es el pórtico jurídico a partir del cual el extranjero es titular de aquellos derechos y libertades fundamentales no ligados a la persona en cuanto tal (cf. STC 94/93), la concesión de la nacionalidad española no es un derecho fundamental reconocido por la Constitución a los extranjeros. De esta manera el artículo 11.1 de la Constitución lo que prevé es que la nacionalidad española se adquiere, conserva y pierde de acuerdo con lo establecido en la ley tal y como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 28 de junio de 2000.

Por otra parte y desde el punto de vista del artículo 14 de la Constitución, la jurisprudencia advierte que la posición jurídica del extranjero peticionario de la nacionalidad no es equiparable a la del español en orden a la apreciación de determinados requisitos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª de 26 de septiembre de 2000, entiende que no es invocable el artículo 14 de la Constitución tomando como término de comparación a los españoles. Declara de esta manera el Tribunal Supremo que «la no concesión de la nacionalidad española a una ciudadana extranjera que se encuentre en la misma situación que otros ciudadanos españoles no vulnera el principio de igualdad de derechos entre españoles y extranjeros, pues este principio no tiene carácter absoluto, sino que, como declara la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no

pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”».

Desde esta premisa, concluye afirmando que «resulta evidente que la regulación de la concesión de la nacionalidad española a un extranjero comporta por sí misma una desigualdad, puesto que la ley establece unos requisitos para obtenerla que no son necesarios para la adquisición de la nacionalidad española por razón de origen».

A partir de estos planteamientos, el ejercicio de las potestades administrativas que se ejercitan ante las solicitudes de nacionalidad por residencia nos lleva al estudio, en cuanto al derecho sustantivo, del control jurídico de unas potestades concretadas en la técnica de integración de conceptos jurídicos indeterminados así como determinar el alcance de los informes reservados en los que puede basarse el ejercicio de tales potestades. Pero, además, desde el punto de vista procedimental administrativo, se suscita el reparto de la carga de probar entre la Administración y administrado según que se esté ante el supuesto del artículo 21.1 o artículo 22.4, respectivamente, así como el alcance de esos documentos clasificados como secretos a los que se hacía referencia; otro tanto ocurre desde el punto de vista del proceso contencioso-administrativo a la vista de las previsiones del artículo 48.6 de la LJCA.

2. Primer concepto indeterminado: la buena conducta cívica

A. Su apreciación

El artículo 22. 2 y 3 del Código Civil, junto con el artículo 22.1 exige la concurrencia de unos requisitos reglados para la concesión de nacionalidad por residencia. Ahora bien, para la adecuada calificación de la potestad ejercitada hay que tener presente que el artículo 22.4 exige que el interesado justifique –y lo haga positivamente– en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil su buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española referida al tiempo de formalizarse la solicitud de concesión de la nacionalidad. Por su parte, como ya se ha dicho, el artículo 21.1 apodera a la Administración para denegar la concesión cuando concurren motivos razonados de orden público o interés nacional.

En estos supuestos se enjuicia un acto no tanto referido a un derecho subjetivo del interesado, previo y reconocido en el ordenamiento, como a una manifestación de la soberanía del Estado según constante criterio jurisprudencial, lo que se plasma más en concreto en la posibilidad que

confiere el artículo 21.1 de denegar la solicitud de nacionalidad por razones de orden público o de interés nacional.

El alcance jurídico de la llamada al principio de soberanía implica que, a la hora de valorar en Derecho la solicitud y, en su caso, dictar un acto de gravamen denegatorio de la solicitud, no se está ni ante un acto político y, como tal, no sujeto a Derecho Administrativo; tampoco ante un acto enteramente discrecional propio de la nacionalidad por carta de naturaleza, ni ante un acto reglado ni ante caso en el que la integración de esos conceptos indeterminados deba hacerse necesariamente de manera restrictiva. Implica, por tanto, que la Administración valorará en cada caso un componente de oportunidad o pertinencia, pero sin entrar, como se dice, en la categoría de actos puramente discrecionales. Así que el artículo 21.1 exija precisamente que la decisión se plasme en «motivos razonados» –excepcionando, como se ha visto, la previsión del artículo 223.3 del Reglamento del Registro Civil– supone que el juzgador no está ante un caso en el que se le vede suplantar el criterio administrativo (lo que se suscita al juzgar actos discrecionales), sino que más bien su función revisora se centra en juzgar el ejercicio de la potestad administrativa y apreciar si la integración que se ha hecho de esos conceptos indeterminados es razonable y ajustada a Derecho.

Lo dicho servirá en aquellos casos en los que la concesión se deniega por esas razones de orden público o interés nacional, es en estos casos donde la llamada a la soberanía estatal es más acentuada; cosa diferente será cuando la negativa se base en que se haya considerado que el solicitante no ha justificado satisfactoriamente su buena conducta cívica y el suficiente grado de integración. En este supuesto más que un juicio sobre la integración de conceptos indeterminados se está ante un juicio sobre la justificación –que no prueba en sentido procedimental– de los elementos externos que evidencian esos requisitos.

La regla general es, sin embargo, la que sigue la Audiencia Nacional (cf. Sentencias 16 y 30 de noviembre de 1994, 1 de marzo y 5 de octubre de 1995, 29 de marzo y 18 de septiembre de 1996, 25 de marzo y 21 de octubre de 1998), al recoger el criterio jurisprudencial de que la buena conducta cívica es un concepto jurídico indeterminado no determinable *a priori*, sino que debe concretarse en cada supuesto integrándolo, a la vista de los antecedentes, con la única solución justa. Esto significa que en ese acto administrativo la Administración no ejercita potestades discrecionales o de libre elección entre opciones indistintas e igualmente justas, de ahí que deba razonar bien sea que no se dan en el caso del interesado esa buena conducta cívica o el suficiente grado de integración como que concurren en él las causas denegatorias del artículo 21.1.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, de 14 de junio de 2000, se dice a tales efectos que debe atenderse a todos los factores

existentes y, en ese caso concreto, el demandante fue absuelto en apelación del delito que se le imputaba, los hechos acontecieron hacía largo tiempo y otra serie de factores indicaban su buena conducta cívica. Por su parte la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 3^a, Sección 6^a de 22 de noviembre de 2001, declara que en el acto que se dicte integrando ese concepto indeterminado debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el Tribunal mediante el examen de la trayectoria personal del interesado, considerando esa trayectoria en su conjunto y no atendiendo a un periodo de tiempo predeterminado.

Como se ve en estos casos la técnica de revisión judicial se centra en enjuiciar un acto según el cual se entiende que la Administración debe integrar esos conceptos indeterminados lo cual, repito, no es del todo así. O por decirlo de otra forma: cuando la Administración deniegue la nacionalidad por residencia pese a concurrir los elementos del artículo 21.2 más los del artículo 22 y lo haga por razones de orden público o interés nacional, sí que ejercita una potestad de apreciación y valoración sobre la base de la técnica de integración de conceptos indeterminados. Ahora bien, si se deniega porque no se entiende justificada la buena conducta cívica o el suficiente grado de integración, se está más bien ante un caso en el que se valora no tanto una prueba ni plena ni indiciaria, sino la satisfacción de esas exigencias sobre la base de su justificación. Para esto se acude a criterios justificadores externos como son los antecedentes penales, el conocimiento del idioma, la adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, fijando el Reglamento del Registro Civil medios de justificación (certificados, informes, la exploración del interesado, etc.).

B. Constitucionalidad

Dentro del Derecho de extranjería, la llamada a la buena conducta del extranjero en España y el no haber realizado actos contrarios al orden público, se configuran como estándares a los que se anudan ciertas consecuencias jurídicas; se trata, por tanto, de una exigencia constante en el conjunto de normas que configuran su situación estatutaria diseñada dentro del Derecho de extranjería. Tal exigencia se manifiesta en su vertiente negativa, por ejemplo, en cuanto que los actos contrarios al orden público tipificados como muy graves en la LO 1/92 dan lugar a la expulsión [artículo 50.b) LO 4/2000]. Otro supuesto es aquel que implica la expulsión del asilado (artículo 19.1 Ley 5/84 en relación con los artículo 32.1 de la Convención de Ginebra).

En estos casos se está ante actos de gravamen, siendo razonable el rigor y la integración restrictiva del concepto indeterminado de "orden público", máxime en cuanto que se está ante actos de alcance sancionador, de ahí que por razones de seguridad jurídica la jurisprudencia acudiese

durante la vigencia de la LO 7/1985 a la LO 1/92, de Seguridad Ciudadana, para la integración del supuesto tipificado en el artículo 26.1.c), lo que hoy hace ya el artículo 50. b) de la LO 4/2000

Por último, la llamada a la buena conducta se prevé en el caso de la adquisición de la nacionalidad a los efectos de dictar no un acto de gravamen sino favorable.

¿Es constitucional anudar consecuencias jurídicas a la apreciación de comportamientos basada en la ausencia de vulneración del ordenamiento jurídico?. La respuesta es afirmativa pues según la STC 114/1987 el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, cuando así lo exija razonablemente el interés público que se pretende proteger, con independencia de las consecuencias sancionadoras derivadas de la comisión de hechos o la omisión de deberes concretos, tipificados como infracciones. Son estas razones las que explican, como ya se ha visto, que el ejercicio de la potestad deducible de los artículos 21 y 22 del Código Civil, esté ligada al principio de soberanía.

En definitiva, habrá que estar a la actitud y comportamiento del interesado en su vida en sociedad durante el tiempo de residencia; habrá que estar a su forma de ser continuada y no necesariamente a un hecho aislado. Así, para denegar la solicitud, esa forma de ser puede plasmarse en una actitud o talante que denote una personalidad agresiva o conflictiva o que se plasme en que ha incurrido en prohibiciones o ha dejado de cumplir deberes razonablemente exigibles y se le ha sancionado con arreglo a la normativa de extranjería. En todo caso, la consideración de estos aspectos es coherente con el fin de la norma que es conceder la nacionalidad por residencia a quien acredite un grado suficiente de integración en la sociedad española.

La Audiencia Nacional, en Sentencias de la Sección 4ª de 10 de diciembre de 1997 y 29 de abril de 1998, tiene dicho que el requisito examinado no puede responder a una interpretación extensiva del mismo que, a la postre, lo desvirtúe, de forma que no cabe dar por justificada la buena conducta cívica con el sólo certificado negativo de antecedentes penales y, a su vez, el informe favorable del Encargado del Registro Civil ex artículos 221 y 222 del Reglamento del Registro Civil ciertamente favorece al interesado, pero no vincula a la Administración.

En cuanto a la carga de justificar –repito, el Código no habla de probar– la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 1 de marzo de 2000, fija el siguiente criterio para cuando en los artículos 21.1 y 22.4 del Código Civil el legislador fija como estándar de pertinencia la conducta del interesado. Por un lado el caso del artículo 21.1. *in fine*, conforme al cual si la Administración deniega la solicitud de nacionalidad «por moti-

vos razonados de orden público» es a la Administración a quien le corresponde la carga de razonarlo, luego integrar esos conceptos y probarlo; por otro lado, está el artículo 22.4 en cuyo caso la regla es que corresponde al solicitante la carga de justificar en el expediente ante el Encargado del Registro Civil su buena conducta cívica. Si se entiende como no justificado, la Administración deberá razonar por qué no lo ha considerado así, bien sea por ausencia de justificación bien sea porque el «medidor» de la buena conducta o de la integración no satisfaga el fin de la norma.

C. Los antecedentes penales: su valor relativo

Ligado a lo expuesto está la posibilidad de acudir a los antecedentes penales como criterio medidor o indicativo de la bondad de la conducta del extranjero durante el tiempo de residencia; la cuestión es, en definitiva, si la existencia de antecedentes penales impide o excluye la buena conducta cívica. La conclusión es que no cabe dar una respuesta categórica, ni afirmativa ni negativa.

Como se está diciendo, en este ámbito la Administración ejerce potestades ligadas al principio de soberanía –a quien se permite ser o no español– sobre todo en los supuestos deducibles el artículo 21.1 del Código Civil. Esta circunstancia hace admisible, sin el rigor propio de un acto sancionador, acudir a ciertos indicadores de la conducta cívica o a la integridad moral (cf. STC 144/99) del interesado –no *per se* determinantes– como son los antecedentes policiales o los penales, se hayan cancelado o no, o se haya seguido o no condena penal. Hay que advertir que si bien los antecedentes penales tienen un alcance y valor jurídico, en el caso de los policiales nos movemos en un terreno más pantanoso pues si la conducta ha incurrido en algún ilícito sea administrativo o penal, sobran esos antecedentes y habrá que estar al hecho sancionado y a la sanción impuesta. De esta forma los antecedentes policiales pueden venir referidos a meras denuncias, a informes de conducta recabados sobre el parecer de vecinos, de personas que se desenvuelvan en su ámbito laboral etc., lo que hace que su valor jurídico sea discutible (cf. STC 30/1986, FJ 6º) sin perjuicio de que en la materia de la que tratamos hayan servido para dar idea del talante de quien quiere ser español (cf. Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 15 de marzo de 2000 más abajo citadas).

Estos indicadores deben conjugarse con su lejanía o cercanía temporal respecto de la solicitud, debiendo destacarse que la jurisprudencia entiende que la cancelación de los antecedentes penales no implica *per se* la acreditación de la buena conducta cívica cuya justificación le exige al extranjero el artículo 22.4.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 19 diciembre de 2000, se sostiene que el artículo 22.4 no requiere «haber tenido antes» un comportamiento social intachable sino que lo que se le

exige es «justificar buena conducta cívica». Esto no presupone que al solicitante de la nacionalidad se le exija demostrar que a lo largo de toda su existencia haya tenido permanentemente un comportamiento ejemplar, sino que debe acreditar cumplidamente que ha observado un correcto comportamiento cívico.

En ese caso se tuvo por probado, después de valorar todas las pruebas aportadas y con abstracción de que en el año 1986 había sido condenado por un delito de falsedad en documento mercantil, que los antecedentes policiales y penales, al margen de su cancelación, si bien son un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, no pueden ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad si se demuestra por las demás pruebas practicadas que el solicitante observa una buena conducta cívica.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 25 de octubre de 1999 y 22 de noviembre de 2001 contienen una doctrina propicia al solicitante que cuente con antecedentes cancelados. Entienden que la mera existencia de unos antecedentes penales cancelados no son necesariamente determinantes de la falta de buena conducta cívica; es decir, una buena conducta cívica y antecedentes cancelados son realidades compatibles. Se añade que es jurisprudencia consolidada que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarios para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla el requisito de buena conducta (vgr. obtención de permiso de armas para la caza). Con esto se quiere decir que por unos antecedentes penales cancelados no puede limitarse a un español o residente legalmente en España, el ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos.

Se recoge además la doctrina de la STC 174/1996 según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación puede suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma. No obstante, también se afirma que el hecho de la cancelación de los antecedentes penales no es dato suficiente para tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

La citada STC 174/96 venía referida a un caso en el que se consideró como causa de incapacidad para el ingreso en la Carrera judicial la existencia de antecedentes penales cancelados, lo que según el Tribunal infringe el artículo 23.2 CE referido al derecho a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos. El Tribunal Constitucional, de nuevo ante un supuesto de ejercicio de un derecho, afirma que prolongar los efectos de los antecedentes penales más allá de su cancelación choca con el artículo

25 de la Constitución y con la finalidad trascendente de reinserción social de las penas.

Pero caso diferente es el de la nacionalidad por residencia. Como no estamos ni ante una resolución ni una consecuencia de naturaleza sancionadora (cf. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, Sección 6^a, de 26 de septiembre de 2000), cobra sentido una vez más lo antes afirmado: que se está ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, pues el otorgamiento de la nacionalidad implica otorgar una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones. Este otorgamiento queda en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, sin perjuicio de que, conforme al artículo 21.1 del Código Civil, pueda ser denegado por motivos de orden público o interés nacional.

En segundo lugar, como se ha dicho, el artículo 22 CC exige que el solicitante justifique positivamente la observancia de buena conducta cívica. No basta con que no haya constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España haya sido buena, es decir, que ha vivido conforme a las normas de convivencia cívica y no sólo no haya infringido las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo. Se le pide, por tanto, que haya cumplido los deberes cívicos razonablemente exigibles, de forma que la inexistencia de antecedentes penales no es por sí mismo elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica (cf. STC 114/87).

En consecuencia, la ausencia de antecedentes penales no implica *per se que* el interesado haya observado buena conducta, es decir, no cabe automáticamente integrar el concepto jurídico indeterminado de «buena conducta cívica» con la ausencia de antecedentes penales. Ya en la STS de 16 de marzo de 1999 antes citada se decía que al exigirse buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española para la concesión de la nacionalidad por residencia, se estaban estableciendo unos requisitos adicionales pues no basta con la mera observancia de una conducta que no haya transgredido normas penales o administrativas sancionadoras.

Esa exigencia viene impuesta por el ordenamiento jurídico atendiendo al carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia –de lo que se deduce que los elementos impositivos de su otorgamiento no deban ser apreciados restrictivamente– y, por tanto, comprende aspectos que trascienden a los de orden penal; esa buena conducta debe valorarse atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo y permanencia en España, de ahí

que no pueda identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales lo que nos lleva a la necesidad de integrar ese elemento con la conducta general del interesado y con la entidad de los hechos que motivaron la condena.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3^a, de 27 de abril de 2001, declara que a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos y Culturales (1966) y de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. SsTS de 12 de mayo de 1997 y 2 de junio de 1998), la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia o no de este requisito, salvo que se refiera a infracciones que *per se* revelen de mala conducta. Además «...hay que valorar su alejamiento o cercanía temporal en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladora no sólo del incumplimiento del deber de observancia de los deberes constitucionales y de respeto a los derechos constitucionales, sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida».

En ese caso la Resolución administrativa denegatoria se fundaba en que la existencia de denuncias simultáneas entre el recurrente y su esposa, que dieron lugar a diligencias penales tramitadas por sendos Juzgados de Instrucción que concluyeron con un Auto de archivo y una sentencia absolutoria de la esposa al no haber sido presentada acusación; sin embargo, frente a esto constaba que el recurrente, que residía legalmente en España desde 1982, dominaba el idioma y trabajaba en nuestro país donde cumple sus obligaciones fiscales y donde se encuentra el núcleo de sus relaciones familiares y profesionales. Por estas razones la Audiencia aplicó la jurisprudencia según la pese a la existencia de una denuncia –que no dio lugar a la continuidad de procedimiento penal y que fue sobreseído al ser retirada la denuncia, como resulta de la prueba que se practicó– impide considerarla como equivalente a la inexistencia de buena conducta y así al ser éste el único fundamento de la resolución denegatoria es por lo que estimó el recurso.

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3^a, de 27 de febrero de 2001, resolvió el caso de un recurrente que si bien reunía y cumplía los requisitos necesarios para adquirir la nacionalidad, se entendió por la Administración que no obstante no procedía su concesión por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que fue condenado por un delito de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno, condena de la que derivan unos antecedentes penales ya cancelados. Sin embargo entiende la Audiencia que al valorar esa cancelación

debe partirse de los hechos que dieron lugar a la condena penal y que fueron el intento de utilización de un coche por el recurrente y otros dos sujetos, sin que ni siquiera consiguieran arrancarle, pues el vehículo estaba averiado, por lo que el delito por el que fue condenado el recurrente, en sentencia de conformidad, lo fue en grado de frustración, imponiéndosele pena de multa.

Conforme a tales antecedentes la Audiencia estimó que procedía otorgarle la nacionalidad pues en el expediente consta que el recurrente cumple con todos los demás requisitos exigidos, haciéndose constar en el preceptivo informe propuesta de Encargado del Registro Civil que aparece acreditada la buena conducta del recurrente, así como «su conocimiento del idioma y su plena adaptación a la cultura, modo de vida y costumbres de la sociedad española», informe emitido previo dictamen favorable del Ministerio Fiscal.

Otro caso es el de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección. 3^a, de 6 de febrero de 2001. Se enjuiciaba la negativa a otorgar la nacionalidad por residencia por no haberse justificación suficiente de buena conducta cívica al haber sido condenado en el año 1995. Se trataba de un marroquí, residente en Cádiz, dedicado a la compraventa de automóviles. Fue condenado por un delito contra la seguridad del tráfico a la pena de multa y privación del permiso de conducir por tiempo de seis meses tras obligarle una patrulla de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil a detenerse y requerirle para que se sometiese a una prueba de alcoholemia.

Al haberse solicitado la nacionalidad en 1997 y resuelto el expediente cuatro años después de la sentencia (cumplida en su día la pena impuesta por la misma), atendidas la entidad de los hechos por los que fue condenado y el tiempo transcurrido desde los mismos sin constar antecedentes posteriores, careciendo el interesado de antecedentes penales, es por lo que se entiende procedente estimar la demanda.

D. Juicio de proporcionalidad

A veces se ha invocado el principio de proporcionalidad en esta materia, sin embargo el Tribunal Supremo lo rechaza –STS de 26 de septiembre de 2000– pues se trajo a colación ese principio como si el acto denegatorio de la nacionalidad tuviere alguna connotación sancionadora o debiera aplicarse el criterio de aplicación restrictiva del derecho sancionador, en el que está vedada la interpretación extensiva o analógica. El Supremo rechaza tal idea toda vez que no cabe someter «a la disciplina del derecho sancionador la apreciación de un requisito exigido por la Ley para la concesión de la nacionalidad española respecto del cual la condena penal únicamente opera como índice revelador de que una persona no puede ser calificada como de buena conducta cívica por haber incu-

ruido en infracción grave de los deberes impuestos a los ciudadanos». Este criterio en cuanto tal es acertado, si bien como ahora se verá, no cabe prescindir de ese principio a la hora de ponderar las circunstancias enervantes del artículo 21. 1 en relación a las del artículo 22.4.

E. ¿En qué consiste, por tanto, la «buena conducta cívica»

Conforme a lo expuesto, el concepto buena conducta cívica se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios preferentemente políticos (cf. STS de 8 de febrero de 1999) marcados explícitamente por el legislador en el artículo 21.1. Al ser la nacionalidad el sustrato y fundamento necesario para el pleno ejercicio en España de los derechos políticos, cabe exigir al solicitante un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española. Es aquí donde cobra de nuevo relieve la llamada que se ha hecho al principio de soberanía que se da cita en el ejercicio de esta potestad.

De esta forma dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2000, que no cabe apelar a un concepto abstracto de buena conducta como sinónimo de comportamiento general del interesado en sus relaciones sociales o jurídicas, buena conducta en abstracto cuya inobservancia genere por sí misma consecuencias jurídicas gravosas. Sí puede, por el contrario, apelarse a la buena conducta en sentido concreto y referida a su conducta singular y jurídicamente debida y contrastada con el interés público protegido por la norma que impone dicho requisito, siempre que la exigencia de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento. Es aquí donde, entiendo, cabe apreciar un juicio de proporcionalidad con las circunstancias que enervarían la pertinencia de la solicitud (artículo 21.1) y con la idea subyacente en el artículo 22.4 de buena conducta e integración.

Sigue diciendo esa Sentencia que cuando la norma añade el adjetivo «cívica», permite integrar el contenido de ese concepto jurídico indeterminado, desde la primera de dichas perspectivas, pues confirma su referencia al cumplimiento de los deberes impuestos por la Constitución a los ciudadanos. Por su parte, el fin de la norma que establece este requisito, que expresamente es el de reservar la concesión de la nacionalidad por residencia a quienes hayan acreditado un grado suficiente de integración en la sociedad española, cierra, desde la segunda de las perspectivas analizadas, el abanico de instrumentos conceptuales útiles para la adecuada interpretación.

¿Cómo se integran esos planos normativos? En otro caso (cf. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, de 8 de marzo de 2000) el demandante, en ese momento de cincuenta y dos años, casado con una marroquí y padre de cuatro hijos, había sido condenado en 1985 a seis meses y un día de prisión menor por un delito de robo con violencia e intimidación y detenido en 1993 por un delito de tráfico de drogas, si bien fue puesto en libertad por el juez. Consta también que desde febrero de 1981 había tenido sucesivos permisos de residencia y trabajo sin que se haya incoado expediente sancionador al amparo de las anteriores normas de extranjería (Decreto 522/1974 y LO 7/1985, de 1 de julio) y goza ese solicitante de una pensión a raíz de un accidente. También constaba en el Expediente que el Encargado del Registro dictó Auto con propuesta favorable. Conforme a tales datos, en ese caso se desestimó la demanda pues «la integración que hizo la Administración de la acreditación de la buena conducta del interesado, se ajusta a los fines de la norma aplicada y a los fines de la potestad ejercitada, máxime si se tiene presente que siendo la solicitud de nacionalidad de 1995, los diez años arrancan desde la condena penal y es posterior pero dentro de ese plazo decenal cuando obtiene la remisión de la condena y la cancelación de los antecedentes penales».

En otro caso la solicitud del recurrente era de 1994, y del Expediente tramitado en el Registro Civil sólo se deducen antecedentes favorables: casado con una española, ha obtenido permisos de residencia, conoce el español, no ha sido objeto de expediente de sanción por razón ni de la LO 7/85 ni RD 7866/92; el informe del CESID no es desfavorable y el motivo invocado por la Administración para denegarle la nacionalidad consistió en que había sido condenado por una falta de lesiones a raíz de una discusión con un compatriota por un asunto de dinero; pues bien, conforme a tales antecedentes se estimó su demanda pues la condena en Juicio de Faltas no es determinante de mala conducta (cf. Sentencia de 19 de noviembre de 1993, confirmada por la STS, Sala 3^a, Sección 6^a de 2 de junio de 1998), y en ese caso vino motivada por un hecho aislado y muy posterior a la solicitud.

La condena penal por un delito contra la salud pública se ha entendido a estos efectos como un hecho especialmente relevante. Así en la ya citada STS, Sala 3^a, Sección 6^a de 26 de septiembre de 2000, se confirma en casación la sentencia de la Audiencia Nacional que denegó la solicitud de nacionalidad al atribuir especial importancia a la condena penal, de forma que la gravedad de la conducta fue suficiente para no integrar el requisito de la buena conducta cívica. Se dice además que desde la STC 114/1987, el deber de observar buena conducta, de cuyo incumplimiento derivan determinadas consecuencias jurídicas desfavorables, supone que el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos deter-

minadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse, con independencia de las consecuencias sancionadoras que se deriven de la comisión de hechos o la omisión de deberes concretos, tipificados como infracciones.

En ese caso entiende el TS que la gravedad de la infracción cometida es suficiente para contrarrestar otros posibles factores de conducta que pudieran considerarse favorables a la apreciación de una integración en la sociedad española, por sí misma insuficiente para neutralizar estas apreciaciones.

Frente a estas conclusiones, el recurrente alegó que no podía imponerse a una condena penal unos efectos no previstos por la norma punitiva, lo que sería una consecuencia desproporcionada y contraria al principio de igualdad, especialmente si se ha reinsertado y obtenido la rehabilitación. Frente a tales alegatos el Tribunal Supremo declara, por un lado, que la denegación de la nacionalidad no constituye una consecuencia punitiva derivada de la comisión del delito, sino que integra una consecuencia ajena al ámbito de lo penal, en la medida en que dicha condena revela la existencia de conductas vulneradoras de los deberes cívicos. En definitiva se trataría de anudar una legítima consecuencia desfavorable impuesta por el ordenamiento en razón del interés público por razón del incumplimiento de los deberes cívicos que la comisión de la infracción revela.

Siguiendo con el casuismo y, en concreto, con la invocación al principio de proporcionalidad, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, de 15 de marzo de 2000, se confirma el acto denegatorio por entender que «a los estrictos efectos de la norma aplicada (artículo 22.4) es relevante que el actor entre junio de 1991 y marzo de 1994 haya estado involucrado en actuaciones policiales por delitos contra la salud pública. Es cierto que ninguna condena se ha seguido por tales hechos, pero tampoco hay noticia de la razón de los sobreseimientos o de la absolución a lo que se añade la proximidad en el tiempo de esas detenciones y la homogeneidad de los hechos que las motivaron, lo que lleva a la Sala ha entender razonable el acto impugnado por no ser desproporcionada la valoración que hace de la conducta del actor durante su vida en la sociedad española a los efectos de integrar los requisitos normativos del artículo 22.4 del Código Civil». Esta misma idea de proporcionalidad es aplicada por otra Sentencia de la misma Sala y Sección de la misma fecha, sobre la base de la realidad de una peticionaria «conflictiva» involucrada entre 1991 y 1995 –la solicitud era de 1994– en diligencias policiales por riñas, insultos y amenazas.

F. Su relación con el artículo 21.1

a) *La llamada al orden público e interés nacional*

Ya se ha hecho referencia a este precepto en relación al juicio de proporcionalidad y a la carga de la prueba en el procedimiento administrativo y, en su caso, en el judicial. En otro orden de cosas, la jurisprudencia advierte que la potestad del Ministro de Justicia para denegar la nacionalidad por razones de orden público o interés nacional, es ajena a la necesidad de que se cumpla el requisito de buena conducta cívica exigido por el artículo 22.4. Así las razones del artículo 21.1 tienen relación con circunstancias de orden general que trascienden la esfera personal del solicitante y su concurrencia permite a la Administración denegar la nacionalidad, de forma que la ausencia de razones de orden público o interés nacional no equivale necesariamente a que se hayan cumplido y justificado los requisitos exigibles ex artículo 22.4.

b) *El círculo de relaciones y amistades a los efectos del artículo 21.1: los informes del CESID*

Es frecuente la llamada por la Administración «*al círculo de relaciones y las actividades del peticionario*» como circunstancia impositiva de la solicitud y forma de integración del artículo 21.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1997 ha declarado que la Administración no ejercita para esto una potestad discrecional que le permita decidir con libertad y renunciar a la única solución para el caso; se trata, por tanto, de la integración de los conceptos indeterminados del artículo 21.1; el problema surge cuando esa integración se hace sobre la base de otros conceptos también indeterminados pero ya de elaboración administrativa, máxime si no hay base fáctica que permita vislumbrar en qué consisten ese círculo de relaciones o cuales son esas actividades.

Se parte, por tanto, de unos conceptos jurídicos indeterminados (orden público o interés nacional) normativos que obligan a la única interpretación acorde con la finalidad de la norma, atendidas las circunstancias reales del caso, lo que implica la carga de la motivación o razonamiento (artículo 21,1). De esta forma si el extranjero reúne las condiciones objetivas previstas por dicha norma, será la auténtica y verdadera concurrencia de tales motivos de orden público o de interés nacional lo que determinará su denegación.

Cuando se basa la denegación en los informes del Centro Superior de Información de la Defensa (hoy Centro Nacional de Inteligencia), calificados de reservados en virtud de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y se invoca el «*círculo de relaciones y las actividades del peticionario*», la Audiencia Nacional (cf. Sentencia, Sección 4ª, de 9 de febrero de 2000) exige al demandante una mayor diligencia probatoria.

De esta forma ha desestimado demandas si, pese a haber indicios para integrar esos motivos de denegación, el actor se limita, por ejemplo, a señalar que reúne los requisitos de los artículos 21 y 22 del Código Civil, a resaltar su arraigo, la condición de nacionales que ostentan su cónyuge e hijos, o los informes favorables de la Delegación del Gobierno, del Juez Encargado del Registro Civil y del Ministerio Fiscal o que su círculo de relaciones es básicamente familiar, su condición de nacional de un país iberoamericano, la carencia de antecedentes penales, su dedicación al estudio o la posesión de recursos suficientes para su sostenimiento, alegatos sobre los que no se articula prueba para desvirtuar los hechos constitutivos o determinantes del acto impugnado.

En todo caso el problema que suscitan esos informes se centra en que, de ordinario y por su carácter reservado, no figuran en el Expediente o, de figurar, la motivación del acto denegatorio dictado a tenor del artículo 21.1, se salda con expresiones genéricas como esa llamada al círculo de relaciones o amistades. Añádase a esto que la Ley 9/68 expresamente dice que la clasificación de secreto o reservado «no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia (ni) alegaciones» (artículo 14) –de lo que se deduce que esos trámites deben ser reconocibles y posibles– pero, a su vez, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa señala que no formarán parte del expediente remitido por la Administración los documentos clasificados como secretos (artículo 48.6).

Ante este panorama se sigue el criterio de que el carácter clasificado de esos informes no es cuestionado, ni tampoco sus consecuencias jurídicas en relación al artículo 24. 1 de la Constitución; ahora bien, esto no excluye que la Administración base su decisión en circunstancias ciertas y reales. Ante la negativa a desclasificarlos o remitirlos, amparada en la Ley 9/68, la Sala opta por atender al resto de los antecedentes que obran en el Expediente, a los datos objetivos que se deduzcan de la vida del peticionario, a la concurrencia de los requisitos reglados y a la actividad probatoria de la actora sobre su buena conducta o su círculo de relaciones (cf. la ya citada Sentencia, Sección 4ª, de 9 de febrero de 2000).

De esta manera ha habido casos en los que se concreta más, como es el supuesto de que se proclama la vinculación del interesado a los servicios de inteligencia de su país de origen o a ciertos intereses de ese país (vgr. Sentencia Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 11 de febrero de 1998), lo que se ha entendido implica trasladar al interesado una carga de probar que va más allá de la mera justificación de los elementos del artículo 22 del Código Civil.

Si el contenido de esos informes no se explicita, esto no significa que, por definición, la demanda deba desestimarse. Puede ocurrir, por tanto, que en el Expediente conste la concurrencia de los elementos objetivos y reglados que son favorables –residencia legal, ausencia de antecedentes

penales, propuesta favorable del encargado del Registro Civil-, pero aún cuando no se expliciten los motivos de la denegación por el carácter reservado del informe del CESID, lo cierto es que si no hay ni en el expediente ni en autos un elemento objetivo que –sin indagarlo– en sí de pie y haga atendible la negativa de la Administración, no hay base para argumentar en sentencia la improcedencia en Derecho de la pretensión.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª de 7 de octubre de 2000, se confirmó en casación la sentencia que estimaba el recurso contra la denegación de la nacionalidad sobre la base de dos informes, uno de la Policía y otro del CESID. El del Centro fue reclamado por la Sala y nunca llegó a remitirse, lo que no impide esa estimación pues el Tribunal resuelve sobre la base de los antecedentes que obran en el Expediente administrativo. Así en esos antecedentes había unos a los que el Tribunal *a quo* no concedió trascendencia alguna al referirse a la averiguación de domicilio y haber sido denunciado por lesiones en un Juzgado Municipal, hechos ocurridos diecisiete años antes de la solicitud de la nacionalidad española. De esta forma el Tribunal *a quo* entendió que tales circunstancias no desvirtúan la buena conducta cívica, acreditada por el demandante mediante la abundante prueba documental obrante en el expediente administrativo y los documentos incorporados al proceso así como por las declaraciones testificales emitidas durante el periodo probatorio.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 13 de mayo de 1999 se confirma la sentencia de instancia, confirmatoria a su vez de la pretensión del recurrente. Se dijo que ni el informe del Encargado del Registro Civil ni el del Fiscal son vinculantes y que el informe del Ministerio del Interior es preceptivo, pero que el CESID no se integra en el Ministerio del Interior sino en el de Defensa. Además y desde la perspectiva del recurso de casación, el Supremo deja constancia de que la Sala *a quo* valoró las pruebas a la vista de la contradicción entre los informes del Gobierno Civil y del Ayuntamiento, sobre residencia y conducta, con los de la Dirección General de la Policía y CESID, y estimó más justificados los primeros informes por su motivación y razón de conocimiento directo, sin que en los hechos alegados por el CESID exista constancia de que sobre los mismos se formulase la correspondiente denuncia ni ante la policía ni ante las autoridades judiciales.

En otro supuesto (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 12 de junio de 2001), el informe del CESID se limitó a apuntar como motivo impeditivo de la solicitud que «el interesado “ha estado en prisión en varias ocasiones hace algunos años”», lo que no se tuvo en cuenta no sólo por la rehabilitación de los antecedentes, sino por su contradicción con otros informes policiales obrantes en el Expediente que negaban tal aserto. Pero en otro caso la situación es a la inversa (Senten-

cia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2001): los informes policiales son desfavorables pero no así los del CESID, dándose en ese caso prioridad a los del Centro.

3. Segundo concepto indeterminado: el requisito de la integración

A la hora de acreditar esa integración en la sociedad española, es admisible que se integre ese concepto jurídico indeterminado sobre la base de que el interesado acredite que conoce de forma aceptable el idioma español. Se trata, por tanto, de tomar el idioma español como signo o muestra de identificación con la sociedad de la que desea formar parte al adquirir la nacionalidad. La base de la exigencia de tal requisito estaría en el artículo 3.1 de la Constitución, pues el conocimiento del idioma castellano es obligatorio para todos los españoles, luego también para los que quieren serlo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 18 de septiembre de 2001, enjuició un caso en el que constaban en el expediente administrativo dos actas del Registro Civil de Fuengirola, una de 1994 en la que se hace constar que la compareciente habla correctamente el castellano y está perfectamente adaptada a la cultura y estilo de vida españoles, y otra de 1996, en la que se hace constar que habla mal el castellano, no comprende muchas de las preguntas y en ocasiones tampoco se le entiende lo que dice. La interesada era ama de casa y dependía económicamente de su marido, de nacionalidad española y perceptor de una pensión de invalidez, habiéndose aportado certificado expedido por la Asociación Málaga Acoge acreditativo de que la interesada estaba inscrita y recibía clases de español desde enero de 1998, los días martes y jueves de 18 h. a 20 h., realizando esta actividad dentro del Programa de Lengua y Cultura. Sobre esta base, la sentencia estimó el recurso por deducirse de las circunstancias concurrentes la existencia de suficiente grado de integración en la sociedad española, concepto distinto de la posesión de determinado nivel de instrucción.

En otra sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 10 abril de 2001, se hace constar que en el Expediente consta un certificado del padrón de habitantes de Melilla conforme al cual el recurrente figuraba empadronado desde 1973; hay además un informe de la Policía según el cual el interesado tenía residencia legal desde 1986 y en la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil de Melilla se dejó constancia de que habla castellano y que se considera adaptado a la cultura y estilo de vida españolas. En otra comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, practicada a instancia de la Dirección General de los Registros con el fin de apreciar el grado de integración del recurrente en las costumbres españolas, se concluyó por el propio Encargado que el recurrente en-


tiende y se expresa correctamente el idioma castellano y se encuentra integrado en la sociedad española, no encontrándose vinculado a las costumbres de su país, sino a las de su religión, que es la musulmana.

Pues bien, sobre esta base de hecho, la Sentencia lo valora y llega a la conclusión de que el recurrente tiene el suficiente grado de integración en la sociedad española, por lo que anula la resolución recurrida.

En otra sentencia, también de la Audiencia Nacional, Sección 3ª y de 20 de marzo de 2001, se ventilaba un supuesto en el que se tuvo por probado mediante la testifical y documental que el interesado habla y entiende el español y asimismo que asiste a un curso de alfabetización en el idioma español en un Centro de Adultos, razón por la que estima el recurso.

Siguiendo con la casuística, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 28 de junio de 2000, estimaba el recurso con base en la siguiente prueba deducible del Expediente administrativo. De un lado, dos Actas de audiencia levantadas por el Encargado del Registro Civil en las que indica con toda claridad que la allí recurrente está perfectamente integrada en la sociedad española, y que conoce y se expresa en la lengua castellana. Junto a los antecedentes administrativos, en fase de prueba se aportó un certificado de escolaridad de la recurrente y un Informe del Ministerio de Educación en el que consta que para obtener dicho certificado son precisos unos conocimientos mínimos como son, entre otros, la comprensión de textos escritos en castellano, el uso del diccionario, conocimientos gramaticales y una redacción escrita. Además, el certificado de escolaridad era de fecha anterior a la solicitud de la nacionalidad española por lo que el requisito controvertido concurría antes de la solicitud.

Todos estos antecedentes fueron bastantes para desvirtuar el contenido del Informe Policial que obraba en el expediente administrativo contrario a las pretensiones de la actora.

Sin embargo, en la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 11 de febrero de 1998, la Sala juzgó un acto denegatorio en el que la Administración advirtió la falta de integración sobre la base de un informe del CESID que decía que «Ahmed no está adaptado a nuestras formas de vida y costumbres, habiéndose detectado su colaboración con los servicios de Inteligencia marroquíes y su vinculación a la cultura e intereses de ese país». En ese caso la Sala tenía duda acerca de la concurrencia de los requisitos reglados de residencia legal en España, lo que había motivado una diligencia para mejor proveer. Sin embargo, ante ese informe en el que se mezclan razones de orden público e interés nacional –ahí esta la llamada a los servicios de inteligencia más a los intereses marroquíes– y la falta de integración, se opta por entender que la Administración ha acreditado las causas que impiden el otorgamiento de la nacionalidad. 

LEGISLACIÓN CIVIL EN EL DERECHO AGRARIO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Pedro de Pablo Contreras

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

1. Planteamiento

Como es sabido, el artículo 148.1 de la Constitución enuncia una serie de materias o sectores en que todas las Comunidades Autónomas podrían, desde un primer momento, asumir competencias. En lo que afecta al contenido que habitualmente se suele atribuir al Derecho agrario, entre las mismas cabe destacar la «*la ordenación del territorio*» (regla 3^a), «*la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía*» (regla 7^a), «*los montes y aprovechamientos forestales*» (regla 8^a) y «*la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial*» (regla 11^a). En consecuencia, todos los Estatutos de Autonomía inicialmente aprobados atribuyeron a las respectivas Comunidades Autónomas la competencia sobre dichas materias, que además no dudaron en calificar, en todos los casos como *exclusiva*.

De otro lado, el artículo 149.3 de la norma fundamental permite a las Comunidades Autónomas, en sus Estatutos, asumir competencias «en las

materias no atribuidas expresamente al Estado en esta Constitución», esto es, en lo que no reserva a la exclusiva competencia estatal su artículo 149.1. Esto podían hacerlo ya inicialmente las Comunidades a que se referían la disposición transitoria segunda (las llamadas, con alguna impropiedad, «Comunidades históricas») y las que cumplieran los requisitos del artículo 151.1 (Andalucía), a las que se sumó –con apoyo en la disposición adicional primera de la Constitución– la Comunidad Foral de Navarra. Las demás habían de esperar para actuar del mismo modo a que transcurriera el plazo de cinco años previsto en el artículo 148.2, de modo que, desde que se cumplió ese término, todas las Comunidades Autónomas estaban en condiciones de alcanzar en sus Estatutos el mismo *techo competencial*, sólo limitado, como he indicado, por las competencias exclusivas que al Estado preserva el artículo 149.1 CE. Y así lo han hecho todas ellas: los vigentes Estatutos de Autonomía atribuyen a las respectivas Comunidades, en efecto –en mayor o menor medida según los casos–, la competencia exclusiva sobre determinadas materias específicas no incluidas literalmente entre las que el artículo 149.1 reserva al Estado, las cuales vienen a sumarse a las asumidas al amparo del artículo 148.1 a las que ya me he referido.

2. El sofisma de la equiparación entre el alcance de las competencias autonómicas y el contenido de la preexistentes leyes estatales reguladoras de las materias a que aquéllas se refieren

Como es evidente, el indicado modo de proceder de las Comunidades Autónomas se hace especialmente visible –y así se infiere ya de los ejemplos que he puesto unas líneas más arriba– cuando aquéllas regulan materias gobernadas antes de la Constitución por leyes especiales (por supuesto emanadas del único legislador entonces existente, o sea del estatal), cuyos contenidos se suelen reproducir, más o menos modificados o adaptados, sin detenerse en modo alguno ante lo que en ellas pertenece al Derecho privado. Si la ley de caza, o la de montes, o la de reforma y desarrollo agrario –parece pensarse– regulaba esta cuestión, yo puedo también regularla, puesto que según mi Estatuto tengo competencia exclusiva en materia de caza, de montes o de agricultura.

Me parece obvio, sin embargo, que no hay fundamento alguno en la Constitución que permita construir semejante silogismo. El propio Tribunal Constitucional se refiere a ello en su importante sentencia 67/1997, de 20 de marzo, sobre el texto refundido de la Ley del suelo, a propósito de la regulación por el Estado del derecho de superficie (fundamento jurídico 38).

«Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el texto refundido de la Ley del suelo y que consiste en sostener que el «contenido tradicional» –de los últimos decenios– del Derecho urbanístico constituiría una suerte de «título atributivo de competencias», de modo que, al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrán atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando.

Una tal concepción, además de «petrificar» o «congelar» el contenido por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho urbanístico desconocería el entero orden constitucional de competencias, al otorgarle a la regla del art. 148.1.3^a CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema.

Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8^a CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3 y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado; y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

Aclarar esto es importante, y constituye un buen prelude para afrontar de frente los problemas de fondo que me he propuesto analizar.

3. El supuesto «principio de especialidad» de las competencias autonómicas específicas y su refutación por el Tribunal Constitucional

La cuestión de en qué medida pueden las Comunidades Autónomas, al amparo de determinados títulos competenciales recogidos en sus Estatutos, preterir las competencias exclusivas que al Estado atribuye el artículo 149.1 de la Constitución sobre ciertos sectores normativos genéricos (en particular «*legislación civil*», regla 8^a, y «*legislación mercantil*», regla 6^a), ha sido resuelto por quienes se han ocupado del tema aludiendo a la existencia de un supuesto «principio de especialidad», que haría prevalecer sobre éstas a las competencias autonómicas formuladas con mayor grado de concreción.

Ante el Tribunal Constitucional, este argumento es el expresamente utilizado por el letrado del Gobierno Vasco para hacer frente a la tesis del abogado del Estado en el recurso que dio lugar a la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de asociaciones, a la que este último acusaba

de violentar la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil¹: «debe descartarse la entrada en juego del art. 149.1.8ª –apunta el primero–, pues el derecho de asociación es una materia más específica que el Derecho civil, por lo que debe ser preferido por virtud del criterio de la especialidad».

Y el propio legislador autonómico ha invocado incluso expresamente tal criterio, en alguna ocasión, para justificar la inclusión de normas civiles al hilo de la regulación de materias concretas sobre las que aquél ostenta competencias exclusivas. Así lo hace, por ejemplo, el legislador vasco en la Exposición de motivo de la Ley 12/1994, de 12 de junio, de fundaciones: en ella se afirma que las fundaciones tienen una «naturaleza dual» de la que «se desprende –dice– que el ordenamiento de las fundaciones privadas escape del contenido general de un Código civil (sic), precisando de una ordenación de tipo público o administrativo propia de legislación especial, aunque en ocasiones regule de forma tangencial algunos preceptos algunos preceptos de carácter civil de los que sirven, ineludiblemente, para trazar los rasgos sustanciales de la figura. Ello resulta plenamente justificado –concluye, y esto es lo que quiero destacar– en base al criterio de la especialidad que, como pieza clave de resolución de conflictos generados por la concurrencia de títulos, ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones».

A mi juicio, sin embargo, no hay resquicio en nuestro ordenamiento para semejante principio. Las competencias autonómicas, sea cual sea su formulación, sólo pueden operar en el espacio que no esté ocupado por las competencias exclusivas que reserva al Estado el artículo 149.1 de la norma fundamental, entre las que se encuentra la legislación civil (artículo 149.1.8ª CE). Y esto es algo que el Tribunal Constitucional ha dejado claramente sentado en numerosas ocasiones.

La propia STC 173/1998, con cita de las 20/1988 y 178/1994, recuerda con acierto tal doctrina señalando que la fuerza normativa de la Constitución

«no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva una competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al estado títulos competenciales sobre esa misma materia».

por lo que –dice más adelante–,

¹ «No es posible aceptar –dice el abogado del Estado, según relatan los antecedentes de la sentencia– que el Estatuto de Autonomía otorgue al País Vasco competencia para regular todos los elementos definidores de la institución respecto a los tipos de asociación que menciona su art. 10.13, pues el tronco común de la institución civil de la asociación está incluido en la competencia estatal, regulada en cuanto persona jurídica por la legislación civil».

«debe tenerse en cuenta que en las asociaciones objeto de la competencia autonómica existen elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los que Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma» (fundamento jurídico 6º)².

El letrado del Gobierno Vasco, al contestar la invasión por la Ley vasca de asociaciones de la competencias estatal sobre la legislación civil denunciada por el abogado del Estado, invoca expresamente las sentencias 71/1982 y 48/1988 como fundamentadoras de tan indicado «principio de especialidad». Por su parte, la exposición de motivos de la Ley de fundaciones del País Vasco, a la que he eludido, añade a los dos citadas las 62/1991 y 120/1992.

En la primera de ellas –STC 71/1982, de 30 de noviembre–, resolvió el Tribunal el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento vasco 10/19881, de 18 de noviembre, del Estatuto del consumidor. En ella, aquél empieza afirmando (fundamento jurídico 2º) que

«defensa del consumidor (artículo 10.28 EV) y mercado interior (artículo 10.27 ídem), y la competencia exclusiva que dicen estos preceptos, con el límite que respecto a precios, circulación de bienes y defensa de la competencia establecen, son los títulos competenciales que invocan por el legislador vasco –y por las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno– para justificar la Ley 10/1981, y en especial los preceptos objeto de impugnación, desde este aspecto competencial. La defensa del consumidor y, por pareja razón, el mercado interior es, sin embargo, un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser difícil-

² Por eso sorprende que luego la sentencia parezca olvidarse de tan nítidas premisas y ni siquiera valore la pertenencia de buena parte del régimen jurídico de las asociaciones a la «legislación civil», limitándose a cuestionar la legitimidad constitucional de la regulación autonómica tan sólo en cuanto a su eventual incidencia en la reserva de ley orgánica para el «desarrollo» del derecho fundamental de asociación (art. 81.1 CE), así como en cuanto a los aspectos de tal régimen jurídico que puedan considerarse «condiciones básicas que garanticen la igualdad» en el ejercicio del derecho de asociación (cfr. art. 149.1.1ª CE). Curiosamente, empero, el Tribunal Constitucional, en la sentencia a que aludo, sí que analiza los preceptos de la ley impugnada a la luz de la competencia estatal exclusiva en materia de «legislación procesal», lo que –pese a que, en este punto, la Constitución salva «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6ª)– le lleva a declarar inconstitucionales varios preceptos de aquélla [cfr. fundamentos jurídicos 14.e) y 16]. Aquí, pues, no parece funcionar el «principio de especialidad» competencial alegado por el Gobierno Vasco respecto a la «legislación civil», que –fiel a su tradicional naturaleza de Derecho común– parece ser, también desde la perspectiva del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, un sector del ordenamiento llamado a sufrir en exclusiva los menoscabos derivados de la «especialidad» alcanzada, respecto a él, por ciertas materias.

toso en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias. Y esto podrá ocurrir –y, como veremos, ocurre en el caso que enjuiciamos– cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas jurídicas presente, de algún modo, en el artículo 149.1 CE (nos referimos a la legislación civil, a la legislación procesal, etc.)».

Así pues, según esto, las competencias –sin duda específicas, por más que «contornos imprecisos»– sobre la defensa del consumidor y el mercado interior, no pueden entenderse de tal modo que prevalezcan y se impongan, en todo caso, sobre la más genérica de legislación civil. Y, coherentemente con ello, actúa el Tribunal Constitucional cuando, por ejemplo, aborda el examen de la constitucionalidad de los preceptos del Estatuto del consumidor relativos a las cláusulas contractuales abusivas (fundamento jurídico 14º):

«Si los preceptos tuvieran que interpretarse en el sentido de que establecen una regulación sobre lo que debe entenderse por cláusulas abusivas en la contratación introduciendo en este área del Derecho innovaciones en lo que es –y debe ser– una regulación general comprendida en lo que dispone el artículo 149.1.8ª CE, la conclusión tendría que ser la de negar competencia al legislador vasco, pues el tratamiento de la materia, y las soluciones al respecto, debe ser una, y la misma, para cualquier parte del territorio del Estado. El decidirse por la técnica de la cláusula definitoria general, entendiendo que son abusivas aquellas que entrañan en el contrato una posición de desequilibrio en el comportamiento contractual en perjuicio de los consumidores, o por la técnica de listado de cláusulas abusivas, o por la de complementar la cláusula general definitoria con una lista de cláusulas abusivas, y cuál es la sanción que comportan –que son temas capitales del Derecho de la contratación– requiere regulaciones uniformes, sin que pueda invocarse el título competencial del artículo 10.28 EV, pues prevalece aquí el preferencial del precepto constitucional que hemos dicho, a cuyo tenor el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, a salvo la propia de la Comunidad autónoma en el ámbito del Derecho civil, foral o especial. La regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal».

El sentido idéntico, a propósito del establecimiento, en el artículo 15 del Estatuto vasco del consumidor, de la obligatoriedad de un servicio postventa tratándose de enajenaciones de bienes duraderos, dice el Tribunal (fundamento jurídico 17) que

«el artículo 15, en la primera de sus proposiciones jurídicas, lo que está configurando, con la indeterminación que hemos dicho, es un derecho y

correlativa obligación, que se inserta ex lege en contenido contractual con lo está legislando en materia contractual contra lo que previene el artículo 149.1.8ª CE».

Lo mismo ocurre, al decir del Tribunal Constitucional, con la norma que, en dicho Estatuto del consumidor, establece un deber de información a cargo del empresario (fundamento jurídico 18):

«La verdad es que, cualquiera que sean las opciones a las que pudiera entenderse está abierto el artículo 31, la inclusión de la norma en el sector de la legislación civil no es cuestionable (...). En todo caso, la norma es civil, de las atribuidas al legislador común, tal como previene el artículo 149.1.8ª CE. La uniformidad en esta materia, a salvo el Derecho civil foral o especial, por lo demás, es algo explícitamente reconocido por las representaciones procesales del País Vasco (...). De donde resulta que el precepto en cuestión, no por conculcación de los principios constitucionales que deben informar la legislación positiva, que no los conculca, pero sí por emanar del legislador autonómico excediéndose de su competencia, tiene que ser declarado nulo (artículo 149.1.8ª CE)».

Por lo demás, el planteamiento de esta Sentencia 71/1982, vino a reiterarse en la ulterior STC 15/1989, de 26 de enero (sobre la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios), en la cual se indica que, si bien el artículo 149.1 de la Constitución

«no ha mencionado expresamente la rúbrica defensa de los consumidores y usuarios, abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia exclusiva sobre la misma (artículo 149.3 CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales rinducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que, sobre defensa del consumidor y del usuario, corresponden a determinadas Comunidades Autónomas, las cuales, en este caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales. La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (santidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica (...); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía».

La idea, por lo demás, es recogida de nuevo con toda claridad por la STC 62/1991, de 22 de marzo, sobre la Ley del Parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y

Usuario, la cual vuelve a recordar, en su fundamento jurídico 2º, que las competencias autonómicas quedan siempre limitadas por

«las competencias reservadas (al Estado) sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.) en diferentes números del art. 149.1 CE, o por decirlo en términos de la STC 15/1989, ‘ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía’ (fundamento jurídico 1º)».

Y, actuando en consecuencia, esta STC 62/1991 declara la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley autonómica que, al hilo de la protección del consumidor, inciden en la disciplina contractual. En este sentido, resulta particularmente expresiva la afirmación contenida en su fundamento jurídico 4º de que, con respecto al Derecho de obligaciones «ningún título competencial ostenta la Comunidad Autónoma», correspondiendo la competencia exclusiva al Estado «en tanto que la Comunidad Autónoma no disponga de competencia en virtud de su Derecho foral»³.

La doctrina de estas sentencias es, pues, concluyente: la competencia autonómica específica en materia de protección de los consumidores ha de entenderse sin perjuicio de la estatal en materia de legislación civil, que no puede ser preterida por su carácter más genérico. A este respecto, las normas que, como las que regulan el contenido de los contratos o la res-

³ Así se argumenta, en efecto, en el apartado e) de dicho fundamento jurídico 4º, que vale la pena reproducir en su literalidad: «El artículo 21 de la Ley gallega –explica– se limita a reproducir el artículo 11.1 de la Ley estatal 26/1984, en el que se establecen las exigencias que a favor de los consumidores y usuarios deberá satisfacer el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, añadiendo el precepto impugnado ‘de conformidad con legislación general’. No requiere de mayores disquisiciones –dice el Tribunal Constitucional– afirmar que la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6ª y 8ª CE. Ahora bien, lo que se cuestiona no es evidentemente, el contenido del precepto, sino la posibilidad de que el legislador autonómico reproduzca un precepto estatal que, aun cuando tenga por finalidad la defensa del consumidor, incide claramente en el Derecho de obligaciones, con respecto al cual ningún título competencial ostenta la Comunidad Autónoma. La determinación del contenido de los contratos, aunque su finalidad sea como en el presente caso la protección del consumidor y del usuario, no puede ser entendida, como pretende el representante de la Junta, como una ‘declaración de objetivos generales’. Se trata, por el contrario, de un reforzamiento de las obligaciones del vendedor sobre cuya determinación tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1.6ª CE), en tanto que la Comunidad Autónoma no disponga de competencia en virtud de su Derecho foral. Como este no es caso –concluye–, el precepto de la Ley gallega incurre en inconstitucionalidad».

ponsabilidad civil, dan lugar a pretensiones de un particular frente a otro, la «legislación civil»; y, respecto a ellas, en consecuencia, su dictado por las Comunidades Autónomas únicamente es posible, en su caso, si cabe en la competencia que éstas tengan atribuida para la «conservación, modificación y desarrollo» de un preexistente Derecho civil foral o especial.

No hay asomo en ellas, entonces, de ese supuesto «principio de especialidad competencial» con menoscabo del alcance de la competencia estatal sobre la legislación civil. Como no lo hay tampoco en la STC 48/1988, de 2 de marzo, también –como se ha visto– invocada en tal sentido: es cierto que, en ella, se afirma que «*el título (competencial) específico ha de prevalecer sobre el genérico*» (fundamento jurídico 2º); pero tal afirmación la refiere el Tribunal Constitucional a dos distintos títulos competenciales autonómicos (en el caso, fundaciones y Cajas de Ahorro), para negar que pueda la Comunidad Autónoma ampararse en el más amplio para ir más allá de lo que le permitiría regular el previsto con mayor grado de especificidad. Del mismo modo, por último, en nada atañe a la cuestión que nos ocupa –pese a que la traiga a colación en este sentido la Exposición de motivos de la Ley vasca de fundaciones– la STC 120/1992, de 21 de septiembre, que resolvió un conflicto de competencias referente al establecimiento de los méritos a tener en cuenta para el nombramiento de notarios en los territorios con Derecho foral, en la que, invocada por las Comunidades Autónomas su competencia para la «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos civiles respectivos, no se afirma que prevalezca sobre esta la específica contemplada en los Estatutos en relación con el nombramiento de dichos funcionarios públicos, sino, sencillamente, que esta última es la única atinente al caso⁴.

⁴ Así es como debe entenderse la doctrina contenida en el fundamento jurídico 3º de dicha sentencia, en el que se lee que «no puede aceptarse la alegación de que el Real Decreto impugnado sea una norma directamente orientada a la conservación y desarrollo del Derecho civil catalán mediante la práctica notarial, afirmación en que se funda la pretendida infracción del art. 9.2 del EA de Cataluña, porque, sin perjuicio del efecto que, entre otros, pueda producir en aquel Derecho, no es éste el sentido y finalidad propios de una norma que no tiene por objeto directo ese sector del ordenamiento autonómico ni interfiere, por tanto, en la competencia de la Generalidad para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, muy al contrario, el objeto y fin propio del Decreto es la regulación de un cierto mérito en los concursos de provisión de Notarías en el territorio de las Comunidades autónomas que cita, y por ello forma parte del Estatuto profesional de los Notarios, así como de su intervención en la formulación de los instrumentos públicos. De aquí que el título competencial relevante sea el relativo a la materia notarial en aquellos dos aspectos, prevalentes según la doctrina de este Tribunal sobre caracterización de las normas en conflicto, en cuya operación debe atenderse al sentido y finalidad con los cuales los títulos de competencia se han formulado en la Constitución y los Estatutos teniendo presente el carácter de las disposiciones en conflicto [STC 87/1987 (RTC 1987/87), fundamento jurídico 2º] como el objetivo predominante de las mismas [STC 88/1986 (RTC 1986/88) fundamento jurídico 4º]».

4. Competencias autonómicas y derecho de propiedad

En realidad, la única sentencia del Tribunal Constitucional a la que cabría imputar la afirmación –eso sí, implícita– del tan referido «principio de especialidad», que permitiría a las Comunidades Autónomas no detenerse ante los aspectos civiles de instituciones o materias cuya competencia hubieran asumido específicamente en sus Estatutos, es la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley andaluza de reforma agraria. En ella, en efecto, el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de inconstitucionalidad fundado, entre otros motivos, en la violación por el legislador autonómico de la competencia estatal exclusiva sobre la «legislación civil» –consagrada en el art. 149.1.8^a CE, y de la que éste tan sólo exceptiona la posibilidad de «conservación, modificación o desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales por las Comunidades en cuyo territorio mantenían éstos su vigencia–, afirmó que no es aceptable que

«al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad pueden anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial».

A primera vista, parece que esta sentencia viene en el fondo a admitir, en efecto –aun no afirmándolo expresamente–, que las competencias en materias específicas previstas en los Estatutos prevalecen y se imponen en cierta medida sobre las genéricas y materialmente indeterminadas que al Estado reserva la Constitución, como ocurre en el caso de la «legislación civil»; lo que vendría a posibilitar la existencia de un limitado, aunque apreciable, «Derecho civil autonómico no foral», esto es, que no es resultado del ejercicio de la competencia para la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil preexistente en ciertos territorios y que, por eso mismo, sería accesible a todas las Comunidades Autónomas.

Obsérvese, empero, que tal planteamiento se circunscribe por el Tribunal Constitucional al *contenido* del derecho de propiedad, en el que –aclara– pueden incidir, delimitándolo, normas de carácter no civil, sino cuanto de las Comunidades Autónomas, en la medida en que unas u otras se dicten dentro del ámbito material de sus competencias. Creo que ello se pone claramente de manifiesto en estos párrafos contenidos en el fundamento jurídico 8^o de la sentencia:

«Otro de los motivos del recurso –explica la sentencia– se funda en la vulneración de la competencia exclusiva en materia de legislación civil.

Esta pretendida constitucionalidad se imputa genéricamente a toda la Ley de reforma agraria, en la medida en que se regula la función social de la propiedad y, en consecuencia, el derecho mismo de propiedad que, según creen los demandantes, es el núcleo de la legislación civil. Pero este

argumento no es convincente. En el fondo del mismo subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone (...) la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular de la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación se opera ya sólo en la legislación civil, sino también aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada (...). Así las cosas, resulta (...) evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de 'reforma y desarrollo del sector agrario' (...), dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social» (fundamento jurídico 8º).

La nitidez de esta doctrina explica que, frente a la impugnación –años más tarde– por las Comunidades Autónomas de la Ley estatal del suelo –en la que, obviamente, está implicado el problema de la *delimitación* de la propiedad urbana–, apenas alegara la representación procesal del Estado el artículo 149.1.8ª CE como título competencial habilitante. A este respecto, creo que la clave, en la STC 67/1997, de 20 de marzo, la da la siguiente afirmación, contenida en su fundamento jurídico 16, a propósito del artículo 16.1 del texto refundido, que prohíbe los fraccionamientos de propiedad en contra de lo dispuesto en la legislación agraria (unidades mínimas de cultivo o categorías equivalentes) u otra aplicable, para la consecución de sus respectivos fines:

«Ha de admitirse, como alega el abogado del Estado, que el artículo 16.1 TRLS entra en el ámbito de la legislación civil (art. 149.1.8ª CE), al prohibir que a resultas del tráfico jurídico privado puedan producirse fraccionamientos en el suelo no urbanizable en contra de lo establecido por la legislación agraria respectiva en punto a las extensiones mínimas. *No es, en efecto, la perspectiva de la intervención pública sobre el dominio para asegurar la igualdad la que aquí impera (art. 149.1.1ª CE), sino, más bien, la dimensión horizontal, esto es, la de las relaciones jurídico-privadas (art. 149.1.8ª CE)*»⁵.

Ciertamente, las Comunidades Autónomas, como no podría ser de otro modo, pueden delimitar y limitar las facultades del dueño en el caso de la propiedad urbana; pero eso no basta, a lo que entiendo, para

⁵ El subrayado es mío.

considerar que las cuestiones en él reguladas pertenecen al ámbito propio del Derecho civil, a mi juicio, cuando la disciplina legal dé lugar a pretensiones que puedan ser hechas valer directamente por un particular frente a otro particular en un proceso civil. Si los efectos de la norma, aun afectando ésta a la posición jurídica de un particular, sólo pueden ser exigidos por la Administración, o con la interposición de ésta, aquélla no pertenecerá al ámbito propio del Derecho civil, sino al del Derecho administrativo urbanístico.

5. Algunas conclusiones

La conclusión alcanzada en el apartado anterior –me parece– ha de ser generalizada. La razón de que las Comunidades Autónomas puedan, en ejercicio de determinadas competencias, incidir en *materias, instituciones o derechos subjetivos* (por ejemplo, el de propiedad) cuya regulación ha correspondido tradicionalmente al Derecho civil, no es ni puede ser la especificidad o especialidad de la materia objeto de la competencia autonómica en relación con la «legislación civil». En mi opinión, lo que sí queda amparado, en términos generales, por las competencias autonómicas es la intervención pública en el sector de que se trate, y ello incluye:

- a) La posibilidad de regular la posición jurídica de las Entidades Públicas, sin que, al hacerlo, quede *a priori* excluida la facultad de incidir en la de los particulares afectados por ella; y
- b) La posibilidad de regular la indicada posición jurídica de los particulares, aunque siempre –como dice la STC 67/1997– en una «dimensión vertical» y no «horizontal», esto es, sin trascendencia *inter privados*.

Así, a mi juicio, pueden las Comunidades Autónomas sin competencia sobre el Derecho civil regular cuestiones que supongan menoscabo o desplazamiento de las situaciones ordinarias de Derecho privado, siempre que –eso sí– de tal regulación surjan tan sólo pretensiones frente a los poderes públicos, y no frente a otros particulares. Creo que esto último es el núcleo irreductible de lo que ha de entenderse por «legislación civil» reservada en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Tal es la doctrina que, a mi juicio, cabe inferir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que –datos más significativos– no puso obstáculos a las limitaciones del dominio impuestas por la Ley andaluza de reforma agraria sin relevancia *inter privados*, y sí, en cambio, a la inmisión de normas autonómicas en el Derecho de contratación y el régimen de la responsabilidad al amparo de la competencia en materia de protección de los consumidores.

La conclusión antecedente creo permite afirmar la constitucionalidad de no pocas regulaciones autonómicas –en lo que aquí interesa, pertenecientes al Derecho agrario– que, afectando desde el punto de vista de su objeto a figuras o instituciones tradicionalmente civiles, presentan, sin embargo, un cierto carácter «reversible», esto es, son susceptibles de una lectura –una interpretación conforme a la Constitución– en clave de Derecho público. Porque, en efecto, si el incumplimiento por un particular de una de esas normas no da lugar a que otro particular haga valer los efectos de aquél frente al primero en un proceso civil, sino que posibilita el ejercicio de una pretensión ante la Administración pública para que sea esta la que imponga los efectos –exclusivamente administrativos, de carácter coactivo o sancionador– de dicho incumplimiento, la norma no será nunca civil; y si posibilita ambas cosas, procediendo de un legislador incompetente para lo primero pero no para lo segundo, valdrá únicamente en este último concepto, debiendo estarse, en las relaciones entre particulares, a lo que disponga el Derecho civil del Estado.

Cuando, por el contrario, la norma autonómica sólo sea susceptible de ser entendida como civil –por desplegar exclusivamente sus efectos en las relaciones entre particulares–, no cabrá otra reacción frente a ella, si resultare aplicable en un concreto proceso, que el planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

6. Epílogo: un par de ejemplos, tomados del derecho agrario de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Para finalizar este trabajo, ilustraré las conclusiones anteriores con unos ejemplos, a fin de facilitar su comprensión. Para ello me serviré de la legislación agraria de Comunidad Autónoma de La Rioja, que es la que en los últimos años he seguido con alguna atención.

A) La Ley 2/1995, de 10 de febrero, de protección y desarrollo del Patrimonio forestal de La Rioja, que –en lo que aquí interesa– viene a ser un trasunto de la Ley estatal de montes de 1957, fue dictada en ejercicio de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma de La Rioja en el artículo 9.4 de su Estatuto, según el cual corresponde a ésta el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado sobre vías pecuarias, montes, aprovechamientos forestales, régimen de las zonas de montaña y espacios asignándose al Derecho civil en varios aspectos, entre los que cabe destacar la presunción de posesión de la Entidad Pública derivada de la inclusión de aportar certificación administrativa de la no inclusión en el Catálogo para inmatricular en el Registro de Propiedad fincas colindantes con montes catalogados (art. 13); la obligación de demandar a la Co-

munidad autónoma, además de la Entidad titular, cuando se promuevan juicios declarativos ordinarios de propiedad de montes catalogados (art. 14); o el establecimiento de los derechos de tanteo y retracto legal, a favor de las Entidades públicas titulares de los montes según los correspondientes Catálogos, en los casos de transmisión onerosa de los enclaves de propiedad particular situados en montes de utilidad pública o en montes protectores (arts. 16 y 20).

Además, los artículos 17 y 21 ordenan que consten en los correspondientes Catálogos las servidumbres y demás derechos reales que graven los montes incluidos en el mismo, señalando que, en caso de no estar debidamente justificados tales gravámenes, «se abrirá de oficio o a instancia de parte el procedimiento oportuno que resuelva acerca de la legitimidad o existencia del mismo». De ese procedimiento –obviamente administrativo– corresponde conocer a la Consejería competente, siendo su resolución «recurrible en vía jurisdiccional, una vez agotada la administrativa previa». Como es evidente, esa «vía jurisdiccional», en cuanto se trate en efecto de determinar o no la existencia del derecho real de titularidad privada que se trate, no puede ser otra que la civil ordinaria: aquí, la decisión que al respecto pudiera adoptar la jurisdicción contenciosa, lo mismo que lo que hubiera decidido la resolución administrativa precedente, limita sus efectos a la inclusión o no del gravamen en el Catálogo, quedando siempre a salvo la vía civil ordinaria para decidir acerca de la existencia y titularidad del derecho real de que se trate.

De otro lado, la ley contiene numerosas limitaciones al derecho de propiedad, sometiendo a autorización administrativa previa no pocas actividades de los propietarios. Ha de entenderse, empero, que las consecuencias de la infracción de tales prohibiciones se ciñen al ámbito del estricto Derecho público administrativo, limitándose a la imposición de las correspondientes sanciones, reguladas en los artículos 86 y siguientes; y, entendidos así tales preceptos, ninguna tacha de inconstitucionalidad merecen.

En lo que atañe a los restantes aspectos que he reseñado, es evidente que las prescripciones de la Ley de 1995 afectan a la posición jurídica de los particulares, introduciendo limitaciones o excepciones en el régimen que resulta de la aplicación de las normas generales del Derecho civil. No me parece, sin embargo, que tal normativa autonómica sobrepase los contornos de la competencia de La Rioja, invadiendo la reservada al Estado en materia de «legislación civil». La razón, empero –como ya he indicado con anterioridad–, no puede ser la especificidad de la materia «montes» en relación con esta última. Como he dicho, lo que sí queda amparado, en términos generales, por las competencias autonómicas es la intervención pública en el sector de que se trate, y ello incluye la posibilidad de regular la posición jurídica de las Entidades Públicas, sin que,

al hacerlo, quede excluida la facultad de incidir en la de los particulares afectados por ella. Aquí lo que entra en juego –me parece– es la competencia estatal exclusiva para establecer «*las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas*» (art. 149.1.18ª CE), que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar, no sólo en general, sino también en particular, esto último cuando tengan reconocida una competencia sectorial específica que les habilite para ello, como en este caso sucede: el artículo 9.4 del Estatuto de Autonomía de La Rioja otorga a esta Comunidad competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación estatal en materia de montes y aprovechamientos forestales, y los referidos preceptos de la Ley riojana que nos ocupa, que respeta las prescripciones de la ley estatal de montes, se ciñen a ese ámbito competencial, sin que el hecho de que incidan más o menos directamente en las posiciones jurídicas ordinarias –de Derecho privado– de los particulares les prive de la legitimidad constitucional.

B) Partiendo del enfoque precedente, hay una norma en la Ley riojana 2/1995 que merece comentario aparte, y que nos sirve para ilustrar el carácter *reversible* de ciertas normas autonómicas, que, más allá de su apariencia de Derecho privado (que las haría inconstitucionales), son susceptibles de ser interpretadas en clave de Derecho público (lo que permite salvar su constitucionalidad). Me refiero al artículo 59 de la misma, según el cual «no se podrán plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas locales o la costumbre del lugar», añadiendo que, «en defecto de ordenanzas locales o la costumbre, la Consejería competente podrá fijar las distancias mínimas a aplicar» y que, «en su defecto, se aplicarán las previstas en el artículo 591 del Código civil».

Este artículo ha sido desarrollado reglamentariamente por la Orden 73/1998, de 5 de agosto, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, por la que se establece el régimen al que han de someterse las plantaciones de especies forestales en cuanto a las distancias que han de respetar respecto a las fincas colindantes. Esta Orden, que deroga otra de 1984, recuerda que «será obligatoria en defecto de costumbre u ordenanza local aplicable» (art. 1); establece las indicadas distancias (tres metros si se trata de coníferas o resinosas y cuatro metros si son chopos u otras frondosas, distancias que se reducen en un metro si el terreno colindante se dedica a pradera y que pueden excepcionarse singularmente mediante resolución administrativa: art. 2); y, finalmente, se limita a señalar que «las reclamaciones por infracciones a la regulación establecida por la presente Orden habrán de presentarse ante la Consejería competente en materia de medio ambiente» y que «el régimen sancionador se regirá por lo previsto en la Ley

2/1995, de 10 de febrero, de protección y desarrollo del Patrimonio forestal de La Rioja» (art. 3).


Obsérvese que el artículo 59.1 de la Ley 2/1995 reproduce lo dispuesto en el artículo 591 del Código civil, respecto al cual la única novedad es la previsión del apartado 2, que interpone, entre las ordenanzas y costumbres locales y lo establecido en dicho precepto del Código, la aplicación de una normativa reglamentaria autonómica.

Naturalmente, si interpretáramos el referido artículo 59.1 como una modificación –o, más exactamente, un desplazamiento en el ámbito territorial de La Rioja– de lo dispuesto en el artículo 591 del Código, la conclusión no podría ser otra –supuesto el carácter civil de este último– que la inconstitucionalidad de aquél. En definitiva: si la cuestión de las distancias a que han de sujetarse las plantaciones de los propietarios respecto a las fincas de sus vecinos es materia civil, carece La Rioja de competencia para regularla, ni mediante un reglamento ni mediante una ley, puesto que tal competencia, como propia de la «legislación civil», corresponde al Estado (art. 149.1.8ª CE).

Probablemente fuera esta interpretación la que tuviera en mente el legislador autonómico. Sin embargo, el modo en que ha regulado de hecho la cuestión propicia una interpretación distinta, compatible con el texto constitucional. Es de observar, en efecto, que la Orden de 1998, en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento, se remite al régimen sancionador de la Ley 2/1995, y para nada alude a una ulterior posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para exigir el propietario a su vecino la tala de las plantaciones. Hay que entender, por tanto, que, vulnerada la Orden, se impondrán al incumplidor, como sanción administrativa, las multas previstas en la ley; y que, además, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 92.1 de la misma, a cuyo tenor «el responsable de cualquier infracción, además del pago de la multa legalmente establecida, vendrá obligado a reponer el medio natural en el estado en que estuviere con anterioridad a la comisión de la falta o al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Según esto, la vía administrativa –a la que hay que entender ceñidos como el artículo 59.1 de la Ley cuanto la Orden que lo desarrolla– puede ser suficiente para que la Administración –nunca el particular afectado– termine imponiendo al colindante incumplidor la tala de los árboles plantados a menor distancia de la permitida. Al margen de ella, y regida exclusivamente por el artículo 591 del Código civil, queda la posibilidad del propietario de la finca colindante de exigir tal conducta directamente a su vecino ante la jurisdicción civil, que será también la única competente para conocer de las prestaciones de indemnización que el primero, al amparo de lo dispuesto con carácter general en la legislación civil (la del Estado, por tanto) y existiendo daños o perjuicios como consecuencia de la plan-

tación a menor distancia de la permitida en dicho precepto del Código, ejercitara contra el segundo.

C) El último ejemplo se refiere a normas autonómicas cuya constitucionalidad, en mi opinión, no puede salvarse en manera alguna. El caso de los preceptos de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja, que regulan estrictamente relaciones entre particulares y que, por tanto, pertenecen al ámbito del derecho privado. Así sucede, claramente, con su artículo 14.1, a cuyo tenor «cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de la presente ley, el cazador adquirirá la propiedad de las piezas de caza que haya capturado, vivas o muertas»; y también con su artículo 13, que regula la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza, atribuyéndosela a los propietarios de terrenos cercados y de zonas no cinegéticas voluntarias de donde las piezas procedan, «salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero», la cual –tratándose de particulares– «será exigible por el procedimiento determinado en la legislación civil». En cambio, el supuesto previsto en el párrafo segundo del mismo artículo 13 –conforme al cual «corresponderá a la Comunidad Autónoma responder de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas»– es, a mi juicio, un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, regido por el Derecho administrativo y exigible ante la jurisdicción contenciosa.

Como he indicado, las aludidas normas civiles exceden de la competencia autonómica, sin que modifique esta conclusión el hecho de que todas las leyes de caza dictadas por las Comunidades Autónomas incluyan preceptos similares. Invocadas que fueren –cualquiera de ellas– en algún proceso, debieran los jueces y tribunales plantear sobre ellas la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. 

Indicación bibliográfica

Del «Derecho civil autonómico no foral» se ocupan varios de los trabajos (así los de CAFFARENA, SÁNCHEZ CALERO, GRANADO y RUIZ-RICO) incluidos en el vol. *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* (COORD. B. MOERNO QUESADA), Madrid, 1989, y resultan más que expresivos de la extensión que ha adquirido el fenómeno los 9 vols. de que consta la obra *Derechos civiles de España* (COORD. BERCOVITZ y MARTÍNEZ SIMANCAS), Madrid, 2000 (aunque en ella se incluyen también trabajos sobre los diferentes Derechos civiles forales). Aunque referida al caso concreto de las fundaciones, es muy expresiva la defensa de la extensión de las competencias autonómicas a los aspectos o cuestiones de Derecho civil que hace DÍAZ BRITO, *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*, Barcelona, 1997. Para las ideas que se vierten en esta ponencia, de PABLO CONTRERAS, «¿Derecho civil riojano?» (en el vol. 5 de la obra *Derechos civiles de España*, citada) y «La legislación civil y la competencia autonómica en materia de asociaciones», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, abril 1999, núm. 4, pp. 17 ss.



NOTAS E

COMENTARIOS

O PAPEL DOS PARLAMENTOS NACIONAIS E REXIONAIS

José María García Leira

Presidente do Parlamento de Galicia

Introducción

Nos últimos vinte anos e debido ó proceso de construción da Unión Europea, os estados e as rexións foron perdendo competencias a favor das institucións e órganos da Comunidade.

Actualmente, a Unión Europea non só é responsable da política comercial exterior, do funcionamento do mercado interior, a política agrícola común, a política estrutural rexional e as políticas comúns de transporte, medio natural, social e de investigación, senón que, ademais, a partir do Tratado de Maastrich de 1992 e do Tratado de Ámsterdam de 1997, a Unión tamén é responsable da moeda única, ten competencias en materia de política interior e de xustiza e está intentando establecer unha política exterior e de seguridade común.

Mentres Europa estende progresivamente as súas competencias a novos ámbitos dos estados e das rexións, o estado nación perde cada vez máis, a favor da Unión, a súa capacidade para regular, estimula-lo crecemento, garanti-lo emprego e aproveita-los recursos fiscais, e ó mesmo tempo, a importancia das rexións dentro dos Estados nación crece sen cesar, dándose este crecemento tanto no ámbito da política, da económica coma no cultural.

Así pois, as rexións aumentaron a súa importancia nos estados nación debido ás transferencias, á descentralización, ás reformas administrativas, ás novas competencias e a unha maior responsabilidade política baseada no principio de subsidiariedade. Ademais a importancia do papel que desempeñan a escala europea tamén se incrementa constantemente. Unha cousa impulsa a outra. Non obstante, sería un erro querer anula-lo estado nación, pois segue sendo, xunto coas rexións, o que determina o marco de referencia da identidade política e cultural dos cidadáns. Os gobernos nacionais son ante todo os suxeitos da integración europea, os que participan nos tratados constitucionais. Imos cara a un novo equilibrio de poder entre os tres niveis políticos: a rexión, os estados membros e a Unión Europea. Isto debe reflectirse tamén na construción e no funcionamento da Unión Europea.

Esta diminución progresiva de competencias por parte dos estados membros, a favor da Unión, vese compensada polo dereito que lles asiste a participar nas institucións da Unión, ó estaren os mecanismos de decisión da comunidade en mans dos órganos intergubernamentais (Consello de Ministros e Consello Europeo) e supranacionais (Comisión e Parlamento).

Polo contrario, no caso das rexións a perda de competencias, a favor da Unión, non se acompaña dunha previsión axeitada da súa representatividade e participación nos procesos comunitarios. Se examinamos a natureza e composición das institucións comunitarias, non existe en ningunha delas lugar para as rexións.

Os tratados fundacionais unicamente consideran as rexións como obxectos da política económica. Tanto as institucións rexionais coma os seus representantes non reciben ningún tipo de atribución relevante. As sucesivas revisións dos tratados, pese a recoñece-lo amplo proceso de rexionalización e descentralización política producido nos estados membros, non foron capaces de incorpora-la realidade e o nivel rexional á estrutura institucional comunitaria. No Tratado da Unión, a partir de Maastrich, recoñécese o nivel rexional a través principalmente da creación do Comité das rexións, pero outorgándolle a este o carácter de órgano meramente consultivo.

Este crecente poder comunitario, ó asumir competencias rexionais sen ningunha contrapartida institucional para estas, comporta o risco dunha desaparición progresiva do ámbito de competencia rexional convertendo as rexións en meros instrumentos de execución de decisións políticas emanadas dos órganos comunitarios.

Como consecuencia de todo isto as rexións veñen formulando cada vez con máis forza toda unha serie de propostas e medidas encamiñadas, dunha parte, a estrutura-las súas relacións coa nova organización supranacional co obxecto de tomar parte no proceso decisorio; e doutra parte,

a asociarse ós sistemas existentes no interior dos estados, encargados de elaborala posición nacional ante a Comunidade. En ámbolos dous casos coa finalidade de que teñan en conta os seus intereses, as súas opinións e propostas.

Os parlamentos nacionais e rexionais no proceso de integración europea. O déficit democrático

Desde o punto de vista da división de poder, a Unión Europea caracterízase por unha preponderancia do poder executivo ou, mellor, porque o poder lexislativo da Unión recae, principalmente, nos poderes executivos estatais (o Consello); o que deu lugar ó chamado «déficit democrático» da Unión, déficit que se multiplica en relación cos entes subestatais, pois o groso da participación rexional nas institucións europeas recae en órganos gobernamentais.

Coa idea de déficit democrático faise referencia á preponderancia dos gobernos estatais no proceso de integración europea, tanto respecto do Parlamento europeo, as atribucións do cal non compensan a postulación experimentada por aqueles.

A transferencia de competencias do nivel nacional ó nivel europeo realízase esencialmente en beneficio do Consello e o Parlamento europeo non recibiu os poderes que lle permitiran desempeñalo pleno papel dun Parlamento en materia comunitaria. Así pois, creouse un «déficit democrático» estrutural que o Parlamento europeo e os parlamentos nacionais non poden senón deplorar e tratar de reduci-lo conxuntamente.

Nos estados con formas de distribución territorial do poder, ó protagonismo dos executivos sobre o lexislativo engádeselle o protagonismo desenvolvido polos órganos centrais fronte ós entes territoriais, no que algúns deron en chamar «déficit de descentralización». (Pablo Pérez Tremps: «a reforma do Senado ante a Unión Europea»). Na medida en que a descentralización fomenta valores democráticos como a participación ou a proximidade entre gobernantes e gobernados, tamén se podería falar dun déficit democrático neste caso.

Por unha e outra vía os cidadáns europeos experimentarían o progresivo alonxamento dos centros de decisión política ó tempo que a insuficiencia ou ausencia de mecanismos de participación e control eficaces.

Unha das liñas de reacción para palia-lo déficit democrático tende a realza-lo papel das asembleas lexislativas no concerto europeo, sexa das cámaras nacionais sexa do propio Parlamento europeo.

Polo que se refire a este último, aínda que dista moito de conseguirse un punto de razoable equilibrio institucional, son innegables os progresos experimentados tanto desde o punto de vista das súas atribucións coma da súa lexitimidade democrática. Non podemos esquecer que na decla-

ración de Laeken de decembro de 2001, se afirma con rotundidade que a Unión Europea debe ser «máis democrática, transparente e eficaz».

Polo que atinxe ós parlamentos nacionais, sinala-lo papel fundamental que conservan nalgúns aspectos decisivos da política europea. Desde xeito, a reforma do Tratado ou a entrada de novos socios na Unión Europea debe ser aprobada ou ratificada polos parlamentos nacionais.

Unha reacción xeneralizada nos parlamentos nacionais foi a creación no seu seo dunha comisión especializada no seguimento dos asuntos europeos. No caso español, a Lei 47/1985, do 27 de decembro, de bases de delegación ó Goberno para a aplicación do dereito das comunidades europeas creou a Comisión mixta Congreso-Senado para as comunidades europeas. Trala súa reforma pola Lei 18/1988, do 1 de xullo, a Comisión, denominada dende entón Comisión mixta para a Unión Europea, foi regulada pola Lei 8/1994, do 19 de maio.

A reflexión sobre o papel que se lles debe reservar ós parlamentos nacionais no ámbito comunitario, así como a conveniencia de lograla súa máis fluída interrelación co Parlamento europeo, aínda que non se pode dar por concluída si que está bastante estendida e ten o seu reflexo nos propios tratados.

Así a Declaración nº 13 do Tratado de Maastrich relativa ó cometido dos parlamentos nacionais na Unión Europea considera importante fomentar unha maior participación destes, intensificando o intercambio de información co Parlamento europeo e comprometendo ós estados para que os parlamentos nacionais poidan dispoñer con antelación suficiente das propostas lexislativas da Comisión. Avoga igualmente esta declaración por intensificar os contactos entre os parlamentos nacionais e o Europeo a través da realización de reunións periódicas.

A Declaración nº 14, relativa á Conferencia de parlamentos, invita ó Parlamento europeo e ós nacionais a reunirse baixo a forma de conferencia de parlamentos, á que se lle consultará sobre as grandes orientacións da Unión Europea. Ata a actualidade só tivo lugar unha conferencia deste tipo en Roma en novembro de 1990, organizada co obxecto de influír na preparación do Tratado de Maastrich.

Maior éxito, en cambio, tivo a Conferencia de presidentes de parlamentos ó igual que o COSAC (Conferencia de órganos especializados nos asuntos comunitarios) xurdida no ano 1989.

No Tratado de Ámsterdam, 1997, recóllese un protocolo sobre o cometido dos parlamentos nacionais na Unión Europea que se incorpora como anexo ó Tratado da Unión Europea e ós tratados constitutivos das comunidades europeas. O dito protocolo incide en dous aspectos, a información ós parlamentos nacionais e a COSAC. Polo que se refire á primeira alínea, a información amplía o seu ámbito a tódolos documentos de consulta da Comisión, e coa finalidade de que as propostas lexislati-

vas da Comisión, se lles comuniquen con antelación suficiente ós parlamentos nacionais, dispón que agás excepcións derivadas de motivos de urxencia, entre a transmisión dunha proposta legislativa da Comisión ó Parlamento europeo e ó Consello e a data da súa inclusión na orde do día do Consello debe transcorrer un período de seis semanas.

Polo que se refire á COSAC, establécese que poderá dirixir ás institucións da Unión Europea calquera contribución que xulgue conveniente, baseándose en particular en proxectos de textos normativos que os representantes dos gobernos decidan de común acordo transmisible. As contribucións da COSAC non son vinculantes para os parlamentos nacionais nin prexulgan a súa posición.

Dentro desta liña de incrementa-lo papel dos parlamentos nacionais no contexto europeo, cabe sinala-la idea apuntada polo presidente da Convención sobre o Futuro da UE, Valery Giscard D'Estaing, sobre a posibilidade de que estes pidan chegar a obrigar á Comisión Europea para que revise as súas normas se consideran que estas poden invadir competencias nacionais, e no suposto de que se produza un número significativo de avisos deste tipo a Comisión deberá revisa-la súa proposta. De persisti-lo desacordo os parlamentos nacionais poderán recorrer ó Tribunal de Luxemburgo.

A segunda liña de reacción, contra o monopolio da actividade europea polos órganos centrais do estado en menoscabo das entidades subestatais, ó igual que no caso anterior, ten un dobre campo de manifestación, o propiamente europeo por unha parte, e no ámbito interno de cada estado pola outra.

1.- Na esfera comunitaria europea pode citarse a Carta comunitaria de rexionalización aprobada no ano 1988 polo Parlamento europeo, na que se invita a tódolos estados membros a institucionala rexións.

Tamén temos que referirnos a unha serie de organizacións paracomunitarias, como pode se-la Asemblea de rexións de Europa (ARE), o Consello de municipios e rexións de Europa e a Unión internacional de cidades e autoridades locais. No ámbito do Consello de Europa hai que cita-lo Congreso de poderes locais e rexionais. Pero sen dúbida o fito máis importante neste movemento é o Comité das rexións creado polo artigo 198.a do Tratado da Unión Europea como órgano consultivo do Consello e a Comisión.

Aínda que se trata dun primeiro avance, o Comité das rexións non supón unha solución satisfactoria xa que ó seu carácter meramente consultivo únese, o feito de que non se integra exclusivamente por representantes rexionais o que, loxicamente, non podía ser doutra maneira dada a existencia de estados membros da Unión Europea sen distribución territorial do poder.

O propio comité no seu dictame, sobre a revisión do Tratado da Unión Europea e do Tratado constitutivo da Comunidade Europea de 1995 avogaba por un reforzamento da súa posición e atribucións.

2.- A nivel interno dos estados a gran cuestión é garanti-las vías de participación dos entes subestatais no proceso de formación da vontade estatal. Na medida en que a integración europea implica que gran número de cuestións de competencia rexional se decidan e regulen nas instancias comunitarias, xorde a necesidade de darlles unha canle de participación a estes entes.

Polo que se refire ó Estado español, cómpre destacar que a Administración central admitiu finalmente a participación das comunidades autónomas nos comités da Comisión Europea. Para estes efectos as comunidades autónomas acadaron un acordo unánime para repartirse a presenza nos comités en función dos intereses de cada unha e por períodos de tempo concretos. A regra xeral é que a representación autonómica nos comités a posúen conxuntamente dúas comunidades autónomas por un período de catro anos.

Garantir unha maior participación dos parlamentos estatais na integración europea pode paliar-lo déficit democrático, aínda que non resolverá o problema da falla de participación das comunidades autónomas.

Respecto deste papel que deben xoga-los parlamentos rexionais no proceso de integración europea, estanse tomando as primeiras medidas xurídicas, se ben por comparación con outros países, a resposta neste punto no caso de España é modesta, e consiste principalmente en adaptacións organizativas e regulamentarias das cámaras.

O 11 de novembro de 1995 o relatorio da Comisión xeral das comunidades autónomas do Senado elaborou un informe sobre o papel dos entes territoriais no futuro da Unión Europea, e aínda que como indica o seu título, o informe se dedica á participación rexional e, polo tanto, dos seus poderes executivos, nunha das súas conclusións sinala: «O relatorio considera importante potenciar e desenvolve-las relacións entre o Parlamento europeo e os parlamentos das comunidades autónomas, co fin de coñecer mellor os problemas que afectan ós cidadáns nas distintas esferas e, polo tanto, mellora-la súa eficacia na resolución destes».

Non obstante, ata a actualidade, o fito fundamental no proceso de progresiva implicación dos parlamentos rexionais na política europea constitúeo o Documento de Oviedo sobre o papel das asembleas lexislativas rexionais na Unión Europea. Este documento é o resultado do Encontro de presidentes de asembleas lexislativas rexionais de Europa convocado pola Xunta Xeral do Principado de Asturias os días 6 e 7 de outubro de 1997.

A necesidade de compartir experiencias e inquiredanzas cos outros parlamentos rexionais europeos e o interese en reivindicar, formalmente, o noso espacio en Europa, foi o que motivou en 1995 a creación da Conferencia de presidentes de asembleas lexislativas das rexións de Europa, a CALRE.

A CALRE, auspiciada polo presidente da Xunta Xeral do Principado de Asturias convocou a súa primeira reunión en Oviedo. Nela teñen participación os presidentes dos parlamentos/assembleas das rexión de Europa con competencias lexislativas e está integrada por máis de 60 asembleas, españolas, italianas, belgas, alemanas, austríacas, finlandesas, portuguesas, danesas, de Irlanda do Norte, Gales e o Parlamento escocés do Reino Unido. Estas cámaras son os órganos lexislativos que posúen a representación de máis de douscentos millóns de cidadáns europeos.

A CALRE é o lugar de encontro dos presidentes das cámaras e o noso desexo é participar activamente no proceso de construción da Unión Europea, achegarlles este ente supranacional ós cidadáns ós que representamos directamente, xa que os parlamentos, polo seu sistema de elección, están lexitimados para facelo e ademais poden actuar como intermediarios entre Europa e os cidadáns da Unión e crear conciencia europea entre a poboación.

As asembleas lexislativas rexionais non queremos permanecer á marxe da configuración de Europa nin renunciar á participación no seu futuro. Moito menos neste momento de cambio, de ampliación e de reforma das institucións.

Se pretendemos atalla-la eterna crítica do déficit democrático, temos que ensamblar axeitadamente os tres niveis parlamentarios da Unión, o propiamente europeo, o nacional e o rexional. Estou plenamente convencido de que a lexitimidade política europea será mellor aceptada por parte dos cidadáns na medida en que estean máis próximos a eles os niveis de decisión. Os parlamentos podemos se-la cadea de transmisión das directivas europeas que afectan ó noso marco de competencias lexislativas. Podemos fomenta-lo intercambio de información a través de redes informáticas que poidan satisfacer-las aspiracións da cidadanía de cara a unha verdadeira participación na marcha dos asuntos públicos. E, definitivamente, merecemos ser consultados.

Despois de analizar brevemente as conclusións dos distintos encontros da CALRE pódese asegurar que esta iniciativa resulta positiva e que boa parte dos obxectivos que se estableceron nos encontros de Oviedo, Salzburgo, Florencia, Santiago de Compostela e Madeira se están cumprindo.

Con posterioridade á primeira conferencia en Oviedo conseguiu-se dispoñer de seis escanos por cada punto da orde do día da cada reunión da Comisión de política rexional do Parlamento europeo en Bruxelas,

ante a que cada presidente de Parlamento ten dereito a intervir. Nestes anos fíxose uso destes escanos preferentemente polos parlamentos españois, belgas e italianos.

Co obxecto de mellora-la formación dos deputados rexionais e dos funcionarios ó servizo das respectivas asembleas, propiciouse tamén a sinatura dun convenio co Instituto europeo de administracións públicas e programáronse xa cursos diversos en Maastrich.

Na II conferencia que tivo lugar en Salzburgo, no ano 1998, a preocupación que manifestaron os presidentes de parlamentos foi o correcto funcionamento do principio de subsidiariedade. As rexións necesitan estar en disposición de defende-las súas propias competencias fronte á Unión Europea. Neste sentido, solicitábase o recoñecemento pleno dos parlamentos rexionais na Unión Europea como parlamentos nacionais. Un punto polémico que se retomou na Conferencia de presidentes no País Vasco e sobre o que non se acadou unanimidade.

En Florencia, ano 1999, presentouse como un reto crear no seo de cada parlamento unha comisión de asuntos europeos para, entre outras cuestións, avalia-las accións dos gobernos rexionais. Os parlamentos españois contan na totalidade hoxe con estas comisións.

A este respecto e polo que se refire ó Parlamento de Galicia sinala-la Comisión para asuntos europeos que se constituíu por primeira vez na pasada lexislatura, por acordo do Pleno do Parlamento do 13 de abril de 1999.

Trátase dunha comisión permanente non lexislativa que se constitúe ó principio de cada lexislatura e finaliza os seus traballos ó terminar esta, é dicir, cada 4 anos. A última data de constitución foi o 6 de xuño de 2002.

Está integrada por catorce membros, distribuídos entre os grupos parlamentarios en proporción á representación que cada un deles ten na Cámara.

Entre as súas competencias destacan:

- 1.- Formularlle preguntas ó Goberno da Comunidade Autónoma sobre os programas de traballo, as previsións plurianuais, os documentos intersectoriais de reflexión e as grandes directrices políticas das institucións comunitarias europeas que puidesen afectar á Comunidade Autónoma de Galicia.

- 2.- Fixa-la posición da Cámara respecto dos asuntos comunitarios europeos de orde institucional e das políticas comunitarias xerais mediante proposicións non de lei e comunicacións do Goberno da Comunidade Autónoma.

- 3.- Solicitar e recibir información e documentación do Goberno da Comunidade Autónoma sobre os seguintes aspectos:

a) Materias debatidas no Comité das rexións e na conferencia sectorial para asuntos relacionados coas comunidades europeas, enmarcada no Ministerio para as Administracións Públicas.

b) Situación de transposición de directivas e execución das decisións dos regulamentos comunitarios de ámbito multidepartamental que afecten ás competencias xurídicas substantivas da Comunidade Autónoma de Galicia.

c) Evolución dos expedientes incoados pola Comisión Europea contra o Reino de España por acción ou omisión da Comunidade Autónoma de Galicia en materia da súa competencia.

4.- A aplicación á referida Comisión das normas de organización e funcionamento establecidas con carácter xeral para as restantes comisións parlamentarias permanentes.

Finalmente, entre as súas actividades caben destaca-las reunións de traballo periódicas que establece a propia Comisión, as sesións con expertos en asuntos europeos e contactos, viaxes e intercambios coas institucións comunitarias.

Na IV Conferencia de presidentes de asembleas legislativas das rexións de Europa tivo lugar en Santiago de Compostela o ano 2000.

Nesta IV Conferencia ós temas recorrentes neste tipo de reunións, é dicir á busca de fórmulas para encamiña-la participación dos parlamentos no proceso de integración europea engádense outras preocupacións como son o medio natural, os movementos migratorios, o emprego, a paz e a Carta europea dos dereitos fundamentais da Unión Europea.

En Santiago tamén se reitera a necesidade de que as asembleas legislativas rexionais estean representadas na Conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios (COSAC).

En outubro de 2001 a CALRE reuniuse en Madeira para debate-lo seu propio Regulamento de funcionamento e abordar dous relatorios de actualidade, a gobernanza europea e a descentralización, e a democracia virtual. A Declaración de Madeira, aprobada por unanimidade por tódolos presidentes das asembleas con poderes legislativos das rexións da Unión Europea analiza os resultados da Conferencia intergubernamental de Niza; realiza unha serie de propostas concretas de cara á seguinte conferencia que se celebrará no 2004; aborda outros temas rexionais; o estatuto da Carta dos dereitos fundamentais da Unión; o papel dos parlamentos na arquitectura de Europa; a ampliación a novos estados membros e a contribución dos parlamentos rexionais ante esta nova Europa.

De entre tódalas cuestións que, en definitiva, buscan reafirma-la participación das institucións legislativas rexionais no proceso de redefinición dunha Unión que promova a seguridade, a paz e o benestar en Europa, hai un acordo que me parece realmente interesante.

Os presidentes proponen que, entre os asuntos que se traten durante a próxima conferencia intergubernamental, se inclúa o papel e o estatuto das rexións, de tal maneira que teñan un tratamento específico para a consagración nos tratados dun futuro «estatuto das rexións dotadas de poder lexislativo». Este estatuto debería conte-los dereitos procesuais das rexións; o establecemento de contactos institucionalizados co Parlamento europeo e o Comité das rexións e o recoñecemento do dereito das rexións a presentar contribucións en aplicación do principio de proximidade, subsidiaridade e proporción.

A próxima cita da CALRE é neste mes de outubro en Bruxelas, organizada polo presidente da comunidade flamenca en Bélxica. O borrador do documento presentado por este presidente sobre a convención europea, que pretende ser debatido e aprobado por unanimidade, propón crear unha estrutura que garanta a implicación activa da CALRE dentro do Comité das rexións. Neste sentido e de forma máis concreta, suxírese que o Comité permanente da CALRE, integrado polos presidentes da conferencia actual e anterior e por un presidente-coordinador por cada un dos estados nacionais, actúe como observador das reunións dos presidentes de goberno e controle as actividades da convención. Proponse, igualmente, coa consideración dos presidentes a creación dunha representación permanente da CALRE no Comité das rexións e, por último, a constitución dun grupo de traballo que realice unha contribución consensuada na discusión sobre a gobernanza europea e o papel e posición das rexións dentro das futuras estruturas europeas.

É preciso un maior esforzo por harmonizar fórmulas de participación dos parlamentos rexionais na integración europea. Estimo que só cun achegamento lograremos que a Unión Europea integre con efectividade os parlamentos nas institucións europeas. É preciso recordar que a participación en Europa non ten sentido de maneira fragmentada, como se as rexións puideran vincularse pola súa conta ós órganos da Unión.

Os parlamentos rexionais teñen que ter voz propia na construción de Europa e o debate aberto para a reforma institucional na Unión Europea ata a Conferencia intergubernamental do ano 2004 vainos permitir tela.

Precisamente o presidente da Comisión Europea, Romano Prodi, avogou por darlles unha maior participación ás comunidades autónomas e ás entidades locais na preparación das decisións que se adoptan na Unión Europea. A adopción do Libro Branco da Gobernanza pretende, coas medidas que suxire, reforza-la confianza da poboación na Unión Europea antes do próximo ciclo de reforma institucional.

Respecto á canle de participación dos parlamentos rexionais non podo eludi-la principal dificultade que seguramente todos vostedes in-túen: o maior peso dos executivos autonómicos. Pese a que é indubida-

ble que o seu protagonismo pode ser aínda maior, os gobernos rexionais están atopando un espacio na engrenaxe europea tanto en conferencias sectoriais estatais coma nos comités da Comisión Europea.

Nembargantes, o Comité das rexións no seu dictame do 17 de febreiro de 2000 sobre a Conferencia intergubernamental apoiaba, por un lado, «os esforzos dos parlamentos rexionais con competencias lexislativas en pro dun maior desenvolvemento dos contactos institucionais co Parlamento europeo».

E, por outra parte, no mesmo dictame, con relación ó nomeamento dos membros do Comité das rexións, avogaba por examinalos principios establecidos e sinalaba que «deberán ser titulares dun mandato democrático nunha entidade rexional ou local ou ser politicamente responsables ante unha asemblea elixido por sufraxio universal directo».


A Asemblea rexional de Murcia, nunha xornada que tiveron lugar esta primavera sobre a gobernanza europea formulaba a necesidade de que os parlamentos rexionais estean implicados na toma de decisións a nivel europeo. As conclusións sinalaban a presenza das cámaras rexionais no Parlamento europeo, no Comité das rexións ou a creación dunha cámara de representación territorial, un Senado europeo. Outra opción á que xa me referín con anterioridade versa sobre a participación na Conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios (COSAC).

Non obstante, teño que dicir que son máis partidario de que a Conferencia de presidentes de parlamentos rexionais europeos obteña o recoñecemento que esperamos e que co debate aberto parece ser posible. Estimo que se a Unión realmente aposta por permitir que entremos na dimensión europea é máis factible formar parte dun órgano xa creado que inventarnos un novo, cando precisamente o que pretende coa gobernanza é racionalizalas institucións e que sexan máis eficaces e comprensibles para os cidadáns.

Pero aínda que a vía sexa discutida é indubidable que neste gran debate europeo debemos traspasalas elites e permiti-lo achegamento dos cidadáns para que se sintan partícipes e protagonistas dun proxecto en común.

Os parlamentos rexionais encarnan, como institucións democráticas que son, uns valores que hoxe, máis que nunca, hai que defender e divulgar: o respecto ós dereitos humanos, a supremacía da palabra sobre a violencia, a convivencia en paz, a tolerancia e o respecto á diversidade social e cultural, a liberdade, a xustiza, a solidariedade. Valores cunha dimensión internacional que deben axudarnos a guía-lo noso futuro na Europa dos 27.

A Cámara lexislativa galega afronta o reto da construción europea coas mesmas inquedanzas e esperanzas que calquera parlamento español ou

uropeo. Os cidadáns ós que representamos son europeos e queremos que a súa voz se escoite en Europa coa mesma intensidade cá dos demais cidadáns dos estados membros e remato, confiando en que os traballos da Convención europea contribúan a «unha nova fundación intelectual do futuro da Unión Europea» como dixo no seu discurso, pronunciado en Bruxelas o 28 de febreiro deste ano, o presidente da Convención europea para a reforma dos tratados, Valery Giscard D'Estaing. 

UN MEJOR REPARTO Y DEFINICIÓN DE LAS COMPETENCIAS EN LA UNIÓN EUROPEA

José Manuel Sobrino Heredia

Catedrático de Derecho Internacional Público
Instituto Universitario de Estudios Europeos «Salvador de Madariaga»
Universidade de A Coruña

Introducción

La Unión Europea es un ejemplo avanzado de organización internacional y en su marco se ha desarrollado un Derecho institucional sustentado en un cierto grado de subordinación de los estados miembros a la misma. Este proceso implica, por un lado, que estos estados ya no se asemejen a aquellos estado nación de comienzos del siglo XX que eran los únicos sujetos en el Derecho internacional clásico y, por otro lado, que haya aparecido un nuevo Derecho donde se refleja esta realidad, el llamado Derecho de integración.

Nos encontramos, así, frente a una Organización internacional que disfruta de personalidad jurídica pero que, a diferencia de los estados, sujetos originarios y soberanos, que poseen una personalidad plena y general, ve afectada su personalidad por el *principio de la especialidad* que inspira todo su régimen jurídico; es decir, va a estar limitada a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal y como aparecen enunciados o pueden deducirse de sus tratados constitutivos y han sido desarrollados en la práctica. Se trata, en suma, de una *personalidad funcional*, que se nutre de las competencias que les atribuyen los estados. Los ámbitos

atribuidos pueden ser más o menos numerosos e importantes, pero, sin embargo, nunca se encuentra como en el Estado, frente a un campo de acción teóricamente ilimitado.

El *reparto de competencias* entre la organización y sus miembros es un criterio que nos permite, precisamente, distinguir entre aquellas organizaciones internacionales –las más numerosas– a las que sus Estados miembros no ha cedido el ejercicio de competencias soberanas y que se proponen simplemente instituir una cooperación entre los mismos y coordinar sus actividades con vistas a la satisfacción de unos intereses comunes; y, aquellas otras organizaciones –la excepción– en las que se produce una *transferencia real del ejercicio de competencias soberanas*, aceptando sus estados miembros limitar –aunque sólo sea en materias restringidas– sus competencias, sometiendo de este modo a una autoridad exterior y superior a los mismos que se concentra en las instituciones de la organización, creándose de este modo unas organizaciones internacionales –cuyo prototipo es la Unión Europea– que tienden hacia la integración o la unificación de sus estados miembros en aquellos ámbitos en los que se les haya transferido competencias y que, unos las califican de *organizaciones supranacionales* y, otros prefieren, como es mi caso, denominarlas simplemente *organizaciones de integración o en proceso de integración*.

La mayor parte de las organizaciones desarrollan funciones de cooperación, mediante la realización de unas acciones coordinadas entre sus miembros con el fin de alcanzar unos objetivos colectivos. Constituyen la vía clásica, respetuosa de la soberanía de sus Estados miembros, y en ellas se trasvasa la técnica de la negociación y de la adopción de decisiones por unanimidad a unos órganos comunes y permanentes. La cooperación es estrictamente interestatal, en el sentido de que las decisiones de la organización –adoptadas por unanimidad– se dirigen a sus Estados miembros; esto es, no son aplicables en sus territorios sin su autorización y mediación. El establecimiento de una secretaría y la participación de delegaciones permanentes en los órganos que se crean han reforzado los medios de acción de las mismas y las alejan del modelo de la conferencia internacional, no obstante los Estados pretenden proseguir la cooperación de un modo tradicional, manteniendo intactas sus soberanías, salvo casos excepcionales y provisionales.

Junto a la técnica organizativa que acabamos de describir han surgido recientemente en la escena internacional unas organizaciones que pretende, como señalaba, la integración de sus Estados miembros. En ellas se opera una cesión de competencias de los Estados miembros a los órganos comunes, que se caracteriza, además, por suponer la *atribución de poderes* del mismo tipo que los que resultan de las funciones superiores de un Estado a unos órganos independientes de los Estados, y por la posibilidad que tienen dichos órganos de pronunciarse por mayoría en

caso de estar formados por representantes gubernamentales (y no por unanimidad como en las organizaciones tradicionales), al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órdenes jurídicos nacionales, donde, además, se van a aplicar con carácter prevalente.

La *atribución del ejercicio de competencias soberanas* de los Estados miembros a las instituciones comunes, que caracteriza a las organizaciones de integración, se plasma y caracteriza en ciertos rasgos que le son propios, entre los que merece destacar, en mi opinión, los siguientes:

- Alcance de la atribución operada que, aunque limitada por el principio de la especialidad, afecta a materias tradicionalmente reservadas al Estado, teniendo además estas atribuciones un carácter evolutivo pudiendo ampliarse por el juego de las disposiciones del tratado constitutivo o por el de la teoría de las competencias implícitas;
- Funciones que va ejercer que cubren la gama de las funciones estatales (ejecutiva, legislativa y judicial);
- Decisiones a adoptar que incluye la posibilidad de adoptar algunas de carácter general, obligatorias y directamente aplicable en cada Estado miembro;
- Existencia de una real independencia orgánica respecto de los gobiernos nacionales, pues la mayoría de las instituciones están compuestas por personalidades independientes como ejemplifican la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o reúnen representantes de los pueblos elegidos directamente por sufragio universal (es el caso del Parlamento europeo de la U.E.), o bien, si se trata de un órgano formado por representantes gubernamentales, cabe la posibilidad de que sus disposiciones se adopten por mayoría;
- Disfrute de una gran autonomía, tanto por lo que respecta a su orden jurídico, como por lo que se refiere a su independencia financiera, merced a la existencia de recursos propios, como en fin, por la posibilidad de participar en su propio nombre en las relaciones internacionales.

Estos rasgos nos definen unas organizaciones que se sitúan entre las organizaciones internacionales clásicas y las estructuras federales. La *distribución de competencias* que se opera en su seno es tan profunda que no pueden equipararse absolutamente a las organizaciones tradicionales, mientras que la retención de determinados poderes soberanos por sus Estados miembros impiden también que puedan ser calificadas de Estados federales. Es, en el marco de estas organizaciones donde germina el mencionado Derecho a la integración.

El modelo más avanzado de una Organización y de un Derecho de estas características son, sin lugar a dudas, la Unión Europea y el Derecho comunitario europeo. En efecto, el proceso de integración europeo ha alumbrado un peculiar Derecho de la integración, el Derecho comunitario europeo. Este Derecho convive dentro de los sistemas jurídicos de los Estados miembros con el Derecho nacional y tiene frecuentemente sus mismos destinatarios. En tales circunstancias se hace imprescindible saber qué normas se aplican. Pues bien, la *atribución de competencias* que acompaña a este modelo de integración implica necesariamente el reconocimiento de los efectos de los actos adoptados por las instituciones comunitarias, de tal forma que dichos actos podrán tener efecto directo en el Derecho interno y van a prevalecer sobre el Derecho nacional contrario.

Ahora bien, el correcto funcionamiento de este sofisticado mecanismo institucional descansa sobre la existencia de *un sistema de competencias bien definidas y mejor repartidas*, lo que no siempre ocurre, puesto que son frecuentes los conflictos competenciales bien interinstitucionales o bien entre las instituciones y los Estados miembros que llegan al pretorio comunitario. De ahí, la importancia de la *jurisprudencia comunitaria* a la hora de clarificar todas estas cuestiones. No obstante, los responsables políticos europeos, sobre la base de lo acordado en la Declaración 23 anexa al Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, y sobre lo señalado en la Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la Unión Europea, han estimado conveniente que la Convención europea discuta, en el marco temporal fijado hasta el 2004, sobre las vías de mejora de este sistema de distribución de competencias rasgo esencial de la integración europea. Las reflexiones que a continuación siguen tratan, *en primer lugar*, de mostrar como es el actual sistema, para, *en segundo lugar*, ver qué propuestas tiende a mejorarlo.

A) El actual sistema de competencias

Como adelantaba líneas arriba, el mundo europeo de comienzos del siglo XX nos mostraba unos Estados nación, titulares exclusivos del ejercicio de una soberanía que se estimaba individual, abstracta y absoluta y, en cuyo marco, la organización política de los mismos giraba exclusivamente en torno a sus constituciones nacionales. El mundo europeo actual es bien diferente, desde el momento, sobre todo, en que se crean organizaciones internacionales que pasan a detentar, también, el *ejercicio de competencias soberanas*. La novedad de tales organizaciones radica en que sus Estados miembros, a través de mecanismos constitucionales internos que lo prevén, van a ceder a las mismas el ejercicio de parcelas de soberanía cada vez más amplias, dando entrada, de tal manera, a una nueva idea de soberanía, la de una soberanía relativa y divisible.

De este modo, el propio proceso de integración europeo, ha gestado, a su vez, un *Ordenamiento de corte «constitucional» autónomo* (véanse, en este sentido, los pronunciamientos del TJCE: STJCE de 23 de abril de 1986, «Los Verdes», 294/83, Rec. p. 1339; Dictamen C-1/91 de 14 de diciembre de 1991, EEE, Rec. p. I-6079; Dictamen 3/94 de 13 de diciembre de 1995, GATT-OMC-Acuerdo marco sobre los plátanos), donde tienen cabida principios y normas cuyos destinatarios no son únicamente los Estados y las instituciones comunitarias, sino que, además, afectan a los derechos y obligaciones de los propios ciudadanos comunitarios y están dirigidos a éstos quienes pueden invocarlas antes sus tribunales. Mediante el mismo se regulan las relaciones de todos los sujetos de la Unión Europea entre sí y con su estructura institucional, se fijan los objetivos comunes, se distribuyen las competencias y se establecen las reglas de juego mediante las cuales se adoptan las decisiones de obligado cumplimiento, aplicables directamente en los Estados miembros y con primacía sobre la legislación nacional. Todo ello implica, de un lado, los necesarios ajustes y previsiones en las constituciones políticas de los Estados miembros y, de otro, supone, la aparición, merced a la *atribución del ejercicio de competencias soberanas* a las instituciones de la Unión Europea, de un modelo constitucional aplicable a los tratados constitutivos de esta organización internacional.

El proceso de integración europeo se cimenta sobre el Derecho comunitario europeo. Este Derecho de integración, propio y autónomo, se crea, aplica y desarrolla, gracias a que los Estados miembros han consentido limitar, a favor de las instituciones comunitarias y en ámbitos específicos, el ejercicio de sus derechos soberanos.

En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene *atribuidas una serie de funciones y de competencias*. En este sentido, cabe destacar a título preliminar, como, la Unión Europea, y las Comunidades europeas sobre las que se sustenta, *no gozan de competencias ilimitadas* y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance, puesto que, a diferencia de los Estados y a semejanza de las demás organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una *simple competencia de atribución*.

Este principio aparece claramente enunciado en art. 5 del Tratado CE, donde se dice que:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna».

Pero quién dice atribución de competencias a las instituciones comunitarias, dice lógicamente, también, *limitación correlativa de poderes soberana-*

nos de los Estados miembros. Este fenómeno, definidor de los procesos de integración, ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia del TJCE, donde se ha subrayado como, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la CEE instituyó un ordenamiento jurídico propio, que al quedar integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de la entrada en vigor del mismo, se ha impuesto a sus jurisdicciones; y como, al crearse una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, con capacidad de representación internacional y, más concretamente, de poderes efectivos que emanan de una *limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad*, éstos últimos han limitado, aunque en esferas delimitadas, sus derechos soberanos y creado, de esta forma, un derecho aplicable tanto a sus nacionales como a ellos mismos (STJCE, de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, Rec. 1964, p. 1159).

El buen desarrollo de este *fenómeno paralelo de atribución de competencias y de desposeimiento de poderes soberanos*, debe descansar en dos datos ineludibles y previos: uno, que los sistemas constitucionales internos de los Estados miembros lo permitan, esto es, que las constituciones políticas hallan preparado el terreno; y, dos, que dichos Estados no estén afeerrados a la doctrina de la soberanía absoluta, pues, si tal ocurriera, sería imposible su participación en organizaciones de integración.

Por lo que se refiere a este segundo dato, vemos como la *atribución de competencias* –test, vuelvo a insistir, en todo proceso de integración– descansa en una noción de soberanía alejada de la tradicional idea de una soberanía abstracta individual, inalienable y absoluta. En efecto, si por soberanía entendemos –en la clásica definición del Prof. Carrillo Salcedo– el conjunto de competencias y derechos de que cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados, cabe suponer que todo proceso de integración parte de la idea de la divisibilidad de su ejercicio. Al respecto, podemos ver, además, como son varios los factores que, hoy en día, están erosionando la imagen casi mítica de la soberanía, por un lado la progresiva institucionalización de la Comunidad internacional y el consiguiente incremento de las funciones atribuidas a las organizaciones internacionales, por otro lado, la configuración de un orden público internacional, mediante el establecimiento de normas jurídicas imperativas, con la consiguiente merma del relativismo que ha sido una característica tradicional del Derecho internacional y que se evidencia en las transformaciones relativas a los derechos humanos, los crímenes internacionales, la responsabilidad internacional del Estado, etc. Y, en fin, por otro lado, la presencia, en algunos ámbitos, de ciertos actores internacionales que concentran el poder económico y que como consecuencia del fenómeno mundializador de los mercados no reparan en fronteras, oca-

sionando el consiguiente debilitamiento de aquellos elementos que la doctrina estima indisociables de la noción de soberanía: esto es, el ejercicio de las competencias y funciones de Estado con exclusividad, plenitud y autonomía. En este sentido, los Estados miembros de la UE ya no ejercen sus competencias soberanas con exclusividad, plenitud y autonomía, puesto que han decidido voluntariamente ceder el ejercicio de parte de las mismas a las instituciones comunitarias.

Es el *ejercicio divisible de la soberanía*, lo que permite a unos Estados asociarse con otros y ceder parcelas de la misma para su ejercicio común por unas instituciones con la finalidad de alcanzar unos intereses colectivos. Ello no supone, ni mucho menos, negar a la soberanía su condición de elemento esencial del sistema internacional del que aún continúa constituyendo su clave de bóveda. Ahora bien es esta idea, la que posibilita los necesarios reajustes, fusiones o ejercicios comunes de estas competencias soberanas que conlleva todo proceso de integración y, en particular, el representado por la construcción europea.

Esta noción de soberanía, al facilitar la cesión del ejercicio de competencias, plantea, en cada caso concreto, la necesidad de determinar, *quién, Estado o Unión Europea, detenta dicho ejercicio* sin que se excluyan, según los casos, ni las acciones conjuntas, ni la realización por el Estado de actividades subordinadas.

Este procedimiento, trae como corolario que las instituciones comunitarias no van a disfrutar *siempre del mismo tipo de competencias* y que variarán según las acciones a desarrollar, de manera que en algunos ámbitos gozarán de *competencias exclusivas*, en otros estas competencias las compartirán con los Estados miembros y, en otros, no tendrán ningún tipo de competencias. Además, en el caso en que estemos ante competencias compartidas (bien concurrentes, bien complementarias, o bien, de mera coordinación), la actuación comunitaria deberá efectuarse respetando el *principio de subsidiariedad*, en el sentido de que esta actuación sólo tendrá lugar cuando razones de necesidad y de eficacia así lo exijan. Conformándose este principio en un elemento fundamental en los procesos de integración. Y, asimismo, debe ejercerse conforme al *principio de proporcionalidad*, esto es, que ninguna de las acciones de la Comunidad podrá exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

Como se ha repetido desde la doctrina, este reparto de competencias evoca, evidentemente, los *modelos estatales federales*. Pero, las diferencias con los mismos son sustanciales, así y a diferencia de las constituciones federales, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contienen títulos o capítulos consagrados al problema de la atribución de competencias. En efecto, esta atribución *no se hace por materias, sino en forma de acciones a realizar, funciones a cumplir*, por lo que habrá que descender a las disposiciones concretas de estos tratados para saber, cuales

son los poderes impartidos, que institución es la beneficiaria, y en que formas y condiciones se ejercitarán dichas competencias.

El Derecho comunitario nace, pues, en virtud de atribuciones de competencias de los Estados miembros a las comunidades, cuyas instituciones pasan a ejercer efectivamente las competencias soberanas que les han sido cedidas. En este sentido, lo que caracteriza a la UE es que sus Estados miembros han renunciado al ejercicio de competencias soberanas, y no sólo a aquellas que son relativas a concretas materias técnicas (como ocurre en la generalidad de las organizaciones internacionales) sino también, y esto es lo novedoso, respecto a funciones que corresponden al ámbito esencial de la propia existencia en tanto Estado.

Ahora bien, hay que advertir, antes que nada, que se trata de una *cesión voluntaria*, esto es, no nos encontramos ante una imposición. En efecto, al respecto debemos de partir de la propia noción de organización internacional que, como se sabe, la califica de asociación «voluntaria» de Estados creada por un Tratado internacional. De ello se desprende que los Estados miembros, concedores de las características del Ordenamiento jurídico comunitario y de la organización internacional al que corresponde, deciden, libre y voluntariamente, adherirse a la Unión Europea, con ello resuelven, igualmente, obligarse por su Tratado constitutivo y por los actos normativos de sus instituciones. A partir del momento de la adhesión los Estados miembros no podrán invocar sus propias Constituciones para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone.

Por otro lado, el Derecho que regula una Organización en proceso de integración, como es el caso de la UE, no puede ser concebido como un Derecho estático, sino como un Ordenamiento jurídico sujeto a una profunda evolución, por lo que todo intento de valoración del mismo debe tener en cuenta esta condicionante temporal y el enriquecimiento progresivo del acervo comunitario. Y, así, al estar suponiendo este proceso una verdadera transferencia del ejercicio de competencias soberanas de los Estados miembros a favor de las instituciones comunes, en materias cada vez más amplias y diversas, se le ha ido otorgando al Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea una, cada vez, mayor autonomía respecto de los Derechos nacionales y del Derecho internacional. Tal evolución ha añadido nuevos elementos de complejidad en el debate en torno a la

naturaleza jurídica de esta organización y a las características del Derecho que viene creando.

Para que avance este proceso es necesario que se vayan produciendo delegaciones del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados miembros, lo que significa, por un lado abandonar el dogma de la soberanía absoluta y reconocer que el ejercicio de la soberanía, cuya titularidad ostentan los estados y que radica, en definitiva, en el pueblo, puede ser cedida si con ello se facilita el logro de una serie de objetivos colectivos y superiores que se estiman como prioritarios y beneficios para el conjunto de la población de estos estados. Ello puede exigir que a cada avance significativo que se produzca, los Estados hayan respondido, previamente, con una revisión constitucional que lo permita.

De este modo, observamos, como existen constituciones que contienen cláusulas genéricas habilitando al Estado para concertar, en condiciones de reciprocidad muchas veces, limitaciones de soberanía, bien para asegurar la paz y la justicia en el orden internacional (Preámbulo de la Constitución francesa de 1946; art. 11 de la Constitución italiana), bien para transferir a instituciones internacionales derechos de soberanía (art. 24 de la Constitución de Alemania), bien para transferir competencias legislativas, ejecutivas y judiciales (art. 67 de la Constitución holandesa; art. 49 bis de la Constitución de Luxemburgo), poderes determinados (art. 25 bis de la Constitución belga).

En esta línea de habilitación genérica, hay Constituciones que autorizan la delegación de poderes derivados de la propia Constitución (art. 9,2 de la Constitución de Austria; art. 20 de la Constitución de Dinamarca), o que atribuyen a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 de la Constitución española), o, en fin, que atribuyen a órganos de organizaciones internacionales competencias previstas en la Constitución y para aceptar restricciones o limitaciones de soberanía (art. 28,2 y 3 de la Constitución de Grecia).

En todos estos supuestos, la realización práctica de los mismos precisa de técnicas legislativas con quórum muy reforzados (leyes orgánicas, en el caso español) o incluso la aprobación por referéndum (en el caso danés cuando se dan ciertas condiciones previas).

Pero, además, con los avances del proceso de integración europea, observamos como ciertas Constituciones de los Estados europeos están incorporando nuevas técnicas, que introducen matizaciones a estas cláusulas de habilitación genérica, así en algunas de ellas se reconocen expresamente los rasgos fundamentales del Derecho comunitario y, especialmente, su primacía (por ejemplo, art. 29 de la Constitución de Irlanda; art. 94 Constitución de Holanda; art. 8.3 de la Constitución de Portugal). E, inclusive, en algunos casos, en especial en el de aquellas Consti-

tuciones que sufrieron alguna revisión con ocasión del complejo proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea de 1992, además de mencionarse estos principios se hace referencia a la pertenencia a la UE y al compromiso sobre su progresivo desarrollo (art. 88 de la Constitución francesa, art. 23 y 24 de la Constitución alemana).

Estas afirmaciones hacen suponer que en la eventualidad de una retirada de estos países de la UE, lo que siempre es posible dada la naturaleza de Organización internacional de la misma, sería ahora necesario llevar a cabo una previa reforma constitucional que lo permitiera, lo que no hace más que ahondar el proceso de integración y reafirmar la construcción europea.

El proceso de integración, desde la perspectiva del Derecho, significa que los Estados, por que se lo permiten sus propias Constituciones nacionales, han atribuido el ejercicio de competencias soberanas a un nuevo sujeto internacional, la organización de integración. Que esta atribución se refiere a materias y ámbitos específicos, aunque no estáticos, sino sujetos a la dinámica de todo proceso y a la ampliación de competencias en virtud de los poderes implícitos de la misma tal y como son determinados a través de la actuación de los Tribunales de Justicia inspirados en una interpretación teleológica y sistemática de los Tratados constitutivos.

Que estas competencias se concentran, por lo que se refiere a la UE, en el desarrollo del Mercado interior único, con sus libertades y con su régimen de defensa de la libre competencia y se prolonga en los ámbitos cubiertos por una pluralidad de políticas de distinta generación y alcance, tanto exclusivas, como compartidas, como complementarias como, en fin, de mera coordinación.

Por otro lado, la importancia de las competencias atribuidas a la organización, la independencia de sus instituciones, la autonomía del Derecho comunitario, convierten a estos procesos en unos fenómenos institucionales nuevos y excepcionales dentro del panorama internacional. Ello ha llevado a discutir sobre su naturaleza jurídica, a defender posturas enfrentadas: internacionalistas y puramente nacionales. Por mi parte, abandonando toda idea de que el proceso en sí debe indefectiblemente conducir a un Estado Federal, pienso que nos encontramos ante un modelo singular de organización internacional, en la que participan unos Estados que cada vez se ven más condicionados por la misma, y para los que cada vez resulta más difícil el retirarse de ella e, incluso, en algunos casos, imposible sin previa reforma de sus Constituciones internas (como en Francia o en Alemania). Pero, a pesar de ello, no dejan de ser organizaciones internacionales, creadas por un Tratado y no por una Constitución, y que es susceptible, en todo caso, de ser denunciado por sus Estados partes.

De todos modos, como dice en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la limitación de competencias entre la UE y los Estados miembros, «el sistema actual de competencias existentes en los Tratados se caracteriza por un complejo entramado... de objetivos, competencias materiales y competencias funcionales; por la existencia de cuatro Tratados y dos entidades diferentes, la Unión y la Comunidad; por la profusión de instrumentos normativos de alcance jurídico desigual y, en ocasiones, dudoso, así como por la ausencia de una verdadera jerarquía de normas». Con ello el PE parece, y ello me convence plenamente, vincular la cuestión de las competencias con los desafíos pendientes de simplificación, mejora legislativa y transparencia. De manera que el debate sobre el sistema de competencias debe tener en cuenta las exigencias y dificultades procedentes de las otras cuestiones enunciadas.

B) La búsqueda de un nuevo sistema de competencias

Existe una opinión comúnmente compartida de que el sistema de atribución y reparto de competencias con el que han funcionado las Comunidades Europeas y la Unión Europea le ha permitido hacer frente de una forma eficaz, flexible y pragmática a las distintas exigencias derivadas de la construcción europea durante todos estos años; pero, también, es común la opinión de que este sistema, sin duda complejo y bastante opaco, casa mal con las exigencias de transparencia y democracia que se le vienen solicitando a la integración europea desde el Tratado de Maastricht y, sobre todo, que tienen mal asiento en un texto constitucional, tal y como parece ser la naturaleza del documento que se pretende alcanzar en el 2004. En este sentido se pronuncia con rotundidad la, ya mencionada, Declaración 23 del Tratado de Niza donde se fija como uno de los puntos a examinar la «forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la UE y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad».

Desde el inicio de los trabajos de la Convención, esencialmente, dos grupos se han venido dedicando a discutir estas cuestiones: el del principio de subsidiariedad (Grupo I) y el de las competencias complementarias (Grupo V). E, importantes, son ya las contribuciones del Parlamento europeo y de la Comisión sobre el tema.

Los puntos que concentran el interés son varios, entre ellos me gustaría destacar los siguientes:

■ **La conveniencia de un catálogo de competencias:** como es sabido, la generalidad de las constituciones europeas en los Estados descentralizados suelen incluir un catálogo donde se enumera de manera detallada las competencias atribuidas a la administración central, mientras que el resto de ellas se presumen que son propias de los entes subestatales. Es-

tamos ante una distribución competencial *ratione materiae* que nos permite saber si una materia determinada corresponde a la competencia de una o de los otros. Esta técnica parece ser la defendida por una parte de la doctrina y por el propio PE, que desea que las competencias de la Unión sean definidas por materias. Yo, por mi parte pienso que ello, tal vez, no sea lo más adecuado en un proceso de integración, puesto que lo que a primera vista resulta atractivo y parecería útil, ya que introduciría una mayor certeza; creo que, sin embargo, llevaría consigo una mayor rigidez. Por ello pienso que se debería seguir partiendo, como hasta ahora, del principio de atribución de competencias (art. 5 CE) mejorando el uso que se está dando a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta técnica se acomoda bien a la naturaleza de organización internacional que tiene la UE. Ello haría necesario, pienso, señalar los ámbitos en que se daría o estaría excluida la actuación de la Unión o de las Comunidades. El sistema actual, grosso modo, equivale a decir que los Estados miembros disponen de una competencia de derecho común y que la UE recibe competencias de atribución que ejerce sobre la base de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y, yo, añadiría de lealtad y cooperación.

■ **La delimitación vertical del competencias:** En un proceso de integración, flexible y dinámico como el comunitario, una cláusula general de reparto de competencias delimitadas verticalmente tiene mal acomodo. Su rigidez podría poner en entredicho el acervo comunitario. Yo estimo que no sería muy eficaz enumerar con precisión cuales son las competencias de los Estados y cuales las propias de la Unión, hacerlo sería encorsertar a la UE en un mundo tan mudable como es el económico-internacional.

■ **La conveniencia de establecer un nuevo Tribunal destinado a resolver los conflictos de competencias:** no faltan los pronunciamientos a favor de la creación de un Tribunal de Competencias, formado por representantes de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros y algún juez comunitario, sustenta esta idea las críticas vertidas en la materia a la jurisprudencia del TJCE. Yo, por mi parte, no veo la necesidad de tal institución judicial, que introduciría un segundo nivel de control con los riesgos de compartimentación que ello supone para la jurisprudencia, algo, absolutamente, contrario a la lógica del de sistema de integración, y nos abocaría a establecer quién dirime, en último término, los eventuales conflictos de jurisprudencia. En fin, todo ello nos llevaría lejos de deseo de transparencia que parece inspirar la reforma de los tratados.

■ **Inclusión de un recurso previo por el que el TJCE conocería de los conflictos de competencia:** a través del mismo el Tribunal examinaría *a priori* cuestiones relacionadas con la observancia de los principios

de subsidiariedad y proporcionalidad, pudiendo ser introducido, bien por la Comisión, bien por una minoría significativa del Consejo o del Parlamento Europeo. Se tramitaría con urgencia. Esta iniciativa, en el sentido que refuerza la dimensión constitucional del Tribunal, me parece mejor que la anteriormente expuesta al tiempo que no socavaría la necesaria coherencia del sistema judicial comunitario. En relación con ello, creo que podría ser útil abrir la legitimación activa al Comité de las Regiones, a los Parlamentos nacionales y a los Parlamentos regionales, manteniendo, eso sí, la exigencia de unas minorías significativas (tal vez, en estos casos, podría requerirse de unas mayorías).

■ **La simplificación del enunciado de algunas atribuciones competenciales:** comparto la idea del Parlamento europeo sobre la necesidad de que el futuro texto contenga un Tratado-Constitución (o como se le quiera denominar) que sea dirigido a todos los ciudadanos y concebido como un pacto de refundación que fusionaría los diferentes tratados en un solo texto y afectaría a una sola entidad, la Unión dotada de personalidad jurídica única y concreta. Y, también, comparto la idea de que dicho texto debe incluir una nueva presentación de las competencias de manera clara y comprensible. En este sentido, pienso que en el futuro Tratado-Constitución podría figurar, en su primera parte, una serie de disposiciones competenciales breves y concisas donde se enunciarían los principios generales del reparto de competencias. Eso exige reordenar las disposiciones actuales, sistematizarlas y simplificarlas. Podrían iniciarse, con el principio de atribución expresa de competencias (art. 5.1 CE), o lo que es lo mismo con la presunción de que las competencias, salvo disposición en contrario, corresponden a los Estados miembros. Esta afirmación, debería seguirse por una inclusión y explicación de los tipos de competencias existentes: exclusivas, compartidas y complementarias que los Estados atribuyen a la UE. A continuación, se recogerían de manera sistematizada las diversas atribuciones competenciales particulares, así como las normas competenciales negativas. También deberían incluirse la cláusula de imprevisión (art. 308 CE) y la de armonización (art. 95 CE), adaptadas al actual desarrollo de la construcción europea, que recogerían la naturaleza evolutiva de la integración europea. Todo ello, debería estar presidido por una rotunda afirmación del principio de mantenimiento íntegro del acervo comunitario (art. 2 UE) y del de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional. El principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad también deberían figurar en esta parte introductoria. Finalmente, debería hacerse referencia a la cooperación reforzada.


■ **Una eventual lista de competencias:** Podría, también, pensarse, en la línea propuesta por Robert Badinter en su contribución sobre una

Constitución europea de septiembre de 2002, en establecer una lista de competencias propias de la Unión, y de aquellas que comparte con los Estados (el resto serían competencias propias de estos últimos). Esta lista, en vez de figurar en el Tratado-Constitución, podría ponerse en una Ley orgánica susceptible de fácil revisión y por tanto capaz de adaptarse a los cambios operados en el proceso de integración.

Consideraciones finales

Como viene señalando la doctrina, desde la perspectiva de la transparencia y la democracia se hace más necesario que una mera reforma del sistema de competencias (lo que no es sencillo), introducir una clarificación de las funciones legislativas y una simplificación de los actos jurídicos normativos, todo ello en el marco de un Tratado-Constitución que haga más sencillo y nítido los actuales Tratados, llevando a texto de rango inferior buena parte del articulado de éstos. Me parece, en este sentido, que los resultados del 2004 no deberían ir en la línea de una revolución del *sistema actual de competencias* sino en avanzar más en la clarificación del mismo para hacerlo más transparente y eficaz, buscando asentar la construcción europea en una, ¿por qué no? tercera vía, entre lo intergubernamental y lo federal.

La Unión Europea no constituye una Federación, se trata de un modelo original de organización internacional, que se aleja de las organizaciones internacionales clásicas o de cooperación y al que algunos han denominado «organización supranacional», si bien, yo prefiero calificarla, como decía, simplemente, de organización de integración. Esto es, no estamos ante una organización supranacional, en el sentido que para mí, ambos términos son contradictorios, desde que existe un ente supranacional ya no hay una organización sino un sujeto dotado de soberanía lo que impide que en los ámbitos en los que la detenta, los países miembros dejen de tenerla y por tanto pierdan la naturaleza de Estados soberanos, pasando a convertirse en unos estados en el sentido que a tal expresión se le atribuye en el marco de una Federación respecto de los Estados federados. Pero yo pienso que este no es el camino al que nos conduce la convención ni el futuro tratado refundidor de la integración del proceso, que seguirá siendo, pienso, un tratado internacional, aunque le llamemos Constitución. Además, la UE resultante, llámese como se llame, seguirá sin disfrutar de una competencia general (como la que posee un Estado soberano), sus competencias serán de atribución y su personalidad, aunque sea única y se consiga fusionar las Comunidades y la Unión en un único ente, continuará siendo una personalidad funcional.

En mi opinión, la Convención (Asamblea consultiva que no constituyente) no debería ir en la línea de buscar un imposible y establecer un modelo de competencias propio a una estructura federal (incluso dentro de la línea de una Federación de Estados-Naciones, que me cuesta concebir, salvo que se distingan entre Estado federal y Federación de Estados soberanos, alejándonos de la ortodoxia jurídico-internacional), sino clarificar y mejorar el existente, puesto que pienso que ésta se adecua a la realidad jurídico-institucional del modelo europeo, esto es, a su condición de Organización internacional (tal y como resultará del Tratado constitutivo fruto de la futura conferencia intergubernamental), reforzando su dimensión política, democrática, transparente, eficaz y próxima a los ciudadanos, y permitiendo a la UE evolucionar y adaptarse a los cambios sociales e internacionales que en el futuro se irán produciendo. 

MUJER, FEMINISMO Y PODERES PÚBLICOS. UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Irene Rodríguez Manzano

Profesora Titular de Relaciones Internacionales
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

En una de las obras centrales de la Teoría Feminista de las Relaciones Internacionales, su autora –Cynthia Enloe– se pregunta ¿dónde están las mujeres?, encontrándolas en ámbitos que nunca hubiéramos imaginado¹. Siguiendo el ejemplo de Enloe, las páginas que siguen se interrogan sobre la presencia de las mujeres en el poder público, compleja cuestión que nos conduce de inmediato a buscar un hilo argumental que, sirviendo de esquema expositivo, impida que un conjunto de nombres y fechas desvirtúen el discurso. Ese hilo argumental no será otro que la labor desarrollada por las Naciones Unidas a favor de la mujer y, en particular, de su participación en el poder y la toma de decisiones, en los más de cincuenta años transcurridos desde su institucionalización.

Nuestro punto de partida no puede ser otro, por lo tanto, que el origen de aquella organización internacional y, concretamente, el compromiso contraído por sus miembros originarios con la igualdad entre hom-

¹ ENLOE, C. (1989), *Bananas, Bases and Beaches: Making Feminist Sense of International Politics*. London, Pinter.

bres y mujeres en su documento fundacional, la Carta de las Naciones Unidas, un compromiso que no imposibilitará contrastar la nula o escasa presencia de mujeres en sus órganos principales, representantes, de alguna manera, de un poder público internacional. Más allá de estos orígenes, nuestra atención se dirigirá al análisis de los esfuerzos de la organización en pro de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, esfuerzos sobre los que giraron sus tres primeras décadas de existencia y que van a resultar –entre otros logros– en la adopción de la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer, instrumento jurídico indispensable para el acceso de la mujer al poder público en una etapa de la historia en la que aún, como veremos seguidamente, pocos Estados reconocen esos derechos.

El análisis de esos primeros, aunque prolongados, esfuerzos de las Naciones Unidas a favor de la mujer, correrá en paralelo al estudio de su presencia en los niveles más altos del poder, un estudio en el que nos centraremos sobre todo en los ámbitos de ese poder tradicionalmente considerados como masculinos. En tal sentido, la incorporación de la mujer a la jefatura del Estado y del gobierno, así como a los ministerios de asuntos exteriores, defensa y economía, serán el eje de nuestro discurso. A partir de entonces y en un recorrido cronológico por la historia de la organización, examinaremos las propuestas realizadas durante la Década de las Naciones Unidas para las Mujeres –y, específicamente, en los planes de acción de las tres primeras Conferencias Mundiales sobre la Mujer– para superar los obstáculos que impiden su plena participación en el poder público, una sección en la que la evidencia empírica también estará presente. Las páginas finales de este trabajo tendrán como objeto, en último término, el estudio de los compromisos asumidos por las Naciones Unidas con la adopción de la Plataforma de Acción de Beijing, modificadores de la filosofía que preside e inspira hasta el momento la actuación de la organización en relación con la mujer, al determinar –como es bien sabido– la integración de una *perspectiva de género* en todas sus instituciones, políticas y procesos de planificación y adopción de decisiones.

2. La mujer en las Naciones Unidas: superando la marginación

En 1945, año en el que los vencedores de la Segunda Guerra Mundial deciden el establecimiento de las Naciones Unidas, los aliados definen como objetivo central de la organización el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Más allá de este objetivo, sus propósitos apuntan también al fomento del progreso económico, social, cultural o humanitario, así como al «desarrollo y estímulo del respeto a los dere-

chos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, *sexo*, idioma o religión»². La «cláusula de igualdad», contenida en este último propósito y reiterada en los artículos 13.1.b (funciones de la Asamblea General), 55.c (cooperación internacional económica y social) y 76.c (objetivos del régimen internacional de administración judicial), refuerza la fe «en la igualdad de derechos de hombres y mujeres» proclamada en el preámbulo de la Carta. La inclusión de este último precepto es fruto de la presión ejercida por las posteriormente llamadas «madres fundadoras de las Naciones Unidas»³, disconformes con la propuesta inicial de que en el citado preámbulo sólo se reafirmase la «fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana». De esa presión y, concretamente, del esfuerzo de Jessie Street, delegada australiana en la Conferencia de San Francisco, es consecuencia también el artículo 8 del texto fundacional de la organización, en el que la igualdad entre hombres y mujeres se extiende a la elegibilidad para participar en sus órganos principales y subsidiarios.

En referencia a este último artículo y, en particular, a la participación de las mujeres en los órganos principales de las Naciones Unidas, algunos progresos se han realizado desde entonces, si bien la mayor parte ellos se localizan en las dos últimas décadas. En tal sentido, desde la institucionalización de la organización y hasta el 6 de marzo de 2003⁴, sólo dos mujeres –Vijaya Lakshimi Pandit de India y Angie Brooks-Randolph de Liberia– han sido presidentas de alguna de las cincuenta y siete sesiones de la Asamblea General; en concreto, de la octava (1953) y de la vigésimo cuarta (1969) respectivamente. Nueve han sido, por otro lado, las mujeres que han alcanzado la condición de presidentas del Consejo de Seguridad en el período apuntado anteriormente: una guineana, Jeanne Martin Cisse; dos estadounidenses, Jeanne J. Kirkpatrick y Madeleine K. Albright; una italiana, Susanna Agnelli; una sueca, Lena Hjelm-Wallen; una jamaicana, Patricia Durrant; una holandesa, Eveline Herfkens; una británica, Valerie Amos; y una colombiana, Carolina Barco Isakson⁵, presencia que

² *Carta de las Naciones Unidas* arts. 1.1 y 1.3 (el énfasis es nuestro).

³ Así lo hace, por ejemplo, PIETILÄ, para referirse a las mujeres que participaron –bien como delegadas de determinados gobiernos bien como asistentes, consejeras o expertas técnicas de las delegaciones gubernamentales– en la Conferencia de San Francisco. PIETILÄ, H. (2002), *Engendering the global agenda. The story of women and the United Nations*. Geneve, UN Non-Governmental Liaison Service (NGLS), págs. 9 y 10.

⁴ Todos los datos recogidos en este trabajo corresponden a ese período de tiempo.

⁵ Jeanne Marin Cisse presidió el Consejo de Seguridad en el mes de noviembre de 1972, Jeanne J. Kirkpatrick en marzo de 1982 y julio de 1984 (período en el que no hubo reuniones), Susanna Agnelli en septiembre de 1995, Lena Hjelm-Wallen en julio de 1997 y septiembre de 1998, Madeleine K. Albright en agosto de 1993, noviembre

pone de manifiesto el escaso número de mujeres que han participado en la toma de las decisiones centrales de las Naciones Unidas⁶. No obstante, la mujer no sólo ha estado prácticamente ausente de esa toma de decisiones, también ha sido excluida de modo significativo de los mecanismos arbitrados para su cumplimiento. Así, sólo una mujer, la sueca Heidi Tagliavini, sirve hoy como jefa de misión de una de las operaciones de mantenimiento de la paz de la organización, concretamente de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG), puesto en el que la han precedido Margaret J. Ansteet –jefa de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Angola (UNAVEM) entre febrero de 1992 y junio de 1993– y Angela King –jefa de la Misión de Observación de las Naciones Unidas en Sudáfrica (UNOMSA) de 1992 a 1994–, dos operaciones ya concluidas.

La escasa presencia de la mujer en las más altas posiciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad se repite en la Secretaría. En ese sentido, si ninguno de los siete secretarios generales habidos hasta el momento ha sido una mujer, si lo ha sido la única persona –Louise Fréchette– que ha ocupado la Vicesecretaria General de la organización, cargo creado en virtud de la reforma propuesta por Koffi Annan en 1997. Louise Fréchette forma parte también de otro de los mecanismos planteados en esa reforma, el Grupo Superior de Gestión (GSG), quien presta sus servicios como gabinete del Secretario General y cuerpo central de planificación de la política de las Naciones Unidas, tratando de asegurar la coherencia y dirección estratégica de su trabajo⁷. Actualmente, junto a ella y veintitrés hombres, el Grupo Superior de Gestión está integrado por otras siete mujeres, Carol Bellamy, Directora Ejecutiva del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Catherine Bertini, Secretaria General Adjunta de Administración; Thoraya Obaid, Directora Ejecutiva del Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUP); Brigita Schmögenerova, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para Europa

de 1994, febrero de 1996, septiembre de 1997 y enero de 2000, Patricia Durrant en julio de 2000 y noviembre de 2001, Eveline Herfkens en noviembre de 2000, Valerie Amos en julio de 2002 y, en último término, Carolina Barco Isakson ha ocupado la presidencia del Consejo de Seguridad en diciembre de 2002.

⁶ En relación a estos datos no ha de olvidarse que, mientras la presidencia del Consejo de Seguridad rota mensualmente en virtud de un listado alfabético en inglés de sus Estados miembros, la de la Asamblea General lo hace, con carácter anual, entre cinco grupos de Estados: África, Asia, Europa Oriental, América Latina, Europa Occidental y otros Estados.

⁷ *Renovación de las Naciones Unidas: Un Programa de Reforma (A/51/950)*, de 14 de julio de 1997, párrafos 35, 36, 37 y 38. La renovación propuesta por el Secretario General en el informe precedente fue aprobada por la Asamblea General en su resolución A/RES/52/12, de 14 de noviembre de 1997.

(CEE); Mervat M. Tallawy, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para Asia Occidental (CEPAO); Anna Kajumulo Tibaijuka, Directora Ejecutiva del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (HÁBITAT); y Elizabeth Lindenmayer, auxiliar ejecutiva del Secretario General y secretaria del grupo.

Si estas son las mujeres que hoy forman parte del equipo del Secretario General, entre sus más directas colaboradoras se encuentran también la jamaicana Angela King, Asesora Especial del Secretario General en cuestiones de género y adelanto de la mujer; la sueca Lena Sundh, Representante Especial del Secretario General para la República Democrática del Congo; la alemana Angela Kane, Representante Especial del Secretario General para Etiopía y Eritrea; la italiana Laura Canuto, Jefa Adjunta de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA); la suiza Heidi Tagliavini, Representante Especial del Secretario General en Georgia y, como hemos apuntado, Jefa de la UNOMIG; la estadounidense Silvia Fuhrman, Representante Especial del Secretario General para la United Nations International School (UNIS); y dos pakistaníes, Nafis Sadik y Hina Jilani, Enviada Especial del Secretario General para el VIH/SIDA en Asia y Representante Especial del Secretario General para los defensores de los derechos humanos respectivamente, todas ellas son las únicas mujeres entre los actuales sesenta y cuatro Representantes Especiales y Personales y Enviados del Secretario General⁸.

Nuestras consideraciones precedentes quedarían incompletas sin hacer referencia a la presencia de las mujeres en el Consejo Económico y Social (ECOSOC) y en el Tribunal Internacional de Justicia, así como a aquellas que han disfrutado de la condición de representantes permanentes ante las Naciones Unidas. El ECOSOC, en tal sentido, ha contado con un número de mujeres comparativamente mayor al del resto de los órganos principales, sobre todo en una de sus comisiones orgánicas. Nos referimos a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a la que prestaremos más atención en las páginas que siguen, y cuyos miembros han sido y son fundamentalmente del sexo femenino. En particular, hasta 1966 –año en el que se incorpora el primer hombre– esta Comisión la

⁸ Con anterioridad, otras mujeres han ocupado posiciones centrales en la Secretaría de las Naciones Unidas. Nos referimos a la estadounidense Gillian Martin Sorensen, Asistente del Secretario General para las Relaciones Exteriores; Rafiah Salim, Asistente del Secretario General para la Gestión de los Recursos Humanos y la mexicana Rosario Green, incorporada al gabinete del Secretario General como Asesora Especial sobre Género tras la celebración de la Conferencia de Beijing en 1995. Esta incorporación es el resultado del documento emanado de esta conferencia, en el que –como hemos adelantado y veremos más adelante– las Naciones Unidas se comprometen a integrar una *perspectiva de género* en todas sus instituciones, políticas y procesos de planificación y adopción de decisiones.

conformaban únicamente mujeres⁹. El Tribunal Internacional de Justicia, por su parte, sólo ha contado entre sus jueces con una mujer, la británica Rosalyn Higgins¹⁰. En último término, mientras las representantes permanentes ante las Naciones Unidas durante sus tres primeras décadas de existencia fueron únicamente Ana Figuero Fajardo (Chile, 1950/1952), Minerva Bernardino (República Dominicana, 1950/1971), Agda Rössel (Suecia, 1958/1964), Emilia Castro Barrish (Costa Rica, 1970/1973), Jeanne Martin-Cisse (Guinea 1972/1976) y Angie Brook-Randolph (Liberia, 1975/1977)¹¹, a partir de 1975 el número de mujeres que ha ocupado esa condición se ha multiplicado por siete¹².

⁹ En la primera reunión de la cuadragésimo sexta sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, celebrada del 4 al 15 de marzo de 2002, se elige al primer hombre, el tunecino Otham Jerandi, como presidente.

¹⁰ La representación de las mujeres en otras altas posiciones del sistema jurídico de las Naciones Unidas se limita a la estadounidense Gabrielle Kirk MacDonald, antigua presidenta del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, y a la sudafricana Navanethem Pillay, actual presidenta del Tribunal Internacional para Ruanda.

¹¹ Una de ellas, la dominicana Minerva Bernardino, fue delegada de su país en la Conferencia de San Francisco, condición disfrutada también por la candiense Cora T. Casselman, la estadounidense Virginia Gildersleeve, la brasileña Berta Lutz, la uruguaya Isabel P. de Vidal, la china Wu Fi-Fang y la ya referida Jessie Street. Bernardino, Gildersleeve, Lutz y Yi-Fang fueron tres de los 160 signatarios de la Carta de las Naciones Unidas. En San Francisco, también estuvieron presentes Ellen Wilkinson y Florence Horsburg, asistentes de la delegación británica, Lucila L. Pérez Díaz e Isabel Sánchez de Urdaneta, consejeras de la delegación venezolana, y Dorothy Fosdick, Majorie Whiteman, Esther Brunauer y Alice McDiarmid, expertas técnicas de la delegación estadounidense. STIENSTRA, D. (1994), *Women's Movements and International Organizations*. Basihgstoke, Mackmillan, págs. 77 y 78.

¹² De 1975 a 2003, cuarenta y dos mujeres han sido representantes permanentes ante las Naciones Unidas: Marie-Jo McIntyre (Granada, 1976), Gwendoline C. Konie (Zambia, 1977/1979), Giovinnella Gonthier (Seychelles, 1980/1987), Anne Abedon Bowen Jones (Liberia, 1981/1985), Edmonde Dever (Bélgica, 1981/1988), Jeane J. Kirkpatrick (Estados Unidos, 1981/1985), viene Kekeh (Togo, 1982/1983), Simnone Mairie (Camerún, 1982/1985), Francesca Pometta (Suiza, observador, 1982/1984), Nora Astorga Gadia (Nicaragua, 1986/1988), Dame Nita Barrow (Barbados, 1986/1990), Margaret E. McDonald (Bahamas, 1986/1996), Margorit R. Torpe (Trinidad y Tobago, 1988/1992), Ursula h. Barrow (Belice, 1989/1991), Margaret Hercus (Nueva Zelanda, 1989/1990), Chan Heng Chee (Singapur, 1989/1996), Claudia Fritsche (Liechtenstein, 1990), Annette des Iles (Trinidad y Tobago, 1992/1998), Louise Frechette (Canadá, 1992/1995), Lucille Mathurin Mair (Jamaica, 1992/1995), Akmoral Kh. Arystanbekova (Kazajstán, 1992/1999), Narcisa L. Escaler (Filipinas, 1992/1995), Madeleine K. Albright (Estados Unidos, 1993/1997), Robin Mauala (Samoa, 1993), Jeane George (Trinidad y Tobago, 1993), Lala-Shovket Gajieva (Azerbaiyán, 1994/1995), Sonia Leonce-Carryl (Santa Lucia, 1994/1999), Patricia Durrant (Jamaica, 1995), Aksoltan Toreevna Ateva (Turkmenistán, 1995), Zamira Eshmambetova (Kirguizistán, 1996/1999), Penople Anne Wensley (Australia, 1997/2001), Cristina Aguiar (República Dominicana, 1998/2000), Marjatta Rasi (Finlandia, 1998), June Ivonne Clarke (Barbados, 1999), Mediana B. Jarbussynova (Kazajstán, 1999), Elvira S. Ibraimova (Kirguistán, 1999/2000), Mahawa Bangoura Camara (Guinea, 1999/2000), Neh Rita Sangai Du-

Los datos que preceden corroboran nuestra hipótesis de partida, la afirmación de que las mujeres se han incorporado a los órganos principales de las Naciones Unidas fundamentalmente en las dos últimas décadas, un análisis empírico el desarrollado en estas páginas que, por lo demás, responde a una de las estrategias investigadoras del *feminismo liberal*, la aproximación más antigua de la *Teoría Feminista de las Relaciones Internacionales*. A través de ese tipo de análisis, los partidarios de la aludida estrategia buscan demostrar la escasa presencia de las mujeres en el juego internacional y, particularmente, en las posiciones más altas de la actividad estatal, la práctica diplomática y las fuerzas armadas, demandando una mayor integración en él. Para los defensores del feminismo liberal, no existe nada inherentemente desigual o injusto en las relaciones internacionales, salvo la histórica exclusión de las mujeres, situación que sólo se superará cuando alcancen una presencia en ellas proporcional a su peso en la población. En tal sentido, las soluciones a la desigualdad vendrán de cambios legales y de la promoción de una igualdad de oportunidades que posibiliten que la mujer acceda a los mismos ámbitos y en los mismos términos que los hombres¹³. Los cambios legales y la promoción de oportunidades emanados de la actividad de las Naciones Unidas serán el objeto de las páginas que siguen.

3. 1945/1975: Tres Décadas trabajando a favor de la igualdad jurídica

Naciones Unidas comienza la construcción del andamiaje institucional necesario para emprender esos cambios legales y esa promoción de la igualdad de oportunidades en sus primeros años de existencia. En tal sentido, la ya referida «cláusula de la igualdad» ofrece a las delegadas

kult-Tolbert (Liberia, 1999/2001), Merle Pajula (Estonia, 2000), Ellen Margrethe Loj (Dinamarca, 2001), Margaret Hughes Ferrari (San Vicente y las Granadinas, 2001), Irma Klein-Loemban Tobing (Suriname, 2002). Junto a ellas, Janet Jagan fue representante permanente suplente de Guayana en 1993

¹³ Para una introducción a este y otros tipos de feminismo en Relaciones Internacionales, véase, entre otros: STEANS, J. (1998), *Gender and International Relations*. Oxford, Polity Press; SYLVESTER, CH. (2002), *Feminist International Relations: An Unfinished Journey*. Cambridge, Cambridge University Press; TICKNER, J. A. (2001), *Gendering World Politics. Issues and Approaches in the Post-Cold War Era*. New York, Columbia University Press; WHITWORTH, S. (1994), *Feminist Theory and International Relations*. Basingstoke, Macmillan, así como nuestros trabajos: RODRÍGUEZ MANZANO, I. (2001), «La Teoría Feminista de las Relaciones Internacionales», en *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* n° X (mayo), págs. 157/170; RODRÍGUEZ MANZANO, I. (2001), «Mujer, Género y Teoría Feminista en las Relaciones Internacionales», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*. Madrid, Tecnos/Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, págs. 241/292.

participantes en la Conferencia de San Francisco la justificación jurídico-constitucional para crear la Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer durante el primer período de sesiones del Consejo Económico y Social, celebrado en el mes de febrero de 1946¹⁴. Instituida entonces como una subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos, en junio de aquel año adquiere la condición de comisión orgánica del ECOSOC, pasando a denominarse Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer¹⁵. A partir de este momento y en las tres décadas siguientes, la Comisión será el eje de la actuación de las Naciones Unidas a favor de las mujeres, centrándose en el logro de la igualdad jurídica entre ellas y los hombres. Así y junto a la labor de promoción desarrollada en referencia al «Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor de 1951»¹⁶, la «Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957»¹⁷, el «Convenio relativo a la discriminación en

¹⁴ ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC), *Resolution Establishing the Commission on Human Rights and the Subcommission on the Status of Women*, E/RES/5 (I), de 16 de febrero de 1946.

¹⁵ ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC), *Resolution Establishing the Commission on the Status of Women (CSW)*, E/RES/2/11, de 21 de junio de 1946. Esta rápida transformación de la Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en una entidad independiente es fruto de las discrepancias suscitadas desde que la delegación brasileña en la Conferencia de San Francisco, encabezada –como se ha aludido– por Berta Lutz, propone la creación de una comisión especial para la mujer. Así, mientras, Virginia Gildersleeve –uno de los miembros de la delegación estadounidense, como se apuntó también– se opone a la idea, entendiéndola que el establecimiento de un órgano centrado exclusivamente en la problemática de la mujer era discriminatorio, Minerva Bernardino apuesta por una posición intermedia, la institucionalización de una Subcomisión –en el marco de la Comisión de Derechos Humanos– para tratar las cuestiones de mujeres. Aunque esta última, como hemos señalado, es la opción tomada en un principio, los dilatados compromisos adquiridos por la subcomisión en su sesión inaugural, conducen a su presidenta –Bodil Begtrup– a rescatar la malograda propuesta de Lutz, demandando al Consejo Económico y Social su transformación en comisión. Sobre la institucionalización y la labor desarrollada por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, véase, entre otros: GALEY, M. E. (1994), «The United Nations and Women's Issues», en BEXCKMAN, P. R.; D'AMICO, F. (eds.), *Women, Gender and World Politics. Perspectives, Politics and Prospects*, London, Bergin and Garvey, págs. 131/140; GALEY, M. E. (1995), «Women find a Place», en WINSLOW, A. (ed.), *Women, Politics, and the United Nations*. Westport, Greenwood Press, págs. 11/27; REANDA, L. (1995), «The Commission on the Status of Woman», en ALSTON, Ph. (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford, Clarendon Press; STIENSTRA, D., *Op. Cit.* págs. 75 a 86.

¹⁶ Adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su trigésimo cuarta sesión, entró en vigor el 23 de mayo de 1953.

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957, entró en vigor el 11 de agosto de 1958.

materia de empleo y ocupación de 1958»¹⁸, la «Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960»¹⁹ y la «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios de 1962»²⁰, la actuación de la Comisión prioriza la aprobación de una Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer entra en vigor el 7 de julio de 1954, deseando –como se afirma en el texto– «poner en práctica el principio de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, enunciado en la Carta de las Naciones Unidas». Con este objetivo general, la convención proclama el derecho de la mujer a ejercer –sin discriminación alguna– el sufragio activo, a ser elegible para todos los organismos establecidos por las legislaciones nacionales y a «ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas» instituidas y definidas también por aquellas legislaciones²¹. Para entender el significado de esta Convención, basta recordar que en el momento de institucionalización de las Naciones Unidas, sólo 28 de los 51 miembros originarios reconocían el derecho de las mujeres al sufragio activo²² y 27 al sufragio pasivo, permitiéndoles ocupar cargos públicos²³. La prioridad dada por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer a esos derechos políticos se asentó en el convencimiento de que, sin ellos, poco más podría hacerse.

La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, como ha afirmado Fraser, es el resultado directo de la actuación de las *sufragistas*²⁴.

¹⁸ Adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su cuadragésimo segunda reunión, entró en vigor el 15 de junio de 1960.

¹⁹ Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), entró en vigor el 22 de mayo de 1962.

²⁰ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 1863 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962, entró en vigor el 9 de diciembre de 1964.

²¹ *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, preámbulo y arts. I, II y III.

²² Sufragio activo que para australianas, belgas, bolivianas, canadienses, chilenas, ecuatorianas, panameñas, británicas y sudafricanas es aún un derecho restringido. Por otro lado, incluso nueve de esos veintiocho países –Arabia Saudita, Egipto, Etiopía, Honduras, Irán, Irak, Nicaragua, Paraguay y Perú– aún no reconocía el sufragio femenino en el momento de entrar en vigor la convención. En el caso particular de Arabia Saudita, sigue sin hacerlo (ver ANEXO I).

²³ Nueve de esos países –Australia, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chile, Ecuador, Panamá, Reino Unido y Sudáfrica– mantenían un derecho restringido al sufragio pasivo y, entre los Estados que no lo habían reconocido cuando la convención entra en vigor, Arabia Saudita –una vez más– sigue sin hacerlo (ver ANEXO II).

²⁴ FRASER, A. S. (1999), «Becoming Human: the origins and development of women's human rights», en *Human Rights Quarterly* vol. 21, n° 4, pág. 889.

Iniciada a mediados del siglo XIX, aunque bien pueden situarse sus antecedentes en el período de la Revolución Francesa y sus declaraciones a favor de la igualdad de todos los ciudadanos, esa actuación se identifica comúnmente con la primera etapa del feminismo, entendido este último como un movimiento social organizado que busca mejorar la situación de la mujer. Una identificación que, a nuestro juicio, se justifica en el hecho de que el sufragismo abarcó un conjunto de organizaciones que, más allá de reclamar el derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas, reivindicaban también la igualdad entre los sexos en todos los ámbitos del comportamiento humano, si bien desde un punto de vista estratégico hicieron de la consecución del voto y el acceso a los poderes públicos el primer paso en el logro de la transformación del resto de las normas e instituciones sociales.

4. La década para la mujer: un giro en la labor de las Naciones Unidas

La labor de las Naciones Unidas a favor de las mujeres entra en una nueva fase cuando la Asamblea General proclama 1975 como el Año Internacional de la Mujer y el decenio siguiente como la Década de las Naciones Unidas para la Mujer. En el transcurso de esta década se celebrarán las tres primeras conferencias mundiales sobre la mujer –la conferencia de México de 1975, la conferencia de Copenhague de 1980 y la conferencia de Nairobi de 1985–, en las que se analiza su situación y se adoptan planes específicos de acción con los que dar respuesta a sus necesidades e intereses. En paralelo al proceso de preparación y celebración del Año Internacional de la Mujer y de la conferencia de México, se elabora la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuya adopción en 1979 pondrá fin a los más de treinta años de esfuerzos de las Naciones Unidas para incorporar la igualdad entre hombres y mujeres a las normas internacionales. Cuatro son, a nuestro juicio, las características que imprimen novedad y fuerza a esta convención. Por un lado, la ruptura del silencio del que había sido objeto la discriminación contra la mujer en los documentos aprobados previamente y, por otro, la discutida imposición a los signatarios de un conjunto de obligaciones²⁵; entre ellas, la adopción de «todas las medi-

²⁵ Nos referimos a una «discutida imposición» en el sentido apuntado, entre otros, por CHARLESWORTH, CHINKIN y WRIGHT. Para estas autoras, la convención –a la que califican de «ambiguo regalo»– genera incertidumbre al obligar, por un lado, a los Estados signatarios a tomar todas las medidas apropiadas para hacerla realidad y, por otro, no establecer penalizaciones para aquellos que no lo hagan. CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, Ch.; WRIGHT, S. (1991), «Feminist Approaches to International Law», en *American Journal of International Law* vol. 85, n° 4 (october), pág. 634.

das apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país»²⁶. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer anticipa la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos proclamada en la Declaración y el Programa de Acción de Viena²⁷, y promueve la disolución de la brecha que separa la esfera pública de la privada²⁸, este último uno de los objetivos centrales, como es bien sabido, del feminismo²⁹. Se abre, de este modo, un nuevo período en la historia de las Naciones Unidas y, por extensión de la sociedad internacional, en el que las necesidades e intereses de las mujeres se convierten en el eje de su actuación.

Convocadas bajo un lema común, «Igualdad, Desarrollo y Paz»³⁰, las conferencias mundiales acontecen en un contexto difícil para las muje-

²⁶ En particular, los Estados Parte se comprometen, por un lado, a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, «el derecho a: a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país», y, por otro, a garantizarles también, en las mismas condiciones, «la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales». *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, arts. 7 y 8.

²⁷ En tal sentido, la Convención define «discriminación contra la mujer» como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las *esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*». *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, art. 1 (el énfasis es nuestro).

²⁸ Así, por ejemplo, en virtud del artículo 5, párrafo (b) de la convención, los Estados Parte se comprometen a tomar las medidas apropiadas para «garantizar que la educación familiar incluya la comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos».

²⁹ El 6 de octubre de 1999, la Asamblea General adopta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Resolución A/54/ 4, de la Asamblea General, de 6 de octubre de 1999.

³⁰ Mientras la *igualdad* se define como «un objetivo y un medio por el cual los individuos se benefician de un mismo trato en el marco de la ley y de las mismas oportunidades para gozar sus derechos y desarrollar sus talentos y habilidades de manera que puedan participar en el desarrollo político, económico, social y cultural, tanto como beneficiarios que como agentes activos», el *desarrollo* se entiende como «desarrollo total, incluyendo desarrollo político, económico, social, cultural y en otras dimensiones de la vida humana, así como también desarrollo de los recursos económicos

res. Por un lado, su participación en todos los sectores del mercado de trabajo sigue siendo mucho menor que la de los hombres y, aunque muchos países han incorporado a sus legislaciones la normativa referente a la igualdad de remuneración por un trabajo de valor idéntico, siguen percibiendo salarios más bajos que aquellos. Por otro, mientras las crisis económicas de las décadas de los 70 y los 80 generan más desempleo femenino que masculino, la tecnificación de la agricultura –ámbito ocupacional con fuerte presencia de mujeres– acrecienta el primero de ellos. En estrecha relación con esta realidad laboral y sin menoscabar el incremento de las tasas femeninas de alfabetización, las mujeres representan dos tercios de la población analfabeta del mundo y casi la mitad de esa población si tenemos en cuenta únicamente una parte de ese mundo, el Sur. Esta inferior situación de la mujer del Sur es extensible a los indicadores apuntados anteriormente, así como a la tasa de fertilidad o a la permanencia de una división del trabajo doméstico en la que ella es la responsable principal.

En relación al tema que nos ocupa, la mayor parte de las legislaciones nacionales reconocen el derecho de las mujeres a votar y a ocupar cargos públicos cuando se inicia la conferencia de México, aunque en la práctica sólo un pequeño porcentaje había disfrutado hasta entonces de ese último derecho. En tal sentido, mientras únicamente Isabel Perón seguía ostentando el cargo de presidenta de un país en 1975, cargo ejercido con anterioridad sólo por Sükhbaataryn Yanjmaa (Mongolia, 1953/1954), Sirimavo Bandaranaike, Indira Gandhi y Golda Meir habían sido –y alguna continuaba siéndolo– primeras ministras de Sri Lanka (1960/1965), India (1966/1977) e Israel (1969/1974) respectivamente. En 1975, Sirimavo Bandaranaike encabezaba además el ministerio de asuntos exteriores de Sri Lanka por segunda vez en la historia –cartera previamente ocupada también por una mujer en Rumania (Ana Pauker, 1947/1953), Israel (Golda Meir, 1956/1964) y la India (Indira Gandhi, 1967/1969)– después de haber sido ministra de defensa durante los años 1960 a 1965, cargo que, a diferencia del anterior, ninguna mujer en el mundo había

materiales y crecimiento físico, moral, intelectual y cultural del ser humano». Dentro de esas otras dimensiones de la vida humana se incorpora la dimensión moral del desarrollo con el fin de «asegurar que sea justo y corresponda a las necesidades y a los derechos del individuo» y «que la ciencia y la tecnología sean aplicadas en un marco socio-económico que garantice la seguridad de todas las formas de vida en nuestro planeta». Finalmente, su concepción de la paz incluye no sólo «la ausencia de guerra, violencia y hostilidades en el nivel nacional e internacional», sino también «gozar de la justicia económica y social, de la igualdad y de toda la gama de derechos humanos y libertades fundamentales dentro de la sociedad». UNITED NATIONS (1986), *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*. New York, United Nations, párrafos 11, 12 y 13.

ejercido con anterioridad ni lo volverá a ejercer hasta que Indira Gandhi sea elegida ministra de defensa de la India en 1975.

Esta escasa presencia de mujeres en el nivel ministerial más alto, reiterada en el ámbito económico³¹, no se reproduce, sin embargo, en las tradicionalmente consideradas «áreas femeninas» de la política; es decir, en la salud, la educación o la cultura. De ello, no sólo se desprende que la política exterior, la política de defensa y la política económica son sectores reservados fundamentalmente a los hombres sino también que son ellos, por extensión, la cara pública de un Estado cuya cara privada tiene más posibilidades de ser la de una mujer. Esos hombres, para concluir, han ocupado también las jerarquías más altas de la vida parlamentaria nacional. En particular, son ocho Estados –Austria (1927), Dinamarca (1950), Hungría (1963), Uruguay (1963), República Federal de Alemania (1972), Canadá (1972), Argentina (1973) e Islandia (1974)– los que habían elegido a una mujer como presidenta de alguna de sus cámaras en el momento de apertura de la conferencia de México, cuerpos colegisladores que, sin menoscabar el significativo crecimiento que desde la Segunda Guerra Mundial habían experimentado –en términos globales– con relación al número de diputadas (3.0% en 1945 a 10.9% en 1975) y senadoras (2.2% en 1945 a 10.5% en 1975), seguían contando con una insuficiente presencia femenina.

Ante esta situación no extraña que una de las preocupaciones y objetivos centrales de la Década de las Naciones Unidas para las Mujeres sea garantizar su participación en la vida pública. Así se recoge en las metas fijadas por el Plan de Acción Mundial para llevar a cabo los objetivos del Año Internacional de la Mujer, aprobado en México; en el Programa de Acción para la Segunda Mitad de la Década de las Naciones Unidas para las Mujeres, adoptado en Copenhague; y en las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el Futuro para el Adelanto de la Mujer, si bien existen importantes diferencias entre este último documento y los que le preceden. En tal sentido, mientras los textos resultantes de las conferencias de México y Copenhague se limitan a avanzar el principio de representación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones, las Estrategias de Nairobi, más allá de subrayar la necesidad de este tipo de representación, demandan también que las mujeres «desempeñen una función central en la formulación de políticas y la adopción de decisiones, como intelectual y planificadora, como agente del desarrollo y beneficiaria de este». Esta

³¹ Hasta 1975, junto a Indira Gandhi (1960/1970) y Sirimavo Bandaranaike (1970/1977) habían alcanzado la condición de ministras de economía: Vavara Nikolaevna Iakovleva (URSS, 1929/1936), Polina Semenovna Zemcuzina (URSS, 1930/1940), Rozaliia Samoilovna Zemiliachka (URSS, 1939/1943), Karin kock Lindberg (Suecia, 1947/1949) y Margit Eskman (Finlandia (1971/1972).

demanda se acompaña de un compromiso: la obligación de los Estados suscriptores del documento, así como de las Naciones Unidas, de tomar en cuenta la citada función en sus políticas³².

Se define, así, una nueva interpretación del papel de la mujer en la sociedad, concretándose, a nuestro juicio, dos pasos trascendentales en el ámbito objeto de este trabajo. Por un lado, el reconocimiento de la mujer como sujeto –y no mero objeto– del proceso de toma de decisiones y, por otro, la ruptura con la idea de que su participación en la gestión de los asuntos humanos y, por ende, en la adopción de esas decisiones es únicamente un derecho legítimo y una mera cuestión numérica, entendiéndose también –y fundamentalmente– como una necesidad social y política que tendrá que incorporarse a todas las instituciones sociales. En tal sentido, cobra especial significado el párrafo 16 de las Estrategias de Nairobi, donde –superándose los ya referidos documentos emanados de las conferencias de México y Copenhague–, se incide en la importancia de incorporar la *perspectiva de las mujeres* a las metas de la década. En aras del enriquecimiento y del progreso de la humanidad, como se señala en el citado párrafo, «convendría introducir y difundir en la estructura social el concepto que la mujer tiene de la igualdad, sus preferencias ante las distintas estrategias de desarrollo y su enfoque de la paz según sus propias aspiraciones, intereses y condiciones»³³.

En el momento de aprobación de las Estrategias de Nairobi, la participación de la mujer en el poder público había experimentado una notable mejora en relación con el comienzo de la década. En tal sentido, trece mujeres habían adquirido la condición de presidentas o primeras ministras de sus países³⁴, siendo nueve las que habían ocupado el cargo de ministras de asuntos exteriores³⁵. A diferencia, no obstante, de este

³² UNITED NATIONS, *Op. Cit.* párrafo 15.

³³ *Ibidem*, párrafo 16.

³⁴ Nos referimos a Elisabeth Domitien, primera ministra de la República Centroafricana (1975/1976); Margaret Thatcher, primera ministra de Gran Bretaña (1979/1990); Maria da Lourdes Pintasilgo, primera ministra de Portugal (1979/1980); Lidia Gueiler Tejada, presidenta de Bolivia (1979/1980); Dame Eugenia Charles, primera ministra de Dominica (1980/1995); Vigdís Finnbogadóttir, presidenta de Islandia (1980/1996); Gro Harlem Brundtland, primera ministra de Noruega (1981, 1986/1989, 1990/1996); Soong Ching-Ling, presidenta honoraria de la República Popular China (1981); Milka Planinc, primera ministra del gobierno federal yugoslavo (1982/1986); Agatha Barbara, presidenta de Malta (1982/1987); Maria Liberia-Peters, primera ministra de las Antillas Holandesas (1984/1986, 1988/1993), así como a Sirimavo Bandaranaike e Indira Gandhi, quienes vuelven a ser primeras ministras de Sri Lanka (1970/1977) y la India (1980/1987) respectivamente.

³⁵ Indira Gandhi (India, 1984), Nguên Thin-Binh (Vietnam, 1969/1976), Elizabeth Rukidi Nyabongo of Tooro (Uganda, 1974), Karin Söder (Suecia, 1976/1978), Maria do Nascimento Graça Amorin (Santo Tomé y Príncipe, 1978/1985), Flora MacDonald

significativo crecimiento del número de ministras de asuntos exteriores, sólo tres mujeres –Sirimavo Bandaranaike (1970/1977), Indira Gandhi (1975/1977) y Dame Eugenia Charles (1985/1990)– encabezaban los ministerios de defensa de Sri Lanka, India y Dominica respectivamente. Asimismo, durante el periodo considerado –y por primera vez en su historia parlamentaria– se produce la elección de una mujer como presidenta de alguna de las cámaras de Suiza (1977), Bolivia (1979), Italia (1979), Dominica (1980), Santo Tomé y Príncipe (1980), San Marino (1981), Irlanda (1982), Belice (1984) y Jamaica (1984), cuerpos colegisladores que –en términos globales– conocieron también un ligero incremento del número de diputadas (de un 10.9 a un 12.0%) y senadoras (de un 10.5 a un 12.7%) entre 1975 y 1985.

5. La Conferencia Mundial de Beijing: de la mujer al género

La cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada –como es bien sabido– en Beijing, es convocada con el objeto de renovar los compromisos y las metas establecidas en las Estrategias de Nairobi diez años después de su aprobación. Dos son, a nuestro juicio, los factores fundamentales que determinan la citada convocatoria. Por un lado, la constatación de una abrumadora persistencia de discriminación contra la mujer en el mundo entero y, por otro, un incremento, también global, de violaciones de sus derechos humanos³⁶. La conferencia aprueba por unanimidad la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, en la que se establecen un conjunto de mecanismos institucionales y financieros con los que dar respuesta a doce áreas de especial preocupación: mujer y pobreza, educación y capacitación de la mujer, mujer y salud, violencia contra la mujer, mujer y conflictos armados, mujer y economía, mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer, derechos humanos de la mujer, mujer y medios de comunicación, mujer y medio ambiente, niñas y participación de la mujer en el poder y la toma de decisiones.

(Canadá, 1979/1980), Gloria Amon Nikoi (Ghana, 1979), Colette Flesh (Luxemburgo, 1980/1984) y Gaositwe Kogakwa Tibe Chiepe (Botswana, 1984/1994).

³⁶ Más allá de la renovación de esos compromisos y metas, la Conferencia de Beijing consolida las obligaciones adquiridas durante la década para las mujeres y en algunas de las conferencias mundiales celebradas en el decenio de los 90. En relación con estas últimas, se reafirma la ampliación del concepto de derechos humanos materializada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1992, y reducible al eslogan «los derechos de la mujer son derechos humanos», así como la definición de los derechos relativos a la reproducción (abarcando el derecho de la mujer a ser madre o no), establecida en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, habida en El Cairo en 1994.

En relación con esta última área, dos décadas después de la celebración de la primera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, la imagen estadística de su participación en los niveles más altos de la toma de decisiones continua siendo desoladora. En 1995, sólo el 10% de los miembros del poder legislativo son mujeres, año en el que Etiopía (Weizero Almaz Meko), Letonia (Siema Ilga Kretuse) y Perú (Martha Chavez Cosso de Ocampo) eligen –por primera vez en su historia política– a una mujer como presidenta de una de sus cámaras. En estas últimas, el número de diputadas había descendido un 0.4% desde 1985, mientras el de senadoras lo había hecho un 3.3%. Tres mujeres, por otro lado, ejercen entonces el cargo de presidentas de sus respectivos países; concretamente, Vigdis Finnbogadottir (Islandia), Mary Robinson (Irlanda) y Violeta Chamorro (Nicaragua), y siete disfrutaban de la condición de primeras ministras: Khaleda Zia Rahman (Bangladesh), Elisabeth Domitien (República Centro Africana), Claudette Werleigh (Haiti), Gro Harlem Brundtland (Noruega), Benazir Bhutto (pakistán), Chandrika Bandaranaike Kumaratunga (Sri Lanka) y Tansu Ciller (Turquía). Asimismo, ha de subrayarse que entre 1987 y 1996 se duplica el número de ministras en el mundo, pasando de un 3.4% a un 6.8%. Con referencia a las carteras donde la mujer, como hemos señalado más arriba, es menos visible, 1995 es un año en el que ejercen como ministras de asuntos exteriores diez mujeres, mientras cinco ocupan el cargo de ministras de defensa y diecisiete de ministras relacionadas con el área económica³⁷.

Ante esta realidad y reiterando, en cierta medida, la filosofía subyacente en el documento final de la conferencia de Nairobi, la Plataforma de Beijing afirma que «la participación igualitaria de las mujeres en la toma de decisiones no es sólo una exigencia básica de justicia y democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que los

³⁷ Son entonces ministras de asuntos exteriores: Roza Isakovna Otunbaeva (Kirguistán), Danielle Jorre de St. Jorre (Seichelle), Claudette Werleigh (Haiti), Andrea Willi (Liechtenstein), Lena Hjelm (Suecia), Kadiatou Sow (Malí), Dorothy Musuleng-Cooper (Liberia), Marithza Ruiz Sánchez de Vielman (Guatemala), Tarja Jalonen (Finlandia) y Susanna Agnelli (Italia). Por su parte, ejercen el cargo de ministras de defensa: Violeta Barrios de Chamorro (Nicaragua), Elisabeth Rehn (Finlandia), Khaleda Zia (Bangladesh), Chandrika Bandaranaike Kumaratunga (Sri Lanka), Anneli Karijina Taina (Finlandia). Las mujeres que ocupan ministerios relacionados con el área económica son, en último término, Ashi Sonam Codeen Wangchuk (Bután), Yun Gi-jong (Corea del norte), Benazir Bhutto (Pakistán), Sandra Sumang Pierantozzi (Palau), Danielle Jorre de St. Jorre (Seichelle), Amina Salim Ali (Zanzíbar), Amalie Ward (Liberia), Marianne Bruus Lelved (Dinamarca), Onur Boman (Chipre), Chandrika Bandaranaike Kumaratunga (Sri Lanka), Hristina Vucheva (Bulgaria), Ana Ordoñez de Molina (Guatemala), Susagna Arasanz Serra (Andorra), Alina Mangodjo (Chad), Ana Luisa Armijos (Ecuador), Indra Salmite (Letonia) y Liina Tönnison (Estonia).

intereses de las mujeres se tengan en cuenta», apostillando además que «sin la participación activa de las mujeres y la incorporación de sus puntos de vista a todos los niveles del proceso de toma de decisiones, no se podrán conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz»³⁸. Se hacía preciso, por lo tanto, arbitrar los mecanismos y los medios que no sólo permitiesen a la mujer participar en ese proceso de toma de decisiones en pie de igualdad con el hombre, sino que posibilitasen también la expresión de sus prioridades y valores, así como el fortalecimiento de su papel en la sociedad. Con esta meta, la Plataforma de Acción de Beijing -yendo aquí más allá de los objetivos estratégicos establecidos en Nairobi- aboga porque sus signatarios integren una *perspectiva de género* en todas sus instituciones, políticas y procesos de planificación y adopción de decisiones, asignando recursos específicos para ello³⁹.

La aprobación de este documento implica un nuevo giro, también de especial transcendencia, en la labor de las Naciones Unidas a favor de las mujeres, al dirigirse hacia una reestructuración de las instituciones y la adopción de decisiones en el conjunto de la sociedad internacional. En tal sentido, respaldando la Plataforma de Acción de Beijing, la Asamblea General exhorta a todos los Estados, las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, así como a las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, a que adopten medidas para aplicar sus recomendaciones⁴⁰. Con relación al tema que nos ocupa, estas recomendaciones giran en torno a dos objetivos estratégicos. Por un lado, asegurar la igualdad de acceso y la plena participación de la mujer en las estructuras de poder y en la toma de decisiones y, por otro, incrementar las posibilidades de esa plena participación y, en particular, su incorporación en los niveles directivos.

³⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (1995), *Platform for Action and the Beijing Declaration*. New York, United Nations Department of Public Information, párrafo 181.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 38. De este modo, Naciones Unidas incorpora el género a su discurso, un concepto que nos acerca a la construcción social de la identidad sexual. Ello implica, por un lado, aceptar que las diferencias entre hombres y mujeres no son naturales o determinadas por sus rasgos biológicos, sino fruto del proceso de socialización, y, por otro, que lo que significa ser hombre y mujer varía en función del tiempo y el lugar. Con esta incorporación, la atención de Naciones Unidas deja de centrarse únicamente en la mujer, para hacerlo en ella y el hombre, así como en las relaciones entre ambos. Sobre el concepto de género, véanse nuestros trabajos citados más arriba.

⁴⁰ Tras la celebración de la Conferencia de Beijing, el sistema de Naciones Unidas reconfirma su compromiso con la implementación de la Plataforma de Acción. En tal sentido, véase: UNITED NATIONS (1997), *Mainstreaming the Gender Perspectives into all Policies and Programmes in the United Nations System*. UN Document A/53/376 (september).

Entre las recomendaciones propuestas para la consecución del primero de esos fines, se insta a los gobiernos a «comprometerse a establecer como objetivo el equilibrio entre mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales, así como en la administración pública y en la judicatura...» y a «adoptar medidas, incluso en los sistemas electorales, cuando proceda, que alienten a los partidos políticos a incorporar mujeres en los puestos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en las mismas categorías que los hombres»⁴¹. Asimismo, los gobiernos deberán procurar el equilibrio entre ambos sexos en las listas de las candidaturas nacionales propuestas para la elección o nombramiento de los puestos de los órganos, organismos especializados y otras organizaciones autónomas del sistema de las Naciones Unidas, especialmente para los de categoría superior, del mismo modo que la organización deberá desarrollar mecanismos que favorezcan la candidatura de mujeres en los nombramientos a esos puestos superiores⁴². La consecución, en último término, del segundo de los objetivos estratégicos señalados conduce a la Plataforma de Acción a recomendar que se proporcione «formación en liderazgo y autoestima para las mujeres y las niñas» y, entre otras cuestiones, que se desarrollen mecanismos y se proporcione formación para que las mujeres participen en los procesos electorales, las actividades políticas y otros ámbitos de dirección⁴³.

6. A modo de conclusión

La necesidad de incrementar la participación de la mujer en el poder público, como ponen de manifiesto las páginas que preceden, forma parte de la agenda de las Naciones Unidas desde su institucionalización, estando presente en todas y cada una de las actuaciones desarrolladas por la organización a favor de la mujer. Unas actuaciones que, como hemos visto también, parten del reconocimiento del derecho de la mujer al sufragio activo y pasivo para centrarse en los últimos años en el logro de su *empoderamiento*, tal como se establece en la Plataforma de Acción de Beijing. Este empoderamiento, como afirman Peterson y Runyan, incorpora al discurso feminista un nuevo concepto de poder, el «poder para» o el «poder de capacitación», una alternativa a la interpretación clásica, en la que el poder se define como la habilidad de que alguien consiga que otro haga algo que de otra manera no hubiera logrado y que aquel

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 190.

⁴² *Ibidem*, párrafos 190 y 193.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 195.

discurso define como un atributo masculino⁴⁴. Se trata, por lo tanto, de empoderar a la mujer, de capacitarla, para que participe en su adelanto y controle su futuro.

Desde esa nueva propuesta, la exigencia de una mayor representación de la mujer en el poder político deja de tener como objetivo la consecución de esa «igualdad numérica» a la que hemos hecho referencia más arriba, entendiéndose como el requisito imprescindible para incorporar sus intereses, necesidades y valores en el proceso de toma de decisiones. En tal sentido, el camino por recorrer, como se evidencia en el tiempo transcurrido desde la celebración de la conferencia de Beijing, es largo y frágil, requiriéndose –como afirma la letra de la plataforma– «el empeño decidido de los gobiernos, las organizaciones internacionales y las instituciones a todos los niveles» y «el establecimiento o el fortalecimiento de mecanismos a todos los niveles para el proceso de rendición de cuentas a las mujeres del mundo»⁴⁵. ■

⁴⁴ PETERSON, V. S.; RUNYAN, A. S. (1999), *Global Gender Issues*. Boulder, Westview Press, pág. 99.

⁴⁵ UNITED NATIONS, *Mainstreaming the Gender...* Cit. párrafo 5.

ANEXO I. Derecho al sufragio activo

País	Año (restringido)	Año
Arabia Saudita		
Argentina		1947
Australia	1902	1962
Bélgica	1919	1948
Bielorrusia		1919
Bolivia	1938	1952
Brasil		1934
Canadá	1917	1950
Colombia		1954
Costa Rica		1949
Cuba		1934
Checoslovaquia		1920
Chile	1931	1949
China		1949
Dinamarca		1915
Ecuador	1929	1967
Egipto		1956
El Salvador		1939
Estados Unidos		1920
Etiopía		1955
Federación Rusa		1918
Filipinas		1937
Francia		1944
Grecia		1952
Guatemala		1946
Haití		1950

País	Año (restringido)	Año
Honduras		1955
India		1950
Irán		1963
Irak		1980
Libano		1952
Liberia		1946
Luxemburgo		1919
México		1947
Nicaragua		1955
Noruega		1913
Nueva Zelanda		1893
Países Bajos		1919
Panamá	1941	1946
Paraguay		1961
Perú		1955
Polonia		1918
Reino Unido	1918	1928
Rep. Árabe Siria	1949	1953
República Dominicana		1942
Sudáfrica	1930	1994
Turquía		1930
Ucrania		1919
Uruguay		1932
Venezuela		1946
Yugoslavia		1946

ANEXO II. Derecho al sufragio pasivo

País	Año (restringido)	Año
Arabia Saudita		
Argentina		1947
Australia	1902	1962
Bélgica	1921	1948
Bielorrusia		1919
Bolivia	1938	1952
Brasil		1934
Canadá	1920	1960
Colombia		1954
Costa Rica		1949
Cuba		1934
Checoslovaquia		1920
Chile	1931	1949
China		1949
Dinamarca		1915
Ecuador	1929	1967
Egipto		1956
El Salvador		1961
Estados Unidos		1788
Etiopía		1955
Federación Rusa		1918
Filipinas		1937
Francia		1944
Grecia		1952
Guatemala		1946
Haití		1950

País	Año (restringido)	Año
Honduras		1955
India		1950
Irán		1963
Irak		1980
Líbano		1952
Liberia		1946
Luxemburgo		1919
México		1953
Nicaragua		1955
Noruega	1907	1913
Nueva Zelanda		1919
Países Bajos		1917
Panamá	1941	1946
Paraguay		1961
Perú		1955
Polonia		1918
Reino Unido	1918	1928
Rep. Árabe Siria		1953
República Dominicana		1942
Sudáfrica	1930	1994
Turquía		1934
Ucrania		1919
Uruguay		1932
Venezuela		1946
Yugoslavia		1946

OS DECRETOS DE NECESIDADE E URXENCIA NA ARXENTINA

Miguel Ángel Díaz

Bolseiro de investigación
Universidade de Vigo

I. Introducción xeral

1.1. Definición e caracteres. ¿Que é un decreto de necesidade e urxencia?

A doutrina aceptou xeralmente a existencia de catro tipos de regulamento: de execución da lei, autónomos, delegados e de necesidade e urxencia.

Os regulamentos de necesidade e urxencia son os que dicta un poder executivo *de jure* sen que medie autorización ou habilitación legislativa para regular materias que deben selo por lei en sentido formal.

Tecnicamente é un acto de alcance xeral dictado polo poder executivo con carácter excepcional, en exercicio dunha competencia organicamente atribuída ó poder legislativo, con características que o diferencian da actividade regulamentaria ordinaria:

a) Só poden emanar do poder executivo *stricto sensu*, e non dos seus órganos dependentes ou autárquicos (así o resolveu a Sala III da Cámara Nacional de Apelacións no contencioso administrativo federal o 5 de xullo de 1985 cando declarou a inconstitucionalidade da Comunicación A-652 do Banco Central da República Arxentina, que suspendeu por 120

días a devolución dos depósitos en moeda estranxeira), premisa avalada polo propio texto do inciso 3º do artigo 99 da Constitución arxentina reformada, que esixe o seu dictado en acordo xeral de ministros e o seu referendo xuntamente co do xefe de Gabinete de Ministros (véxase tamén o inciso 13 do artigo 100 da dita constitución);

b) O seu contido é de substancia lexislativa en sentido formal: trátase dunha norma «con corpo de regulamento e alma de lei».

c) Subverte o principio do paralelismo das normas (un decreto de necesidade e urxencia pode derogar ou modificar unha lei emanada da lexislatura e viceversa);

d) En consecuencia, non resulta aplicable respecto deles o principio de inderrogabilidade singular do regulamento, senón o de que a lei posterior derroga á anterior;

e) Trátase de «normas sorprendidas» para o Parlamento, a diferenza dos regulamentos delegados, que son «normas provocadas», queridas *a priori* pola lexislatura;

f) Suspenden ou excepcionan a «reserva de lei», que non é o que pode facer o poder lexislativo, senón o que non pode face-lo poder executivo;

g) O seu dictado non require a previa intervención dos órganos de control da Administración, xa que se encontra sometido a un control lexislativo *a posteriori*, ó dicir de Garrido Falla;

h) Como consecuencia do sometemento ó control lexislativo, entendemos que non lles son aplicables as leis e regulamentos de procedemento administrativo;

i) Están sometidos, contrariamente ó que ocorre cos demais regulamentos, a un dobre control: o do poder lexislativo, xa mencionado, e o do poder xudicial (aínda que limitado, dado que este non pode examinala conveniencia, acerto ou eficacia da medida, como se verá máis adiante);

j) Por expresa disposición da Constitución, non poden versar sobre cuestións penais, tributarias, electorais ou pertencentes ó réxime dos partidos políticos.

1.2. A lexislación comparada

Os decretos de necesidade e urxencia encóntranse regulados nas constitucións de Italia (art. 77), de España (art. 86), de Dinamarca, de Checoslovaquia, por citar algúns exemplos, e teñen sido caracterizados –e receptados– pola Corte suprema dos EE.UU. Na Arxentina acolléronos as constitucións das provincias de San Juan, de Salta e de Río Negro e, máis recentemente –en outubro de 1996– o Estatuto organizativo da cidade de Bos Aires.

2. Antecedentes históricos: a evolución xurisprudencial e lexislativa

O tema non é novo. Ó pouco tempo de terse sancionado a Constitución nacional o poder executivo dictou o Decreto do 8 de xuño de 1854 polo cal creaba as mensaxeirías nacionais para corre-las postas no servizo de correos, convertido en lei baixo o nº 52. Desde entón os diferentes poderes executivos nacionais de orixe democrática emitiron moito máis de tres centenas de decretos de este tipo, os temas dominantes foron, ata 1976 os político-institucionais, e desde 1983 en adiante os económicos.

2.1. O caso «Peralta» do ano 1990

O 27 de decembro de 1990 a Corte suprema de xustiza da nación arxentina falla o caso «PERALTA, Luis A. e outro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía - B.C.R.A.» (E.D, t. 141, páx. 523; L.L.1991-C, páx. 141), no cal valida o Decreto 36/90 que dispuxo o pagamento de prazos fixos con bonos da débeda pública) e precisa as recadacións que lexitiman e condicionan constitucionalmente ós decretos de necesidade e urxencia:

- a) Que a lexislatura, en definitiva (é dicir, despois do decreto) non adopte decisións diferentes na materia;
- b) Que realmente teña existido unha situación de necesidade e urxencia;
- c) Que as medidas adoptadas sexan útiles para conxura-lo caso de necesidade e urxencia «...cunha eficacia que non parece concibible por medios distintos ós arbitrados» (consid. 24).

De dárense este conxunto de factores, os decretos de necesidade e urxencia non teñen reproche constitucional (consid. 32).

Respecto ó rol del poder xudicial, a Corte advirte que non lle toca meritarse nin a conveniencia nin o acerto da eficacia da medida adoptada a través do decreto en cuestión (consid. 26).

O fallo comentado significou a constitucionalización dos decretos de necesidade e urxencia e consolidou a regra de dereito constitucional consuetudinario preexistente a «Peralta».

O máximo tribunal adoptou unha posición ampla en materia dos decretos en análise, e non lles estableceu toques en función da materia e, en canto ó tempo, estableceu que rexían ata que o poder lexislativo non adoptara previsións en contrario (validación ficta), consagrando –desde o punto de vista do dereito administrativo– unha sorte de inversión da regra do silencio. Así mesmo, e de conformidade coa cualificada e maioritaria doutrina preexistente, a Corte actuou cun criterio sumamente realista, e entendeu que en casos de imposibilidade material e imposibili-

dade racional de cumprimento da Constitución o poder executivo pode e debe actuar en subsidio da lexislatura.

2.2. A reforma constitucional de 1994

A convención reformadora da Constitución nacional de 1994 estableceu como inciso 3º do seu artigo 99, que enumera as atribucións do poder executivo, o seguinte texto:

«Inciso 3: Participa da formación das leis conforme a Constitución, promúlgaa e fai publicar.

O poder executivo non poderá en ningún caso baixo pena de nulidade absoluta e insandable, emitir disposicións de carácter lexislativo.

Só cando circunstancias excepcionais fixeran imposible segui-los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para a sanción das leis, e non se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral ou o réxime dos partidos políticos, poderá dictar decretos por razóns de necesidade e urxencia, os que serán decididos en acordo xeral dos ministros que deberán referendalos xuntamente co xefe de Gabinete de Ministros.

O xefe de Gabinete de Ministros persoalmente e dentro dos dez días someterá a medida a consideración da comisión bicameral permanente, cunha composición que deberá respecta-la proporción das representacións políticas de cada cámara. Esta comisión elevará o seu despacho nun prazo de dez días ó plenario de cada cámara para o seu expreso tratamento, o que de inmediato considerarán as cámaras. Unha lei especial sancionada coa maioría absoluta da totalidade dos membros de cada cámara regulará o trámite e os alcances da intervención do congreso.»

Desta maneira os decretos de necesidade e urxencia, de tan controvertida como real existencia a través da historia xurídica arxentina, alcanzaron a consagración constitucional.

Coa posterioridade á reforma da Constitución nacional, o Estatuto organizativo da cidade de Bos Aires (1996) tamén facultou –no seu artigo 103– ó poder executivo local a dictar decretos por razóns de necesidade e urxencia, en acordo xeral de ministros, que os deberán referendar.

3. Cuestións relativas ós decretos de necesidade e urxencia

3.1. Respecto dos supostos de feito que xustifican o seu dictado

Os supostos que xustifican o seu dictado non son outra cousa que a motivación. Existe un consenso xeneralizado en esixir unha situación de necesidade e urxencia. O concepto repítese na lexislación comparada: razóns de necesidade urxente e extraordinaria (España), dano público irreparable (Austria), urxencia imprevisible (Grecia), etc.

A necesidade implica unha relación causal entre unha emerxencia e os medios para conxurala.

A urxencia vincúlase coa impostergabilidade da decisión, é dicir que a medida debe tomarse agora e non máis adiante.

O Tribunal constitucional de España, con fundamento na doutrina italiana, distingue entre necesidade absoluta e necesidade relativa; esta última tamén habilita o dictado de decretos de necesidade e urxencia cando se requira a sanción de normas vinculadas con obxectivos, que teñan importancia para o goberno nun prazo máis breve que o previsto para a tramitación das leis.

Na Arxentina considerouse que a urxencia en dicta-la norma ou a ineficiencia dela, de existir unha previa e pública deliberación, son circunstancias que poden tamén lexitimar-lo dictado de regulamentos deste tipo. Así ocorreu co Decreto nº 1096/85 –que instrumentou o Plan austral-polo cal se cambiou o signo monetario. Sostívose que nese momento non había urxencia temporal en dictalo, que –en realidade– o plan adiantouse ó previsto porque existía o risco de que transcendera o seu contido antes de ser implementado. A urxencia non consistiu na necesidade de maior rapidez, senón na necesidade de que o plan non fora coñecido antes da súa sanción.

Algún sector da doutrina distingue entre «decretos de necesidade e urxencia» e «decretos de conveniencia», e define estes últimos como aqueles que encobren un caso de mera utilidade ou conveniencia co argumento da doutrina do estado de necesidade ou, dito doutro modo, os que parten dun suposto de necesidade espuria.

O 13 de febreiro de 1995 a Sala II da Cámara Nacional de Apelacións da Seguridade Social –coa sinatura dos drs. Luis Herrero e Emilio Fernández e no que constitúe o primeiro pronunciamento respecto dos decretos de necesidade e urxencia despois da reforma da Constitución nacional– declarou nulo, de nulidade absoluta e insandable o Decreto nº 2302 do 28 de decembro de 1994, que tiña disposto a paralización de tódolos reclamos administrativos e xudiciais iniciados polos xubilados, así como tamén os trámites de execución das sentencias que recoñeceron o dereito daqueles á mobilidade dos seus haberes. Na sentenza sostívose, entre outras razóns, que non había unha situación de emerxencia económica que xustificara que o presidente dictase ese tipo de medida, xa que o Congreso –o 21 de decembro de 1994– sancionou a Lei 24.433, que facultou ó poder executivo a ampliar en máis de mil millóns de pesos (ou dólares) a partida do presuposto nacional para paga-los beneficios previsionais.

Nós permitímonos enuncia-la seguinte regra para determina-la existencia ou non do estado de necesidade: o decreto de substancia legislativa debe aparecer como imprescindible para conxurar unha emerxencia,

obxectivo que non se alcanzaría se se recorrese ó trámite lexislativo formal. Este criterio é tamén o que emana da xurisprudencia do Supremo Tribunal Constitucional de España, que sostivo que «a xustificación do decreto-lei poderá tamén darse naqueles casos en que, por circunstancias ou factores, ou pola súa complexa concorrencia, non poida acudirse á medida lexislativa ordinaria sen facer quebra-la efectividade da acción requirida, ben polo tempo que se vai inverter no procedemento lexislativo ou pola necesidade inmediata da medida» (STC 111/1983, fund. xuríd. 6°).

Por outra parte, xa é común adverti-lo deslizamento do poder de dirección política desde o Parlamento cara ó Goberno; pero esta afirmación non indica soamente a realidade material da vinculación entre o Goberno e as maiorías parlamentarias, que forma entre eles un vínculo subxacente, senón que apunta ás consecuencias de tal deslizamento en relación coas fontes do dereito e a configuración actual do principio de «separación de poderes». Daquel vínculo derivou unha atención pola real actividade do que se dá en chamar Administración, respecto da cal Cascajo e Castro no seu traballo «a tutela constitucional dos dereitos sociais» (Madrid, 1980, páx. 36) afirma que «a Administración xa non pode considerarse simple órgano de execución da lei... Ademais é patente un alto grao de heterodoxia no sistema de fontes de produción normativa. A complexa escena das fontes normativas do actual estado pluralista tórnase inexplicable co esquema binario (lei/regulamento) propio do Estado liberal lexislativo. Hoxe é unha evidencia a progresiva dilatación da forza do acto normativo, que ampliou considerablemente o recinto dos procesos productivos do dereito».

3.2. Respecto da oportunidade do seu dictado

¿Os regulamentos de necesidade e urxencia só poden ser dictados en receso do poder lexislativo ou en calquera momento? As constitucións de Italia e de España non requiren o receso parlamentario. En termos xeirais a xurisprudencia arxentina admitiu que o estado de necesidade ou urxencia faculta ó poder executivo para exorbita-lo marco das súas competencias aínda cando non exista o receso do Congreso. Idéntico temperamento é o adoptado polo artigo 142 da Constitución da provincia de Salta de 1986.

3.3. Publicidade

O modo en que estes decretos deberan ser publicados no Boletín Oficial merece un parágrafo especial. O correcto, conveniente e oportuno sería que tiveran a súa numeración ordinal propia e se situaran no Boletín Oficial baixo o epígrafe «Decretos de necesidade e urxencia». Isto, polos seguintes motivos:

- a) a súa cualificación específica é constitucional e isto debe ter as necesarias consecuencias externas, e unha delas debe ser a súa numeración;
- b) se hai unha numeración especial para as leis, outra para os decretos ordinarios de alcance individual ou xeral (actos administrativos e regulamentos autónomos, de execución ou delegados), outra para as resolucións –o que revela non só a súa procedencia, senón tamén a súa diferente natureza, procedemento, causa e efectos– tamén debe haber unha numeración especial para os decretos de necesidade e urxencia, en canto son substancialmente distintos;
- c) este tipo de decretos non constitúe un decreto ordinario máis; estes decretos son, polos seus efectos, unha lei, valen como lei, teñen valor e forza de lei (levan implícito unha plusvalía)
- b) facilitaríase a súa individualización, determinación e control.

A Constitución arxentina reformada establece que o xefe de Gabinete de Ministros persoalmente e dentro dos dez días someterá o decreto a consideración dunha comisión bicameral permanente cunha composición que deberá respectar a proporción das representacións políticas de cada cámara. Esta comisión elevará un despacho nun prazo de dez días ó plenario de cada cámara para o seu inmediato tratamento. O artigo 103 do Estatuto organizativo da cidade de Bos Aires tamén esixe a súa remisión á lexislatura para a súa ratificación dentro dos dez días do seu dictado, baixo pena de nulidade.

3.4. O control lexislativo

O decreto de necesidade e urxencia encóntrase sometido a un control lexislativo de oficio e *a posteriori*, do que poderá resultar a súa subsistencia, a súa derogación ou a súa modificación.

3.4.1. A lexislación complementaria da cláusula constitucional

A Convención nacional constituínte de 1994 non avanzou sobre o trámite e os alcances da intervención do Congreso e nada di sobre as consecuencias da falta de produción do despacho por parte da comisión bicameral en debido tempo nin da omisión do pronunciamento das cámaras, establecendo soamente que unha lei especial sancionada coa maioría absoluta da totalidade dos membros de cada cámara regulará estes aspectos.

A lei especial sancionada coa maioría absoluta da totalidade dos membros de cada cámara que regulará o trámite e os alcances da intervención do Congreso –á que se refire o último parágrafo do inciso 3° do artigo 99– deberá, entón, abordar certas cuestións tales como o medio a través do cal se debe pronunciar o poder lexislativo, os efectos do silen-

cio da comisión bicameral ou da lexislatura e os efectos do pronunciamento do Congreso sobre o decreto.

3.4.2. *Algunhas cuestións que hai que considerar*

a) Respecto do despacho de comisión, a Convención estatuínte da cidade de Bos Aires estableceu un prazo de vinte días a partir do envío do decreto polo poder executivo, vencido o cal o tratamento do decreto debe incorporarse á orde do día inmediato seguinte para a súa consideración pola lexislatura (art. 91). Parece un criterio razoable que podería adoptarse na lei especial a sancionarse polo Congreso nacional.

b) Unha das primeiras cuestións que se presentaron historicamente é se a ratificación expresa constitúe un requisito inescusable para a validez dos decretos que comentamos.

Parte da doutrina sostén que o silencio do poder lexislativo equivale a unha aprobación virtual do decreto de necesidade e urxencia (Marienhoff). Un antigo veredicto da Corte suprema do 16/04/1872, que leva a sinatura de Salvador María del Carril, José B. Gorostiaga, Francisco Delgado, José Barros Pazos e Marcelino Ugarte, na causa «Crisólogo Andrade s/ rebelión» (fallos 11-416), parece xustificar xa esta tese: ante unha amnistía disposta polo interventor federal na Rioxa con fins de pacificar a provincia, o tribunal considerouna válida na medida en que non fora anulada polo Congreso.

É tamén a doutrina do caso «Peralta».

O artigo 91 do estatuto organizativo da cidade de Bos Aires require a súa ratificación ou rexeitamento dentro dos trinta días da súa remisión por parte do poder executivo e establece a perda de vixencia dos decretos non ratificados.

Sumámonos ós partidarios da «validación ficta». É indubidable que respecto destas disposicións imponse recepta-la «teoría da continuidade» utilizada en materia de lexislación *de facto* e retomada agora pola Corte nacional, pois é a que mellor se compatibiliza coa seguridade xurídica e a estabilidade das decisións. Tendo o poder lexislativo tódalas posibilidades de pronunciarse respecto dunha facultade propia exercida por outro poder do Estado, a súa omisión non pode interpretarse, senón como anuencia, por aplicación da presunción de lexitimidade dos actos estatais. Nisto, o silencio que non é positivo non é silencio, é deserción, baleiro de poder.

Por outra parte, os decretos de necesidade e urxencia, como integrantes do ordenamento xurídico, se ben resultan susceptibles de eventuais cuestionamentos, gozan de presunción de lexitimidade ó igual que a totalidade dos actos estatais.

O contrario resultaría un absurdo total; claramente o poder executivo nacional, en cumprimento de funcións que lle son propias pode dictar

decretos autónomos, del poden emanar –e emanan constantemente– actos administrativos, todos eles como normas de natureza *infra* legal se presumen lexítimos, salvo que presenten vicios que provoquen a nulidade absoluta e insandable dos actos e que posúan carácter manifesto.

Expresamente a Corte suprema da nación arxentina, reconeceu a atribución presidencial de emitir decretos de necesidade e urxencia, aínda sen lei regulamentaria desas normas dictada polo Congreso; non cabe dúbida que a Corte considerou a esta facultade do executivo sometida a parámetros ou regras, pero inferir que a existencia de condicionamentos legais desvirtúa a presunción de lexitimidade dunha norma de substrato legal, non resiste a menor análise.

Sen prexuízo do exposto, parécenos sumamente interesante a solución que adopta o dereito español. En España o decreto-lei posúe a eficacia, ben que provisoria, autónoma, de norma con forza de lei. O Congreso ten trinta días para expedirse expresamente sobre a validación (o Supremo Tribunal Constitucional observou que o que o artigo 86 da Constitución española chama «validación» é máis xenuinamente unha «homologación» -STC 6/1983, fund. xuríd. 5º, párr. 3) ou derogación do decreto-lei.

Pode tamén *convertelo en lei formal e así sanear vicios orixinarios con efectos retroactivos*, pero a validación é, conforme o regulamento do Congreso dos Deputados, un acto previo, xa que *ela é o requisito do que dependía a pervivencia no tempo*, con forza e valor de lei, da disposición produto do exercicio da potestade normativa extraordinaria que ó Goberno lle reconece a Constitución e *implica o exercicio de competencias fiscalizadoras*.

c) ¿A través de que medios pode pronunciarse o poder legislativo respecto do decreto de necesidade e urxencia? Entendemos que producindo unha lei en sentido formal coa particularidade de que non deba ser vetada polo poder executivo cando se dispuxera a derogación do regulamento, a fin de evitar que este lexisle cun tercio e un voto en cada cámara (se se producira o veto requiriríanse para insístitos dous tercios de votos en ámbalas dúas cámaras). Debe terse en conta que, se ben a facultade de veto está prevista na Constitución respecto de calquera lei como un control interpoderes (do poder –executivo respecto do poder legislativo), non é menos certo que de exercerse neste suposto –onde o control se inverte (é do poder legislativo sobre o poder executivo)– implicaría un acto antixurídico ó operar como «contra control», ademais de vulneralo principio constitucional da división de poderes ó concentrar de feito a función legislativa no poder executivo.

Descartámo-la posibilidade de que o control legislativo poida ser exercido mediante o dictado dunha declaración ou resolución das cámaras, pois estes mecanismos están previstos na Constitución arxentina

para casos específicos (a necesidade da reforma constitucional, o estado de sitio, etc.) pero non precisamente para o de formación das leis. Ademais, e de aceptarse a súa procedencia como simple expresión da vontade lexislativa, só podería admitirse respecto da ratificación, validación ou rexeitamento do decreto, pero non da súa modificación.

d) Finalmente tócanos expedirnos sobre os efectos da lei en sentido formal que ratifique ou valide, derogue ou modifique ó regulamento de necesidade e urxencia. No caso de que a lei se pronuncie en sentido favorable do decreto, opinamos que os efectos se retrotraen ó momento do dictado do acto. En cambio, tratándose dunha lei derogatoria ou modificatoria, só podería ter –en principio– efectos *ex nunc*, é dicir, cara ó futuro, por aplicación do principio de irretroactividade das leis que emendan un *status* xurídico.

Algúns autores propician, sen embargo, a admisión de efectos *ex tunc* das leis que declaren a invalidez absoluta do decreto por razóns de grave ilexitude, xa sexa por encontrarse viciada a súa motivación (cando non existise un real estado de necesidade e urxencia e baixo esa denominación se encubriera unha usurpación de facultades do poder lexislativo), por versar sobre determinadas materias respecto das cales non podería presumirse unha verdadeira situación de urxente necesidade (materia tributaria e penal, establecemento de delitos de penas, modificación do sistema electoral, as amnistías xenerais, a expropiación e o réxime dos partidos políticos) ou por ter sido dictados por órganos incompetentes (dependentes ou autárquicos da Administración central). Trátase dunha posición razoable que foi adoptada tamén pola Convención constituínte de 1994.

3.5. Respecto do control por parte do poder xudicial

Sen prexuízo do control por parte do poder lexislativo, que ten a competencia e a obriga de amerita-lo decreto, o poder xudicial encóntrase investido da potestade –ante a demanda dun suxeito lexitimado– de examinar non a conveniencia, o acerto nin a eficacia da medida, pero si a súa necesidade e razoabilidade; obviamente, tamén realiza o control de constitucionalidade sobre a materia regulada, tal como ocorre coas leis en sentido formal.

Nese sentido «Peralta» importa un avance moi positivo respecto do criterio sustentado con anterioridade polo procurador xeral da nación, quen sostivo que a valoración da existencia ou non do estado de necesidade se trata dunha materia reservada ó control de prudencia e oportunidade do Congreso, e non dos xuíces, aínda que estes sempre poden exercer-lo control de constitucionalidade (*in re* «Porcelli», 20 de abril de 1989).

O control xudicial non procede de oficio, senón a petición de parte lexitimada, xa sexa a través dun proceso ordinario ou dun amparo.

Na provincia de Bos Aires resultan de aplicación as disposicións sobre declaración de inconstitucionalidade previstas nos arts. 683 e s.s. do Código procesual Civil e Comercial.

Obviamente, o efecto interpartes do sistema xudicial arxentino determina que a invalidez só produce respecto do caso examinado.

4. Reflexións finais

Coa redacción do inciso 3º do artigo 99 da Constitución nacional adoptada pola Convención reformadora de 1994 déuselle a razón ós que postulaban a constitucionalidade deste tipo de decretos a fin de rescatalos como instrumentos útiles ó sistema, pero fixándolles límites claros en punto á materia, á motivación, ós procedementos e ós efectos; e tamén os que propugnaban a súa regulamentación por vía de lei en sentido formal, xa que quedaron diferidos a unha lei especial do Congreso o trámite e os alcances da súa intervención.

É de esperar que en adiante se constrúa unha teoría coherente e sistemática en torno a este tipo de regulamentos, a fin de supera-las críticas que soen efectuárselles: a referida ó seu suposto carácter antidemocrático, que os considera instrumentos violatorios do principio republicano da división de poderes; e a vinculada á inseguridade xurídica que parecen xerar.

Quizais teñamos que admitir que, por emanar dun executivo *de jure*, lexítimo, deberán aplicárselles polo menos os mesmos criterios que ós decretos leis, ou dito doutro modo, tratalos con similar rigorosidade.

Non parece acertado que lles apliquemos ós decretos leis a doutrina da continuidade xurídica mentres non medie derogación expresa do poder lexislativo (criterio adoptado ó comezo dos últimos lapsos constitucionais) e establezamos para os decretos de necesidade e urxencia o requisito de ratificación expresa, ou consecuencias e efectos xurídicos distintos (máis perniciosos) para o caso da súa invalidación ou derogación.

Podemos concluír que a convención obrou con sabedoría ó introducirlos decretos de necesidade e urxencia, pois logrouse unha ferramenta máis para fortalece-lo sistema democrático, evitando os baleiros de poder. Trátase dun recurso de autodefensa do sistema.

Xeralmente os golpes de estado militares e os máis modernos –denominados «autogolpe», aparecidos como novidade en América latina, en Perú e Guatemala, nos que un presidente *de jure* voluntariamente se converte en presidente *de facto*– fundáronse (e así rezan case tódalas proclamas revolucionarias) no «baleiro de poder», na ineficacia, inacción ou

lentitude dos poderes públicos para resolve-los problemas e necesidades da poboación.

Por citar algúns exemplos, na Arxentina o derrocamento do presidente Illia non se motivou pola existencia dun réxime onde se descoñecían as liberdades fundamentais, senón por unha acusación de ineficiencia («baleiro de poder») que, se pensaba, sería substituído pola orde e a efectividade dos militares.

O mesmo argumento foi esgrimido en 1976: «...frente a un tremendo baleiro de poder, capaz de sumirnos na disolución e a anarquía...»

Nese contexto, a admisión legal da potestade regulamentaria de necesidade e urxencia sen desnaturalizacións, xunta a outros «remedios extraordinarios» tales como a finalización *ante tempus* dos mandatos presidenciais (verificados na Arxentina, Venezuela e o Brasil), lonxe de ser criticables deben rescatarse como síntoma de madurez das novas democracias latinoamericanas que parecen ir encontrando mecanismos de auto preservación do sistema, dos principios republicanos de goberno. ■



XURISPRUDENCIA

CONSIDERACIÓN S Á STC 159/2001, DO 5 DE XULLO: A INERCIA XURISPRUDENCIAL SOBRE A APROBACIÓN DEFINITIVA DO PLANEAMENTO URBANÍSTICO

Almudena Fernández Carballal

Profesora axudante de dereito administrativo
Universidade da Coruña

Tradicionalmente, o procedemento de elaboración dos plans urbanísticos, cualificado pola doutrina administrativa de «procedemento complexo» –procedemento integrado por outros procedementos, cada un dos que illadamente considerado carecería de sentido, o cal lles vén dado, precisamente, pola súa conexión con vistas á produción do acto que culmina o último deles–, constitúe a plasmación normativa formal da diversidade de intereses presentes no campo do urbanismo, que son os que fan da de planeamento, unha potestade de titularidade compartida polos municipios e polas comunidades autónomas.

O esquema clásico de procedemento bifásico, integrado por unha serie de actos de trámite, sucesivos cronoloxicamente –avance, formulación, informe preceptivo, aprobación inicial, información pública e informe preceptivo autonómico e aprobación provisional do plan– e un único acto firme e definitivo, a súa aprobación definitiva, cunha publicación que constitúe o requisito de eficacia, en canto norma, para a súa entrada en vigor e, polo tanto, executoriedade foi recollido, desde o TR de

1976, nas sucesivas reformas lexislativas sobre este sector material, incluíndo a maioría das leis urbanísticas das comunidades autónomas.

Nunca é motivo de alegría acudir á regulación de falsas delegacións competenciais en favor dos concellos, encubertas como finos instrumentos de coordinación co intento de eludir un eventual recurso de inconstitucionalidade. Por fortuna ou por desgracia, axiña seremos testemuñas da despedida da lei á que se fai alusión no Ordenamento urbanístico galego.

Pero o que, en realidade, resulta redundante é a negativa que, desde a lei e a xurisprudencia, se lle fai á necesidade de repensar determinadas institucións, como é, neste caso, a autonomía local no procedemento de tramitación do planeamento urbanístico, nada nun contexto determinado e derivada de postulados constitucionais e legais distintos dos actuais.

A oportunidade de participar na que, sen lugar a dúbidas, será unha «boa» lei –a Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (art. 89)–, así como a lectura da Sentencia do Tribunal Constitucional 159/2001, do 5 de xullo sobre determinados preceptos do Decreto lexislativo 1/1990, do 12 de xullo, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en Cataluña en materia urbanística, lévame a reflexionar se acaso estamos diante de novos atentados a principios constitucionais froito desa inercia, moitas veces, atemporal, como sucede no caso do urbanismo e, máis concretamente, nas políticas ou opcións de ordenación vixentes en cada lugar e en cada momento en relación coa autonomía municipal.

Dada a natureza normativa –reglamentaria– dos plans, a esixencia dun determinado procedemento para a súa tramitación constitúe un requisito formal de especial rigor. Os plans en canto normas regulamentarias intégranse no Ordenamento xurídico con plena virtualidade para determinar unha conformación xeral da convivencia mediante a pluralidade das súas aplicacións. E de aí, que o procedemento de elaboración e tramitación do planeamento se impoña como un auténtico límite inherente ó exercicio desta potestade regulamentaria, cunha infracción que, dada a súa específica finalidade de asegura-la legalidade, o acerto e oportunidade dos plans, provoca a súa nulidade de pleno dereito.

A ordenación urbanística dun municipio configúrase desde a LBRL como unha competencia esencialmente municipal [art. 25.2,d) LBRL], o que non significa que a autonomía municipal poida incidir de forma negativa sobre outros intereses superiores distintos dos propios da entidade local. E se a esta definición negativa da autonomía local se lle engade a superioridade que se predica dos intereses supralocais sobre os locais, resulta, polo tanto, plenamente compatible coa autonomía municipal a competencia que o Ordenamento urbanístico lles outorga ás comunidades autónomas para levar a cabo non só controis de legalidade, senón tamén controis de coordinación –denominados comunmente

controle de oportunidade- limitados a controlar aquelas determinacións discrecionais que transcendan os intereses estritamente locais.

Esta apelación ó interese permite resolver, como afirmou Meilán Gil, «de acordo coa óptica constitucional, problemas de articulación de competencias, abandonadas as relacións de tutela», citando como exemplo paradigmático, «*froito dunha xurisprudencia creadora*»¹, a aprobación definitiva dos plans xerais de ordenación urbanística: «a adecuada diferenciación de intereses municipais e supramunicipais permite admitir-lo tradicional control non xa de legalidade, senón de oportunidade en materia de plans municipais de ordenación urbana con motivo da súa aprobación definitiva por parte do órgano da Comunidade Autónoma». E argumenta o citado autor que «o que antes podía explicarse desde o principio de tutela nun procedemento único bifásico, hoxe explícase con naturalidade e respecto á autonomía municipal identificando no plan intereses supramunicipais cunha defensa e xestión que lle corresponde á Comunidade Autónoma e non en virtude dunha posición preeminente que permitiría o exercicio de competencias xenéricas»².

Tres razóns impiden afirmar, de modo concluínte, que a primacía da Administración local na formulación do planeamento urbanístico sexa unha esixencia do principio constitucional de autonomía municipal (arts. 137 e 140 CE): a) porque algún significado haberá que recoñecerlles á atribución polo bloque da constitucionalidade da competencia nesta materia ás comunidades autónomas; b) porque o art. 25.2,d) LBRL se ben lles atribúe ós municipios a dita competencia, non o fai de forma exclusiva e excluínte, senón, pola contra «nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas»; c) porque foi a propia LBRL (arts. 10.2 e 3) a que contemplou con carácter xeral esta potestade de coordinación das competencias das entidades locais cando as actividades ou os servizos locais transcendan o interese propio das correspondentes entidades, incidan ou condicionen relevantemente as doutras administracións públicas ou sexan concorrentes ou complementarias, sempre e cando tales funcións de coordinación non lle afecten á autonomía das entidades locais que recoñece o art. 140 CE.

Conforme á estruturación do noso sistema urbanístico (no que non se xeneralizou a aprobación de plans de ordenación territorial e no que non existe unha lei de planificación territorial), a principal manifestación desta competencia compartida, como é a de planeamento, entre a Administración municipal e a Administración autonómica radica preci-

¹ *A cursiva é da autora*. Vid., por todas, STS 26.II.1998 (Art. 1539).

² Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica», *Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña, 1996, pp. 525 e 526.

samente no control de oportunidade que, xunto co control fiscalizador de legalidade, se materializa nun momento cronoloxicamente posterior á decisión municipal e que lle compete –salvo nos casos de delegación competencial, ós concellos– á comunidade autónoma, cos límites que se analizarán.

Agora ben, en ámbolos casos, xa sexa unha competencia propia da comunidade autónoma, xa sexa a dita aprobación unha competencia delegada ós concellos, o control que leve a cabo o órgano competente para a aprobación definitiva dun plan xeral fundarase, na medida en que é este instrumento normativo o que vai condiciona-lo uso e o aproveitamento do solo ás súas concretas determinacións, en apreciacións correctas fundadas no interese de carácter público que é inherente á formación do planeamento. E isto, porque son os plans de ordenación definitivamente aprobados e publicados os que determinan, en virtude da lexislación urbanística aplicable en cada territorio autonómico, o contido do dereito de propiedade; contido que está integrado por aqueles límites e deberes urbanísticos ós que, como expresión da función social da propiedade, se condiciona o exercicio das facultades urbanísticas que lles corresponden ós propietarios do solo en función da clasificación que a este lle outorgara o correspondente plan.

É interesante recorda-lo tradicional debate que existiu en sede xurisprudencial, entre as dúas concepcións doutriniais polarizadas sobre a natureza xurídica do feito de aprobación definitiva dos plans urbanísticos.

A primeira delas entendía a aprobación definitiva como un acto de tutela ou simple condición de eficacia trala aprobación provisional outorgada polo concello. Nada no marco da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana do 12 de maio de 1956, esta liña xurisprudencial anterior á Constitución, atribuíalles ós actos de aprobación definitiva dos plans ou proxectos de ordenación urbana unha natureza de actos de control ou fiscalización con individualidade xurídica propia. O alcance da competencia do órgano ó que lle correspondía a dita aprobación concretábase nunha actividade fiscalizadora que se exercitaba velando para que a actuación do ente municipal respectase a legalidade urbanística e se desenvolvese dentro da canle xurídica establecida no dereito aplicable.

A segunda das concepcións, pola contra, consideraba –e considera– a aprobación definitiva xa non como un simple acto de tutela sobre a decisión local e mera *conditio iuris* para a súa eficacia, senón coma unha resolución substantiva ou acto decisorio con substantividade propia que culmina o procedemento de elaboración dos plans, constituíndo os precedentes actos de aprobación inicial e provisional actos de mero trámite. Alternativa pola que se decantou a xurisprudencia anterior á Constitución con base no disposto nos arts. 41.2 e 3 do TR de 1976 e 132 RPU, considerando a aprobación definitiva dos plans como un acto substan-

tivo no que o órgano competente para outorgala³ ha de examinalo plan «en tódolos seus aspectos», tanto os regrados coma os discrecionais.

Coa promulgación da Constitución, a constante histórica do dereito urbanístico tradicional, constituída sobre o binomio municipalización-estatalización da competencia urbanística, sofre un xiro radical ó ser desprazada ás comunidades co recoñecemento expreso da competencia nunha materia (art. 148.1.3^a CE) que posteriormente asumirían nas súas respectivas normas institucionais.

Pero, á vez, nese labor de reconsideración do sistema organizativo e competencial urbanístico veu xogar un papel decisivo o recoñecemento da autonomía das entidades locais para a xestión dos seus respectivos intereses; principio xeral que consagra a Constitución (arts. 137 e 140) e que veu recolle-la LBRL de 1985 considerando «a ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística» como unha materia de competencia propia dos municipios que, en todo caso, haberá de exercitarse nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas [art. 25.2,d) LBRL].

«Esta doutrina constitucional en materia de autonomía local proxectouse sobre diversos sectores da esfera de intereses locais e das competencias municipais, intereses e competencias que teñen no urbanismo unha das súas manifestacións máis importantes, pois non é necesario argumentar particularmente que, entre os asuntos de interese dos municipios e ós que polo tanto se estenden as súas competencias, está o urbanismo».⁴

Ante esta nova situación, na que desde un punto de vista competencial e respecto á aprobación definitiva do planeamento a competencia do Estado cede en favor da competencia das comunidades autónomas, o debate tradicional ó que nos referimos antes pasa a centrarse non xa tanto na dualidade de concepcións sobre a natureza do dito acto cando, especialmente, e á luz das esixencias do principio constitucional de autonomía local, no alcance e contido que se lle debe atribuír á potestade decisoria substantiva da comunidade autónoma sobre este.

Se ben foron moitas as acepcións que se deron do acto de aprobación definitiva dos plans, todas apuntaban nunha mesma dirección e en definitiva, a unha mesma natureza do dito acto, que é o que o distingue dos actos anteriores polos que ha de pasar un plan ata converterse nunha norma que, unha vez que foi publicada (art. 132.1 RP), adquire eficacia e, polo tanto, vixencia e executoriedade.

³ Conforme ós arts. 40 do TR de 1976 e 135 do RPU, correspondíalle, segundo os casos, ó Ministerio da Vivenda ou á Comisión Provincial de Urbanismo, dependente, entón, do citado Ministerio.

⁴ Vid. STC 159/2001 (FJ 4, par. 6º).

Con todo, desde un punto de vista competencial, ó se-lo lexislador autonómico en materia de ordenación territorial e urbanismo o que ten a competencia para determina-la tipoloxía dos instrumentos de planeamento sobre os que ha de plasmarse normativamente a ordenación territorial e urbanística corresponderalle concretar e delimita-lo alcance e contido deste acto final por ser unha «materia propia da competencia que, como exclusiva, lles atribúen en materia de ordenación do territorio e urbanismo, o art. 148.1.3ª CE e os correspondentes estatutos de autonomía ás comunidades autónomas»⁵.

Ata hoxe, o control que leva a cabo o órgano competente para a aprobación definitiva do planeamento «recae sobre o plan coma un todo»: é a totalidade do plan a que pode e debe ser examinada, tanto os aspectos regrados do plan coma os seus aspectos discrecionais. Ou o que é o mesmo, apodérase ó órgano competente para decidir non só sobre a legalidade da proposta, senón tamén sobre os seus aspectos técnicos e sobre as razóns de conveniencia e oportunidade deducibles para a preservación dos intereses supralocais.

Así, aínda admitíndose que a través da «técnica da aprobación» o lexislador lle outorgou a competencia para a aprobación definitiva do plan a un órgano distinto e territorialmente superior do que inicial e provisionalmente é competente para aprobalo coa específica finalidade de velar porque a actividade do ente municipal respectase a legalidade urbanística e se teña desenvolvido dentro da canle xurídica establecida no dereito aplicable, unha interpretación acorde co principio de autonomía municipal impón que a comunidade autónoma pode estende-la súa competencia ó exame do plan en tódolos seus aspectos, pero isto sempre dentro dos límites que, en definitiva, van actuar como elementos reductores do ámbito autonómico de decisión: a) o carácter regrado ou discrecional de tales aspectos; b) a afectación de determinacións que contén o plan a intereses supralocais.

O principio da prevalencia dos distintos intereses concorrentes nunha mesma ordenación urbanística xustifica que, desde un punto de vista temporal, a decisión autonómica se produza con posterioridade á municipal e que, desde un punto de vista substantivo, aquela deba contemplar-lo plan non só nos aspectos regrados, senón tamén nos discrecionais que pola súa conexión con intereses supralocais deban ser valorados co fin de asegurar unha coherencia presidida pola prevalencia de tales intereses superiores.

Derivados da propia Constitución, os criterios a través dos que debe facerse efectivo o control autonómico levado a cabo no acto de aproba-

⁵ Vid. STC 159/2001 (FJ 11, par. 9º).

ción definitiva dos plans de urbanismo son os que tradicionalmente se coñecen como «criterio de legalidade» e «criterio de oportunidade»; dualidade de criterios que non só opera no momento que lle pon fin ó procedemento de tramitación dos plans –a aprobación definitiva–, senón xa na súa primeira fase, a da súa elaboración.

Así o veu recoñecendo sen vacilacións o TS, distinguindo dous tipos de actividades tanto na elaboración coma na modificación dos plans: 1ª) Unha actividade xurídica ou regrada, que é a que vén sometida ás normas formais e materiais de obrigada observancia contidas no ordenamento xurídico e; 2ª) Unha actividade de oportunidade técnica ou discrecional, no exercicio do cal o ordenamento xurídico permite elixir entre varias alternativas unha determinada solución de ordenación do territorio, que se concreta en relación co uso do solo, na asignación de determinados destinos ós terreos segundo o criterio técnico –discrecional– dos redactores do plan.

A presenza deste criterio de oportunidade técnica na formulación do planeamento urbanístico, xustifica por si mesmo que o dito criterio se manteña no acto que decide a súa executividade. A pluralidade de intereses xerais implicados nun determinado modelo territorial lexitima ó órgano definitivamente decisorio para valora-la legalidade, acerto e oportunidade do plan sometido á súa consideración.

Desde a perspectiva da legalidade, o órgano competente autonómico ó que se lle remitira un plan para que proceda a outorgar, suspender ou denega-la súa aprobación definitiva poderá controlar tanto os aspectos regrados coma os discrecionais deste.

1º) Polo que se refire ós aspectos regrados do plan, existe un control pleno da CA consistente na aplicación da normativa vixente na materia afectada, xa sexa unicamente a lexislación urbanística aplicable xa sexan outras normas sectoriais que concorran con aquela condicionando ou incidindo na ordenación urbanística sometida á súa aprobación. E tanto no aspecto xurídico formal (competencia, procedemento, etc.) coma no material (disposicións legais aplicables, determinacións de plans superiores, estándares urbanísticos, etc.).

Agora ben, este control de legalidade require a seguinte matización nos supostos nos que entren en xogo conceptos xurídicos indeterminados que, como se sabe, ó admitir unha única solución xusta, integran auténticos criterios regrados. Nestes supostos, se a determinación do plan non incide en aspectos de interese supralocal, a marxe de apreciación que os ditos conceptos implican, corresponderalle á Administración municipal, mentres que se a determinación que contén o plan sometido a aprobación definitiva afecta a intereses que exceden dos puramente municipais, esa marxe de apreciación corresponderalle á Administración autonómica.

2º) En relación cos aspectos discrecionais do plan, para determina-lo alcance da competencia autonómica na aprobación definitiva hai que distingui-las determinacións do plan que non incidan en materias de interese comunitario daquelas que garden conexión con algún aspecto dun modelo territorial superior. É dicir, son admisibles os controis tendentes a evita-la vulneración das esixencias do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, pero non serán sen embargo viables as revisións de mera oportunidade.

Polo tanto, en ausencia de intereses supralocais implicados nun concreto modelo de ordenación urbanística, o carácter discrecional dun aspecto do planeamento exclúe o control de oportunidade pero non o de legalidade e especialmente o que se desenvolve á luz dos principios xerais do dereito. Son estes últimos os que na medida en que informan todo o Ordenamento xurídico (art. 1.4 C.c.) tamén informan a norma habilitante que lle atribúe a potestade discrecional e, en especial, o principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3 CE) en virtude do que se lle prohibe a toda administración pública traspasalos límites racionais da discrecionalidade converténdose esta nunha fonte de decisións que non resulten xustificadas.

Polo tanto, cando aparezan intereses supramunicipais implicados que xustificarian en principio a lexitimidade do dito control, non significa que a decisión autonómica poida afastarse do parámetro de racionalidade que ha de estar presente en toda apreciación que faga a dita Administración superior, xa sexa para confirma-lo modelo territorial proposto inicialmente polo concello xa sexa rexeitalo ou para introduci-las alteracións que estime oportunas. Pola contra e á vista do anterior, cando no modelo físico trazado por un planeamento xeral de carácter municipal incidan intereses supralocais ou comunitarios, resulta plenamente xustificado, ademais dun control de legalidade, un control de oportunidade no que ha de prevalece-la apreciación ou competencia comunitaria, sen que isto implique unha infracción do principio de autonomía local consagrado na Constitución e que a LBRL veu reforzar.

Son dúas as razóns que xustifican este control de oportunidade levado a cabo pola Administración autonómica no ámbito das competencias do concello: 1ª) Porque a autonomía, ó non ser soberanía, non se opón á existencia de controis superiores sobre os actos do órgano autónomo. En materia de urbanismo, é perfectamente compatible a autonomía dos municipios coa existencia de controis por parte da comunidade autónoma, en función dos respectivos intereses que a cada unha destas administracións lles corresponde xestionar.

2ª) Porque a reafirmación da autonomía municipal na LBRL non se opón a que respecto á competencia en materia de urbanismo existan outras instancias superiores decisorias. Así se desprende, entre outros, do

art. 25.2,d) LBRL, conforme ó que as competencias dos municipios en materia de ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística se exercerán, en todo caso, nos termos que estableza a lexislación do Estado e das comunidades autónomas.

Pode entenderse que a finalidade deste exame de oportunidade ou coordinador é dobre: a) coordina-las solucións ofrecidas desde un punto de vista local coas previstas por outras administracións territoriais; b) garanti-lo acerto técnico destas solucións desde unha perspectiva máis ampla e menos localista da que suporía constrinxir-la toma destas decisións á esfera estritamente municipal.

Pero tamén podería discutirse e reflexionar, en primeiro lugar, sobre a oportunidade de limitar este control, unicamente, a aqueles municipios pequenos nos que por careceren dos medios técnicos, económicos e financeiros necesarios, non poida levarse a cabo unha ordenación urbanística acorde con outros intereses xerais superiores concorrentes.

E en segundo lugar, recoñecida a dificultade que existe na práctica para distinguir qué intereses son locais e cáles son supralocais así como a súa variable aplicación e a inseguridade que pode orixina-la invocación pola Comunidade Autónoma dun interese comunitario para xustifica-lo seu control de oportunidade no acto de aprobación definitiva, podería salvarse sen ter que atribuí-la dita Administración autonómica a competencia para a aprobación definitiva do planeamento xeral, excluída, ó meu xuízo, a do planeamento de desenvolvemento por ser contraria coa autonomía local.

Non é este o criterio xurisprudencial que, axuizando o art. 50 Decreto lexislativo 1/1990, se contén na sentenza aquí comentada, «sobre se a atribución á Administración autonómica, en lugar de ós concellos, da competencia de aprobación definitiva do planeamento derivado vulnera ou non a autonomía local»⁶.

Asumindo a doutrina xurisprudencial contida na STC 61/1997, do 20 de marzo e en relación coa participación dos municipios na elaboración dos plans de urbanismo, se ben a regulación destes instrumentos de ordenación «se inserta con naturalidade na competencia material sobre urbanismo», os que no exercicio da súa competencia urbanística deberán «determina-lo nivel de participación dos municipios na elaboración dos instrumentos de planeamento» asegurándolle-la suficiente presenza no dito proceso en garantía da súa autonomía (137 e 140 CE).

Así, en relación co citado precepto autonómico (art. 50 Decreto lexislativo 1/1990) e as normas que refundiu, o TC na súa Sentencia 159/2001 considerou que

⁶ Vid. STC 159/2001 (FJ 12m par. 1º).

«(...) non eliminan radical ou absolutamente toda competencia ou participación local, senón que, pola contra, respectan a participación dos municipios nas fases de aprobación tanto inicial como provisional do planeamento derivado, ó establecer unicamente que non terán competencia nunha determinada fase, a de aprobación definitiva dun tipo especial de plans».

E tal previsión,

«é, a priori, compatible co mínimo esixido á lexislación sectorial polo principio de autonomía local, porque, como xa precisamos, ó que obriga esta é a que existan competencias municipais relevantes e recoñecibles na ordenación e no planeamento urbanístico, e a norma cuestionada segue atribuíndolles ós concellos competencias esenciais en relación co planeamento, concretamente nas súas dúas primeiras fases de aprobación inicial e provisional»⁷

Para o TC non existe na dita norma autonómica ningún atentado á autonomía local «na medida en que, respectando outras facultades municipais de intervención, non eliminan toda participación dos concellos no proceso de elaboración e aprobación do planeamento derivado»⁸.

Non cremos que resulte absolutamente necesario atribuírle á Comunidade Autónoma a competencia de aprobación definitiva dos plans municipais para que poida realiza-las observacións que estime conveniente desde o punto de vista da legalidade. Porque atribuírle á Administración autonómica a dita competencia responde, na nosa opinión a unha inercia «que deriva de postulados constitucionais e legais diferentes ós actuais e que revela unha certa tutela, incompatible coa autonomía». Porque sempre que se lle recoñece constitucionalmente unha autonomía a unha comunidade para un ámbito predeterminado de intereses propios, o control de legalidade debe realizarse por xuíces e tribunais, de conformidade co art. 106 CE, en virtude do que «os tribunais controlan a potestade regulamentaria, a legalidade da actuación administrativa».

Evidentemente, como escribiu o profesor Meilán, a Administración autonómica pode ben impugnar directamente o acordo municipal de aprobación do plan *ex arts.* 63.1º e 65.3 LBRL ben requirirle previamente ó concello a súa anulación –art. 65.2 LBRL–, no prazo establecido legalmente e expresar motivadamente a normativa que se considera vulnerada. Unha posibilidade legal de impugnación ou requirimento motivado que se refire, loxicamente, a competencias autonómicas identificadas con intereses supralocais.


⁷ Vid. STC 159/2001 (FJ 12, par. 7º e 8º).

⁸ Vid. STC 159/2001 (FJ 8º).

Trátase de «utilizar adecuadamente as técnicas xurídicas, sen atentar contra a natureza das institucións ás que deben servir, neste caso, a autonomía dos municipios»⁹.

Agora ben, á luz desta sentenza e de acordo co ordenamento urbanístico vixente, hai que entender subsistente o control de oportunidade que se leva a cabo coa aprobación definitiva para garanti-la coordinación entre os intereses locais con aqueles polos que han de velar e ós que han servir outras administracións territoriais. Sen embargo, así admitido o control de coordinación levado a cabo pola Comunidade Autónoma sobre a potestade de planeamento que conforme ó art. 25.2,d) LBRL correspóndelles ás entidades locais no exercicio das súas respectivas competencias, o mesmo deberá orientarse a flexibilizar e previr posibles disfuncións derivadas do propio sistema de distribución de competencias, sempre e cando o seu exercicio –aínda que leve un certo poder de dirección como consecuencia da superioridade en que se encontra o que coordina respecto ó coordinado– non altere a titularidade e o exercicio das competencias propias dos entes en cuestión.

Como afirmou o TS nunha sentenza de 21.VI.1986, se ben o poder das comunidades autónomas ten a súa orixe no novo estado democrático, ese mesmo poder non pode anula-lo poder municipal pola sinxela razón de que a democracia empeza no municipio, o que respecto á materia de urbanismo se traduce en que:

«... se o urbanismo, como a súa propia terminoloxía denota, está indisolublemente unido á ordenación da cidade, o goberno desta xamais poderá verse privado dun papel relevante, tanto na ordenación coma na xestión deste tipo de actividade, sen que os problemas que este presenta, supramunicipais, sexan suficientes para borra-la reserva de competencia natural e primaria dos municipios»¹⁰. 

⁹ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: «Autonomía local y planeamiento urbanístico», *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 288, 2002.

¹⁰ Vid. STS 21.VI.1986 (Art. 5528).



CRÒNICA
PARLAMENTARIA

A LINGUA E O SEU TRATAMENTO LEXISLATIVO E XURISPRUDENCIAL: ESTADO DA CUESTIÓN

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado do Parlamento de Galicia
Profesor de dereito constitucional da
Universidade de Vigo

1. A consideración idiomática do galego

A proclamación estatutaria de que «a lingua propia de Galicia é o galego» pode traer consigo diferentes conclusións segundo o observador que proceda a súa esexese. Deste xeito Gómez Reino e Carnota¹ entende que o artigo estatutario dá conta dunha realidade sociocultural que é a existencia do galego como lingua propia do pobo. Milian Massana sinala a dependencia da efectividade da proclamación dun idioma como oficial do éxito do proceso autonómico². Dende o meu punto de vista a proclamación supón unha valoración política de identificación de indubidable transcendencia, pero que carece de consecuencias xurídicas directas, como posteriormente tentarei demostrar.

¹ Así o manifesta no seu comentario o artigo 5 do Estatuto contido na obra colectiva dirixida por José Luis Carro Fernández Valmayor: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*. Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991, páxina 77.

² De tal xeito que, ó seu xuício, se plasmaría aquí a relación entre a «lingua» e o sentimento de colectividade diferenciada. Vid. O seu traballo: «La regulación constitucional del multilingüismo». *Revista española de Derecho constitucional*, nº 10, 1984, páxina 140.

Aínda que a estas alturas da andaina autonómica se presente como algo obvio o recoñecemento do galego como idioma e a superación da súa intitulación como dialecto resultaban esenciais no momento inicial da Autonomía. Por iso con razón se defende³ que a inclusión das linguas distintas ó castelán forman parte do que deban conter necesariamente os estatutos de autonomía, e iso con independencia da dicción literal do artigo 147 da Constitución.

A *posteriori* a propia xurisprudencia do Tribunal Constitucional recoñeceu recentemente que aspectos esenciais ó Estado de dereito, como a tutela dos dereitos fundamentais dos cidadáns, posibilitan o uso de linguas que non teñen a consideración de cooficiais, con independencia do seu rango dialectal ou idiomático⁴, cuestión que nembargantes non empece a relevancia da proclamación como lingua propia do galego.

A valoración xurídica do idioma galego non pode facerse de xeito illado, senón que, en íntima relación cos valores culturais de Galicia, o idioma merece ser ponderado como unha vía de transmisión de todos aqueles aspectos que integran a cultura galega (así o recoñecen por exemplo leis autonómicas como a 8/1983 do Consello da Cultura Galega no seu artigo 6.a) ou a máis recente Lei 3/1996 de protección dos camiños de Santiago no seu artigo 27.3º). Como vén de sinalar Torres del Moral⁵ a cultura é unha función dos poderes públicos, que no aspecto lingüístico aparece garantida no preámbulo e no artigo 3º da Constitución española. Esta reflexión é esencial para, ó abeiro da totalidade do ordenamento xurídico, outorgarlle ó ámbito lingüístico a oportuna protección que lle corresponde como dereito cultural dos cidadáns.

Neste contexto é no que hai que entende-la proclamación da exposición de motivos da lei autonómica de normalización lingüística ó afirmar:

«O proceso histórico centralista acentuado no decorrer dos séculos tivo para Galicia dúas consecuencias profundamente negativas: anula-la posibilidade de constituír institucións propias e impedi-lo desenvolvemento da nosa cultura xenuína cando a imprenta ía promove-lo grande despegue das culturas modernas.

³ TORNOS MAS, J. «Los Estatutos de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico español». *Revista de Administración Pública*, nº 91, 1980, páxinas 153 a 158.

⁴ Estoume a referir á Sentencia do TC 48/2000, do 24 de febreiro, pola que se admite un escrito de presentación de candidaturas realizado en bable atendendo á interdicción da indebida prohibición do acceso en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, conforme ó disposto no artigo 23.2 da Constitución española.

⁵ Tal e como se recolle no seu libro *Principios de derecho constitucional española*. Tomo I, 2ª edición, páxina 346.

Sometido a esta despersonalización política e a esta marxización cultural, o pobo galego padeceu unha progresiva depauperación interna que xa no século XVIII foi denunciada polos ilustrados e que, desde mediados do XIX, foi constantemente combatida por tódolos galegos conscientes da necesidade de evita-la desintegración da nosa personalidade.

A Constitución de 1978, ó recoñece-los nosos dereitos autonómicos como nacionalidade histórica, fixo posible a posta en marcha dun esforzo constructivo encamiñado á plena recuperación da nosa personalidade colectiva e da súa potencialidade creadora».

Este marco de desenvolvemento do idioma xera en Galicia un factor diferencial en relación con outras comunidades autónomas nas que só existe como lingua oficial o castelán, de xeito que os tribunais⁶ entenden que a proclamación da cooficialidade das dúas linguas non atenta en absoluto contra o artigo 14 da Constitución, tal e como algunhas asociacións entenderan en relación á aplicación do principio por parte da Xunta de Galicia.

2. Os deberes constitucionais e o coñecemento do galego

A categoría dos deberes constitucionais vén de ser analizada pola doutrina constitucionalista española fundamentalmente en relación con aqueles mandatos que a Carta Magna prevé de colaborar ó sustento das cargas públicas e á defensa do Estado. Resúltame rechamante que se esquezan con suma facilidade a proclamación da Constitución española na que se establece a obriga de coñece-lo castelán para tódolos cidadáns. Esta obriga contida no artigo 3.1 da Constitución resulta concordante, segundo a opinión do Tribunal Constitucional, con outras disposicións constitucionais que recoñecen a existencia dun idioma común para tódolos españois e ademais deriva da presunción de coñecemento que ten o español en calquera caso, e con independencia de factores de residencia ou vecindade.

Este marco constitucional presenta unha norma perfectamente inútil e dende o punto de vista da súa estrutura xurídica imperfecta, pois non incorpora sanción algunha para o suposto de incumprimento. Polo tanto, podería ser facilmente reformada nunha apertura autonomista da Constitución, de xeito que tal revisión se presentase como coidadosa coas minorías lingüísticas e garantías do *status* das linguas minoritarias

⁶ Neste sentido pronúnciase a Sentencia do Tribunal Supremo do 28 de abril de 2000 que asume a dictada polo Tribunal Superior de Xusticia de Galicia o 23 de febreiro de 1996 sobre a impugnación do Decreto 247/1995 da Xunta de Galicia, especialmente no seu fundamento xurídico sétimo.

do Estado, fronte a eventuais embates das maiorías parlamentarias irrespectuosas do panorama plurilingüístico estatal⁷.

O Tribunal Constitucional subliñou na súa Sentencia do 26 de xuño de 1986 pola que estimou parcialmente o recurso de inconstitucionalidade interposto contra determinados preceptos da Lei 3/1983, do 15 de xuño, do Parlamento de Galicia de normalización lingüística, que o feito de non establecerse na Constitución o deber de coñecemento para as linguas autonómicas non pode considerarse discriminatorio, xa que, ó seu xuízo, non se producirán respecto das linguas autonómicas os supostos que dan o seu fundamento á obrigatoriedade do coñecemento do castelán.

Ademais, o noso alto Tribunal entende que a inexistencia dun deber constitucional do coñecemento do galego non garda ningunha relación con outras competencias autonómicas como as que se refiren ó dereito dos galegos a coñecer e usa-la lingua propia (artigo 27.20 do Estatuto de Autonomía de Galicia) ou o obxectivo estatutario de garanti-lo seu uso normal e oficial (artigo 5.3 EAG). Nembargantes a propia doutrina española tamén reconece indirectamente a debilidade da regulación do artigo 3.1 da Constitución e intenta propoñer interpretacións conciliadoras que chirlan coa letra do precepto constitucional⁸.

A Lei de normalización lingüística contén varios preceptos baleiros de contido xurídico como aquel que dispón que os poderes públicos de Galicia adoptarán as medidas oportunas para que ninguén sexa discriminado por razón de lingua, e tamén o que prevé que os cidadáns poderán dirixirse ós xuíces e tribunais para obte-la protección xudicial do dereito a emprega-la súa lingua (artigo 3, alíneas 1 e 2 da LNL). Nun e noutro caso trátase de mandatos que se atopan no eido propio de contido de leis orgánicas de competencia estatal ou ben precisan doutras normativas instrumentais alleas ós ámbitos normativos da comunidade galega.

Polo contrario a Lei de normalización lingüística dispón dun xeito indirecto a oficialidade subsidiaria do castelán cando no seu artigo 4 despois de proclama-lo galego como lingua propia de Galicia, das institucións da Administración autonómica, local e demais entes públicos, conclúe laconicamente dicindo que «tamén o é o castelán como lingua oficial do Estado».

Esta disparidade de situación das linguas provocou no seu momento, como é coñecido, a declaración de inconstitucionalidade do artigo da lei

⁷ Parecidas as consideracións se apuntan para o caso italiano por ROBERTO BIN: «Riforme costituzionali «A colpi di maggioranza». Perché no?». *Quaderni costituzionali* 2/2001. Il Mulino, páxina 341 e ss.

⁸ Así, PRIETO DE PEDRO nos *Comentarios á Constitución Española de 1978* dirixidos por Óscar Alzaga. Editados polas Cortes Xerais e Edersa. 1996, páxina 275.

autonómica que dispoñía a obrigatoriedade de coñecemento do galego. O Tribunal Constitucional entende que o principio constitucional e estatutario de igualdade se predica dos cidadáns, e non é discriminatorio respecto deles a existencia dun deber de coñecemento do castelán e a inexistencia do mesmo deber respecto do galego. Nesta orde de cousas, Martínez Sospedra entende que a libre determinación persoal non se esgota no sistema de dereitos recoñecidos na Constitución, e así, dentro deste ámbito hai que incluír, ó meu xuízo, a liberdade lingüística e a imposibilidade de discriminación por esta causa⁹.

O Tribunal Constitucional desbota a posibilidade de restrinxilo ámbito de deber do coñecemento do galego ó mundo dos valores, tal e como se demandou dende a defensa do texto legal feita polo Parlamento de Galicia. Como pode comprobarse o Tribunal optou de xeito radical pola declaración de inconstitucionalidade e a conseguinte nulidade do precepto da lei autonómica, cando ó meu xuízo sería moito menos traumático e respectuoso que a súa xurisprudencia, que tenta evita-la expulsión do ordenamento dos textos legais, dictar unha sentenza interpretativa que lle permítase ó Tribunal a recondución do mandato sen sanción que continúa a lei galega.

3. A cooficialidade

Como sinalei con anterioridade, a lexislación autonómica¹⁰ preocúpase de prestixia-lo galego na súa descrición do marco de relacións co castelán. Esta configuración legal dista moito de ser tan nidia cando se está a falar da aplicación práctica.

O articulado da lei de normalización tenta plasma-la cooficialidade de xeito claro no seu artigo 4: «1. O galego, como lingua propia de Galicia, é lingua oficial das institucións da Comunidade Autónoma, da súa Administración, da Administración Local e das Entidades Públicas dependentes da Comunidade Autónoma. 2. Tamén o é o castelán como lingua oficial do Estado».

⁹ No seu traballo «La seriedad de los derechos». *Revista de derecho político*. núms. 48, 49 UNED ano 2002, páxina 330.

¹⁰ A lei de normalización lingüística conta con varios decretos de desenvolvemento entre os que podemos citar: o Decreto 132/1984, do 6 de setembro, polo que se establece o procedemento para a fixación ou recuperación da toponimia de Galicia (DOG 21-9-84), o Decreto 247/95, do 14 de setembro, polo que se desenvolve a Lei de normalización lingüística para a súa aplicación na docencia e nas ensinanzas de réxime xeral dispensadas nos diferentes niveis non universitarios (DOG núm. 178, 15-9-95) e o Decreto 66/1997, do 21 de marzo que o modifica (DOG núm. 63, 3-4-97).

De xeito complementario o artigo 5 dispón: «As leis de Galicia, os Decretos legislativos, as disposicións normativas e as resolucións oficiais¹¹ da Administración Pública galega publicaranse en galego e castelán no *Diario Oficial de Galicia*.» Esta previsión legal veuse complementar coa autorización da sinatura por parte do Consello da Xunta de Galicia o 22 de maio de 1998 dun convenio de colaboración coa Administración Xeral do Estado para a publicación no BOE das leis en lingua galega¹².

En principio cabe predicar unha posición de igualdade das dúas linguas oficiais no seo da Comunidade Autónoma pero esta proclamación atopa algunhas matizacións cando o aspecto lingüístico afecta a aqueles vectores esenciais de uso unidos tradicionalmente ó concepto da soberanía estatal. Así o Tribunal Constitucional na súa Sentencia do 29 de marzo de 1990 en relación co recurso de inconstitucionalidade interposto entre outros pola Xunta de Galicia, fronte a determinados preceptos da Lei orgánica 6/1985 do 1 de xullo do poder xudicial, entendeu que o dereito a non sufrir indefensión de que goza todo cidadán se atopa unido á obriga do coñecemento do castelán namentres que esa obriga non existe respecto do resto das linguas españolas. Reciprocamente, e dun xeito que lembra ó réxime existente en Bélxica¹³, non existe segundo o Tribunal Supremo (Sentencia do 23 de xullo de 1999) a potestade municipal de declara-lo galego como idioma oficial exclusivo da corporación local. Entendo que a aceptación do galego como «vía normal de vehiculización» da liberdade de expresión dos cidadáns de Galicia esixe que a oficialidade dos idiomas galego e castelán os equipare en tódolos ámbitos da vida pública, pois como sinala José Julio Fernández Rodríguez¹⁴ esa liberdade de expresión é esencial nun sistema democrático, e

¹¹ Por unha vez esta disposición incúmprese en favor da lingua galega no caso das publicacións oficiais do Parlamento de Galicia que, agás no caso da publicación definitiva das leis, se plasman só en galego e non en castelán. Esta realidade sorprende a boa parte da poboación galega, que só coñece a actividade parlamentaria a través da intermediación dos media, coas inevitables distorsións que isto supón. Así o sinalan para o caso británico D. Deacon, P. Golding e M. Billig no seu traballo: «Press and broadcasting: real issues and real coverage», recollido no volume 54 nº 4 de outubro de 2001 de *Parliamentary Affairs. A journal of comparative politics*. Páxinas 666 e ss.

¹² En virtude deste convenio o BOE asume o custo da impresión e da distribución do texto. O custo da tradución do texto do castelán ó galego será asumido ó 50% polo BOE e a Xunta de Galicia.

¹³ Como lembra André Alen no seu libro: *Treatise on belgian constitutional law* 1992, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands. Páxina 135.

¹⁴ No seu traballo: «En torno a las nuevas dimensiones de la libertad de expresión ante el fenómeno de internet», publicado na revista *Pensamiento Constitucional*. Ano VIII, Nº 8. Universidade Pontificia Católica do Perú. Fondo editorial 2001. Páxs. 103 e ss.

a ausencia de paridade entre os idiomas oficiais pode violenta-lo dereito fundamental.

O *status* da cooficialidade trae consigo a esixencia para aquelas persoas que exercen funcións ou potestades públicas¹⁵ do coñecemento indubitado do galego. Neste senso pronúnciase o artigo 11 da Lei de normalización lingüística ó dispor:

«1. A fin de facer efectivos os dereitos recoñecidos no presente Título, os poderes autonómicos promoverán a progresiva capacitación no uso do galego do persoal afecto á Administración Pública e ás empresas de carácter público en Galicia.

2. Nas probas selectivas que se realicen para o acceso ás prazas da Administración Autónoma e Local considerárase, entre outros méritos, o grao de coñecemento das linguas oficiais, que se ponderará para cada nivel profesional.

3. Na resolución dos concursos e oposicións para prove-los postos de maxistrados, xuíces, secretarios xudiciais, fiscais e tódolos funcionarios ó servizo da Administración de Xustiza, así como notarios, rexistradores da propiedade e mercantís, será mérito preferente o coñecemento do idioma galego».

Unha vez máis a aplicación práctica da lei ficou descafeinada, e así, despois duns primeiros procesos selectivos á Administración autonómica nos que se establecía como proba eliminatoria o exame de galego, véñense de asistir á claudicación neste empeño, pois recentemente é posible evita-la demostración contrastada a través de probas mediante a presentación dun diploma acreditativo do que dispoñen tódolos que cursaron o bacharelato en Galicia. Este cambio de actuación, a pesar do apoio expreso que recibiu por parte da Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 24 de xullo de 2002, é particularmente criticable cando a Lei de función pública de Galicia foi expresamente reformada para introducir un novo texto do artigo 33 establecendo que para darlle cumprimento á normalización do idioma galego no eido da Administración pública en Galicia e para garanti-lo dereito dos administrados ó uso do galego nas relacións coa Administración pública no ámbito da Comunidade Autónoma e maila promoción do uso normal do galego por parte dos poderes públicos de Galicia, que determina o artigo 6.3 da Lei de normalización lingüística, nas probas selectivas que se realicen para o acceso ás prazas da Administración autonómica terá que demostrarse o

¹⁵ Caso significativo é o analizado pola Sentencia do Tribunal Supremo do 18 de abril de 1995 na que decidiu a legalidade da esixencia do coñecemento do galego para un garda municipal do concello da Estrada, xa que as funcións desenvoltas están relacionadas coa norma legal que tenta garanti-la documentación en galego das actuacións municipais.

coñecemento da lingua galega¹⁶. De xeito parello a Lei 4/1987, do 27 de maio, de creación da Escola Galega de Administración Pública parece apoiar a mesma argumentación ó dispor, en relación ás súas finalidades esenciais, no seu artigo 3.5º «A difusión e normalización do idioma galego na Administración Pública, a capacitación lingüística do persoal e a participación na fixación da linguaxe técnica, administrativa e xurídica galega»¹⁷.

Unha faceta relevante da cooficialidade do idioma é a que atinxe á súa utilización nos procedementos administrativos desenvolto polos poderes públicos. Neste eido, podemos distinguir tres facetas:

a) A redacción dos documentos públicos

Os documentos públicos redactados en Galicia pódense facer en galego ou castelán, rexendo polo tanto un principio básico de liberdade de elección do idioma. Se se trata dun documento que esixa participación de varias partes e estas non están de acordo sobre cal sexa o idioma que hai que utilizar, a lei decántase polo emprego das dúas linguas. Esta solución preséntase como conciliadora pero trae consigo as dificultades de uso e o prolixo dos documentos redactados en ámbolos idiomas.

b) Criterios de asentamento nos rexistros da Xunta

A Lei de normalización lingüística establece unha prelación para determina-los criterios nos que se formalizará nos rexistros autonómicos a inclusión dos documentos públicos. Así, en primeiro lugar, habería que acudir ó que denominaremos como «lingua do documento», subsidiariamente, e no caso de que o documento fose bilingüe, inscribirse na lingua que indique «quen o presenta no Rexistro», e por último, establécese unha regra residual que dispón que a Xunta promoverá o uso do galego nos rexistros non dependentes da Comunidade Autónoma de acordo cos órganos dos que estes dependan¹⁸.

¹⁶ Igualmente as probas obrigatorias foron consideradas legais polo Tribunal Supremo na súa sentenza do 8 de xullo de 1994 en base a que a esixencia de coñecemento do idioma que é oficial no territorio onde actúa a Administración á que se aspira a servir, é perfectamente incluíble dentro dos méritos e as capacidades requiridas.

¹⁷ Disposición que pasa a ser o contido do artigo 3 i) despois da reforma da lei operada pola Lei 10/1989 do 10 de xullo.

¹⁸ Neste eido é subliñable a actuación parlamentaria para conseguila normalización no uso do galego por certos rexistros da propiedade da Comunidade Autónoma. Esta actuación atópase na liña das modernas tendencias do Parlamento italiano que tentan de implica-la Cámara nos obxetivos políticos do executivo. Así pode comprobarse no traballo de Paolo Caretti e Massimo Morisi: «Parlamento e politiche pubbliche», recollido en *Quaderni Costituzionali*, nº 3/2001, páxinas 491 e ss.

c) Certificacións

A solución dada á lingua que debe utilizarse nas certificacións expedidas polos funcionarios da Comunidade Autónoma é tamén complexa. Deste xeito a lei autonómica establece unha serie de criterios que se deben seguir para resolver este problema. En primeiro lugar pártese do principio de que as certificacións literais deben expedirse na lingua na que se efectuara a inscrición reproducida. Por outra banda, se a certificación non é de tipo literal, senón que recolle de xeito indirecto algúns datos que consten nos rexistros públicos, deberase utiliza-la lingua oficial que escolla o solicitante da certificación. Por último, se se trata de documentos inscritos en dobre versión lingüística galego-castelán, tamén primará a vontade do solicitante, posto que se poderá obter a certificación en calquera das dúas versións.

4. Poderes públicos e política lingüística

Son moi variadas as facetas que se poden ver afectadas pola política lingüística que se desenvolven nas administracións públicas de Galicia. De feito, resulta habitual que algúns estudiosos da situación do galego adoitén examinar pormenorizadamente os distintos ámbitos da Administración autonómica para valorar de xeito crítico a situación actual da lingua do noso país¹⁹.

4.1. As administracións locais

No tocante á actuación dos poderes públicos locais galegos resulta subliñable a existencia da Lei 5/1988, do 21 de xuño, do uso do galego como lingua oficial de Galicia polas entidades locais. Esta lei limitábase a establece-la obriga de que determinados actos e documentos da Administración local se redacten en lingua galega, sen prexuízo de que tamén se poidan facer «na outra lingua oficial»²⁰. Polo demais a lei autonómica establece unha serie de medidas de fomento na procura da normalización lingüística entre os funcionarios da Administración local de Galicia e da propia Xunta autonómica.

¹⁹ Así se fai por parte de Xavier Vilhar Trilho: «Linhagem genealógica da lei de normalización lingüística galega e da proposición de lei de modificación da mesma presentada polo Bloco Nacionalista Galego» publicada na Revista *Dereito*, II número 2, páxinas 131 a 156.

²⁰ Como reitera o Tribunal Supremo no famoso caso sobre a declaración de idioma oficial no Concello de Castro de Rei non cabe que un Concello «adopte unha postura ambigua e imprecisa que poida orixinar situacións conflictivas con relación ó uso do outro idioma oficial». Así a STS 23-7-1999.

Un carácter máis puntual ten a previsión do artigo 10 da Lei de normalización lingüística que dispón como única forma oficial dos topónimos de Galicia a galega. Neste sentido establece que é a Xunta de Galicia a competente para a determinación dos nomes oficiais dos municipios, territorios, núcleos de poboación por vías de comunicación interurbanas e en xeral dos topónimos galegos. Como disposición complementaria ás denominacións para tódolos efectos e rotulación deben concordar entre si de tal xeito que a Xunta regula a normalización da rotulación pública con respecto ás normas internacionais que subscriba o Estado.

As disposicións en materia lingüística provocaron no referente ás entidades locais o pronunciamento do Tribunal Constitucional en relación a determinados artigos da Lei 7/1985 de 2 de abril de bases do réxime local. Neste sentido o Tribunal Constitucional reconece que a Xunta de Galicia asumiu a transferencia a través do Decreto 1.014/1979 do 13 de febreiro da alteración dos nomes e capitalidade dos municipios. Agora ben, esta transferencia non impide a necesidade de inscrición no Rexistro estatal de entidades locais e a súa publicación no Boletín Oficial do Estado. Segundo o Tribunal Constitucional a concepción do Estado como organización complexa permite soste que o cambio de aspectos relevantes dunha das partes que o constitúen (as entidades locais) non é indiferente. Podemos dicir con Lawrence Pratchett que a construción dun sistema de administracións non pode ser improvisado, senón que precisa dunha meditada e sistemática estruturación²¹, criterio que como pode observarse é o seguido polo máximo intérprete da Constitución para limita-la participación autonómica en materia lingüística.

Máis recentemente o lexislador autonómico foi particularmente cauteloso coa regulación lingüística no ámbito local con motivo da aprobación da Lei de Administración local de Galicia. Así con independencia de dispor no seu artigo 7 que o galego coma lingua oficial de Galicia éo tamén da súa Administración local, e repetir (cunha mala técnica normativa) outras previsións xerais xa contidas na Lei de normalización lingüística, contéñense previsións que tentan garanti-lo coñecemento do galego por parte dos funcionarios locais (artigos 240.2 e 245.6) e outras que igualan o dereito dos cidadáns a obte-la atención das corporacións locais en galego ós restantes dereitos que se lle reconecen como administrados.

²¹ Así no seu traballo «Local Government: from modernisation to consolidation». *Parliamentary Affairs* (2002), núm. 55, páxinas 331 - 346.

4.2. Dereitos individuais: o caso do consumo

Quizais un dos ámbitos da sociedade onde mellor se aprecia o grao de normalización lingüística é o do tráfico mercantil no que participan os particulares e as empresas. Os poderes públicos autonómicos, conscientes desta realidade, aprobaron unha normativa sobre a utilización do idioma galego no etiquetado e publicidade dos produtos que se comercializan en Galicia²². Esta regulación foi cuestionada polo goberno do Estado en tanto que establecían a posibilidade de que o etiquetado dos envases ou a rotulación das embalaxes dos produtos que se comercialicen no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia puidesen expresarse nos idiomas galego ou castelán ou ben en ámbolos idiomas. As reservas estatais versaban sobre aqueles datos obrigatorios do etiquetado dos produtos alimenticios xa que, ó seu entender, a súa expresión debería producirse necesariamente «na lingua española oficial do Estado».

Penso que nestes supostos (tamén no similar da toponimia) habería que tomar en consideración a comunicabilidade e a proximidade ente as linguas, isto é, o importante será a posibilidade de que o cidadán entenda o contido normativo, o que deriva habitualmente máis da existencia da claridade da lei como valor fundamental do ordenamento xurídico, ca do idioma en que figura expresada a norma²³. O Tribunal Constitucional chamou a atención na súa sentenza do 28 de abril de 1988 acerca da imposibilidade de que a regra contida no artigo 20 da norma xeral de etiquetado, presentación e publicidade dos produtos alimenticios envasados, aprobada polo Real decreto 2058/1982 do 12 de agosto teña alcance formal de norma básica, e polo tanto a potestade exercida pola Comunidade Autónoma de Galicia non pode quedar constrictada ou limitada por unha disposición regulamentaria inhábil para tal fin.

4.3. O ensino

Resulta un lugar común entre os especialistas en lingüística o afirmar que é na educación onde a actuación dos poderes públicos se debe producir con máis intensidade pois é no momento da transmisión da lingua onde se produce a situación de ameaza para esta²⁴.

²² Trátase do Decreto 101/1985, do 23 de maio.

²³ Neste sentido pronúnciase Giuseppe de Vergottini no seu traballo «Drafting legislativo e corte costituzionale» *Studi Parlamentari e di politica costituzionale* anno 34 núm. 132-133 2º-3º trimestre. 2001 páx. 8.

²⁴ Así o entende Juan Carlos Moreno Cabrera no seu traballo: «Linguas en perigo e política lingüística», publicado na revista *Grial* nº 153, tomo XL de 2002. Páxina 97.

O artigo 12 da Lei de normalización lingüística de Galicia dispón o carácter de lingua oficial para o galego no tocante á súa utilización en tódolos niveis do ensino na Comunidade Autónoma. Esta proclamación que vén de traer consigo a incorporación nos plans de estudio dos distintos niveis educativos da materia de galego, e a súa aceptación como lingua vehicular en tódalas ensinanzas na Comunidade Autónoma, presenta certos límites cando bate con outros títulos competenciais do Estado. Deste xeito o Tribunal Constitucional, entre outras na súa sentenza do 28 de abril de 1988, interpreta a competencia recollida no artigo 27, alínea 20, do Estatuto de Autonomía para Galicia consistente na «promoción e ensinanza da lingua galega» coma un título competencia específico que non pode ser alegado conxuntamente co artigo 5.3 do Estatuto (que posibilita a potenciación da utilización do galego en tódolas ordes da vida pública, cultural e informativa) para afectar a sectores competenciais concretos nos que a potestade de decisión fica nas mans do Estado.

O principio xeral de oficialidade do galego no ensino modúlase coa flexibilidade da existencia da dispensa de estudio do galego, que con carácter excepcional pode obterse cando un alumno non cursase sen interrupción os seus estudos en Galicia. Ademais a lei imponlles un obxectivo educativo ós poderes públicos autonómicos o esixir que ó remate dos ciclos formativos en que o ensino do galego é obrigatorio os alumnos deban coñecelo nos seus niveis oral e escrito, en igualdade co castelán. Deixando a un lado a dificultade de comprobar exactamente esta paridade lingüística é evidente na carga curricular dos estudantes a primacía do dominio do castelán sobre o galego, aínda en áreas tradicionalmente galego-falantes, e iso aínda que o Estatuto de Autonomía para Galicia non exceptiona, como fan outros²⁵, a certos territorios do proceso de normalización.

Especificamente a Lei 11/1989, do 20 de xullo, de ordenación do sistema universitario de Galicia fixa entre os seus obxectivos e finalidades propias no artigo 2. 5) a promoción do galego, lingua propia de Galicia, como idioma vehicular no ensino superior, na investigación científica e na creatividade artística e cultural, se ben unha vez máis a realidade lingüística das aulas galegas presenta notables carencias que desmenten a efectividade práctica destes obxectivos. As previsións legais na materia lingüística en sede universitaria presentan unha ordenación que, ó meu xuízo, pode clasificarse conforme ós seguintes principios:

²⁵ Singularmente o caso valenciano, no seu artigo 7.6º, que como sinala José Asensi Sabater vén reflectir un aspecto peculiar da situación lingüística da Comunidade valenciana. Vid. o seu traballo nos *Comentarios ó Estatuto de Autonomía de la Comunidad autónoma valenciana*. Dirixidos por Ramón Martín Mateo. MAT. 1985.

1º.- Principio de liberdade: que posibilita ós profesores e alumnos no nivel universitario o dereito a empregar oralmente e por escrito, a lingua oficial da súa preferencia.

2º.- Principio do fomento do galego: que lles impón ó Goberno galego e ás autoridades universitarias a obriga de toma-las medidas oportunas para facer normal o uso do galego no ensino universitario.

3º.- Principio da galeguización na formación do profesorado: de tal xeito que a lingua non poida supoñer obstáculo ningún para facer efectiva a transmisión de coñecementos, especialmente nos niveis educativos nos que o galego e de dispensación obrigatoria. Este principio vén de ser aplicado no tocante á interdicción do atraso dos estudantes no proceso de aprendizaxe pola xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia²⁶.

Finalmente as previsións son moito máis xenéricas, quizais porque o lexislador é consciente de que o problema normalizador é moito máis grave nas capas máis novas da sociedade, no tocante á educación e promoción de adultos. Deste xeito atopamos normas como os artigos 2.c) e 3.e) da lei galega que simplemente mencionan a lingua coma un aspecto cultural máis no que debe actua-la política pública educativa atinente ós adultos²⁷, dun xeito moi parello ó disposto con carácter xeral na propia Lei de normalización lingüística (artigo 17.2), pero descoñecendo a existencia de ensino preceptivo do galego previsto noutras partes da lei (artigo 16.1.).

4.4. A Administración de xustiza

O artigo 7.1 e 2 da Lei de normalización lingüística recoñécelles ós cidadáns o dereito a utilizar calquera das dúas linguas oficiais nas relacións coa administración de xustiza e que as actuacións xudiciais en Galicia serán válidas e producirán os seus efectos calquera que sexa a lingua oficial empregada, engadindo que en todo caso a parte ou interesado terá dereito a que se lle notifique na lingua oficial que escolla. Estas disposicións foron cuestionadas no seu momento e entendeuse por parte do Goberno do Estado que podería darse unha certa intromisión nas competencias propias en administración de xustiza, posibilidade que foi rexeitada polo Tribunal Constitucional ó entender que estas disposicións non imponen obriga ningunha de uso do galego e se limitan a declara-

²⁶ Sentencia da sección primeira da Sala do contencioso-administrativo do 19 de febreiro de 1999.

²⁷ Así se comproba no texto da lei 9/1992, do 24 de xullo, de educación e promoción de adultos.

las consecuencias que inmediatamente se derivan do dereito ó uso desa lingua establecido no artigo 5 do Estatuto de Autonomía para Galicia²⁸.

Máis criticable resulta ó meu xuízo a declaración de inconstitucionalidade da lei autonómica ó dereito do cidadán a que se lle responda pola administración xeral de xustiza en calquera dos idiomas oficiais que elixa e a correspondente obriga daquela a satisfacer tal dereito. O Tribunal entendeu que a execución de tal dereito se debe temperar ás posibilidades das administracións Estatal e Autonómica, e cada unha delas regulará no ámbito das súas respectivas competencias os medios e o ritmo da necesaria adaptación ás esixencias do réxime de cooficialidade. Como se aprecia o posibilismo do Tribunal supera con moito os criterios de prudencia na expulsión do ordenamento xurídico dunha norma autonómica.

A xurisprudencia constitucional ó resolver procesos nos que fai parte a Comunidade galega nesta materia complétase coa sentenza do 29 de marzo de 1990 na que se decidiu sobre os recursos de inconstitucionalidade acumulados interpostos entre outros pola Xunta de Galicia fronte a determinados preceptos da lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo do poder xudicial. O interese deste caso céntrase no recoñecemento por parte do máximo intérprete da Constitución do carácter concorrente da competencia na regulación das linguas na administración de xustiza, negándose a pretendida competencia exclusiva das comunidades autónomas nesta cuestión. O Tribunal entende que o Estado é competente para regular-lo uso das linguas no seo da administración de xustiza dadas as reservas competenciais do artigo 149.1 alíneas 5 e 6, polo que o artigo 231 da lei orgánica do poder xudicial non invade competencia algunha reservada ás comunidades autónomas.

A valoración do coñecemento dos idiomas autonómicos por parte da Administración de Xustiza ten dado lugar tamén a importantes polémicas interpretativas. Parte delas foron clarificadas pola xurisprudencia do Tribunal Supremo²⁹ que entende axustado a dereito a valoración do idioma autonómico como mérito preferente nos concursos para os órganos xurisdiccionais do territorio do que se trate. En efecto, o tribunal entende como admisible que o coñecemento dunha lingua propia da Comunidade Autónoma se acredite mediante unha certificación do or-

²⁸ Así se recolle na sentenza do Tribunal Constitucional do 26 de xuño de 1986 que estimou parcialmente o recurso de inconstitucionalidade interposto contra determinados preceptos da lei 3/1983, do 15 de xuño, do Parlamento de Galicia, de normalización lingüística.

²⁹ Fundamentalmente na súa Sentencia da Sala 3ª Sección 7ª do 15 de outubro de 1999 recaída no recurso 174/1998 da que foi relator o maxistrado Manuel Goded Miranda.

ganismo correspondente, suficiencia sobre a cal os fins pretendidos deben resolve-la comisión permanente do Consello xeral do poder xudicial. Ademais resulta proporcionada a acumulación de méritos no tocante a valoracións específicas (entre elas a idiomática) por canto se teñen fixado certas regras moderadoras para orienta-la aplicación da antigüidade como mérito e os futuros axustes temporais na evolución do cadro de persoal xudicial.

4.5. Acción exterior autonómica e política lingüística

A Lei de normalización lingüística dedica de xeito exclusivo o seu título V ó galego exterior. Cunha redacción extremadamente prudente a lei di que o Goberno galego fará uso dos recursos que lle confiren a Constitución española e o Estatuto de Autonomía para que os emigrantes galegos poidan dispoñer de servizos culturais e lingüísticos en lingua galega. Así mesmo prevese a utilidade do artigo 35 do Estatuto co fin de protexela lingua galega falada en territorios limítrofes con Galicia. Neste sentido poderán existir convenios administrativos entre as comunidades autónomas, pero Galicia non ten asignado formalmente acordos de cooperación dos previstos no citado artigo estatutario coas comunidades de Asturias e Castela León que son as directamente afectadas polo problema.

Posteriormente a Lei 4/1983 do 15 de xuño do recoñecemento da galegüidade estableceu para a Comunidade Autónoma o mandato de, a través das comunidades galegas, e coa colaboración de institucións especializadas, organizarse servizos didácticos e audiovisuais que faciliten o coñecemento da lingua, cultura e tradicións de Galicia³⁰. Claramente criticable é a redacción do artigo 11 desta lei, xa que dispón que a Xunta de Galicia promoverá cursos ou ciclos especiais sobre lingua, historia e cultura galegas tanto na Universidade e institucións docentes e culturais de Galicia, coma nas dos países de asentamento destas comunidades. A previsión final é lóxica, pero non se entende no momento temporal de aprobación da lei o sentido de promove-los cursos na universidade ou institucións en Galicia, xa que a distancia xeográfica impediría, en todo caso, a participación dos emigrantes neles. Hoxe este problema pode solventarse debido á existencia de tecnoloxías como Internet que lle posibilitan ós emigrantes acceder a estes foros culturais desenvolvidos no seo de universidades e institucións docentes e culturais de Galicia.

³⁰ Para unha análise da normativa reguladora destes aspectos pode consultarse o meu traballo: «A actuación dos poderes públicos autonómicos e o dereito fundamental do artigo 42 da Constitución española» publicado no número 28 da *Revista Galega de Administración Pública*, ano 2001, páxinas 365 e ss.

Finalmente interesa poñer de manifesto a total prohibición de discriminacións por causa de lingua establecida no artigo 5, alínea 4º, do Estatuto de Autonomía para Galicia. Este mandato podería ser incongruente co disposto no artigo 3 da Constitución española (obriga de coñece-lo castelán) pero autores como Espín pensan que nos atopamos ante un deber constitucional que non chega a transformarse en obriga pola ausencia de «interpositio legis»³¹. A manifestación máis evidente volvemos a atopala no eido educativo, pois dispónse que os alumnos non poderán ser separados en centros diferentes por razón da lingua, incluso prevíndose a excepcionalidade da separación en aulas diferentes, cando «necesidades pedagóxicas así o aconsellaren». A aplicación da lei non deu lugar tampouco a estas segregacións selectivas de alumnos por razón da lingua.

4.6. Os media e a lingua

4.6.1. Os medios públicos

De conformidade ó que se entende como un dos obxectivos na procura da autoidentificación do pobo galego, os medios de comunicación públicos terán como lingua usual o galego. A expresión «lingua usual» denota, ó meu parecer, a vontade dun uso habitual do galego, pero en ningún caso a prohibición de que outros idiomas, e por suposto o castelán poidan ser utilizados ocasionalmente nas emisoras de radio e televisión públicas.

A Lei de normalización utiliza unha curiosa expresión para defini-lo ámbito do uso habitual do galego nos medios de comunicación públicos. Fala dos medios de comunicación social sometidos «á xestión ou competencia das institucións da Comunidade Autónoma». Entendo que queren incluí-los medios da súa titularidade (por exemplo os dependentes da Cía. de RTVG) e aqueles nos que a Comunidade Autónoma participa dalgún xeito (tal é o caso da Televisión Española en Galicia, na que o Consello asesor é regulado por lei autonómica)³².

4.6.2. Medios privados

A actuación pública da Comunidade Autónoma no fomento do galego ós medios de comunicación privados materialízase en dúas vías de compromiso de apoio. En primeiro lugar, a lei fala dun posible apoio

³¹ No seu *Manual de Dereito constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch 3ª edición páx. 188.

³² Neste sentido resulta de interese o artigo 2 alínea i) da Lei 10/1983 do 9 de decembro, reguladora do Consello Asesor da Cía. de RTVE en Galicia que dispón entre as súas funcións a de «eleva-lo Consello de Administración de RTVE ás recomendacións que coide oportunas en defensa dos intereses da Comunidade Autónoma».

económico que consistirá en axudas e subvencións ós citados medios. Por outra banda contémpase un apoio material que non se define, pero que poderá consistir no subministro de persoal (tales como tradutores) ou infraestructuras das que sexa titular a Comunidade Autónoma.

As axudas ós medios privados si condicionan a que estes empreguen o galego «dun xeito habitual e progresivo». A interpretación literal desta expresión presentaría problemas para presta-lo apoio a aqueles medios que inician a súa andaina, polo que entendo que un compromiso inicial do uso habitual do galego sería suficiente para ser incluído no ámbito do apoio da Administración.

Con carácter xeral, a Xunta de Galicia asume tres obrigas fundamentais para impulsa-lo uso do galego nos medios de comunicación:

a) No tocante ós medios audiovisuais. Trátase de fomenta-la produción, a dobraxe e a subtitulación e a exhibición de películas en lingua galega. Neste sentido son de interese as previsións contidas na Lei do audiovisual de Galicia que teñen por finalidade a consecución da normalización cultural e lingüística de Galicia (artigo 1), a promoción e difusión da cultura e a normalización da lingua galega (artigo 4) e a promoción da cultura e a lingua galega dentro e fóra de Galicia, en especial naquelas zonas nas que existan comunidades galegas no exterior (artigo 6).

b) Manifestacións culturais, teatrais e de espectáculos. Tamén aquí a Xunta asume a obriga de estimular todos estes eventos feitos en lingua galega. O labor de fomento véñse desenvolvendo fundamentalmente a través do Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais, que de conformidade á súa lei reguladora ten por finalidade vertebrala promoción e a expansión das distintas actividades e as inquedanzas culturais e artísticas da Comunidade galega³³.

c) A acción editorial. Trátase de contribuír ó fomento do libro galego, con medidas que potencien a produción editorial e a súa difusión. ■

³³ Tal e como expresa a exposición de motivos da lei 4/1989 do 21 de abril.



XORNADAS SOBRE O NOVO REGULAMENTO DA LEI DE CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

(EGAP, Santiago de Compostela, 3 e 4 de decembro de 2001)

Juan Manuel González Hiltner

Bolseiro de investigación da EGAP

Nun período de intensa actividade legislativa contemplamos abafados a reforma de boa parte das normas de cabeceira da disciplina de contratos. A consecución dos fins que a nosa Constitución lle asigna ó sistema das administracións públicas, unido ó condicionado do dereito comunitario, en constante cambio e expansión, motivaron, tamén no ámbito da contratación, importantes innovacións normativas. Desde a promulgación da Lei 13/1995 de contratos das administracións públicas, fóronse sucedendo ata sete reformas parciais do seu articulado. A destas modificacións operada pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, de profundo calado tanto cuantitativo –modifica máis de 110 artigos– coma cualitativo, autoriza na súa disposición final ó Goberno para que no prazo de seis meses, a partir da súa publicación, elabore un texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, e inclúe a facultade de regularizar, aclarar e harmoniza-los textos legais. Do exercicio desta delegación nace o Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, texto vixente da Lei de contratos das administracións públicas (en diante TRLCAP), que derroga tódalas disposicións anteriores.

O Real decreto legislativo 2/2000 ten como principal obxectivo o de refundi-las numerosas reformas legais introducidas na Lei 3/1995, do 18 de maio, e aprobar así un texto único da Lei de contratos das administracións públicas.

As xornadas realizadas pola Escola Galega de Administración Pública, con grande éxito de asistencia e participación, atenden, en última instancia, á necesidade evidente de dar conta das importantes reformas sufridas polo regulamento da contratación administrativa.

A sesión inaugural comezou coa cálida acollida dispensada polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, que expresou a vontade da EGAP de continuar coa formación especializada nunha materia de enorme significación na actuación das nosas administracións públicas. Así mesmo, o responsable da EGAP presentou as liñas principais das xornadas e os diferentes temas de reflexión escollidos, co obxectivo de profundar, da man de reputados especialistas, nas cuestións máis relevantes da disciplina da contratación pública, con especial énfase, nas dificultades que a súa aplicación práctica poida suscitar.

O primeiro relatorio das xornadas correu a cargo de **Martín Bassols Coma**, catedrático de dereito administrativo na Universidade de Alcalá de Henares. A súa intervención centrouse no réxime xurídico da clasificación das empresas contratistas: criterios de clasificación e procedemento administrativo, cunha mención do Rexistro oficial de empresas clasificadas e o Rexistro público de contratos.

Antes de entrar na propia análise dos epígrafes, procedeu a destacar algunhas notas normativas sobre o novo Regulamento xeral da lei de contratos das administracións públicas, aprobado por RD 1098/2001 do 12 de outubro¹ (en diante RXLCAP). O seu obxecto (art.1.1) é o desenvolvemento e execución do texto refundido da Lei de contratos das AA.PP, aprobado por RD legislativo de 2/2000 do 16 de xuño.

A continuación efectuou unha análise da regulación, eficacia derogatoria e réxime transitorio. A materia de clasificación recóllese nos arts. 25 a 33 do TRLCAP e nos arts. 25 a 53 do RGC. Ademais: DA (Disposición adicional 3^a (duración e efectos do silencio), DA 4^a modificación das categorías e disposición transitoria única -aplicación transitoria das normas e certificacións de clasificación-. Quedan derogadas as ordes ministeriais do 28 de marzo de 1986 e 16 de novembro de 1972 e 19 de decembro de 1993.

En canto ó réxime transitorio: a) como regra xeral os expedientes de contratación iniciados (se se publicara a licitación do contrato) e os contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor do regulamento

¹ BOE 26 de outubro de 2001.

xeral adxudicaranse por normativa anterior, e b) ata que caduquen por razón do prazo as certificacións de clasificación para contratos de servizos, expedidos con anterioridade á entrada en vigor do art. 37 deste regulamento xeral (dentro de seis meses), os órganos de contratación deberán admitir indistintamente os certificados de clasificación expedidos de acordo coas normas anteriores ou de acordo co art. 37, ó termos en conta a táboa de correspondencia do anexo II e os pregos de condicións particulares deberán facer referencia destas circunstancias.

En canto ós supostos, exencións e dispensa de clasificación de contratistas, o profesor Bassols Coma dixo que como norma xeral aparece o suposto de contratos de obra ou de servizos² con orzamento igual ou superior a 120.202'43 EUR (20.000.000 ptas.), o dito límite poderá ser elevado ou diminuído para cada tipo de contrato polo Ministerio de Facenda, trala audiencia das CC.AA. Sen embargo, quedan excluídos:

a) obxectivamente: servizos financeiros (art.206.6); servizos xurídicos (art. 206.21) e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e dos espectáculos (art. 206.26). Ademais, por RD poderán exceptuarse da clasificación para determinados grupos e subgrupos de obras e servizos ou ben esixirse no de obras, consultoría e asistencia e servizos nos que non sexa esixible, debido a circunstancias concorrentes nos ditos grupos ou subgrupos.

b) subxectivamente: empresarios non españois da UE (ou de estados signatarios do Acordo sobre o espazo económico europeo) e as universidades.

En canto á dispensa de clasificación:

a) excepcionalmente e por razóns de interese público, autorizado polo Consello de Ministros, tralo informe da xunta consultiva ou no ámbito CC.AA. por organismos competentes.

b) nova adxudicación de contrato deserto, con precisión prego particulares e anuncio de criterios selección de medios de acreditación previstos no art. 16 e 19 do TRLCA.

O órgano competente no ámbito da Administración do Estado é a xunta consultiva do Ministerio de Facenda, a través das comisións de contratistas de obras e servizos³ e a proposta do secretario da xunta consultiva⁴. Serán susceptibles de recurso de alzada ante o Ministerio de Facenda. Nas CC.AA., serán competentes as respectivas xuntas que se crearan⁵.

² Compreendido no art. 196.3 do TRLCA.

³ Disposición adicional 4ª.

⁴ Art. 49 Regulamento xeral de contratos (RXC).

⁵ Art. 10.3.

En canto ó procedemento⁶, pode ser a petición propia, conforme á Lei 3º/1992, Lei de procedemento administrativo común (LPAC), e formulario tipo da xunta de contratación. A duración máxima é de seis meses, transcorrido este prazo considéranse aceptadas se non se dicta unha resolución expresa⁷. Existen posibilidades de denegación cando son continuación, transformación, fusión ou sucesión doutras empresas e se acorde a suspensión da clasificación.

Seguidamente, o profesor Bassols mencionou os efectos xerais dos acordos de clasificación adoptados polas CC.AA (art. 50 RX). Unha vez remitido o expediente á xunta de contratación do Ministerio de Facenda, deberá adopta-lo procedemento nun prazo de 45 días e limitarse a pronunciarse sobre a procedencia da súa inscrición no Rexistro oficial de empresas cualificadas. Se nas tramitacións se aprecia que non procede adopta-lo acordo, daráselle audiencia á CC.AA. respectiva e suspenderase o prazo do procedemento.

Respecto da duración, revisión e comprobación das clasificacións, o profesor Bassols referiu o seguinte: o prazo de duración das clasificacións é de dous anos e poden ser revisadas, a petición das empresas ou pola propia Administración (art. 48 RX), e tramitarse de igual forma que os expedientes de clasificación e deberáselle dar audiencia ó interesado na revisión a proposta da Administración. Para a efectividade desta revisión o art. 32 do texto refundido da Lei de contratos concédelle á Administración potestades de comprobación.

As mesas de contratación, segundo o art. 51 do RX, serán as competentes na cualificación previa dos documentos presentados polos licitadores para comprobar se están comprendidos nos subgrupos e categorías esixidos nos «pregos de cláusulas administrativas particulares», e procederase a rexeita-las que non cumpran os requisitos. Esta comprobación verificarase conforme ós arts. 25 a 46 e en relación ás unións de empresas (art. 52).

Polo que respecta á suspensión das clasificacións o art. 33 do TRLCA e 53 do RX regulan o réxime xurídico da suspensión das clasificacións, nos que se contempla a audiencia do contratista e dos auxilios mutuos entre as administracións públicas respecto ó acordo de suspensión e publicidade rexistral.

O art. 34 do TRLC regula o Rexistro oficial de empresas clasificadas que no ámbito da Administración xeral do estado será levado pola xunta consultiva de contratación administrativa e dependerá do Ministerio de Facenda, e o dito rexistro é de carácter público. Conforme ó art. 34.2, as comunidades autónomas poderán crear así mesmo os seus propios rexis-

⁶ Art. 47 RXC.

⁷ Disposición 3ª do Regulamento xeral.

tros oficiais de empresas clasificadas. Entre os ditos rexistros a alínea 4 do dito artigo sanciona o deber de colaboración e de información mutua.

Respecto ó contido da inscrición o art. 34 da LC límitase a dicir que se inscribirán tódolos empresarios clasificados e a inscrición expresará «o contido da clasificación respectiva, así como cantas incidencias se producen durante a súa vixencia». O art. 54 do RXLC vén a especifica-lo contido das ditas inscricións que deberán conte-los seguintes datos: nome ou razón social do empresario –numero de NIF–, domicilio –grupos ou subgrupos, con expresión da categoría obtida–, –data e prazo de vixencia da clasificación– e acordos de prohibición de contratar e de suspensión de clasificacións.

Polo que afecta á inscrición no dito rexistro dos acordos das CC.AA. para que teñan efectos xerais, estarase ó disposto nas alíneas 5 e 6 do art. 50 do regulamento.

O art. 118 do TRLC contempla «para permiti-lo coñecemento dos contratos asinados polas distintas AAPP e dos seus adxudicatarios» –é dicir, con finalidades de transparencia– a existencia dun rexistro público de contratos pola xunta consultiva de contratación do Ministerio de Fazenda, sen prexuízo de que as distintas AAPP poidan (CCAA, entidades locais, organismos autónomos) constituí-los propios rexistros en réxime de coordinación entre eles.

Os arts. 114 a 117 do RXCA desenvolven o anterior precepto, e indica o art. 114.1 que, con exclusión dos contratos menores se farán consta-los seguintes datos: contido básico do contrato –cumprimento dos contratos–, modificacións, prórrogas do contrato ou do seu prazo de execución e a súa resolución. Respecto dos contratos adxudicados por empresas alleas ás administracións públicas no que se refire ós sectores da auga, enerxía, transportes e as telecomunicacións, as anotacións serán para os efectos estatísticos reflectidos na Directiva 93/38 CE. O art. 115 fai referencia á coordinación entre rexistros e ás súas respectivas inscricións e o art. 116 á inscrición de contratos derivados da adquisición de bens ou prestación de servicios de utilización común polas AAPP.

En canto á publicidade o art. 117 contempla a publicidade dos datos para os efectos estatísticos e da Administración tributaria, de acordo coa lexislación xeral ou cando esta última os reclame. O acceso público das consultas, con carácter xeral, está condicionado á concreta consulta dos datos. Sen embargo, cando se refiran a contratos adxudicados polo procedemento negociado de carácter secreto ou reservado no contrato de obras (art. 141.1.f), no de xestión de servicios públicos (art. 159.2.c), contrato de subministración (art. 182.h) e servicios (art. 210.c) requirirase unha autorización para o acceso á dita información.

Tras un breve descanso, o profesor Bassols Coma continuou coa segunda parte da súa intervención, dedicada ás garantías esixibles nos con-

tratos coas administracións públicas. O TRLC, aprobado por RD lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, no capítulo III, do libro I, título 11, contempla as «garantías esixidas polos contratos coa Administración» (arts. 35 a 47), preceptos todos eles de carácter básico, a excepción do art. 37 (dispensa de garantía definitiva en contratos de consultoría, asistencia nos servizos e contratos administrativos especiais), art. 38 (garantías nos contratos de xestión de servizos públicos) e art. 41 (prazo de constitución da garantía definitiva, que é de quince días). Conforme á disposición final 132, d) as porcentaxes das garantías fixadas nos respectivos art. 35.1 (2%); art. 36 (4,6 16,20 %) e art. 83.5 (20%) teñen carácter máximo. A disposición adicional 143 fixa a retención adicional do crédito do 10 % do importe de adxudicación nos contratos de obra de carácter plurianual.

Pola súa parte, o RXLCA, RD 1098/2001 do 12 de outubro, desenvolve os preceptos da lei nos arts. 55 a 65, os que son de carácter básico, salvo os prazos dos arts. 56.2 e 57.1 de trinta días naturais e no art. 58.2 a expresión por unha soa vez en relación á verificación de poderes en avais e seguros de caución. En relación ó contido das innovacións do RX son moi escasas xa que se limita a incorpora-lo RD 390/1996 de desenvolvemento parcial da Lei 13/1996, e introdúcense só algunhas adicións e complementos nos arts. 59, 60, 62 e 64.

Os contratos comprendidos no ámbito de aplicación do RXLCA para acudir ós procedementos abertos ou restrinxidos en contía superior ou igual a: contrato de obras (891,521,645 ptas. ou 5,358,153 euros, segundo art.135.1 TRLC), subministración (35,660,846 ptas. ou 214,326 euros -23,179,566 ptas ou 139,312 euros, cando neste último caso sexan adxudicados pola Administración do Estado. Organismos autónomos, entidades da SS e demais entidades públicas) e contrato de servizos (art. 202.2)- deberá acreditar unha garantía provisional equivalente ó 2% do orzamento do contrato (o establecido pola Administración como base da licitación, salvo que non se fixera esta previsión, se é así farase estimativamente) a disposición do órgano de contratación. Nos contratos de contía inferior á sinalada anteriormente, nos contratos administrativos especiais e nos privados será potestativa (art. 35.1,c) *in fine*. No contrato de xestión de servizos públicos rexeráse por criterios específicos (art. 38).

No procedemento negociado, calquera que sexa a contía, poderá esixirse a constitución da garantía que xurdirá o seu efecto ata a adxudicación (art. 35.4 do RXLCA).

A constitución da garantía global eximirá da constitución da garantía provisional, e producirá aquela os efectos inherentes a esta última (art. 35,6). Fóra destes supostos non haberá máis excepcións que as contempladas nos arts. 39 e 40 do RXLCA.

A sesión da tarde comezou coa intervención de José Manuel Díaz Lema, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Valladolid. O recentemente aprobado Regulamento xeral da lei de contratos das administracións públicas (Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro) supón a culminación das reformas normativas realizadas desde hai anos no ámbito da contratación administrativa. En virtude do real decreto lexislativo 2/2000, do 26 de xuño, aprobouse o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, e o seu regulamento xeral ve agora a luz.

En ámbolos dous casos trátase de normas esencialmente refundidoras: no caso do Decreto lexislativo 2/2000, este trae causa da Lei de contratos do Estado do 8 de abril de 1965 e das sucesivas reformas levadas a cabo, entre as que debemos destacar sobre todo a Lei 13/1995, do 18 de maio, así como as reformas introducidas nas distintas leis de disciplina orzamentaria, ou de medidas administrativas, fiscais e de orde social dos anos 1996 e seguintes.

Todas estas reformas introducidas na lexislación de contratos obedecían, por un lado, á necesidade de trasladar ó noso dereito diversas directivas comunitarias; por outro, ó perfeccionamento dos mecanismos de transparencia, e en último lugar, faise patente xa a necesidade de incorporar toda unha serie de normas dispersas que se viñan dictando desde os anos 1960, en definitiva, a necesidade de refundir esta consolidada lexislación. Aproveitando esta circunstancia o lexislador español ensaia unha nova sistematización nesta materia. Se a lexislación de contratos tradicional estaba construída sobre a regulación das obras públicas, de tal xeito que a regulación do resto dos contratos se facía por relación ó anterior (establecía, polo tanto, engadidos ou excepcións ó primeiro), nas reformas citadas e, por suposto, agora no texto refundido de 2000 preténdese avanzar na sistematización de toda esta materia e separar a parte xeral relativa ás normas comúns a tódolos contratos administrativos, mentres que a segunda se dedica a cada un dos contratos en concreto.

Hai momentos en que esta sistematización quebra, sobre todo pola riqueza dos contratos de obras públicas que resiste mal esta sistematización e porque hai certos trazos dos outros contratos (xestión de servizos públicos) que non acaban de encaixar de todo no molde citado. Á marxe desta apreciación, o que é evidente é que esta sistematización da contratación administrativa pon de manifesto e reforza, se cabe, a singularidade da contratación administrativa, cunhas normas comúns que son de aplicación a todo tipo de contratos administrativos.

Pois ben, os mesmos trazos refundidores advértense no regulamento do 2001. Tal como explica a exposición de motivos do regulamento atopámonos, en primeiro lugar, cun conxunto de disposicións que desen-

volven as remisións ó regulamento contidas na Lei de contratos. En segundo lugar, a maraña de disposicións regulamentarias que proceden da lexislación incluso dos anos 60, incorporouse tamén ó regulamento. Trátase, en definitiva de contar cun texto refundido neste sentido material que nos permita obvia-la maraña de disposicións regulamentarias aludida. Por descontado, incorpóranse tamén aquelas disposicións que trasladan directivas comunitarias. De tódolos xeitos, o axente impulsor das reformas na contratación administrativa foi por riba de *outros* o dereito comunitario. En último termo, este afán compilatorio do regulamento lévao a incorporar preceptos dos pregos de cláusulas administrativas xerais, que se consideran merecedores da súa inclusión no regulamento, o que supón a súa inescusable observancia. Levando ata o final este proceso refundidor ou compilatorio, como di a exposición de motivos no seu último parágrafo, incorpora os criterios da xunta consultiva de contratación administrativa contidos en diversos acordos e ordes ministeriais.

Desde o punto de vista da técnica normativa seguida, Díaz Lema sinalou que o regulamento non reproduce os preceptos legais para a continuación desenvolveselos, como foi bastante habitual no noso dereito, senón que, seguindo a mesma sistemática da lei ou texto refundido, vai engadindo paso a paso todas aquelas precisións regulamentarias que considera necesarias.

Con carácter introductorio tampouco debe esquecerse que o regulamento como o texto refundido de 2000, arranca do artigo 149.1.18^a da CE (lexislación básica de contratos administrativos), o que é por suposto tanto de aplicación ós preceptos legais coma ós regulamentarios. A este respecto a disposición final 3^a do texto refundido de 2000 deixa ben claro que terán carácter básico as normas regulamentarias que constitúan complemento ou desenvolvemento das normas legais ás que se lles atribúa o carácter de básicas. Isto é, haberá que analizar en caso de dúbida, de acordo coa disposición final 1^a do texto refundido, se o artigo ou alínea en cuestión ten carácter básico ou non, ou o que é o mesmo, se corresponde, por tanto, ó ámbito da lexislación autonómica. Non é o momento de detérmonos nesta singular forma de supletoriedade que crea o texto refundido de 2000, que parece inspirarse máis ben no criterio tradicional do Tribunal Constitucional da supletoriedade do dereito do Estado máis que no novo que empeza a aplicarse a partir do ano 1996 e calla na STC 61/1997 (lexislación do solo).

A continuación, o profesor Díaz Lema pasou a expoñe-las singularidades do regulamento, tendo ben presente en todo momento o texto legal sen o que aquelas innovacións aparecen faltas de referencia.

En primeiro lugar tratou os «pregos de cláusulas administrativas e técnicas xerais e particulares». A *formación da vontade da Administración* é un proceso complexo, e isto reflíctese na contratación administrativa na

existencia duns pregos previos á contratación que no esencial orientan os órganos intervinientes. Por outra parte, é moi importante asegurar certos trazos de uniformidade na contratación administrativa, que facilitan igualmente os pregos.

O noso dereito, di Díaz Lema, vén distinguindo os seguintes tipos de pregos: por un lado, os administrativos e os técnicos; por outro os pregos xerais e os particulares. De acordo con isto, a lei nos artigos 48 e seguintes fai referencia ós pregos de cláusulas administrativas xerais, de cláusulas administrativas particulares, de prescricións técnicas xerais e de prescricións técnicas particulares.

No que se refire ó primeiro, prego de cláusulas administrativas xerais, a lei limítase no artigo 48 a atribuírlle ó Consello de Ministros a súa aprobación, a iniciativa dos ministerios interesados (e remite en canto ás comunidades autónomas e entidades locais ós seus órganos respectivos). O contido destes pregos, como sinala o Regulamento no artigo 66, é un conxunto de declaracións xurídicas, económicas e administrativas aplicables, en principio, ós contratos dun obxecto análogo. Entre os pregos xerais debemos destacar pola súa importancia o de obras do Estado, aprobado polo Decreto do 31 de decembro de 1970, ou o de contratación e mantemento de equipos e sistemas informáticos aprobado polo Decreto do 5 de outubro de 1973. Algunhas das disposicións do primeiro, o de obras do Estado, foron incorporadas ó regulamento por considerar que tiñan carácter regulamentario. De feito, os pregos foron a fonte da regulación dos contratos administrativos.

O artigo 66.2 do Regulamento de contratación establece o contido en concreto destes pregos: execución do contrato, dereitos e obrigacións das partes, modificación, resolución, extinción, etc. Trátase en definitiva dun conxunto de normas complementarias á lei e ó regulamento, vertendo ou especializando en cada tipo de contrato as disposicións legais ou regulamentarias.

Moito máis amplo e preciso se mostra o regulamento na determinación das cláusulas administrativas particulares, no moi longo artigo 67. O prego administrativo particular é o que define o contido do contrato, como o seu propio nome indica, e por iso ten que ser aprobado polo órgano de contratación competente, segundo o artigo 49.2 da lei, e sempre antes da perfección ou licitación do contrato. Pois ben, o regulamento no artigo citado vai establecendo con todo detalle para cada un dos contratos administrativos típicos o contido do prego administrativo particular. Mellor dito, seguindo o propio esquema da lei, primeiro establece o contido común de tódolos contratos administrativos típicos, no artigo 67.2 e a continuación os trazos diferenciais de cada un deles.

Finalmente, o profesor Díaz Lema engadiu dúas observacións sobre os pregos de cláusulas, administrativas. O artigo 49.3 da lei admite a

existencia de modelos tipo que substitúen ós pregos particulares en contratos de natureza análoga. Trátase dunha figura intermedia entre o prego xeral e o particular, que en organismos administrativos cun volume importante de contratación debe ter unha ampla aplicación. En segundo lugar, o artigo 67 do regulamento insiste en varias ocasións na posibilidade de que as cláusulas do prego particular contradigan as do xeral, en desenvolvemento do artigo 50 da lei. O noso dereito de contratos administrativos sempre admitiu esta posibilidade, que ten o sentido de adecuar ás características de cada contrato o prego xeral, e en caso de que non sexa posible, simplemente establecer unha cláusula que pode contradicilo. Isto demostra a peculiar posición xurídica do prego xeral fronte ó particular, a imposibilidade de aplicar aquí criterios propios da estricteza legalidade administrativa, simplemente porque nos atopamos no mundo da contratación e, polo tanto, a Administración debe gozar tamén dunha moi ampla discrecionalidade (dentro da lei, desde logo).

O regulamento dedícalle moita menor extensión ós pregos de prescricións técnicas, aínda que debemos resaltar que o prego xeral queda aquí escurecido polo prego particular, que debe referirse segundo o artigo 68 ás características técnicas dos bens ou prestacións do contrato, o prezo das unidades e o número das que serán subministradas. En canto ás obras engade as características que deben reuni-los materiais.

O artigo 52.1 da lei esixe que as prescricións técnicas se definan por referencia a normas nacionais que traspoñan normas comunitarias, documentos de idoneidade técnica europeos ou especificacións técnicas comúns, e engade que regulamentariamente se fixarían os casos nos que se podería prescindir deles. O regulamento concretou as ditas excepcións no art. 69 cunha importancia práctica notoria, e débese xustificar tal excepción no prego de cláusulas técnicas particulares. Finalmente, dentro das excepcións amparadas no art. 52.2 da lei, o art. 70 do regulamento exceptúa as subministracións de material para mantemento, repostos ou substitución de equipos existentes.

En canto á formalización dos contratos o art. 51 do regulamento desenvolve o art. 54 da lei, que establece como normas máis importantes a necesaria formalización en documento administrativo que pode ser levantado a escritura pública se así o solicita o contratista e co pago dos gastos derivados do seu outorgamento. A continuación, o regulamento establece os datos que deben constar no documento, e resume no substancial o contido dos pregos de cláusulas particulares, e o mesmo método que xa viramos anteriormente: unhas esixencias comúns para tódolos contratos típicos –e os especiais véxase a alínea 8 do art. 51–, e unhas esixencias engadidas para cada un dos contratos típicos: obras, etc. Como resulta que o prego de cláusulas particulares debe ser engadido ó documento contractual como anexo, segundo a alínea 90 do mesmo

precepto, parece evidente a redundancia. Pero en caso de dúbida entre prego ou documento haberá que entender que rexe o segundo.

A continuación o art. 72 do regulamento desenvolve algúns aspectos do art. 56 da lei en relación cos chamados «contratos menores», isto é, os de reducida contía previstos nos arts. 121, 176 e 201 da lei (ata cinco millóns nas obras; e ata 2 millóns nas subministracións e consultoría). A lei prevé que a formalización se fará a través da correspondente factura, que reúna os requisitos regulamentariamente establecidos.

O art. 72 do regulamento remite ó Decreto 2402/1985, sobre a emisión de facturas, e concreta os termos concretos que deben ter. Pero, o regulamento engade un par de cousas máis: exceptúa a factura en certas subministracións ou servicios cunha prestación que se acredite no tráfico comercial polo correspondente comprobante ou recibo, cos requisitos que esixe o mesmo precepto (alínea 3 do art. 72). Por último, a alínea 4 engade a posibilidade de asinar contratos menores referidos a un gasto de carácter xenérico, que en ningún caso poderá supera-los límites xa sinalados. Isto permite multiplica-los contratos menores, sempre que cada un deles respecte a contía establecida.

Polo que respecta ás actuacións administrativas preparatorias, nos arts. 67 e seguintes a lei prevé as actuacións preparatorias dos contratos. Trátase dunha fase previa á contratación propiamente dita, que se desenvolve no plano interno da Administración, pero que ten unha entidade xurídica evidente. Pois ben, nesta fase preparatoria deben incorporarse ó expediente de contratación os pregos particulares técnicos ou administrativos, a documentación do crédito e aprobación do gasto a que este se refire, art. 67.2. E no que agora nos interesa especialmente, o órgano de contratación debe «xustifica-la necesidade do contrato» (art. 67.1), sen maiores precisións. O regulamento no art. 73 desenvolve esta xustificación da necesidade do contrato.

Unha parte non desdeñable das reformas que se deron na lexislación de contratos está relacionada coa súa publicidade ó servicio das normas sobre transparencia que impón a pertenza á Unión Europea. A lei regula no art. 78 e concordantes a publicidade das licitacións, que nuns casos lles corresponderá ós boletíns nacionais, noutros ó *Diario oficial das comunidades europeas*. Só os contratos a que se refire o art. 78.3 da lei son de inserción obrigatoria no *Diario europeo* (obras, subministracións, consultoría, asistencia técnica e servicios, a partir dunha certa contía). Polo demais, hai que ter en conta que non só son obxecto de publicidade os anuncios indicativos, senón tamén a licitación e a adxudicación dos contratos (art. 93 da lei).

O art. 75 do regulamento deixa claro que correrá a cargo do adxudicatario do contrato a publicación dos anuncios a que se refire o art. 78 da lei e por unha soa vez. Polo tanto, as aclaracións ou rectificacións poste-

riores serán de conta da Administración (órgano contratante). Polo contrario, a publicidade dos anuncios indicativos e da adxudicación do contrato, a teor do art. 76 do regulamento, considérase publicidade oficial e a súa inserción será obrigatoria.

A continuación, no art. 78, o Regulamento regula aspectos relacionados coas informacións que os contratistas lle solicitan á Administración ou que esta deba facilitarlles. A publicidade nos boletíns oficiais correspondentes complementábase co deber da Administración de informar sobre as características dos contratos en tramitación. Así, no procedemento aberto os interesados poden solicitarlle á Administración a remisión da documentación (prego particular e documentos complementarios), que lles deben ser remitidos no prazo de seis días seguintes á recepción da petición. No caso dos procedementos restrinxido e negociado, xa que hai unha previa selección da Administración, esta debe remitirlles ós candidatos seleccionados a referida documentación.

O art. 81 da lei establece a composición e funcións da Mesa de contratación, que o art. 79 do regulamento desenvolve, nalgúns aspectos secundarios. En concreto, a lei remite ó regulamento para establece-lo número de vocais que a compoñen, que este fixa nun mínimo de catro vocais. Na alínea 2ª do mesmo art. 79 prevense dúas formas de designación de vocais das mesas ou ben de xeito específico para cada contrato, ou ben de forma permanente. Neste último caso ou se a mesa vai intervir nunha pluralidade de contratos, a súa composición debe ser obxecto de publicación no BOE.

En canto ás proposicións dos interesados, baixo esta rúbrica o regulamento, nos arts. 80 e seguintes, desenvolve o art. 79 da lei e outros concordantes. En primeiro lugar, régúlase a forma de presentación da documentación, deixando claro o regulamento que se entregan dous sobres, nos que se conterán, no primeiro, a documentación á que se refire o art. 79.2 da lei (acreditación da personalidade xurídica do empresario, cualificación da empresa, garantía provisional, etc.); no segundo, a proposición propiamente dita. Admite a alínea 4 do art. 80 o anuncio por correo electrónico da presentación da documentación, só se se admite no prego particular. Unha vez entregada ou remitida a documentación, remitiráselle ó secretario da mesa.

Para o caso do procedemento negociado rexe unha regra especial, acorde coas súas características: as ofertas presentaranse directamente ante o órgano de contratación.

Unha vez recibida a documentación, a mesa debe proceder á súa cualificación, de acordo co art. 81 do regulamento. Para estes efectos, o presidente ordenará a apertura do sobre que conteña a documentación do art. 79.2 (só deste, naturalmente), concedéndolle ós licitadores un prazo máximo de tres días para corrixir ou emendar defectos ou omisións reparables

ante a propia Mesa de contratación. A continuación, a mesa debe determinar as empresas que, axustándose ós criterios de selección, están admitidas, as rexeitadas e as causas do rexeitamento. Esta fase de cualificación da documentación e valoración da selección das empresas é interna.

A continuación débese proceder á apertura en acto público das proposicións de acordo co art. 83 do regulamento, poñendo de manifesto en primeiro lugar o presidente da mesa o resultado da cualificación dos documentos presentados. As ofertas rexeitadas quedan fóra do procedemento de adxudicación, de tal xeito que nin sequera se abren os sobres coas correspondentes proposicións. Neste momento procédese á apertura dos sobres coas proposicións, que poden ser rexeitadas nos supostos do art. 84 do regulamento (se non gardan concordancia coa documentación admitida, se exceden do orzamento, etc.). A desestimación destas propostas debe ser motivada.

En canto ós procedementos aberto, restrinxido e negociado, baixo este epígrafe os arts. 85 e ss. do regulamento desenvolven aspectos parciais dunha serie de artigos da lei estreitamente relacionados co procedemento.

En primeiro lugar, o art. 85 do regulamento desenvolve os criterios para apreciar unha proposición desproporcionada ou temeraria. O art. 83.3 da lei remite precisamente neste punto á regulación regulamentaria, que neste caso reviste gran transcendencia. A norma vai establecendo o carácter desproporcionado ou temerario en función do número de poxadores presentados. Se hai un só licitador, debe existir unha diferenza sobre o orzamento base superior ó 25%. Se concorren dous poxadores, a oferta debe ser un 20% inferior á do outro poxador. Se concorren tres, debe obterse a media aritmética das presentadas, de xeito que será desproporcionada ou temeraria a oferta inferior nun 10% á dita media. A mesma regra rexe con matices para o caso de que existan catro ofertas presentadas ou máis.

Agora ben, este criterio regrado e matemático pode ser sorprendentemente alterado de forma parcial polo órgano de contratación, de acordo coa alínea 5 do mesmo art. 85: o prego particular pode reducir estas porcentaxes nun tercio de forma motivada. Un problema especial xorde no caso de ofertas presentadas por empresas pertencentes ó mesmo grupo, no sentido do art. 42 do Código de comercio. O art. 83.3 remite neste punto ó regulamento, que no art. 86 establece que se considerará, para os efectos de determinar baixas desproporcionadas ou temerarias, unicamente a proposta máis baixa, e ás restantes aplícaselles, polo tanto, o procedemento de determinación de baixas desproporcionadas ou temerarias. A alínea 3 do mesmo art. 86 obriga a estas empresas a presentar declaración sobre estes extremos: hai que entender sobre a súa vinculación ó mesmo grupo económico e sobre as ofertas presentadas.

Na alínea 4 do mesmo art. 86, aplícase unha regra similar para os concursos. A Lei 53/1999 de reforma da lexislación de contratos preveu a aplicación do procedemento de determinación de baixas desproporcionadas ou temerarias tamén ós concursos, e o regulamento engade que será o prego particular o que estableza os criterios para valorar as proposicións formuladas por empresarios pertencentes ó mesmo grupo.

Outro aspecto importante é a proposta de adxudicación. O art. 87 do regulamento, como conclusión á intervención da Mesa de contratación no procedemento de adxudicación, prevé non só que esta sinalará a proposición de prezo máis baixo ou economicamente máis vantaxosa, senón tamén se lles permite ó resto dos poxadores a formulación de observacións ou reservas contra o acto celebrado. Hai, polo tanto, neste momento unha fase de reclamacións na adxudicación do contrato que se producirán por escrito nun prazo moi breve (dous días), que deben ser resoltas pola mesa. Con isto conclúe o procedemento de adxudicación, mellor dito, a intervención da mesa nel.

A especialidade nos concursos aparece mencionada nos arts. 88 a 90 do regulamento que establecen algunhas especialidades no procedemento de adxudicación dos concursos. O art. 88 refírese a aqueles concursos cun proxecto ou orzamentos que non puideran ser establecidos previamente pola Administración e deban ser presentados polos licitadores (art. 85.a) da lei). Ó non estar nesta fase determinado o obxecto do contrato, o art. 88 ordena que non se procederá á fiscalización do gasto, á súa aprobación, e á adquisición do compromiso correspondente ata que o concurso sexa adxudicado (cando se coñeza o importe e as condicións do contrato). O art. 89 refírese á admisión de variantes ou alternativas técnicas nos concursos.

Na segunda parte do seu relatorio, o profesor Díaz Lema abordou en primeiro lugar a execución e modificación dos contratos. Baixo esta rúbrica regula o regulamento unha serie de incidencias relacionadas co privilexio de execución e modificación dos contratos, e co incumprimento dos prazos. Ante todo, o art. 94 deixa perfectamente establecido o privilexio de dirección do contrato. Os arts. 97, 101 e 102 establecen diversas normas sobre as consecuencias da modificación dos contratos. É importante salientar que o art. 101 establece que a revisión de prezos non ten o carácter de modificación do contrato, e, polo tanto, non lle é de aplicación o que se acaba de sinalar.

Dentro deste mesmo capítulo sobre a execución e modificación dos contratos, os arts. 96, 98, 99 e 100 regulan as consecuencias do atraso na relación dos contratos. O primeiro, o art. 96, prevé a readaptación das anualidades en caso de atraso no comezo da execución do contrato, suspensións, etc. O art. 98 complementa o art. 95.3 da lei, que prevé en caso de atraso do contratista, ou ben a resolución do contrato ou a imposi-

ción de penalidades. Pois ben, neste último caso o regulamento engade a concesión da ampliación dos prazos para a terminación do contrato. O art. 99 prevé a forma de cobro das ditas penalidades: mediante dedución das certificacións de obra ou documento correspondente nos restantes contratos. Polo demais, deixa claro que o pagamento das penalidades está á marxe das indemnizacións esixibles pola Administración como consecuencia dos danos producidos (penalidades = art. 95 da lei; indemnización = art. 97 da lei). Por último, o art. 100 prevé o sistema de prórrogas do prazo de execución. Pode solicitalo o contratista nun prazo de quince días desde que se produciu o feito orixinario da prórroga. De non facelo enténdese que renuncia a este dereito, pero pode a Administración, aínda que o contratista non o solicitara no prazo, acordala prórroga dentro do último mes do prazo de execución (art. 100.3 do regulamento).

Finalmente, o art. 103 desenvolve o art. 102 da lei sobre a suspensión do contrato. Debe redactarse unha acta, que no contrato de obras debe ser especialmente precisa, segundo a alínea 2 do mesmo precepto, comprendendo a medición da obra executada, os materiais achegados e asinada polo director da obra, e non soamente polo contratista como sucede no resto dos contratos administrativos.

Respecto da extinción dos contratos e o cumprimento, os arts. 107 e 108 do regulamento engaden algunhas precisións sobre o establecido nos arts. 110 e ss. da lei. O cumprimento do contrato esixe a recepción ou conformidade por parte da Administración dentro do mes seguinte á entrega ou realización do contrato (110.2 da lei). O regulamento engade que se a recepción pola Administración se produce fóra do dito prazo, debe indemnizar ó contratista polos danos e perdas que a demora lle irroque.

Respecto da extinción dos contratos e a resolución o art. 111 da lei prevé as causas de resolución, e o art. 112 remítelle o procedemento ó regulamento. O art. 109 deste desenvolve a lei, e lembra en primeiro lugar que lle corresponde ó órgano de contratación a resolución (e no seu caso ó Consello de Ministros, como xa dicía o art. 12.2 da lei), e a continuación establece as fases deste procedemento: audiencia do contratista; audiencia do avalista ou asegurador se se propón a incautación da garantía; informe do servizo xurídico, dictame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, só en caso de que o contratista lle formule unha oposición á resolución.

Entre as causas de resolución do contrato, o art. 111 da lei sinala a morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual, pero o art. 112.2 *in fine* da lei aclara que a resolución aquí é potestativa, fronte ó que sucede noutros supostos como a quebra ou o concurso de acredores. A alínea 3 do mesmo artigo insiste novamente no carácter potestativo da

resolución, e atribúelle-la iniciativa para a continuación do contrato ós herdeiros do falecido ou ó representante do incapaz, e engade na alínea 2 que a resolución do contrato neste suposto non lle dá dereito a indemnización polo resto do contrato deixado de executar.

En canto ós efectos da resolución, o art. 113 da lei, na alínea 5, limítase a dicir que o acordo de resolución conterà un pronunciamento expreso acerca da procedencia ou non da perda, devolución ou cancelación da garantía constituída. O art. 111 do regulamento singulariza unha concreta situación, a da resolución no caso de quebra culpable ou fraudulenta do contratista, que leva consigo necesariamente a perda da garantía definitiva. En tódolos demais supostos de resolución correspóndelle á Administración arbitrala solución adecuada. Polo tanto, os únicos casos en que se impón a perda de garantía *ex lege* son o incumprimento culpable do contratista (113.4 da lei), e a quebra do contratista (art. 111 do regulamento). Nos demais déixase ó criterio da Administración.

Outro suposto de resolución singular é o contido no art. 111.h) da lei (por causas establecidas no contrato), que o art. 112 do regulamento precisa algo máis, no sentido de que as consecuencias serán neste caso as establecidas no propio contrato, e no seu defecto aplicaranse a lei e o regulamento de forma analóxica. En relación con este mesmo suposto, o propio art. 112 do regulamento na alínea 2 imponlle ó contratista o deber de sixilo.

Por último, engade tamén o regulamento unha regra para o caso da resolución por incumprimento culpable do contratista, que segundo o art. 113.4 da lei dá lugar á incautación da garantía e á indemnización dos danos á Administración. O regulamento engade unha precisión procedementa, no sentido de que debe adoptarse en decisión motivada trala audiencia do contratista, e fixa, ademais, os criterios que hai que ter en conta para a fixación da indemnización: o atraso que implique para a inversión proxectada e os maiores gastos que ocasione para a Administración.

A primeira intervención matinal da segunda e derradeira xornada, correu a cargo de **Javier Suárez García**, avogado do Estado e director da Aseoría Xurídica da Xunta de Galicia, quen sinalou que a reforma da Lei de contratos das administracións públicas no tivo un especial impacto en Galicia, xa que ó tratarse dunha lei estatal de xeral aplicación a tódalas administracións públicas comprendidas no seu ámbito de aplicación, e son a maioría dos seus preceptos de carácter básico. Polo demais, deu unha perspectiva xeral da evolución sufrida pola normativa de contratos, que revela, segundo Javier Suárez, unha mellora das técnicas e a depuración dos procedementos, así como, xa no campo dos contratos administrativos, un fortalecemento da posición do contratista ó longo da execución.

O último relatorio das xornadas dedicouse ás novidades introducidas no réxime xurídico do contrato de xestión de servicios públicos e de subministracións, cunha especial referencia ós contratos de consultoría e asistencia e ó de servicios. Para isto contouse coa intervención de **Enrique Gómez-Reino Carnota**, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela. A súa acreditada experiencia na contratación pública xustificaba a participación do señor Gómez-Reino Carnota.

Fixo unha sintética introducción histórica na que dixo que o círculo normativo da regulación da contratación administrativa se vén pechar agora coa aprobación, polo Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro (BOE do 26 de outubro), do Regulamento de contratos da lei de contratos das administracións públicas. Na exposición de motivos do Real decreto 1098/2001 contense unha declaración formal no sentido en que o novo regulamento non cumpre tanto unha función innovadora canto compilatoria das anteriores disposicións regulamentarias que conservaban a súa vixencia, ben por non opoñerse á LCAP e posteriormente ó TRLCAP, ben por constituí-lo desenvolvemento parcial destes. Baixo estas premisas, Gómez-Reino referiuse á concreta cuestión das limitadas novidades que a aprobación do novo texto regulamentario introduciu nos contratos de xestión de servicios públicos e de subministración.

O *contrato de xestión de servicios públicos* é aquel polo que as administracións públicas lle encomendan a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servicio público, sempre que tal xestión non se realice mediante a creación dunha entidade de dereito público ou se atribúa a unha sociedade de dereito privado de capital exclusivamente público. En relación coa exclusión destes supostos de personificación, co TRLCAP produciuse unha volta á situación anterior á LCAP de 1995 ó esixirse de novo a participación da Administración ou de entes públicos dependentes dela no capital das referidas sociedades de dereito privado sexa exclusiva ou total. Esta modificación afectaralle ó réxime da sociedade de economía mixta para os casos en que a Administración, ou algún dos seus entes, participen nela.

O contrato de xestión de servicios públicos é, na configuración legal do TRLCAP, un contrato administrativo típico, e isto significa, en primeiro lugar, que debe rexerse polas disposicións do propio texto refundido en canto á súa preparación, adxudicación, efectos e extinción, supletoriamente polas restantes normas de dereito administrativo e, no seu defecto ou no previsto por elas, polas normas de dereito privado que resulten de aplicación. En segundo lugar, a tipicidade do contrato implica a atracción á orde xurisdiccional contencioso administrativa de tódalas controversias que xurdan entre as partes. A esencia institucional do contrato radica no feito de que a prestación do servicio debe facerse de xeito

continuo e regular durante o tempo pactado, sen que o obxecto contractual se esgote na actividade do contratista senón que, vencido o prazo do contrato concreto, o servizo seguirá a ser prestado polo outro ou o mesmo contratista ou pola Administración directamente (STS do 18 de outubro de 1994).

Unha primeira lectura do texto regulamentario en canto á xestión de servizos públicos parece chama-la atención acerca do que suporía unha alteración substancial das coordenadas ata agora habituais: trátase da non meción da *concesión* como modalidade da xestión indirecta dos servizos públicos (art. 156 a do TRLCAP). Aínda que esta omisión responde máis ben a unha sistemática deficiente que a un *animus* deliberado de residencia-la regulación desta modalidade concesional fóra do regulamento.

En canto á modalidade de contratación por *xestión interesada*, é dicir, a que implica a coparticipación da Administración e o empresario nos resultados da explotación do servizo, o art. 180 do novo Regulamento alude á posibilidade de establecemento dun ingreso mínimo a favor de calquera das partes asociadas, que abonará a outra parte, cando o resultado da explotación non alcance a cubrir un determinado importe de beneficios. Non se trata dunha novidade pois xa se incluía no art. 204 do anterior Regulamento de contratos.

No que se refire á modalidade de *concerto*, o art. 181 do novo regulamento sinala que se utilizará naqueles supostos nos que para o desempeño ou maior eficacia dun servizo público lle conveña á Administración contrata-la actividade privada de particulares que teña análogo contido ó do respectivo servizo. A principal novidade que se observa é a desaparición do prazo máximo de duración destes contratos que era de oito anos con carácter xeral, tal como se contemplaba no anterior regulamento (art. 205). Na actualidade o recurso ó concerto non coñece máis límites temporais cós xenéricos de cincuenta, vintecinco e dez anos (art.157 TRLCAP).

Pasando xa á modalidade de xestión a través de *sociedade de economía mixta*, é preciso sinalar que a novidade radica na desaparición da anterior esixencia de que, con carácter xeral, a participación pública deba ser maioritaria. Na hora actual non resulta xa inherente á figura esta participación pública maioritaria e, cando é exclusiva, implica a exclusión do réxime do contrato de xestión de servizos públicos, tal como establece o art. 154.2º TRLCAP. Tamén desapareceron as previsións explícitas referentes ás esixencias de publicidade e concorrencia das achegas privadas de capital ás sociedades deste tipo con promoción de iniciativa pública.

Unha novidade importante introdúcese co art. 185 do regulamento que vén así a enche-lo baleiro normativo producido polo feito de que o art. 155.5º TRLCAP declaraba a non aplicabilidade de, entre outros, o art. 110 do mesmo texto ás modalidades contractuais de xestión de servi-

cios públicos. Para este suposto, o novo art. 185 do regulamento dispón que «a recepción das obras de conservación, reparación ou acondicionamento que se realicen con interrupcións do servizo público ou adopción de medidas temporais de adecuación do seu funcionamento, pero sen a súa suspensión, efectuaranse unha vez que se restablecera a prestación normal do servizo». Deste xeito adáptanse ás peculiaridades deste contrato unhas previsións, as da recepción das obras executadas, que non se compadecen ben coa natureza dinámica e permanente do obxecto contractual da xestión de servizos públicos, ó tempo que se asegura a continuidade que lle é inherente.

Por último, o regulamento reitera a regra xa prevista no anterior texto de que, no suposto de intervención do servizo o órgano de contratación que adxudicara o contrato nomeará o funcionario ou funcionarios que deban desempeñar as funcións interventoras e decisións ás que deberá someterse o contratista durante a intervención (art.186). A matización ten relevancia naqueles supostos en que a contratación se someta á aprobación de órgano distinto do que contrata de acordo co establecido no art.12 TRLCAP.

Respecto ó contrato de subministración o TRLCAP dedícalle o título III do libro II que contén as importantes modificacións introducidas pola normativa comunitaria, en especial pola Directiva 93/36/CEE do Consello, sobre a coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de subministración, modificada, á súa vez, pola directiva 97/52/CE do Parlamento e do Consello.

Na nova normativa, coma na anterior, o contrato de subministración constitúe un heteroxéneo conglomerado de figuras negociais cun único denominador, o de recaer sobre bens mobles. A súa definición aparece no art. 171 TRLCAP, e estende o réxime do contrato de subministración ás adquisicións de bens semoventes, de xeito que quedan sometidas ás disposicións do TRLCAP e do propio regulamento sen prexuízo das previsións contidas en normas especiais na medida en que non contradigan aquelas (art.188).

O regulamento contén as regras para a determinación da contía destes contratos, o cal é funcional para a aplicación das regras sobre publicidade, procedementos e formas de adxudicación, modificación contractual, etc.

Con todo, alí onde o novo regulamento mostra a súa vertente máis claramente innovadora en relación cos contratos de subministración é no desenvolvemento do contido e procedemento de contratación para a adquisición de equipos e sistemas para o tratamento da información e para a adquisición centralizada de bens de utilización común. Ámbalas dúas cuestións ocupan o capítulo II do título III do libro II do Real decreto 1098/2001.

En relación cos contratos para a *adquisición de equipos e sistemas informáticos*, o regulamento fai un tratamento conxunto, como contrato de subministración, da adquisición dos bens e do seu mantemento. Así, somete o mantemento ó mesmo réxime que o ben sobre o que se proxecta (arts. 190.2º e 3º). Pola súa parte, a esixencia dun conxunto de cláusulas diferenciado para cada tipo de prestación pode servir para salvar as dificultades que pode presentar a regularidade dunha contratación na que a prestación supostamente accesoria (o mantemento) pode ter un peso económico maior que a propia adquisición do ben (prestación principal).

No que se refire ós contratos para a *adquisición centralizada de bens declarados de utilización común*, o art. 193 do regulamento efectúa o desenvolvemento do art. 183 TRLCAP, o cal se refire á adquisición de dous tipos de adquisicións centralizadas: a) mobiliario, material e equipo de oficina e outros bens, por unha parte (art.183.1º) e b) equipos e sistemas informáticos e os seus elementos complementarios ou auxiliares (art.183.2º), por outra parte. Ámbolos tipos de adquisicións poden efectuarse centralizadamente trala declaración do Ministerio de Facenda determinando os bens que deben adquirirse desta forma a través dunha orde que terá efecto desde a súa entrada en vigor (art.193.1º).

Convén ter en conta que, ademais dos bens ós que aludimos, tamén poden contratarse centralizadamente os servizos ós que se refire o art. 196.3º do TRLCAP segundo dispón o art.199 do dito texto.

O órgano competente para a contratación é, en calquera dos supostos a) e b) arriba descritos, a Dirección Xeral do Patrimonio do Estado seguindo o procedemento que agora se contén no regulamento e que se articula a través de dous contratos diferenciados: un que ten por obxecto a determinación do tipo de cada clase de bens e outro que ten por obxecto as concretas adquisicións.

Unha última cuestión en relación co contrato de subministración, é a que fai referencia á *fabricación de bens mobles pola Administración*, suposto do que o TRLCAP contempla dúas modalidades (art.194): ben que os bens se fabriquen polos propios medios persoais ou reais da Administración; ben que se verifique coa colaboración de empresarios particulares. Este último suposto é definido pola propia lei como un contrato administrativo pero non de subministración porque a fabricación dos bens está a cargo do órgano xestor da Administración (art.194.2º TRLCAP).


Polo demais, o regulamento efectúa agora unha remisión ás normas relativas á execución de obras pola propia Administración (art. 194 do regulamento, que remite ós arts. 173 e 178 do mesmo texto). O recurso ó procedemento negociado para a adxudicación destes contratos só pode darse nos supostos legalmente establecidos (neste caso, os contemplados nos arts. 181 e 182 TRLCAP).

Gómez-Reino Carnota rematou a súa intervención cunha breve referencia ós *contratos de consultoría á asistencia e ó contrato de servicios*.

Estes contratos, que a vella Lei de contratos do Estado chamaba *contratos de estudos e servicios* e que se rexían polo Decreto 1005/1974, do 4 de abril (xenericamente recibían a denominación nesta norma de *contratos de asistencias*), ocupan agora o título IV do libro II do TRLCAP e o seu desenvolvemento regulamentario contense no título IV do libro II do Real decreto 1098/2001.

As principais modificacións do réxime de contratos derivan da mencionada Lei 53/1999, de modificación da LCAP e antecedente inmediato do texto refundido de 2000. O TRLCAP incorporou estas modificacións, e deben considerarse vixentes, no que non se lle opoñan, as disposicións regulamentarias que viñan regulando estes contratos, en concreto o Decreto 1005/1974. Este é expresamente derogado polo Regulamento 1098/2001 (disposición única 2.c)).

En todos estes contratos ten unha importancia especial o establecemento do sistema para a determinación do prezo, extremo que debe incluírse no prego de cláusulas administrativas particulares (art.202 TRLCAP). O art. 197 contén as definicións do que debe entenderse por cada un destes elementos. Dada a natureza das prestacións que constitúen o obxecto destes contratos, presentan particular interese as regras para a valoración da execución dos traballos que serven de base para a expedición das certificacións para o seu aboamento (art.199 do regulamento).

Non resta máis que felicitar ós intervinientes e público en xeral pola excelente acollida destas xornadas e que permitiron celebra-lo seu éxito, así como destaca-la importancia destes fructíferos encontros que achen o mundo académico e o profesional. A necesidade de intercambio e contraste a que responden estas xornadas séntese con particular intensidade no dereito administrativo e, especialmente, no ámbito dos contratos públicos, sector onde pugnan e entran en conflito de xeito paradigmático os principios de eficacia e de obxectividade no servizo dos intereses xerais pola Administración pública. 

XORNADAS SOBRE URBANISMO E CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

(Lugo, 13 e 14 de febreiro de 2002)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Cada día é máis acentuada a tendencia a ter en conta todo o relacionado co, xenericamente chamado, medio natural. Tradicionalmente a contaminación foi, e é, a pedra angular contra a que loitan institucións tanto públicas coma privadas ó querer preservar a calidade de vida. Sen embargo, algunhas contaminacións son tidas pouco en conta por consideralas de menor importancia. A contaminación acústica, o que vulgarmente chamamos ruído, é unha delas e en cambio é unha das máis prexudiciais para a saúde dos seres vivos, tal e como sinala a Organización Mundial da Saúde en reiterados informes.

Con estas xornadas preténdese centra-lo problema que presenta esta situación e sinala-las posibles solucións para palia-lo constante e progresivo aumento deste tipo de contaminación, que lenta pero inexorablemente se vai apoderando do noso medio.

Estas xornadas tiveron lugar en Lugo e foron organizadas pola EGAP, coa Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, xunto coa revista de Dereito Urbanístico e Medio Ambiente.

As xornadas foron inauguradas polo director da Escola Galega de Administración Pública, **Domingo Bello Janeiro**, quen salientou que a contaminación acústica pode provocar danos tanto fisiolóxicos coma psíquicos. Estes prexuízos teñen a súa tradución nuns custos sociais moi elevados, pois ós derivados da atención médica hai que engadírlle-los resultados da diminución no rendemento laboral, as baixas por enfermidade profesional, a depreciación do parque inmobiliario, etc.

Os resultados do ruído proxéctanse nos edificios e monumentos, nos que pode chegar a producir resonancia e fatiga, coa súa conseguinte rotura.

Así mesmo, destacou que en Galicia contamos cun marco xurídico axeitado, a Lei 7/1997, do 11 de agosto, de protección contra a contaminación acústica, que tivo en conta a transcendencia da problemática da contaminación acústica, dotando á nosa Comunidade Autónoma dun marco normativo que harmoniza o dereito dos cidadáns a organizar as súas actividades económicas, productivas e recreativas co gozo de intimidade e descanso dun medio natural axeitado para o desenvolvemento da personalidade.

O primeiro relatorio das xornadas correu a cargo de **Susana Galera Rodrigo**, catedrática de dereito da Universidade Rey Juan Carlos de Madrid, e versou sobre *a garantía constitucional á protección do medio natural. Instrumentos legais de loita contra a contaminación acústica. Competencia das administracións públicas e mecanismos de coordinación e cooperación. Análise da normativa existente*. Esta relatora salientou que debemos ter moi presente o ente local e a concorrência, ó seu xuízo non suficientemente articulada, de competencias executivas autonómicas e locais.

A loita contra o ruído non é algo innovador que parta do artigo 45 da Constitución senón que se viña tratando o ruído desde unha perspectiva individualista en canto inmisión nas propiedades alleas por aplicación do precepto correspondente do Código Civil, é dicir, máis que defenderlo ambiente en si mesmo, o que se estaba a defender era a propiedade.

O Regulamento de actividades clasificadas do ano 61 foi un instrumento normativo enormemente útil con previsións quizais insuficientes pero que foron completadas pola xurisprudencia, e todo isto, asentouse no ordenamento e asumírono as normas autonómicas.

O artigo 45 da Constitución recoñece o dereito de todos a gozar dun medio natural axeitado e o deber de conservalo, e mándalles ós poderes públicos actuacións para a súa tutela, e non é un dereito propiamente dos cidadáns, xa que está situado entre os principios rectores da política económica e social, é dicir, é un dereito que non se lles pode pedi-la súa tutela directamente ós tribunais senón que se require a intermediación dunha lei, como o dereito á vivenda.

Sen embargo, o dereito do medio natural, aínda que está relacionado na Constitución entre os principios rectores da política económica e social, tivo un tratamento privilexiado que nos vén de fóra, desde o ano 1994, do Tribunal europeo de dereitos humanos, nunha famosa sentenza: *López Ostra*. Esta xurisprudencia é fundamental porque senta o que se denomina *contido ambiental dos dereitos fundamentais*, considerándose que hai determinados dereitos fundamentais, entre eles: o dereito á integridade física e moral e o dereito á intimidade persoal e familiar e á inviolabilidade do domicilio que, segundo o Tribunal de Estrasburgo, non se pode desenvolver a súa efectividade, xa que esta depende dun espacio ambiental axeitado.

Unha das conquistas que esta xurisprudencia fixo no noso ordenamento é o feito de que se pode loitar contra a contaminación acústica asociando o medio natural ó dereito fundamental concreto polo procedemento especial de protección dos dereitos fundamentais. Isto produce unha grande avantaxe procesual fronte á vía ordinaria porque se reducen os prazos; en segundo lugar, porque hai unha grande autoridade desa xurisprudencia europea que o ampara, en terceiro lugar, porque as sentencias dictadas por ese procedemento son todas, con independencia da súa contía, susceptibles de apelación ou casación e, en cuarto lugar, porque abre a vía do amparo constitucional.

O que se albisca para un futuro xa se insinúa en recentes pronunciamentos xurisprudenciais como son: a Sentencia constitucional 119/2001 do 24 de maio, e a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Valencia do 29 de xuño de 1998.

No que atinxe á concorrencia competencial, no ámbito do medio natural en xeral, a concorrencia competencial entre o Estado e a Comunidade Autónoma é extraordinaria. Está delimitado que o Estado ten a competencia para dicta-la lexislación básica e a Comunidade Autónoma a competencia para a lexislación que establece normas adicionais de protección en materia de medio natural. Pero con isto non rematan os problemas porque hai unha confluencia importante de títulos competenciais.

O ente local tamén ten competencias que conflúen no ambiental (artigo 25 da LBRL). Ante esa situación de confluencia competencial, hai en primeiro lugar, un deber de colaboración entre as administracións afectadas. Deber de colaboración que non é meramente un principio deixado ó voluntarismo das administracións intervinientes, senón un deber esixible xuridicamente e que pode dar lugar á nulidade, por exemplo, de normas que descoñezan ese deber (exemplo: os parques nacionais, xa que, se ben a súa declaración lles corresponde ás Cortes, isto non implica necesariamente unha xestión estatal).

A mellor forma de evitar estes conflitos ou solapamentos é articulando a colaboración ou confluencia xuridicamente. Xuridicamente, pó-

dese acudir a fórmulas orgánicas, é dicir, á creación de órganos concretos de coordinación da colaboración (un dos máis coñecidos é o mecanismo das conferencias sectoriais, das que eventualmente resultan plans de actuacións conxuntas, como por exemplo, no ámbito do medio natural, os plans de recuperación de solos contaminados, ou os plans de depuración de augas residuais. A figura dos consorcios, que teñen personalidade xurídica propia; e as mancomunidades previstas na Lei de bases de réxime local). A lexislación autonómica ambiental tamén adoita incluír comisións de participación, non só de administracións senón tamén de axentes sociais. Outra forma de articulación da colaboración é a subscripción dos correspondentes convenios de colaboración. E outra forma, segundo esta relatora, das máis interesantes, é a dos informes, prevista no artigo 60 da LBRL que logo se reproduce en case tódalas normas autonómicas ambientais.

A técnica dos informes implica a tramitación dun procedemento administrativo, da competencia dun órgano administrativo ou autoridade administrativa, que incorpora o pronunciamento doutro órgano ou doutra administración distinta. Actualmente, cando hai un informe doutra administración, o que se está articulando aí é o exercicio de competencias concorrentes, polo que un órgano non pode arrogarse na competencia da outra administración e deixar de pedirlle o informe. Esta relatora entende que neste caso habería un vicio de nulidade por incompetencia. Pero, ademais, debemos ter en conta con respecto a estes informes, a responsabilidade administrativa. Exemplo: teño unha licenza dun concello e logo revóganma. Había un informe doutro órgano autonómico e é ese informe o que estivo indebidamente emitido. Ese informe debería ser negativo e foi positivo. Ese informe incorporouse a unha resolución administrativa local. A min revogáronme ó final, pero que me paguen. ¿Quen paga?, ¿contra quen dirixo a miña acción de responsabilidade?. Isto non estivo ata moi recentemente previsto e resolto de forma expresa no ordenamento coa reforma da Lei 30/92 pola Lei 4/99. Pódome dirixir a calquera delas e logo, entre elas, que repercutan a responsabilidade. Este é un réxime de responsabilidade solidaria por actuacións conxuntas.

En relación coas actividades clasificadas houbo unha discusión tradicional. Cando os entes locais estaban claramente suxeitos a unha tutela estatal non se discutía tanto pero tamén se cuestionaba o feito de que o informe da anterior comisión provincial de servicios técnicos, hoxe do órgano autonómico, é dicir, o informe que debe emitir para as licencias de actividades clasificadas é vinculante para o ente local se se opón ó outorgamento da licenza ou impón medidas correctoras. Isto segue igual en toda a lexislación autonómica de actividades clasificadas: vinculación para o ente local.

Cando un ente local incumpre as obrigas legais que lle corresponden e ese incumprimento ten relevancia sobre o ámbito competencial da Administración xeral do Estado ou das comunidades autónomas, estas outras entidades poden requirir ó ente local para que actúe e poña fin a ese incumprimento, e se non o fai, pode actuar substitutivamente (artigo 60 LBRL). Visto así, semella só un mecanismo de coacción das administracións autonómicas e estatal para que o ente local lle poña fin ó seu incumprimento, pero o precepto ten outra lectura xa que é unha garantía para o cidadán, para que este non vexa lesionados os seus dereitos pola pasividade municipal, de xeito que se esta pasividade municipal subsiste, o cidadán poida dirixirse á Administración autonómica ou á Administración estatal que teña competencias concorrentes nesa materia para que actúen e poñan en marcha o mecanismo do requirimento ou, no seu caso, a execución substitutiva. E se desa pasividade local e logo sucesivamente autonómica ou estatal resultara unha lesión resarcible, tódalas administracións pasivas serán, no seu caso, responsables.

Esta relatora tamén se referiu no curso do seu relatorio ó Proxecto de lei de prevención e control integrado da contaminación, e salientou que este proxecto de lei é a transposición dunha directiva comunitaria. É a lei da autorización ambiental única. Inclúe no seu ámbito de aplicación as autorizacións ata o de agora subsistentes en materia de produción, xestión e incineración de residuos vertidos ás augas continentais; (isto é importante porque estaba a ser competencia das confederacións hidrográficas e agora pasa a ser do órgano autonómico); e os vertidos de terra ó mar.

O proxecto de lei, antes mencionado, define un concepto importantísimo no noso ordenamento que é o das *mellores tecnoloxías dispoñibles*. As licencias de actividades clasificadas non amparan no sucesivo esa actividade de xeito inamovible, de modo que aínda que o titular non incorra en incumprimento exceptúase a posibilidade de esixir novos requisitos. As licencias de actividades clasificadas son licencias case en precario no sentido de que están subordinadas ó mantemento dos requisitos, ó cumprimento de normativas de normas xurídicas posteriores que lles poidan afectar, novas ordenanzas, ó cumprimento de normas que non son propiamente xurídicas que son as normas técnicas ás que remiten as normas xurídicas, normas técnicas que en materia de insonorizacións e ruídos teñen unha incidencia moi importante. Ademais, ultimamente estase subordinando este tipo de actividades a un concepto que son as *mellores tecnoloxías dispoñibles*.

As *mellores tecnoloxías dispoñibles* defínense no artigo 3 do proxecto de lei, e son aquelas que vaian proporcionando o progreso científico e que sexan técnica e economicamente viables. O artigo 8 do mencionado proxecto de lei, di que a Administración xeral do Estado proporcionará

guías estatais por sectores do que se consideran melloras técnicas dispoñibles.

O proxecto de lei establece un sistema de impugnación moderno e acorde con esta interrelación competencial, de xeito que se prevé que se se impugna finalmente a licencia, a autorización única baseándose nun informe emitido por outra administración, o órgano que ten que resolve-lo recurso pásalle a formulación do recurso a quen emitiu o informe e esas alegacións vencéllano na resolución do recurso.

Tamén se referiu ás medidas provisionais no noso ordenamento, cuestión moi debatida porque unhas veces son sancións e polo tanto hai que seguir un procedemento sancionador en sentido estricto; e outras veces, non son sancións, son medidas preventivas. O que ocorría era que ata o de agora non había unha cobertura clara no Regulamento de actividades clasificadas para adoptar esas medidas preventivas que non son sancionadoras.

O segundo relatorio destas xornadas, que tratou o tema do *régime xurídico da regulación do ruído na edificación. Análise das zonas de sensibilidade acústica*, correu a cargo de **Jesús Avezuela Cárcel**, letrado do consello de Estado. Este relator salientou que a partir da Constitución, o artigo 47 alude á idea de vivenda digna e adecuada. Case tódolos tribunais interpretan este artigo xunto co artigo 45 relativo á protección do medio natural. Polo tanto, neste sentido, atopámonos con que a vivenda, ademais de regularse desde o punto de vista económico en canto a unha protección oficial, tamén hai unha especial preocupación pola *calidade de vida*, é dicir, por aspectos que van máis alá de cuestións fisiolóxicas ou aspectos que van máis alá da salubridade sen máis no sentido tradicional do termo.

A Lei de ordenación da edificación, do 5 de novembro de 1999, establece no seu artigo 3 os requisitos básicos na edificación, que podemos separar en tres alíneas ben diferenciadas: por un lado todos aqueles requisitos relativos á funcionalidade, é dicir, cuestións relativas ás condicións espaciais, á mobilidade para os seus habitantes, ó acceso a servizos de telecomunicacións, etc. Nun segundo tramo de requisitos, establece a Lei de ordenación da edificación os relativos á seguridade, á estrutura do edificio, ás saídas para o caso de incendio, ás relativas á seguridade no uso normal do edificio, etc. E nun terceiro grupo establécense os requisitos relativos á habitabilidade, pero entendendo por habitabilidade un termo moito máis amplo có da cédula de habitabilidade. Neste sentido, a propia lei distingue catro subalíneas:

- Por un lado, esíxense requisitos básicos relativos á hixiene, á saúde, á protección do medio natural en xeral.

- En segundo lugar, a protección contra o ruído, de tal xeito que o ruído percibido non poña en perigo a saúde das persoas e lles permita realizar satisfactoriamente as súas actividades.
- En terceiro lugar, refírese ó aforro de enerxía e illamento técnico.
- En último lugar, ós aspectos funcionais que permitan un uso satisfactorio do edificio en xeral.

Este relator fixo referencia ó feito de que en moitas comunidades autónomas existe unha «policía ecolóxica», que é a que se encarga de medellos decibelios, e parece que, se cumprímo-la normativa acústica, é a única que permitiría corrixi-la situación, pero o único que non nos vai permitir é que teñamos a 500 ou 600 mozos nunha concentración porque quizais poidamos prohibirles que beban alcohol pero non que beban CocaCola.

En canto ó réxime xurídico do ruído na edificación, polo que respecta ó réxime comunitario que nos pode afectar, a Comunidade Europea regulou absolutamente todo, curiosamente non existe unha directiva exclusiva relativa ó ruído na edificación aínda que si hai unha proposta de xestión e avaliación de impacto ambiental e hai varias directivas relativas á contaminación atmosférica, pero non unha na que se vencellen estes dous temas do ruído na edificación.

No plano estatal atopámonos cunha amálgama de normas xurídicas diversas, nas que podemos atopar unha regulación do ruído na edificación á marxe da base fundamental que é a Lei de ordenación da edificación. Segue vixente o coñecido Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas (RAMINP), a Lei de protección da contaminación atmosférica de 1972; dentro da Lei de bases de réxime local, no seu artigo 25 faise referencia á obriga dos municipios da regulación deste tipo de materias; así mesmo, no artigo 42 da Lei de sanidade faise referencia ó control dos ruídos; na Lei de protección cidadá e na de espectáculos públicos tamén se fai referencia ó ruído na vivenda, pero desde a perspectiva do ruído no ocio.

A Lei de ordenación da edificación fai referencia a este tema no seu artigo 3 e a un futuro Código técnico da edificación, pero ata que chegue este código, atopámonos cun gran número de normas técnicas que establecen os criterios para a edificación e para o illamento do ruído para a edificación; son as normas básicas da edificación e, concretamente, a norma básica da edificación no ruído é a CA/88. Esta norma básica regúlase por Real decreto do 25 de xullo do 81, modificada no ano 88 por unha orde do Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo do ano 88. Dentro destas normas básicas da edificación chama a atención a natureza destas normas. Son normas técnicas, normas obrigatorias, normas imperativas que se regulan como regulamentos pero na maior parte de-

las establécese a posibilidade de que o autor do proxecto poida adoptar prescricións diferentes ás establecidas nestas normas básicas da edificación (e estas desenvólvense á súa vez por medio de normas tecnolóxicas) sempre con tres requisitos:

1. a desimputación de responsabilidade para a Administración, é dicir, baixo a responsabilidade do propio autor do proxecto,
2. sempre que a Administración considere que existen certas singularidades no proxecto,
3. e sempre que se xustifique documentalmente que as modificacións adoptadas, en ningún caso, diminúen os requisitos básicos establecidos na norma básica da edificación.

Estas normas básicas da edificación están desenvolvidas por normas tecnolóxicas e, á súa vez, estas normas tecnolóxicas poden estar desenvolvidas por outras normas que poden elaborar entidades que están homologadas e que non son a Administración.

O Código técnico da edificación non fai máis que recolle-las distintas normas básicas da edificación, aínda que con dúas matizacións: en primeiro lugar, é un texto refundido parcial porque non recolle tódalas normas básicas da edificación senón só os requisitos relativos á estrutura do edificio e os relativos á habitabilidade, en canto á hixiene e protección contra ruídos. Ademais, o Código técnico da edificación ten outra característica especial, e é que na súa elaboración se poderá completar coas esixencias que as administracións competentes nesta materia consideren oportunas. Atopámonos así coa distribución competencial do ruído na edificación entre o Estado e as comunidades autónomas. En segundo lugar, en canto ó Código técnico da edificación, establécese o tema da responsabilidade por parte dos promotores, constructores, etc, polo incumprimento destas normas técnicas. ¿O incumprimento é respecto da norma básica, é dicir, respecto do Código técnico da edificación, ou respecto das normas técnicas estatais ou autonómicas? En principio, para coordinar todos estes temas creouse a Comisión técnica para a calidade da edificación, integrada dentro da Comisión Xeral para a Venda e a Edificación. Esta Comisión técnica para a calidade da edificación intenta, sobre todo, coordina-las esixencias das distintas comunidades autónomas, por un lado, e as esixencias básicas que establecen estas normas básicas da edificación que ata o de agora aínda están en vigor, co fin de que o Código técnico da edificación sexa completado o menos posible despois da súa aprobación.

En canto á lexislación de carácter autonómico, case tódalas comunidades autónomas, con excepción da de Castela a Mancha, Aragón e algunha outra, establecen leis específicas en canto a contaminación acústica. Este é o caso de Galicia. O artigo 6 da Lei galega sobre contamina-

ción acústica, é o que establece o desenvolvemento da regulación do ruído na edificación.

No ámbito local, en materia de contaminación acústica e de ruído na edificación, a maioría das normas estatais e autonómicas sempre aluden ó concello, é dicir, á Administración local como administración maioritariamente competente nesta materia. A Administración local caracterízase basicamente en materia de ruído na edificación pola conxunción da planificación, por unha parte, e, por outra, das ordenanzas municipais en desenvolvemento da lexislación estatal e autonómica que se establece.

Xa pola tarde, **Susana Galera Rodrigo**, catedrática de dereito administrativo da Universidade Rey Juan Carlos de Madrid, ilustrou ós asistentes a estas xornadas cun novo relatorio sobre *o tratamento do ruído na normativa de actividades clasificadas*, e dixo que os trazos esenciais do Decreto do 61, cunha instrucción complementaria contida na Orde do 63 son os seguintes:

- O artigo 1 define o ámbito de aplicación do decreto.
- O artigo 3 define como actividades molestas as que producen incomodidade por ruídos ou vibracións.
- O artigo 4 remite ás ordenanzas locais e ós plans de urbanización a concreción dos emplacementsos.
- O artigo 11 subordina o outorgamento de licencias a que se implanten as medidas correctoras que se xulguen necesarias despois desa visita de comprobación previa ó funcionamento plenamente legalizado.
- Nos artigos 36, 37 e 38 establece unhas sucesivas inspeccións que poden dar lugar á adopción dunhas sucesivas sancións, entre elas o peche, e, sen embargo, non prevé que se adopten medidas preventivas de suspensión sen que estean conectadas a un procedemento sancionador. Isto si o fai a lei galega de protección contra a contaminación acústica e tamén as modernas normas autonómicas. A xurisprudencia vén xustificando esta facultade dos concellos de adoptar medidas preventivas, nun xenérico poder de policía, conectado coa potestade de ordenanza que, con carácter xeral, lle atribúe como competencia propia a Lei de bases de réxime local.

Outra cousa que non tiña o antigo regulamento era qué ocorría nos casos nos que se outorgue a licencia, o titular non incumpre os termos da licencia pero hai unha modificación normativa posterior, hai unha ordenanza ou noutra norma hai un cambio de norma técnica. Isto revestíuse da categoría de que estas licencias son licencias de tracto sucesivo

que están permanentemente subordinadas ó cumprimento da normativa vixente en cada momento (sen que haxa ningunha previsión de subordinación no regulamento do 61). Na Lei 1/95 de protección do medio natural de Galicia hai unha definición similar aínda que algo distinta da *actividade molesta*, é unha norma máis moderna e estas actividades están suxeitas a unha avaliación de incidencia ambiental que se configura como unha competencia autonómica delegable nos concellos. No artigo 29 pretende a Lei xeral de protección ambiental de Galicia, configurar unha inspección ambiental única, e despois deste loable propósito de pretender unifica-la inspección ambiental, rapidamente frustra os seus obxectivos cando di «sen prexuízo de...», que se refire ás funcións inspectoras que corresponden a outros órganos sectoriais e das inspeccións que corresponden ós órganos locais.

No artigo 30 desta norma atribúeselles ós inspectores facultades de acceso sen previo aviso e sen identificación ós locais que deben inspeccionar, configurándose logo como infracción, (moi grave, grave ou leve) o obstaculiza-las facultades inspectoras.

O Decreto 156/1995 de inspección ambiental, desenvolve o artigo 29 da Lei do 95 que se refire á inspección ambiental única. A inspección ambiental faise depender da Secretaría Xeral para a Protección Civil ó Medio Ambiente, salvando a inspección da Administración local. Reitérase a condición de *axentes da autoridade* dos funcionarios inspectores e a súa facultade de acceso libre e sen previo aviso ós locais que deban inspeccionar. Prevense as inspeccións *ex ante* e *ex post* ó outorgamento das oportunas autorizacións e durante o funcionamento. Outórgaselles ás actas de inspección presunción de veracidade, o cal non supón que non admitan proba en contrario e establécese como obxectivo das funcións inspectoras o verifica-lo cumprimento continuado da normativa de actividades clasificadas que sexa aplicable (desde normas autonómicas, estatais e eventualmente comunitarias, ordenanzas, normas técnicas). No artigo 46 deste decreto prevese a execución substitutiva do órgano autonómico nunha redacción moi similar á do artigo 60 da Lei de bases de réxime local. É dicir, cando o ente local non incumprira as súas obrigacións legais e ese incumprimento afectara á súa vez ás competencias da Administración Xeral do Estado e da Administración autonómica, estas poderían requirila para que cumpra e, se non cumpre, atráense á competencia da que se trate.

Esta relatora fixo un inciso teórico a propósito da remisión que lles fai a normativa de actividades clasificadas ás ordenanzas para a concesión dos emprazamentos das actividades clasificadas, se ben di o regulamento estatal que as insalubres e perigosas deben respectar en todo caso a distancia dos 2000 metros ó núcleo de poboación; non así as molestas, segundo o regulamento estatal. Remite ás ordenanzas para os em-

prazamentos e os outros requisitos que lle sexan aplicables ás actividades clasificadas. A ordenanza é unha norma regulamentaria, unha disposición de carácter xeral suxeita ás previsións do ordenamento xurídico, sempre que a lei non invada as competencias dos entes locais; neste caso non ten por qué a ordenanza respectar esa lei. Outra cousa é que unha ordenanza debe respectar sempre o principio de reserva de lei e non pode regular materias constitucionalmente reservadas á lei, ou incorporadas nesta, sempre que a lei non invada as súas competencias. Outro dos límites sinalados para as disposicións de carácter regulamentario é a prohibición da derogación singular dos regulamentos, o respecto da xerarquía normativa e, tamén, a prohibición das reservas de dispensación e o respecto do ordenamento xurídico en xeral. A competencia para verificar se a ordenanza é compatible co ordenamento xurídico correspóndelle ó xuíz do contencioso-administrativo. Aquí hai unha novidade: cando o xuíz do contencioso-administrativo, axuizando a legalidade dun acto, se atopa con que ese acto non é conforme a dereito porque aplica unha norma que ó mesmo tempo non o é, entón sería nula a norma, é dicir, a disposición municipal, e tamén o acto municipal, pois ben, a novidade na Lei 29/98 da xurisdicción contencioso-administrativa, é que cando o xuíz se atopa con ese acto ilegal, que é ilegal porque aplica unha norma ilegal, ten ou ben que declara-la ilegalidade da norma tamén, ou ben cando non é competente para pronunciarse sobre a ilegalidade da norma, debe formula-lo que se denomina a *cuestión de inconstitucionalidade* ante o tribunal competente.

Finalmente esta relatora fixo unha análise da xurisprudencia sobre o tema: sobre a emisión de ruídos por un campo de tiro, sobre a distancia ata un núcleo de poboación, etc.

A continuación, **Luis Sáinz Fillola**, xefe do Servicio de Calidade Ambiental da Delegación Provincial da Consellería de Medio Ambiente en Lugo, fixo unha *análise da Lei 7/1997, do 11 de agosto, de protección da contaminación acústica*. Este relator salientou que aínda que nun principio semella que esta lei non ten concatenación aparente con outras disposicións técnico administrativas, si que a ten. Así, os artigos 3, 9 e 10 desta lei, circunscriben que a competencia en materia de ruídos é municipal, en concordancia coa Lei 7/85 de bases de réxime local e a Lei 14/86 xeral de sanidade, no contexto das responsabilidades ambientais. Así mesmo, tamén está en relación co Decreto 2414/61, polo que se aproba o regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas.

No título II, capítulo primeiro, artigos 29 ó 37, temos un vencellamento técnico administrativo, en relación coas solicitudes de Licencia de actividade municipal, describindo o procedemento administrativo, a so-

licitude de informe e cualificación da actividade pola extinta Comisión provincial de servizos técnicos¹; así como as vistas de comprobación.

Tampouco podemos esquecer-lo artigo 7 do mencionado Decreto 2414/61, respecto das competencias da referida Comisión provincial de servizos técnicos= delegado provincial da Consellería de Medio Ambiente:

- Informa-las ordenanzas e regulamentos municipais, no que se refire ás actividades obxecto do presente regulamento...
- Proponerlles ós alcaldes as medidas que estimen pertinentes naqueles casos en que, sen que exista petición de parte interesada, considere oportuno a implantación de determinadas medidas correctoras en actividades exercidas nos respectivos termos municipais.
- Os informes que para a cualificación de actividade emita a Comisión = Delegación, serán vencellantes para a autoridade municipal no caso de que impliquen denegación de licencias ou a imposición de medidas correctoras das molestias ou perigos de cada actividade.

Por outra banda, o artigo 4 da Lei 7/97 dinos que «as actividades que sexan susceptibles de producir ruídos e/ou vibracións, deberanse someter ó procedemento de avaliación de incidencia ambiental –*figura técnico administrativa, recollida na Lei 1/95, de protección ambiental de Galicia*, que se ben non foi desenvolvida regulamentariamente, é perfectamente asimilable ó RAMINP– e que efectuara un estudio xustificativo do cumprimento das medidas establecidas».

Tamén debemos ter en conta o Decreto 156/95 de inspección ambiental, que no seu capítulo II, artigos 16 ó 20 da referida disposición, fai mención expresa –en concordancia co explicitado no Decreto 2414/61– a que os concellos velarán polo cumprimento do contido do proxecto técnico e medidas correctoras impostas no informe e cualificación dunha actividade do Ilmo. Sr. delegado da Consellería de Medio Ambiente, mediante unha inspección realizada para o efecto e a copia da acta, levantada para o efecto será remitida á mencionada delegación e recollida na Lei 7/97, no seu artigo 4, punto 5.

O artigo 193 da Lei 5/97, do 22 de xullo, de Administración local na Comunidade Autónoma de Galicia, recolle a colaboración, cooperación e auxilio, entre as administracións, polo tanto o apoio técnico, fiscalización de ordenanzas municipais e todo aquilo que se deriva da aplicación da Lei 7/97, pódense obter dos órganos da Administración da Xunta de Galicia (Consellería de Medio Ambiente), os ditos auxilios, sen menoscabos da competencia outorgada.

¹ Na actualidade, competencia conferida ós Ilmos. Srs. delegados provinciais da Consellería de Medio Ambiente, segundo o Decreto 482/1997, do 30 de decembro, publicada no D.O.G. do 04.01.98.

A Lei 1398/93, do 4 de agosto, pola que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, en concordancia cos ilícitos tipificados na Lei 7/97.

Como marco integrador de tódolos procedementos administrativos, descritos anteriormente, contamos coa Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

O segundo día destas xornadas principiou co relatorio de **Fernando López Ramón**, decano da Facultade de Dereito da Universidade de Zaragoza, que tratou sobre a *planificación urbanística como instrumento de prevención da contaminación acústica: réxime das determinacións dos plans urbanísticos e os estándares urbanísticos*. Este relator salientou que estamos demasiado acostumados a non leva-las normas á práctica. En materia de ruído, hai colectivos moi sensibles como, por exemplo, a xuventude, e por iso calquera medida que se tome debe ser ben estudiaada e susceptible de levarse á práctica.

O comportamento fundamental de tódolos ordenamentos xurídicos para loitar contra o ruído foi consideralo unha actividade molesta, unha actividade que producía incomodidades, fronte á cal non só se previron técnicas de reacción administrativa, senón tamén técnicas civís, de dereito privado que, ás veces, son máis efectivas.

En canto ás fontes, cando se fala dos distintos sectores de intervención administrativa ten sentido sobre todo para facerse cargo das evolucións experimentadas e, cada vez máis, cando se trata de temas ambientais. En temas ambientais as fontes xurídicas reguladoras, cada vez máis, non son exclusivamente nacionais. Así como acadamos unha gran revolución no sentido de facer que a Constitución sexa a norma xurídica aplicable en todo tipo de debates, temos unha cuestión pendente que é a internalización do dereito internacional, porque o dereito internacional proporciona cada vez máis instrumentos directamente aplicables ós cidadáns.

As fontes de dereito internacional relativas ó ruído son escasas pero formulan no seu contido importantes e relevantes compromisos da comunidade internacional. Por unha parte están tódolos acordos de Xenebra que parten do ano 58, relativos á homologación de vehículos a motor; e a partir destes acordos internacionais apróbanse uns regulamentos, concretamente os referidos ós aspectos acústicos dos vehículos, que son os regulamentos números 9 e 28 que regulan a homologación do ruído en xeral dos vehículos automóbiles e concretamente a homologación dos avisadores acústicos dos vehículos. Estes acordos internacionais están incorporados en España por uns decretos dos anos 72 e 74, foron ratificados xa hai anos. Tamén dispoñemos do Convenio sobre aviación ci-

vil de Chicago de 1944 que orixina unha serie de recomendacións da OACI (Organización da Aviación Civil Internacional) que están na orixe dos contidos de case tódalas directivas da Comunidade Europea en materia de loita contra o ruído do tráfico aéreo e tamén na orixe do contido da normativa estatal sobre a materia.

Este relator resaltou que no dereito internacional non atopamos unha resposta xeral ó problema dos ruídos. Parece que se trata dun problema de ámbito local. Do dereito internacional vénnos un formulamento, que acolleu o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos no caso López Ostra de 1994, e que é un formulamento que relaciona os dereitos á intimidade coa disciplina do ruído, e que chega á conclusión de que os dereitos á intimidade protexidos nunha convención de dereitos humanos clásica, como é o Convenio Europeo de Dereitos Humanos dos ano 50, eses dereitos, a intimidade domiciliaria, poden resultar alterados por contaminacións, entre outras, de tipo acústico, que fagan imposible a vida íntima nas vivendas ou nos locais baixo a dependencia dunhas determinadas persoas.

A partir desta xurisprudencia o ruído deixa de ser unha simple molestia obxecto de reaccións individuais e o poder público ten que configurar un sector de loita activa contra o ruído con diversas técnicas de intervención administrativa.

O dereito da Comunidade Europea é tamén dereito internacional pero está totalmente asumido na nosa Constitución desde o ingreso de España nas comunidades europeas. Aínda é escaso o nivel de compromiso que atopamos na normativa europea aprobada. A normativa europea de dereito de loita contra o ruído componse, sobre todo, por un gran número de directivas que fixan os niveis de emisión dos máis variados enxeños que poidan imaxinar: de avións, vehículos, máquinas cortadoras de céspede, etc. Ás veces, o seu contido concreto sobre os niveis de ruído está condicionado por unha necesidade que está na orixe da Comunidade Europea que é o tema de liberaliza-lo comercio dos produtos. En xeral, son directivas que non lles permiten ós estados establecer niveis máis intensos de protección porque se entende que son directivas que non só protexen o medio natural senón que garanten tamén o comercio deses produtos en toda a Unión Europea.

Na Comunidade Europea hai indicios dun cambio profundo. Nese sentido camiña unha directiva do ano 86 sobre protección dos traballadores fronte ó ruído. Esta directiva incorpórase ó dereito español polo Decreto 1316/1989 e afecta a unha gran masa de cidadáns que durante o seu traballo diario se poden ver afectados por altos niveis de contaminación acústica. Introduce unha liña que non está directamente relacionada co tema urbanístico porque se refire a actividades dentro dos lugares de traballo. Na mesma liña, dentro da Comunidade Europea, atopámonos

co Libro Verde en materia de ruído aprobado en 1996 e da proposta dunha directiva xeral sobre avaliación e xestión do ruído ambiental. Isto xa é outra cousa porque se nos está formulando a introducción de medidas harmonizadoras, mapas de ruído obrigatorios en tódalas poboacións que superen determinados niveis de ruído que establece a directiva, e estásenos a formular tamén unha sistematización de tódalas medidas de intervención. O Libro Verde e a proposta de directiva clasifican as técnicas de loita contra o ruído e refírense ata a sete grupos de técnicas:

1. Normativa de emisión.
2. Homologación.
3. Introdución de criterios de calidade sonora.
4. Adopción de medidas infraestructurais relativas ás distintas obras públicas.
5. Introdución de instrumentos económicos, é dicir, utilización do instrumento tributario con fins fiscais.
6. Outra das liñas de actuación son os procedementos operativos, como por exemplo: a restricción do número de vehículos, obrigación de utilizar produtos menos ruidosos.
7. Medidas de información e educación, nas que máis hai que insistir para conseguir que cambien as mentalidades e así acada-lo cambio dos comportamentos.

En Italia e Francia atopámonos ultimamente con respostas completas á problemática xurídica de loita contra o ruído. En Francia aprobouse no ano 92 a Lei de defensa fronte ó ruído que hoxe está integrada no Código ambiental do ano 2000. Os franceses dispoñen dun Código ambiental, é dicir, teñen toda a materia relativa ó medio natural nun libro. Aquí téñense feito normas xerais de protección do medio natural que non evitan a necesidade das normas sectoriais. Italia tamén conta cunha lei marco do ano 95.

En canto á evolución do dereito español, este relator salientou que o proceso de cambio está sendo acelerado, en primeiro lugar porque a conexión constitucional, a idea de que os dereitos á intimidade teñen que ver co ruído, é unha idea moi arraigada na nosa doutrina, é máis, o caso *López Ostra* púidose producir no noso país porque o mundo xurídico aquí está moi sensibilizado con ese tema. O formulamento de que hai que protexerse da contaminación acústica a través da vía dos dereitos fundamentais á intimidade foi admitido polo Tribunal Constitucional na Sentencia 119 do ano 2001. Tamén a xurisprudencia do Tribunal Supremo vai neste sentido.

Na lexislación do Estado a consideración do ruído veu sendo sempre máis modesta que a que atopamos nos formulamentos xurisprudenciais.

En moitas ocasións o máis eficaz é a acción directa ante os tribunais de xustiza civís, por exemplo, no caso de que nos moleste o ruído que fai o aire acondicionado do veciño. Pero cabe, non obstante, a intervención administrativa que vén incluíndo entre as actividades molestas a derivada das incomodidades que producen certas actividades ruidosas. No nomenclátor anexo ó regulamento de actividades molestas, enúncianse ata 45 actividades que se consideran molestas por ruídos, pero é unha enumeración meramente exemplificativa, é dicir, non esgota os supostos. O regulamento de actividades molestas dá lugar a unha serie de prohibicións xerais, ó mecanismo da licenza especial.

A partir de aquí a evolución pasa pola introducción de regras especiais. Primeiro, no ano 68, foi para poboacións con altos niveis de ruído. No ano 89 prodúcese a incorporación da Directiva comunitaria europea sobre o tema do ruído nos lugares de traballo. A partir do ano 90 introdúcese algunhas medidas de zonificación aérea. Nos anos 90 o tema do tráfico e vehículos a motor foi obxecto de actualización e conta con técnicas axeitadas: a homologación, a certificación e a inspección técnica de vehículos. Introdúcese tamén toda a normativa comunitaria europea sobre a homologación de distintas máquinas. Pero o que non atopamos é unha loita unitaria, unha loita eficaz. Parece que unha normativa básica na materia tería que establecer unhas cantas regras comúns en todo o Estado. Polo de agora non hai máis ca un borrador de lei básica, borrador que non ten data pero que é de principios do ano 2001 e no que atopamos unha serie de disposicións que non acaban de verse ben vertebradas, parece que están un tanto dispersas: sobre áreas, sobre emisores acústicos, etc.

As comunidades autónomas adoptaron solucións moi variadas: atopamos na normativa autonómica medidas preventivas en relación con certificacións e homologacións, medidas moi interesantes, como por exemplo na lei galega en relación coa iniciativa privada, actuacións un tanto dispersas en relación con sectores especialmente ruidosos, sobre todo o tema das actividades recreativas que é o que dá lugar a maiores intentos de imaxinación normativa por parte das comunidades autónomas, tamén, aínda que en menor medida, o tema do ruído ligado a determinados transportes e, por último, a novidade son as técnicas urbanísticas que se introducen sobre todo pola zonificación, os mapas de ruído e a técnica máis novidosa é a das zonas saturadas. Por último, o que si se produce en tódalas comunidades autónomas é un impulso das medidas de disciplina.

O problema é que moitas destas novidades están en regulamentos nos que normalmente a súa ancoraxe normativa está no regulamento de actividades molestas, que é realmente un regulamento preconstitucional. Esta é unha materia na que se debe proceder a aprobar leis que regulen o

tema da contaminación acústica, como a galega e tamén teñen cabida as ordenanzas municipais adoptadas por algúns concellos.

O derradeiro relatorio destas xornadas correu a cargo do mesmo relator: **Fernando López Ramón**, decano da Facultade de Dereito da Universidade de Zaragoza, e versou sobre *o réxime xurídico do estudio acústico de proxectos de obras e instalacións e efectos sobre o réxime urbanístico*. López Ramón salientou que as modernas técnicas de loita contra o ruído oriéntanse en dous grandes sentidos: un é a selección de determinadas actividades conflictivas como son o tráfico aéreo, tráfico de automóbil e actividades de ocio, que requiren un conxunto de medidas de actuación; e, por outro lado, as medidas tipicamente urbanísticas.

As actividades de ocio constitúen unha fonte moi importante de ruído e de inseguridade. Beato Espejo di que «está comprobado que a aglomeración de persoas na vía pública a altas horas da madrugada se debe, en grande medida, a que os bares, terrazas, pubs e discotecas instalados en zonas de movida permiten que as bebidas adquiridas dentro do establecemento se consuman fóra sen reparar nos danos a terceiros, físicos e psíquicos, que de feito produce isto». O problema, pois, non é que abran ata tarde, senón que as bebidas se consuman no exterior.

Outra forma de razoar en canto ó mesmo problema vese no Auto do Tribunal Supremo do 12 de maio de 1989, no que «se denega a suspensión dunha licenza de apertura dun local porque non aparece acreditado que as molestias que din sufrirlos veciños das comunidades de propietarios apelantes sexan consecuencia directa das actividades levadas a cabo no local de autos, ou o sexan, pola contra, das aglomeracións das persoas e vehículos que se forman na vía pública nas inmediacións do local; cuestión esta de policía urbana que certamente excede do ámbito do presente recurso».

Trátase de dúas maneiras distintas de ve-lo problema: Beato di que os locais contribúen ó ruído permitindo que as bebidas se saquen ó exterior, facilitando vasos de plástico, etc. Por outra banda, o Tribunal Supremo di que non é cousa do dono do local o que pase fóra deste, trataríase máis ben dunha cuestión de orde pública que lle compete ó concello. Este relator manifesta a súa desconformidade coa visión que ofrece o Tribunal Supremo, porque pensa que non é certo que os locais de ocio sexan alleos a este tipo de concentracións. De feito, nalgunhas comunidades autónomas (Navarra, Murcia) xa se esixe que o proxecto para pedi-la licenza de apertura deste tipo de locais, debe considerar expresamente as molestias que se poidan ocasionar por ruídos nas inmediacións do lugar. Outras comunidades, como Castela-León, establecen directamente unha regulamentación moi detallada sobre os equipos musicais. Outras comunidades regulan con maior detalle a apertura de novos locais con música ou

que poidan producir maiores alteracións de ruído. Este non só é un problema de loita contra o ruído, senón que a loita contra o ruído asociado á movida está reflectindo un problema de orde pública, polo que debería intervi-la policía municipal.


O urbanismo aquí ten pouco que dicir. Moitas cidades costeiras optaron por concentrar este tipo de establecementos nun determinado lugar da cidade, separado da zona residencial. Isto ten un risco porque cando se concentran tódalas actividades recreativas nunha zona pode haber unha certa tendencia á marxinalidade. Esta non parece a mellor solución.

En canto ás técnicas de ordenación urbanística, este relator salientou que son outro compoñente importante da loita contra o ruído. Estas medidas son moi sinxelas. Incorpórase o tema dos niveis sonoros, así, en tódalas normas das comunidades autónomas, tanto regulamentarias coma legais, establecéronse niveis sonoros en función de dous parámetros: se o lugar desde o que se practica a medición é o interior ou o exterior dos edificios e, o segundo parámetro é o uso característico da zona (residencial, industrial, turística...). No xeito de establece-los niveis na lexislación, atopamos que as comunidades autónomas teñen dúas formas de comportarse: en primeiro lugar, atopamos comunidades autónomas que establecen niveis xerais. Isto é o máis progresista, en principio. Son niveis que se establecen directamente no regulamento, ou norma que regula a materia, de carácter homoxéneo para tódalas zonas dun determinado tipo. Isto con independencia de se se pon ou non en marcha unha nova actividade. Este sistema atopámolo nas Baleares, Navarra, Castela-León e Extremadura. No sistema galego, murciano, madrileño, os niveis parece que se deseñan como niveis aplicables ás novas actividades ruidosas, é dicir, son un límite zonal determinante da posible saturación acústica, co cal, con independencia das antigas actividades, pódese incidir sobre elas en relación cos seus niveis de emisión que normativamente sexan aplicables a cada fonte, pero cando o resultado que se produce pola acumulación dunha nova fonte de ruído é a superación do nivel aplicable na zona, entón actúase só en relación coa nova actividade. Quizais sexa esta unha solución máis aplicable aínda que non deixa de producirmos incorfomidade porque deberíamos introducir mecanismos urbanísticos de redistribución, de equidistribución.

Os niveis sonoros condicionan, en definitiva, a cualificación do solo. A máis decidida conexión entre os niveis sonoros e as técnicas urbanísticas atopámola nos decretos murciano e madrileño dos anos 98 e 99 respectivamente. No caso murciano, ó plan xeral de ordenación urbana obrígaselle a que incorpore información, medidas de ordenación e de corrección dos niveis sonoros. Os usos do solo deben distribuírse entre as distintas zonas sen supera-los niveis que establecera a norma e o planeamento de desenvolvemento para todo tipo de solos require de infor-

mación previa, de xeito que a Consellería de Medio Ambiente debe emitir un informe previo. Ademais, toda nova edificación debe garanti-lo cumprimento dos niveis interiores aplicables. Cando as zonas exceden os niveis sonoros, a regra que se está xeneralizando é a declaración desas zonas como saturadas. Son mecanismos especiais de intervención para acadar a observancia dos niveis sonoros. Cando a degradación é moi alta adoita levar consigo a esixencia dun plan especial de rehabilitación sonora.

Para rematar a súa intervención fixo un repaso esquemático do Anteproxecto da lei estatal.

Estas xornadas foron clausuradas por **Domingo Bello Janeiro**, catedrático de dereito civil e director da EGAP, que dixo que é necesario concienciar a toda a cidadanía para erradicar entre todos a contaminación acústica, avogando tamén pola aplicación sistemática da normativa vixente e que, ademais, en Galicia estamos á cabeza nesta materia por contarmos cunha lei autonómica que a regula. 

XORNADAS SOBRE EFICACIA ADMINISTRATIVA E ANÁLISE ECONÓMICA DO DEREITO

(Vigo, 20 e 21 de marzo de 2002)

Xosé Antón Barreiro Pereira
Avogado

1. Introducción

Os imperativos de eficacia e eficiencia na actuación administrativa provocaron a introducción de métodos económicos na análise e na aplicación do dereito público. A pesar de que o nacemento da análise económica do dereito é moi recente, ano 1960 coa obra *O problema do custo social* de Coase; a influencia crecente deste método afecta tanto á produción de normas administrativas coma ós plans de modernización da Administración e incluso ás propias resolucións xudiciais.

A definición operativa da análise económica do dereito descansa no concepto de eficiencia, tendo en conta que, tradicionalmente, esta se entendeu –nunha delimitación simple– como a capacidade de producir máis, ó mínimo custo. Desta definición xa comprobamos que a análise económica do dereito o que pretende é a substitución da xustiza pola eficiencia e, derivadamente, a hexemonía dos criterios económicos sobre os propiamente xurídicos.

Por iso, a análise económica do dereito preséntase así mesmo como unha teoría interdisciplinaria; sen embargo na súa proposta non hai interdiscipliniedade ou complementariedade entre ciencia económica e ciencia xurídica, senón substitución dun saber polo outro. De tal maneira que a análise económica do dereito o que fai é establece-lo dereito como obxecto de estudio dende o punto de vista económico. Isto implica, en primeiro lugar, que a interpretación e avaliación dunha norma se realizan dende os presupostos da teoría económica; e en segundo lugar, significa que a racionalidade da que se dota ás normas e ó sistema xurídico no seu conxunto é unha racionalidade de tipo económica, o que produce unha reformulación do dereito acorde con ese modelo de racionalidade.

Se partimos do principio de eficacia como un principio xurídico, o mandato do artigo 103.1 da Constitución establece a consecución en cada momento histórico do interese xeral e da súa efectividade, entendendo como interese xeral a aglutinación de intereses, valores ou bens concretos susceptibles de seren protexidos. A Constitución dota para esta finalidade ás administracións públicas dunha organización que ha de existir necesariamente, aínda que non sempre deba estar sometida ó dereito público, pero á que a Constitución lle encomenda, polo menos, a dirección de tódalas accións públicas.

Para realiza-las tarefas estatais baixo o estándar recomendado polo artigo 103.1 da Constitución é preciso ponderar, avaliar e analiza-lo custo-beneficio de determinadas regras e, fundamentalmente, é preciso analizar cál de tódalas decisións é a que optimiza o conglomerado das metas anunciadas. É o dereito o que debe crea-las condicións marco para poder facer efectivo o mandato de optimización do comportamento administrativo.

Agora ben, para logra-la optimización do comportamento administrativo débese formula-la reorientación do procedemento administrativo, de forma que o lexislador facilite, a través do procedemento, as condicións de aceptación dos interesados e potencie o procedemento participativo, para o efecto de que non só os titulares de dereitos, senón tamén aqueles que son titulares de intereses de xénero diverso, cheguen a convencerse de que a decisión adoptada pode se-la que máis conveña a tódolos intereses en liza. O mandato de optimización requiriría que o procedemento se transformara dende un instrumento ó servicio dos conflitos, noutro ó servicio das solucións.

Existe un consenso doutrinal acerca de que no ámbito en que aumentan os conflitos xurisdiccionais por falta de claridade, por deficitaria factura das normas, aumenta, tamén, proporcionalmente a burocracia reflectíndose un incremento en gastos de persoal e á súa vez un aumento da conflictividade.

Por iso cando se concibe unha norma nova hai que medi-los seus efectos positivos e o aparato organizativo necesario para facela efectiva e cumprila, no caso de que a norma lles confiase o seu cumprimento a suxeitos privados. De tal maneira os programas de estudio e de busca de medios alternativos ós estrictamente reguladores abaratan a execución da norma e implican a conducta dos particulares no seu cumprimento.

Entre aqueles que cultivan a ciencia da lexislación e a técnica lexislativa sobre a necesaria permanencia e a estabilidade das leis de procedemento; xa que unha norma de procedemento mal concibida encarece o ordenamento xurídico, xa que ó aumenta-la litixiosidade, tamén por cuestións procedementais, sobrecárgase o aparato xurisdiccional ó revisa-los actos da Administración e, en xeral, aumenta o custo da produción e do recoñecemento dos dereitos.

Para que a Administración poida esixir-la efectiva consecución dos fins do Estado e a optimización das súas decisións, debe ser dotada dos medios necesarios, xurídicos e económicos, para a súa provisión xa que para executa-las normas de modo eficiente é fundamental a concepción dun aparato organizativo capaz de poñelas en marcha. Pero iso presupón a esixencia de que a norma estableza as condicións necesarias no plano do xurídico para que a Administración poida simplifica-la súa conducta administrativa e poida aplicar normas provistas de preceptos intelixibles. Xa que, de non ser así, cando a norma non resulte clara nin intelixible, dificilmente pode a Administración cumprir coa optimización das súas tarefas, pois a penas pode proceder á súa verificación, orixinándose desta maneira nunha intervención por parte dos xuíces que comporta non só o decisionismo xudicial, senón tamén que o xuíz se converta no lexislador de emerxencia ou no controlador das faltas e dos acertos da lexislación.

Por iso toda norma ha ir acompañada das previsións orzamentarias correspondentes para a súa execución, así como para a resolución dos conflitos resultantes da súa aplicación. Se a norma non ten en conta os aspectos organizativos nin os orzamentarios e esquece a posición dos destinatarios, sexa no seu aspecto xurídico, sexa na vertente económica, con toda seguridade produciranse déficits na súa aplicación.

Neste contexto, avalia-las normas implica ter en conta, na medida do racionalmente posible, os seus efectos en fase prospectiva e en fase retrospectiva. Tan importante resulta preve-los efectos dunha norma no futuro para prepara-los medios necesarios, incluso os económicos, co obxecto de logra-lo seu cumprimento, como pondera-los efectos retrospectivos para concluír sobre a necesidade ou non de modifica-las súas regras.

Rememorando ós clásicos, no Libro IV de «As Leis», xa nos prevíña Platón con estas palabras: «... vexo, efectivamente, que a ruína axexa a unha cidade cunhas leis que non se respectan e carecen de eficacia».

2. Comentarios ó acto de apertura e de presentación

A Escola Galega de Administración Pública organizou estas xornadas que se desenvolveron no salón de actos do Edificio administrativo da Xunta de Galicia en Vigo, que permitiu o seu desenvolvemento de maneira descentralizada, fóra da sede central da EGAP en Santiago de Compostela, os días 20 e 21 de marzo de 2002. Nestas xornadas, que contaron cunha nutrida asistencia, destacados relatores galegos e españois expresaron as súas posturas sobre esta importante materia.

Estas xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, que despois de dálle-la benvida e agradece-la presenza do público asistente e a colaboración dos recoñecidos expertos, resaltou a importancia que para a EGAP supón o feito de descentralizalas xornadas e cursos ofrecidos pola institución e o compromiso de no futuro seguir vindo á cidade de Vigo que tamén recibe este tipo de eventos.

Así mesmo subliñou que os obxectivos destas xornadas viñan marcados polos imperativos de eficacia e eficiencia que na actuación administrativa provocaron a introducción de métodos económicos na análise e na aplicación do dereito público. A influencia crecente deste método afecta tanto á produción das normas administrativas coma ós plans de modernización da Administración e incluso ás propias resolucións xudiciais. O estudo polo miúdo desta temática constitúe o obxectivo das xornadas, dirixidas sobranceiramente a tódalas autoridades, funcionarios e operadores xurídicos implicados na produción, interpretación e aplicación das normas e actos administrativos, para unha axeitada conciliación da eficacia e economicidade co principio de legalidade.

3. Os relatores e o seu tema¹

a) *Principio constitucional de eficacia e legalidade administrativa:*

Marta García Pérez

A profesora titular de dereito administrativo e secretaria xeral da Universidade da Coruña expuxo o seguinte na súa intervención:

A aprobación da Constitución de 1978 supuxo un grande cambio no sistema organizativo das administracións públicas. Reflexo disto é o seu tantas veces referido artigo 2 no que se declara que España se constitúe como un Estado social e democrático de dereito. Analizando esta expresión detidamente poderemos entender cal é o espírito que esta norma nos achega.

¹ Nesta alínea aparecen redactadas as notas que fun tomando, no curso destas xornadas, das intervencións de cada un dos conferenciantes, polo que para un estudo máis detallado e pomenorizado remítome á lectura dos distintos relatorios que foron entregados no desenvolvemento das xornadas e que obran en poder da EGAP.

Estado de dereito: entendido como imperio da legalidade, sometemento pleno dos cidadáns e da Administración pública á Constitución, ás normas xurídicas e ós principios xerais do dereito e con respecto absoluto ós dereitos fundamentais.

Estado social: significa a vinculación da Administración pública á consecución dos denominados principios rectores da política social económica: dereito a unha vivenda e traballo dignos, ó medio natural... Con isto estase a supera-la concepción pasiva da Administración, que agora terá un novo papel que xogar en prol da consecución dun Estado social como deber constitucional.

Estado democrático: no sentido de participación dos cidadáns na toma de decisión administrativa mediante a articulación de procedementos que garantan a audiencia e mecanismos de defensa ante as posibles actuacións arbitrarias da Administración.

Outro precepto constitucional que debemos destacar é o artigo 103.1 da Constitución; neste artigo establécese como premisa que a Administración debe servir con obxectividade ós intereses xerais e a Constitución encoméndalle a esta –entre outros entes públicos– a realización do interese xeral. Faise necesario entender por Administración tanto a local como a autonómica e a estatal, que definirán o que é interese xeral dentro da súa competencia.

A expresión «con obxectividade» engádelle un plus respecto do cumprimento estrito da legalidade por parte da Administración, debe cumprila con transparencia tanto nas súas relacións internas coma externas. Nas relacións *ad intra* debe amosar independencia respecto dos poderes políticos como forma máis eficaz para acadalo interese xeral, aínda que politicamente non sexa o máis correcto nalgúns dos casos. En canto ás relacións *ad extra* trátase de render contas ante os cidadáns para que estes poidan manifestarse en cada expediente administrativo na fase de audiencia, e motivando cada unha das actuacións administrativas.

Para acadalo interese xeral, a Administración actuará de acordo co principio de eficacia, que ha de perseguila actuación dende a fixación dos obxectivos ata a consecución deses fins de interese xeral. A eficacia está presente en todo o proceso incluso na elección dos medios para acadalos fins, medios que son tan importantes coma o propio fin.

O principio de eficacia dunha boa Administración vai unido a un bo funcionamento dos servizos públicos, a acadala calidade como forma ordinaria na prestación de servizos públicos aínda que a elección non se traduza en economicidade ou abaratamento de custos (LOFAXE), xa que en moitas ocasións a relación custo-beneficio non só ten en conta criterios económicos.

Como último comentario ó artigo 103 CE, dicir que a Administración deberá actuar con pleno sometemento á lei e ó dereito (presente tamén

nos artigos 2 e 9 do texto constitucional), excluindo así a presenza de ámbitos de actuación administrativa inmunes ó control xurisdiccional (isto fainos volve-la vista non moi atrás e lembra-los mencionados actos políticos do goberno infiscalizables precisamente polo seu carácter político ou as tan mencionadas potestades discrecionais da LXCA de 1956). Polo tanto avógase pola plena xustiza da actuación administrativa, idea reforzada polos artigos 24 e 106 CE que establecen o control dos tribunais de toda actuación administrativa sen excepcións de ningún tipo. Isto supón a revisión de certos privilexios xustificados nalgún momento e que hoxe en día non poden manterse no marco dun Estado de dereito. Revisión que tivo como resultado que agora poidamos falar de potestades administrativas como poderes atribuídos pola norma para a consecución do interese xeral e fiscalizables en todo caso pola xustiza.

Á hora de establece-los medios para a consecución do interese xeral non só falaremos de medios previstos polo dereito administrativo, senón tamén se nos permite utilizar fórmulas de dereito privado. O que se deu en chamar fuxida do dereito pola Administración, a maioría das veces, non é máis ca unha fuxida do dereito administrativo ó achegarse a outras fórmulas de actuación máis rápidas, máis eficientes na xestión dos servizos públicos que se atopan no ámbito do dereito privado; trátase dun intercambio de técnicas de dereito público e privado para a consecución do interese xeral. A forma xurídica baixo a que se actúa a Administración resulta irrelevante, pero sempre haberá de facerse con medios lexítimos con sometemento pleno á lei e ó dereito, non só administrativo (p.ex. sometemento do SP de correos ó réxime xurídico privado por un principio de eficacia, buscando a flexibilidade no procedemento).

Neste sentido hai numerosa xurisprudencia na que se establece que o feito de que determinados entes instrumentais intenten acadar fins encomendados á Administración, implica o respecto destes entes á Constitución e ó resto do ordenamento xurídico. Así, a STS 14/1986 dispón que non é suficiente converter direccións xerais en sociedades anónimas para eludi-la prohibición de arbitrariedade dos poderes públicos, xa que tras elas se atopa a Administración pública, non entra en xogo o principio da autonomía da vontade (STS 161/1991). Estaríamos a falar da chamada técnica do levantamento do veo da personalidade xurídica «que hai detrás do capital social, cales son os seus fins (...), se é a Administración haberá que aplicárille-los principios de responsabilidade das administracións públicas, contratar persoal seguindo os criterios de capacidade, méritos...».

A tensión entre a eficacia e a legalidade merece unha reflexión; o punto de partida atopámolo no artigo 106 CE que rematou un proceso iniciado coa LXCA de 1956, recollendo o principio de absoluta fiscalización xurisdiccional de toda actuación da Administración pública, entendendo actuación como termo moito máis amplo que o termo acto, in-

cluindo control sobre a inactividade e a vía de feito (actuacións fóra de toda legalidade). Unha administración eficaz non é a que acada só os seus fins, senón a que os acada cos medios adecuados e idóneos. Faise necesaria a adecuación dos medios ós fins, como unha esixencia do Estado de dereito reflectida no chamado principio de proporcionalidade, tantas veces comentado pola xurisprudencia.

Son os tribunais os que dispoñen que a actuación administrativa para ser eficazmente proporcionada ha de ser útil e idónea, dirixirse a facilitar a consecución do obxectivo previsto na norma. Unha acción administrativa inútil sería desproporcionada. A actuación debe ser necesaria ou imprescindible, que non exista outra actuación menos restrictiva da esfera de liberdade dos cidadáns para acada-lo fin (intervencionismo mínimo). Debe ser unha actuación ponderada ou equilibrada, mesurada, razoada polo feito de que se derivan máis vantaxes para o interese xeral ca prexuízos para outros intereses diferentes. Que o saldo sexa positivo para o interese xeral, na relación custo-beneficio. O principio de proporcionalidade é unha ferramenta que ofrece a xurisprudencia, sobre todo do Tribunal de Xustiza europeo, para valora-la eficacia da actuación administrativa.

Exemplos de actuacións administrativas eficaces hai moitos: sería o caso de que o interese xeral, a prol da eficacia, esixira actuacións urxentes. Unha solución eficaz sería adoitar un procedemento de urxencia compasado de legalidade. A urxencia, aínda sendo un procedemento válido non é présa, sométese á lei e ó dereito. Urxencia non equivale a ausencia de procedemento, é un concepto xurídico indeterminado que debe ser determinado pola Administración ou polos tribunais, no seu caso (resolucións dictadas en procedementos de expropiacións, contratación pública...).

Unha última manifestación do principio de eficacia sería o feito de que corre a cargo dos cidadáns a posible acción contra actos administrativos, probando a súa invalidez. Ademais, a conservación de trámites e actuacións non contaxiados pola invalidez do acto (principio de incommunicabilidade dos vicios no procedemento: artigos 64.1, 64.2, 66 da Lei 30/1992) é outra das manifestacións mencionadas.

Xa para rematar, aclarar que a necesidade de motivación das resolucións administrativas non é un elemento puramente formal do procedemento administrativo, senón que é esencial, sen o que o procedemento deviría nulo de pleno dereito (62.1 LPC). Motivación entendida como xustificación resultante dun proceso argumental máis ou menos explícito pero apoiado por razóns exhibibles e sostibles dotadas de capacidade persuasiva e susceptibles de resistir confrontación con outras nun debate aberto ante unha instancia imparcial que ten como testemuña a unha comunidade de homes libres.

b) A construción teórica da análise económica do dereito:

Pedro Mercado Pacheco

O profesor titular de filosofía do dereito, moral e política da Universidade da Coruña expuxo o seguinte relatorio:

Falar da análise económica do dereito hoxe, creo que non é xa unha moda, como puido selo no seu momento. A modiño e silenciosamente, case sen estrondo, estudiosos e prácticos do dereito tiveron noticia ou chegaron a ter un coñecemento aínda que fora xeral, do que é a análise económica do dereito (en adiante AED). Como tal identificamos unha corrente teórica xurdida nos Estados Unidos de América e que ten como característica definitoria a aplicación das categorías, os instrumentos e o método da ciencia económica na explicación e avaliación das institucións do sistema xurídico. Hoxe a AED estúdiase como disciplina en moitos dos novos plans de estudos das licenciaturas de dereito, económicas, empresariais, e proliferan na formación de posgrao, mestrados e cursos especializados sobre o tema. E sen embargo, quizais sexa máis difícil falar sobre a AED como movemento teórico que hai dez anos.

Definir hoxe a AED é un labor de extrema dificultade, porque tras anos de desenvolvementos, debates e críticas, no dito movemento detéctanse tendencias, autores e perspectivas tanto metodolóxicas como ideolóxicas tan distintas que incluso cabería dudar da utilidade de referirse ó dito movemento e a tódolos seus desenvolvementos como algo homoxéneo. Non obstante esa dificultade, é necesario polo menos sinalar cales son os piares básicos sobre os que se construíu este peculiar enfoque económico do dereito, aínda que este esforzo de presentación das súas teses fundamentais implique sacrificar nesta exposición os detalles e matices das numerosas e plurais achegas que se inscriben neste movemento.

A AED preséntasenos como unha teoría renovadora do discurso xurídico tradicional. Neste senso, a AED é a «promesa feliz» dunha teoría do dereito e da xustiza «realista» na súa adaptación ó mundo da escaseza, «científica» na descrición do dereito, segura na xustificación das decisións xudiciais apelando a un criterio «técnico neutral» como a eficiencia económica. A ciencia económica, cos desenvolvementos operados nas últimas décadas parecía ser chamada co fin de realiza-la dita promesa.

O autor preguntábase ¿cal é o resultado da renovación? ¿Ten a teoría xurídica tradicional que pagar algún prezo?

En primeiro lugar don Pedro di que é certo que a AED nos permite comprender mellor a lóxica do sistema xurídico na medida en que fai explícitos os fundamentos económicos das decisións xurídicas. A AED destrúe unha visión do dereito americano no que este aparecería como valedor dun consenso sobre valores públicos compartidos, no que cada decisión, cada lexislación era lida como expresión do «interese xeral», no que o dereito era a vía e o vehículo adecuado para a reforma igualitaria

da sociedade americana. A AED nesta vertente desmitificadora que enlaza directamente coa tradición do realismo xurídico, prevennos dos efectos da mitificación da acción do Estado a través do dereito. A AED descúbrenos que detrás de toda decisión xurídica hai un problema de escaseza e de elección, que é necesario elixir e facelo sobre a base realista dunha análise das consecuencias, medidas en custos e beneficios, porque esa é a única maneira de resolver os problemas prácticos ós que debe facer fronte o dereito. A AED descúbrenos que o dereito custa, que a súa aplicación non é gratuíta e que as institucións xurídicas son determinantes da asignación e distribución dos recursos dunha sociedade determinada. A AED intenta achegar un modelo de cientificidade xurídica e de xurista acorde coas realidades do presente. Como saída tecnocrática á crise do dereito norteamericano, a AED preséntasenos como unha teoría do dereito máis operativa, dotada de técnicas de análise simples manexables e á vez sofisticadas que permiten a verificación empírica das predicións das políticas xurídicas e un xurista especializado, experto nas novas técnicas capaz de levar a cabo ante un tribunal os argumentos extraídos dunha teoría non baseada en intuicións e particularismos senón na claridade e a consistencia que a linguaxe económica dos custos e beneficios proporciona. Neste labor de desmitificación da función do sistema xurídico e da posta a luz dos seus fundamentos económicos a AED sitúanos ante unha nova imaxe do dereito e da práctica xurídica.

Pero en segundo lugar o autor apunta que hai que dicir seguidamente que se segue tratando dunha imaxe, non dunha explicación da realidade, senón dunha representación imaxinaria, ideolóxica, desta. Non é certo que baste con desprenderse das roupaxes das viaxes das categorías xurídicas e da súa reformulación nos termos da nova retórica das exterioridades, dos custos de transacción e da análise custo-beneficio, non basta obxectivar en termos cuantitativos as categorías do discurso xurídico tradicional como a culpa ou a pena, non basta a análise económica do impacto legal para quedarnos cunha descrición da realidade espida de imaxes. O que queda da AED entréganos unha imaxe tan reductora da realidade como a que é obxecto da súa crítica. A complexidade da realidade social é reducida á imaxe producida dun individuo reducido a *homo oeconomicus*, ó que se lle suma a redución da sociedade a un vasto mercado onde a política e o dereito son racionalizados e convertidos en «metamercados» institucionais que reproducen a lóxica da racionalidade maximizadora. Non hai espacio exterior ó mercado e ó mercantilizable. En definitiva, no lugar do dereito como mediador da realidade social, do Estado e a política como decisión do conflito en nome do interese xeral ou duns valores públicos, a AED resucítanos o mito do mercado e da eficiencia como modelo e criterio de organización social, feitos reais gracias á «naturalización» do comportamento racional do *homo oeconomicus*.

Este é o prezo da asunción da descrición real do dereito que proporciona a AED.

A pesar diso, o autor afirma que no imaxinario colectivo da sociedade capitalista avanzada nun proceso acelerado de globalización da economía de mercado, a eficiencia e o mercado converteuse nos criterios de lexitimidade practicamente exclusivas na toma de decisións políticas. A eficiencia económica tornouse nunha nova lei natural á que toda lexislación e decisión xurídica debe pregarse. En realidade ó que asistimos é á apoteose do económico, ó triunfo do *homo oeconomicus* e á extensión coitá do cálculo a tódolos ámbitos e aspectos da vida dos individuos.

Na naturalidade do mercado, a eficiencia devén da única lóxica posible, convertida nun valor técnico e, por isto, incuestionable, presuposto de toda a política lexislativa. Pode que algunha das teses da AED, as máis extremas, como as de Posner e algúns dos seus seguidores, aparécenos como esaxeracións economicistas, cando non meras veleidades de neoliberalis inxenuos. Pero o problema é que a lexitimidade da eficiencia económica recorre pola vía dos feitos, non tanto da teoría, amplos espacios da política xurídica dos nosos días. É pola vía dos feitos pola que a argumentación consecuencialista e a análise custo-beneficio se introduciron no proceso de toma de decisións dos tribunais de xustiza, e é pola vía dos feitos pola que, por exemplo, as reformas da Administración de xustiza veñen traducindo o primado da eficiencia. No mundo da economía globalizada non é estraño que o contrato se convertera na fonte do dereito máis importante, que se asista ó nacemento dunha nova *lex mercatoria* internacional e a unha xurisdicción, o arbitraje internacional, que traducen dunha maneira nítida a lóxica racional da eficiencia que describen os xuristas economistas da AED, esa é a xustiza das institucións do mercado internacional, das grandes corporacións e do mundo das finanzas, desligadas xa das ineficientes regulamentacións do estado-nación.

Pero que isto sexa así na realidade das sociedades contemporáneas non significa, como pretende Posner, que se confirme a naturalidade do mercado e do sistema capitalista como modelo de organización social. Esa é a falacia naturalista que esconde o economicismo da AED na súa versión máis extrema: unha vez descuberto que o real é racional –a racionalidade económica do *common law*–, o racional –a lóxica da eficiencia económica– debe ser real –reformulando o sistema xurídico no seu conxunto para facelo coherente coa dita lóxica–. Nembargantes, nada hai de natural no mercado, nin nada hai de natural na identificación da conducta económica como o parámetro da racionalidade; son froito dun proceso histórico, de decisións e de opcións políticas e ideolóxicas concretas e precisas. Creo que este determinismo economicista –que tanto recorda ó tan deostado economicismo marxista– non é de recibo nunha sociedade que precisamente por padece-lo primado desa lei natural do

cálculo económico e da eficiencia, alumea novos suxeitos e novas demandas sociais que impugnan esa xustiza do mercado e que vén presentar que o conflito hoxe non é o de eficiencia *versus* xustiza senón o de diferentes conceptos de xustiza.

c) A produción das normas administrativas:

Miguel Anxo Bastos Boubeta

O profesor do Departamento de Socioloxía, Ciencia Política e da Administración da Universidade de Santiago de Compostela, expuxo o seguinte:

A mellora e desenvolvemento de técnicas analíticas de apoio á produción normativa é quizais o aspecto menos atendido de todo o amplo abano de propostas de reforma e modernización que se fixeron nos últimos vinte anos. As reformas incidiron principalmente no sistema de incentivos da función pública ou no redeseño das súas estruturas pero desestimaron na maioría das ocasións o cambio nos procedementos de elaboración de leis e regulamentos, a pesar de terse desenvolvido todo un complexo *corpus* de coñecemento dedicado a tal fin. Do mesmo xeito, a produción normativa parece ser a grande esquecida nos actuais proxectos de mellora da calidade administrativa. Preocupa a calidade dos servicios prestados pola Administración e se invisten inxentes sumas de cartos con tal fin, pero esquécese aplicarlle os mesmos principios á creación da norma administrativa. Imos polo tanto analizar brevemente cáles son as principais achegas no desenvolvemento lexislativo, en especial as propostas de participación cidadá e de avaliación da lexislación, tendo en conta que algunhas delas foron recollidas polo lexislador español. Estas técnicas son unha concreción dos procesos de racionalización do dereito emprendidos na maior parte dos códigos legais dos países europeos nos últimos anos, procesos que non son privativos do mundo da Administración pública, senón que se pretende, alomenos dende algúns sectores da doutrina, que se estenda á totalidade do proceso político. Pero tamén hai que dicir que bastantes destas técnicas, tal e como son propostas pola lexística, que é como se coñece a disciplina que se preocupa do deseño das leis, non merecen, na opinión de Bastos Boubeta, ser tomadas en serio, pois da súa aplicación entendo que se derivarían máis males que bens como veremos máis adiante. Incorporaremos en consecuencia un ton crítico na análise das novas técnicas xurídicas, tratando de discriminar entre aquelas medidas que efectivamente consigan adecua-la produción de normas ás necesidades da sociedade actual, que tal debe se-lo obxectivo destas reformas lexislativas, daquelas que non pasan de ser mera retórica dedicada a xustifica-lo traballo de gabinetes inútiles e centros de asesoramento, ou a expandi-los orzamentos e os medios humanos de unidades administrativas ociosas.

A maioría das novas técnicas de modernización da lei administrativa forman parte dun proceso de racionalización do dereito que se dá tamén noutras áreas da vida social. Hayek escribiu pouco antes de morrer un libro chamado *The Fatal Conceit* clamando contra a arrogancia dos planificadores e enxeñeiros sociais que pretendían construír unha sociedade ou un dereito novo partindo só da mera razón sen decatarse do importante que é a experiencia humana acumulada ó longo dos tempos e da experiencia e do daniño que pode ser querer criar todo de novo sen ter en conta todo este capital. O racionalismo constructivista, que é como denomina Hayek a esta pretensión racionalizadora, tamén quere implantarse na produción normativa, e moi especialmente na norma administrativa, quizais porque é un terreo propicio para ela. Pero o racionalismo, aínda incorporando aspectos positivos, ten uns límites que non deben ser superados e isto foi o que pretendemos remarcar neste texto.

d) A linguaxe das normas: claridade, economía e seguridade xurídica.

Jesús Prieto de Pedro

O profesor titular de dereito administrativo e vicerrector da UNED expuxo:

Un determinado grao de percepción das implicacións entre o dereito e a linguaxe permite que o sintagma «linguaxe legal» designe hoxe unha linguaxe especial, obxecto dunha nova pero crecente atención entre os lingüistas e os xuristas.

Podemos falar en plural da existencia de linguaxes no seo dunha lingua porque esta non é un artefacto uniforme, senón un sistema complexo, multicolor, que comprende tanto variedades temporais e xeográficas, sociais, e sectoriais, como diversos rexistros. As linguaxes do dereito forman parte, pois, dunha lingua especial, caracterizadas por particulares combinacións de variedades e rexistros, na que segundo a distinción clásica podemos separar dous grandes grupos de linguaxes, a legal e a dos xuristas.

A linguaxe legal é aquela na que se escriben as normas, a noción de linguaxe dos xuristas designa as linguaxes a través do que os profesionais do dereito falan delas. A existencia dunha linguaxe legal, presidida polas regras da economía, a seguridade e a funcionalidade comunicativa, é caracterizada por un léxico específico que tende á precisión, por certas preferencias na formación das palabras por determinados trazos morfosintácticos e características de estilo, e incluso por certas fórmulas estruturais na manifestacións dos textos.

Salvo casos esporádicos, os vicios característicos desta linguaxe legal, considerados illadamente, non adoitan ser graves. Por outra parte, aplicando unha perspectiva de escala, non é difícil descubrir situacións peores nas linguaxes da xurisprudencia e da Administración; e, se miramos

fóra do dereito, os exemplos poden ser aínda de peor calidade, como en certos usos da linguaxe da informática. Pero a cousa cambia, e esa visión relativizadora do problema deixa paso á preocupación, se temos en conta dous novos aspectos.

O primeiro refírese preeminentemente ó que ocupa a linguaxe legal no conxunto das linguaxes do dereito. É por un lado, unha linguaxe con efectos *erga omnes*, a diferenza das linguaxes da xurisprudencia e das resolucións administrativas que, como regra xeral, teñen destinatarios singulares. E por outro lado, á parte da súa xerarquía interna, tamén se presenta cara a fóra como unha linguaxe en relación institucional de supremacía sobre as demais linguaxes xurídicas. A linguaxe das normas tende, en consecuencia, a impoñer-la súa impresión sobre o desenvolvemento das demais linguaxes xurídicas, e os seus acertos e defectos esténdense sobre estes como unha mancha de aceite. Recoñeceremos, pois unha función paradigmática da linguaxe legal na sorte das demais linguaxes do dereito, e isto é unha razón decisiva para esixir un rigor extremo na práctica do bo escribir legislativo.

O outro aspecto sitúase á súa vez na característica acumulación de defectos leves contra a claridade, a precisión e a gramática que se dá, en xeral, nos textos legais. As súas doenzas non son tanto unha cuestión de febre alta, pero ocasional, como de décimas permanentes. E esa suma de pequenos vicios contra o dicir claro é a que tupe unha cortina de escuridade contra a capacidade do cidadán para entende-lo que din as leis.

Como lograr que a linguaxe legal sexa mellor, un xurista non debe resistirse á tentación de preguntarse se o propio dereito ampara dalgún modo unha pretensión desta clase. O autor adianta que si, precisando máis tarde que as cláusulas do estado democrático e do estado da cultura e o principio de seguridade xurídica teñen algo que ver con isto.

Se no estado democrático a lei é expresión dunha vontade popular, en pura lóxica admitiremos que esta linguaxe debe estar expresada da forma máis intelixible para todos. O estado democrático espera, pois, dos que lle serven de pluma ás súas leis, un continuo corpo a corpo cos recursos da lingua, co obxecto de formula-lo dereito, dito en termos radicais, na linguaxe do pobo.

O principio de seguridade xurídica tamén abunda na claridade das normas, pero aínda máis na súa certeza. E claridade e certeza evocan ideas afíns, pero non son exactamente a mesma cousa. A certeza é máis ben precisión, e a precisión, claridade técnica. Unha pretendida linguaxe legal absolutamente clara en sentido popular non só deixaría de ser unha linguaxe concisa, económica, senón que deviría nunha linguaxe de regras inseguras.

Aínda que o concepto de estado de cultura non é explícito na nosa Constitución, como concepto sistematizador expresa, de forma concisa,

a especial posición que na actualidade lles corresponde cumprir ós poderes públicos en relación coa cultura: esta non só é para o Estado un feito ante o que se absterá por mor da súa liberdade de autodeterminación e de respecto das diversas expresións colectivas, senón tamén algo cunha promoción á que se contribuirá positivamente: en efecto, o preámbulo da Constitución resume, por tódolos demais preceptos, que é misión dos poderes públicos promover o progreso da cultura.

O especial respecto e protección que a Constitución lles impón ós poderes públicos ante a lingua como patrimonio cultural (artigo 3 da Constitución Española), esíxelles adoptar as medidas necesarias para que o uso público non vaia en detrimento do dito patrimonio. É dicir, no emprego da lingua, os poderes públicos non poden permanecer alleos á corrección lingüística: o estado de cultura ten un compromiso claro de respecto na emisión dos seus propios actos de linguaxe ás regras da gramática, espiñazo de toda lingua. Claridade, precisión e corrección son os tres puntos cardinais que presiden unha boa linguaxe legal.

O relator remata a súa comunicación expoñendo que a idea de que a linguaxe legal non é de boa calidade está moi estendida. En calquera lugar se poden oír queixas que se reflicten nos padecementos duns e doutros: dos cidadáns, pola escuridade dos textos legais, dos xuristas, pola súa imprecisión, e das persoas preocupadas polos asuntos da lingua, pola súa mala gramática. Pero tamén é verdade que esa conciencia aparece a miúdo tocada dun certo relativismo que tende a atenuar a importancia do problema. Quizais sexa esa fragmentación de perspectivas a que favoreza a visión relativista; aínda que tamén é verdade que só problemas inveterados crean un sentimento de que «son así as cousas», de que dificilmente poden cambiar.

e) Análise económica do dereito e resolucións xudiciais:

Cándido Paz Ares

O catedrático de dereito mercantil da Universidade Autónoma de Madrid falounos de:

A produción do dereito privado debe guiarse polo principio de eficiencia.

O problema da titularidade dos dereitos preséntase cando o xuíz ten que decidir a que parte se lle asina o dereito. As partes, moi a miúdo, non atribúen os dereitos debido ó elevado custo que isto leva consigo. Repárese no custoso que sería redactar un contrato que prevé tódalas hipóteses «aparca-coches» posibles. Os beneficios mutuos que o contrato lles reporta ás partes quedarían superados polos custos de contratación. Xustamente por esa razón, o ordenamento predispón un sistema de normas dispositivas, coa función de supli-lo silencio das partes, é dicir, aforrállelos custos de transacción na asignación dos dereitos.

O Teorema de Coase dinos que se os custos de transacción non son elevados, sempre prevalecerá a solución eficiente, xa que o intercambio voluntario conducirá a reasignarlle ou transferirlle o dereito a aquela parte nas mans da cal teña máis valor ou a atribuírlle a obriga a aquela parte que poida gobernala co menor custo. Se o ordenamento me atribúe o dereito, pero vostede o valora máis ca min, transferireillo a vostede e viceversa.

Fóra do terreo contractual e, en xeral dende o punto de vista analítico, parece de interese distinguir entre os custos de definición dos dereitos (ou custos de atribución dos dereitos) e custos de transacción (ou custos de transferencia dos dereitos). Isto facilitará moito a nosa exposición, que ten o obxectivo primordial de formalizar algunhas directivas que lle poidan ser de utilidade ós xuíces nun e noutro caso.

O Teorema de Coase presupón, en efecto, que dereitos estean atribuídos e, dende esa premisa, postula que, se non hai custos de transacción, a asignación eficiente sempre se producirá mediante o intercambio.

O problema estriba, segundo Pigou, en que existe unha diverxencia entre o custo privado e o custo social que é preciso emendar. O remedio ou vía na intervención do estado. Entre outras medidas propoñía que se declara obxectivamente responsable ou que se impuxese sobre a miña produción un tributo igual ó custo marxinal ocasionado polos animais ou, o que é o mesmo, un imposto equivalente á diverxencia entre os custos marxinais sociais e privados.

A grande intuición de Coase foi decatarse de que a externalidade é un problema recíproco. A externalidade é bidireccional, a cuestión para Coase non consiste en determinar que actividade causa a externalidade, senón en saber cal é a estrutura do dereito. Coase estima que a existencia de externalidades non daba lugar a unha mala asignación de recursos sempre e cando vostede e eu puidesemos contratar, para o cal a primeira condición indispensable é que o sistema xurídico atribúe titularidades sobre dereitos.

Moi distinto do problema da titularidade dos dereitos é o problema da protección dos dereitos, en torno ós cales identificamos unha nova e menos coñecida estrutura de casos difíciles, nestes supostos non se presenta un problema de atribución do dereito, cunha titularidade que supoñemos que está claramente definida de antemán, senón un problema de protección. O xuíz non ten que determinar a que parte lle atribúe o dereito, senón establecer como se protexe o dereito en mans da parte que o ten atribuído.

Unha vez identificada a estrutura básica dos casos difíciles e introducidas na discusión as pezas tal vez máis emblemáticas da teoría económica do dereito, é tempo de dar un paso máis e sistematiza-los criterios normativos que se desprenden do principio de eficiencia.

O primeiro postulado da eficiencia podería formularse así: no caso de que os custos de atribución dos dereitos sexan elevados, o xuíz non debe atribuírlos a ningunha parte. A privatización dos recursos é eficiente porque permite internaliza-los custos e beneficios asociados ó seu uso e, deste modo, calcula-la súa explotación óptima.

O segundo postulado deriva do principio de eficiencia que parte da inexistencia ou irrelevancia dos custos de atribución dos dereitos, e pode ser formulado nos seguintes termos: no caso de que os dereitos non estean atribuídos e non existan custos de transacción, o xuíz debe atribuírlos a unha parte, pero é irrelevante a parte a quen llos atribúa. Esta é a esixencia máis radical do Teorema de Coase que parte da premisa de que é preciso especifica-los dereitos co fin de internaliza-las externalidades. Se os dereitos están atribuídos a eficiencia na asignación dos recursos resultará automaticamente do mercado.

O terceiro postulado pode presentarse así: no caso de que os dereitos non estean atribuídos e existan custos de transacción, o xuíz debe atribuírlos á parte que máis valore. Este é, pola súa importancia práctica e alcance moral, o postulado central da economía normativa do dereito. A súa máis célebre formulación débese a Posner, que fala ó respecto da regra de simulación do mercado.

f) Discrecionalidade administrativa e dereito á tutela xudicial efectiva:

Jesús Souto Prieto

O Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, arriba indicado na súa intervención, tratou o seguinte tema:

A Revolución Francesa supuxo un cambio na concepción da Administración pública, pasando de ser considerada unha emanación persoal do soberano na etapa anterior a considerarse unha creación abstracta do dereito, e queda plenamente sometida á legalidade obxectiva. Legalidade que se sobrepon á Administración e que por iso poden invocala os particulares ante os tribunais, mediante a descomposición en distintos dereitos subxectivos.

Pero o mandato constitucional do artigo 103 CE –servir con eficacia ós intereses xerais– debe gozar de liberdade de iniciativa e de execución, a fin de cumprir axeitadamente a súa función, e iso maniféstase na necesidade de dotala de potestades discretionais.

A Administración pública procura a eficacia como consecución de obxectivos observando a legalidade como un límite a non exceder, mentres que os tribunais procuran a legalidade das actuacións administrativas como labor de control de se a execución se produciu dentro da norma que habilita a actuación en concreto.

¿Ata onde pode penetra-lo control xudicial da actuación administrativa? ¿É só en potestades reguladas ou tamén en potestades discretionais,

que son inescusables para o correcto funcionamento da Administración pública?

O feito de que o goberno humano faga inevitable a existencia de potestades discrecionais comporta ineludiblemente a obriga do seu control (control dos poderes públicos), e dá lugar ó que podería considerarse o Cabalo de Troia do Estado de dereito.

O volume enorme das súas tarefas, a prestación de servicios de ampla complexidade técnica e funcional, a súa necesaria adaptación constante e un exercicio descentralizado tanto territorial como funcionalmente, acrecentan a necesidade dunha ampla discrecionalidade (entendida como discrecionalidade institucional) nas mans das administracións públicas. Isto ocasiona que, ademais de criterios xurídicos se adoitén criterios políticos, técnicos ou de oportunidade que só a Administración será quen de valorar, limitándose os xuíces no seu control ó estrictamente xurídico.

Actualmente atopamos dúas posicións doutriniais:

■ *A postura tradicional*: vixente ata a LXCA do 1956 é aquela que considera que a Administración actúa con liberdade básica, só constringida polos límites legais externos (vinculación negativa). A maneira en que a lei pode atribuír potestades administrativas pode ser especificando todas e cada unha das condicións do exercicio desa potestade (potestades regradas) ou ben definindo algunha desas condicións pero remitindo para completala á estimación subxectiva da propia Administración (potestades discrecionais). No exercicio das potestades regradas a Administración limítase a constata-lo suposto de feito e a aplicárllle-la previsión legal correspondente a ese suposto. Nas potestades discrecionais aparece a estimación subxectiva para completa-lo cadro legal que condiciona o exercicio da potestade ou o seu contido en particular. Só as potestades regradas serían susceptibles de control xudicial, posto que a discrecionalidade queda fóra da legalidade, a pesar de se-lo esencial das potestades administrativas.

■ A outra teoría é aquela que proclama a *vinculación positiva da Administración* á legalidade, é dicir, a Administración só pode facer aquilo para o que previamente vén sendo autorizada por cobertura legal. Esta posición condúcenos a pensar que non existiría espacio administrativo in-mune ó control xurisdiccional.

Isto é un debate constante, hai posturas contradictorias dentro da máis ilustre doutrina administrativa; así Parejo Alfonso (segundo a tese xermana da reserva da Administración ou a dos EEUU da deferencia xudicial fronte ó executivo) defende a idea do poder político da Administración, xa que hoxe en día non é só un suxeito regulador e imperativo, senón un prestador de servicios capaz de dirixi-la evolución constante da

sociedade e contribuír cos suxeitos sociais á eficaz satisfacción dos intereses xerais. Polo tanto, o poder xudicial debe abstraerse de corrixilas infraccións meramente xurídicas, manténdose á marxe porque lle resultan alleas, tanto da visión estratéxica e global dos problemas sociais como da visión política.

Sen embargo, García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, combaten a dita teoría afirmando que é contrario á democracia o feito de pretender que a orixe electiva dos gobernantes os dispense do control ou os lexitimen ante os cidadáns, fronte a calquera reclamación ou esixencia de xustificación que estes poidan pedirilles xudicialmente. Xulgar á Administración contribúe a administrar mellor, tanto individual (garantía dos dereitos e intereses dos particulares) como institucionalmente (servicio obxectivo e eficaz dos intereses xerais). Contribúe a administrar mellor porque ó esixir unha xustificación cumprida das resolucións emitidas pola Administración obrígaa a analizar máis polo miúdo as distintas alternativas posibles, a valorar máis serena e obxectivamente as vantaxes e os inconvenientes de cada unha delas e a sopesar e medir mellor as súas respectivas consecuencias e efectos. Insiste García de Enterría en que se fai inevitable o sometemento a regras obxectivas. Hai que rexeitar en todo caso posicionamentos extremos, é necesario evitar que un exceso de garantismo comporte unha conxelación do cambio social; nin se pode atar de pés e mans á Administración, nin se pode permitir que a consecución da eficacia administrativa afogue os dereitos individuais.

Un posicionamento moderado sería aquel que defendera que o sometemento pleno ó dereito non impide que se xulgue o cumprimento ou non do principio de eficacia e a invocación deste non exime do seu control xurisdiccional. O artigo 24 da CE establece o principio de tutela xudicial efectiva, principio que se descompón en dereitos concretos; falar de discrecionalidade non é dicir exención da acción administrativa do control xudicial, porque iso suporía a violación de todos estes dereitos e principios, polo tanto non debe haber ámbitos inmunes á lei e ó dereito nin ó seu control (artigos 9.1 e 9.3 CE). Non hai discrecionalidade á marxe da lei, senón só en virtude da lei na medida en que a lei o dispoña.

A excelente exposición de motivos da LXCA de 1956 falaba de que a discrecionalidade xurdía cando o ordenamento xurídico outorga competencia para apreciar, nun suposto dado, o que sexa de interese público supoñendo delegar por parte do ordenamento xurídico na Administración a configuración segundo o interese público do elemento do acto de que se trate. A discrecionalidade non pode referirse a tódolos elementos dun acto en bloque, senón só a algún deles. Hai alomenos catro elementos que por lei deben estar regrados: a propia existencia desa potestade, a súa extensión, a competencia para actuar e o fin para o que se concede

esa potestade. Outros elementos como a forma, o tempo... poden estar ou non regulados segundo a norma sexa máis ou menos completa.

Chegado este punto, é de obrigado cumprimento diferencia-la noção de discrecionalidade doutras noções como é a de *concepto xurídico*. É unha técnica legislativa habitual e inescusable, hai esferas da realidade que intentan delimitar un suposto concreto pero que non están ben precisados no enunciado da lei, úsanse conceptos de experiencia, de valor... son supostos nos que a lei trata de subsumi-lo suposto nunha categoría legal (a diferencia da discrecionalidade que consiste na libre elección entre alternativas igualmente xustas, porque a decisión se basea en criterios extraxurídicos de oportunidade, económicos, sometidos a un criterio subxectivo da Administración) e fiscalizables en todo caso polo xuíz, posto que a solución xusta é soamente unha: a boa fe ou haina ou non a hai, o prezo é xusto ou non o é. A área da discrecionalidade é máis reducida cá dos conceptos xurídicos indeterminados.

¿Que técnicas de control existen? Debemos comezar polos elementos regrados, poden sinalarse tres:

1. *Desviación de poder*: podería resumirse como que a liberdade de decisión conferida ó órgano non o autoriza para arredarse do fin en virtude da que foi outorgada. O artigo 83.2 da LXCA de 1956 establecía que a sentenza estimará o recurso contencioso administrativo cando o acto ou a disposición incorrese en calquera forma de infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder (entendida como o exercicio da potestade administrativa para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico: artigos 70.2 da LXCA de 1998 e 106.2 da CE). Non é preciso que o fin perseguido sexa un fin privado, senón que tamén se inclúen fins públicos distintos ós previstos legalmente (STS de 12/01/1973). Trátase dun vicio de estricteza legalidade e a maior dificultade atopámola na proba da diverxencia de fins, por iso a xurisprudencia só lle esixe ó administrado un principio de proba a través de indicios ou presuncións concluíntes, e correspóndelle á Administración como unha especie de inversión da carga da proba, probar que o acto administrativo non persegue o fin á que apuntan os indicios. Coa vella técnica o administrado atopábase indefenso ó ter que probar negativamente que a Administración non perseguira un plan distinto. Hoxe en día, adóptase unha concepción obxectiva desprazando o centro de atención dos móbiles que tivo a Administración para indagar cál era o fin que o lexislador lle atribuíu a esa potestade concedida (STS de 26/05/1995, non se esixe un desexo premeditado, ó bastar un resultado que se arrede dos fins propios e dos actos ou disposicións).

2. *Control a través dos feitos determinantes*: toda potestade discrecional baséase nunha realidade de feito (p. ex. existencia dunha vacante para

cubri-la) Un feito non pode ser e non ser ó mesmo tempo, de xeito que a Administración pode valora-los feitos pero non pode decidir se ocorren ou non. Iso solucionase mediante a proba a cargo da Administración (STS 26/09/1973).

3. *Control a través dos principios xerais do dereito*: as normas non proceden só da lei, tamén do costume e dos principios xerais do dereito. Segundo o artigo 103 da CE, a Administración sométese á lei e ó dereito, en sentido amplo. Os principios xerais son os fundamentos morais da orde xurídica que expresan os dereitos básicos da persoa, que aseguran a coherencia e a plenitude do sistema, son unha condensación dos grandes valores xurídicos e materiais que constitúen o substrato dun ordenamento. Non se trata de substituí-la discrecionalidade administrativa por unha discrecionalidade xudicial (sería contrario á separación de poderes e suporía unha intromisión xudicial na esfera de atribucións que lles corresponde única e exclusivamente ás administracións públicas), senón que se trata de atopar-la explicación obxectiva que se exprese nun principio xeral (STS 06/02/1963). O xuíz segue a estar vinculado polo dereito pero dun xeito distinto, busca a solución que non só ofrece a lei, senón os principios materiais que sustentan a lei. A emanación do artigo 1 da CE toma corpo ó longo do texto noutros principios como os do artigo 9, 103, o de igualdade, o de proporcionalidade, boa fe...


Hai outras técnicas de control residuais, como son as seguintes:

A) *Principio de interdicción da arbitrariedade*: consiste no control dos motivos da Administración para actuar, é dicir, o proceso de formación da vontade da Administración. Que existan motivos suficientes e obxectivos.

B) *A racionalidade*: supón un control da coherencia interna da decisión, que sexa coherente cos datos nos que se basea, ó acudir ás máximas da experiencia ou a probas periciais. Deben controlarse e sopesarse os factores que se tiveron en conta pola autoridade administrativa para toma-la decisión final.

C) *A razoabilidade*: é máis subsidiaria e excepcional, consiste en excluí-lo absurdo.

D) *A proporcionalidade*: que é a alternativa de todas as que tiña a Administración é a menos gravosa para o particular (STS 30/12/1991).

Un abuso e un exceso de xurisdicción non é desexable, pero nos casos en que se poida identificar unha solución menos gravosa para o particular e máis axeitada ó fin, non pode negarse que os tribunais teñan ese control final da actuación administrativa. 

XORNADAS SOBRE NACIONALIDADE E INMIGRACIÓN

(A Coruña, 13 e 14 de xuño de 2002)

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

Os profundos cambios acaecidos en relación co fenómeno da inmigración en España, fundamentalmente durante os quince anos de vixencia do texto legal de 1985, foron xerando unha conciencia social e xurídica arredor da conveniencia de modifica-la normativa española de estranxeiría para facerlles fronte ós continuos e incesantes fluxos migratorios, que lonxe de configurarse como unha realidade de tipo meramente conxuntural, foi adquirindo no noso país clara consistencia de realidade estrutural.

Tras un longo proceso, coa promulgación da Lei 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, quedou derrogada a antiga Lei orgánica 7/1985. Por medio da nova norma introducíronse cambios decisivos e substanciais respecto á regulación anterior, pois ademais de ampliar notablemente os dereitos e liberdades, recoñeceu a agrupación familiar, contemplou a existencia de permisos permanentes de traballo e residencia, modificou drasticamente o sistema de infraccións e sancións, agravou os delitos de tráfico de inmigrantes e orientou as políticas públicas que lle deben servir de análise a tódalas institucións, centrais, autonómicas e locais.

Pero pese a que esta nova lei veu a representa-la aceptación dunha inmigración estable en España e a creación dunhas condicións dignas que

faciliten a integración dos traballadores estranxeiros, a vixencia deste texto legal, sen embargo, resultou extraordinariamente curta, e foi reformado pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, e tendo en conta ademais a recente proposición de Lei de modificación do Código civil en materia de nacionalidade do 16 de maio de 2002 (núm. de expediente 122/ 000216)¹.

No ámbito desta temática, a Escola Galega de Administración Pública e a Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública da Xunta de Galicia organizaron unhas xornadas, intituladas propiamente Nacionalidade e inmigración, que tiveron lugar na sede da Delegación desta Consellería na Coruña os días 13 e 14 de xuño de 2002, e que contaron coa participación dun nutrido grupo de asistentes cunhas inquietudes ó respecto que se viron colmadas e satisfeitas, en xeral, polas notorias intervencións dos distintos relatores cunha fama e coñecemento sobre o tema que os precede.

Neste marco divulgativo e participativo, cunha presentación inicial e protocolaria que correu a cargo do director da EGAP, a primeira intervención correspondeulle a Jacinto Gil Rodríguez, catedrático de dereito civil da Universidade do País Vasco, quen se referiu á nova opción ofrecida ós fillos de emigrantes e á reforma do sistema de perda. Para isto tomou como referencia os antecedentes inmediatos e as distintas proposicións de lei de emigración, que xa apuntaban a posibilidade de facilitala adquisición da nacionalidade española para estes fillos de emigrantes, aínda que se centrou principalmente na proposición de lei ofrecida polo Partido Popular, pois será esta a que en definitiva chegará ó Senado.

Esta proposición de motivos da lei ten tres liñas básicas no seu fundamento:

a) En primeiro lugar, a súa intención débese á súa vez a tres posibles motivacións:

1. A realidade social.
2. As esixencias constitucionais.
3. As melloras técnicas.

b) A exposición de motivos proclama o ser coherente co artigo 42 da Constitución española, pois o Estado haberá de velar especialmente pola salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro, debendo orienta-la súa política cara ó seu retorno.

¹ BOCG, Congreso dos deputados, VII Lexislatura, serie B, proposicións de lei, 16 de maio de 2002, núm. 241-1, onde se pode ve-lo informe do relatorio e o novo texto resultante da unificación das proposicións de lei con números de expediente 122/000102, 109 e 150.

c) E, en último lugar, remite ou busca lexitimación no Informe da Comisión de Nacionalidade e no Consello Xeral da Emigración.

Polo que se refire á canle e ó tipo da nacionalidade que se lles ofrece ós fillos de emigrantes, ós descendentes de emigrantes a lei ofrécelle-lo dereito de optar á nacionalidade, sen máis requisitos en principio; en palabras de Jacinto Gil «unha nacionalidade de baixa intensidade». Non obstante, é necesario que a nacionalidade do proxenitor sexa española, así o destinatario único é o da primeira xeración do nacional que emigrou, ó que se lle ofrece a nacionalidade por toda a vida. Pero, como advirte o relator, esta canle da opción non é seguro que estivese prevista nas catro propostas previas sobre a nacionalidade.

Por outra parte, o dereito a exercita-la nacionalidade española poderá solicitarse en calquera momento da vida do posible interesado, sempre que reúna as condicións precitadas. En tal sentido, debe terse igualmente presente que para optar á nacionalidade española é necesario renunciar á nacionalidade que se posuía con anterioridade, coa excepción dos cidadáns dos países iberoamericanos que poderán optar pola dobre nacionalidade.

Pola súa parte, Fernando Reglero Campos, catedrático de dereito civil da Universidade de Castela-A Mancha, tendo presente que a nacionalidade española se adquire por residencia en España nas condicións previstas polo artigo 22 do Código civil, e segundo os trámites sinalados pola lexislación do rexistro civil (artigos 63 e 68 da lei e artigos 220, 237 e 365 a 369 do regulamento), puxo de manifesto que os presupostos de adquisición da nacionalidade por esta vía resultan bastante numerosos e de moi diversa índole. En primeiro lugar, o interesado deberá solicitar e obte-la concesión da nacionalidade polo Ministerio de Xustiza. O outorgamento da concesión non significa a adquisición automática da nacionalidade, pois para isto o interesado deberá cumprir-los trámites previstos no artigo 23 CC.

Para a obtención da concesión deberán concorrer unha serie de requisitos, uns de carácter obxectivo e outros subxectivos:

a) Requisito obxectivo é a residencia en España durante un período de tempo determinado, de forma legal, continuada e inmediatamente anterior á solicitude (artigo 22, alíneas 1 e 2 CC).

b) Requisitos subxectivos son que o interesado teña observado unha boa conducta cívica e teña acadado un suficiente grao de integración na sociedade española (artigo 22.4 CC).

A verificación destes requisitos non supón necesariamente que o Ministerio de Xustiza teña que outorga-la concesión. Poderá facelo, pero tamén poderá denegala se considera que existen motivos de orde pública e de interese nacional (artigo 21.2 CC), circunstancia que deberá xustificar

ou motivar. Agora ben, se ben é certo que, segundo o último parágrafo do artigo 223 RRC, a denegación da concesión por tales razóns «poderá non motivarse», despois da reforma operada pola Lei 18/1990, do 17 de decembro, o artigo 21.2 CC esixe que a denegación por tales motivos sexa «razoada».

De acordo con esta facultade de denegación, sinalouse que o estranxeiro que reúna os requisitos obxectivos para adquiri-la nacionalidade por residencia non ten un dereito subxectivo, ó estar sometida a súa efectiva adquisición á concesión por un órgano administrativo. Non obstante, como afirmou Reglero Campos, o feito de que a denegación por razóns de orde pública ou interese nacional deba ser «razoada» reduce de forma considerable a discrecionalidade da decisión administrativa, de xeito que cando non concorran tales razóns a concesión non poderá ser denegada. Así o proba o feito de que a denegación é revisable polos tribunais.

En canto á xurisprudencia, esta explicitou unha dobre caracterización dos requisitos anteriormente sinalados:

1. En relación cos obxectivos, isto é, os que debe reuni-la residencia en España (legalidade, continuidade e inmediatez), manifestouse que son de carácter definido: formulación de solicitude e a residencia legal, continuada e inmediatamente anterior á petición durante o prazo de tempo aplicable en cada caso (dez, cinco, dous ou un ano).

2. Os segundos configúranse como conceptos xurídicos indeterminados, ben de carácter, como a xustificación de boa conducta cívica e o suficiente grao de integración na sociedade española, ou ben de carácter negativo como é o caso dos motivos de orde pública ou interese nacional que poden xustifica-la súa denegación.

Estes requisitos, pola súa propia natureza de conceptos xurídicos indeterminados, precisan, en anuencia co sinalado polo relator, da concreción axeitada ás circunstancias de cada caso, e a súa valoración leva a unha decisión administrativa xurisdiccionalmente fiscalizable.

Finalmente, como xa se precisou, unha vez obtida a concesión, o interesado debe emitir unha declaración de vontade de adquisición da nacionalidade española nos termos do artigo 23 CC.

Polo que se refire ós prazos de residencia en España, o Código civil establéceos atendendo a certo tipo de situacións nas que poida encontrarse o solicitante da nacionalidade: prazo xeral de dez anos; que se reduce a cinco para os que teñan obtido asilo ou refuxio²; a dous cando se

² Trátase dunha novidade introducida pola reforma de 1990. Para determinar quen son os que ocupan a condición de asilado ou refuxiado ha de acudirse á Lei 5/1984, do 26 de marzo, reguladora do dereito de asilo e da condición do refuxiado, reformada pola Lei 9/1994, do 19 de maio.

trate de nacionalidade de orixe de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial ou Portugal ou de sefardís; e a un para os caos expresados no número 2 do artigo 22 CC, é dicir:

- O que non teña exercitado oportunamente a facultade de optar.
- Quen teña estado suxeito legalmente á tutela, garda o acollemento dun cidadán ou institución españois durante dous anos consecutivos.
- Quen ó tempo da solicitude levase un ano casado cun español ou española e non estivese separado legalmente ou de feito.
- O viúvo ou viúva de española ou español.
- O nado fóra de España de pai ou nai que orixinariamente teñan sido españois.

Ó tema da adquisición da nacionalidade española polo cónxuxe e no seu caso polo convivente de español ou española referiuse expresamente Javier Carrascosa González, profesor titular de dereito internacional privado da Universidade de Murcia.

Sobre este suposto de feito comentou que é *errónea* a afirmación, pese a estar moi difundida, de que no actual dereito español da nacionalidade o matrimonio con español ou española é *causa automática* da adquisición da nacionalidade española polo cónxuxe estranxeiro, e así a constatou como unha *idea falsa estendida*.

Para analiza-la cuestión partiu dun presuposto elemental, a saber: a idea estrutural do dereito español da nacionalidade. No actual dereito español da nacionalidade abandonouse o antes *vixente principio de unidade xurídica da familia*³, para hoxe en día rexe-lo *principio da nacionalidade persoal*, que é que cada persoa ten a súa propia nacionalidade, que pode ser distinta da nacionalidade que posúen o resto dos membros da súa familia. Este criterio de nacionalidade persoal é consecuencia da proxección no dereito da nacionalidade de dous principios básicos constitucionais (artigos 10 e 14 CE):

- a) Principio de non discriminación por razón de sexo: a muller non segue automaticamente a nacionalidade do home.
- b) Principio de libre desenvolvemento da personalidade: a ningún individuo maior de idade se lle impón unha nacionalidade en contra da súa vontade.

Polo tanto, a redacción actual do artigo 22 CC indica, segundo Carrascosa González, que o cónxuxe de español ou española pode adquirir (non é obrigatorio e ademais a Administración resérvase o dereito a non

³ Toda a familia debe te-la mesma nacionalidade, que é a nacionalidade do varón pai de familia.

acceder á petición por diferentes motivos) a nacionalidade española por residencia en España dun ano se a residencia cumpre cunha serie de requisitos (residencia forzada), se o matrimonio cumpre tamén con outra serie de esixencias (esixencia de auténtico matrimonio) e se se cumpren unha serie de requisitos formais, complementarios dos anteriores pero necesarios.

En canto ás consecuencias da adquisición da nacionalidade española polo residente en España cónxuxe de español ou española e da correlativa aplicación da lei española ó seu «estatuto persoal», estas son evidentes para o relator:

a) Facilítase a función xurisdiccional: os xuíces e tribunais non teñen que aplicar leis estranxeiras, leis que hai que probar sempre segundo o artigo 281.2 da Lei de axuízamento civil do ano 2000, coa conseguinte diminución de custos e axilización do proceso.

b) Facilítase a vida legal do individuo pola proxección do principio de proximidade propio do actual dereito internacional privado: as situacións privadas internacionais deben rexerse pola lei do país co que presentan un vínculo máis estreito.

A continuación, José Luis Reglero Campos, vocal do Consello Xeral do Poder Xudicial e maxistrado do Contencioso-administrativo, pronunciouse sobre a cuestión da boa conducta cívica e o suficiente grao de integración para a concesión por residencia, e foi obxecto de estudo do relatorio a xurisprudencia nacida ó abeiro do artigo 22.4 CC, segundo o que para a obtención da nacionalidade española por residencia, á parte de certos requisitos regrados que non son do caso máis os deducibles do artigo 21.3 CC, imponse como carga procedimental a consistente en que o «interesado deberá xustificar, no expediente regulado pola lexislación do Rexistro civil, unha boa conducta cívica e suficiente grao de integración na sociedade española», o que debe relacionarse co previsto no artigo 22.1 CC para o caso de solicitude da nacionalidade por residencia, isto é, que o Ministerio de Xustiza «poderá denegala por motivos razoados de orde pública ou interese nacional».

O complemento normativo desas previsións atopámolo no Regulamento do Rexistro civil que no seu artigo 220 dispón que o expediente para a concesión da nacionalidade por residencia se indicará especialmente se o interesado está procesado ou ten antecedentes penais e –aínda que sexa xa unha previsión desfasada segundo Requero Ibañez– se cumpriu o servizo militar ou prestación equivalente segundo as esixencias das leis do seu país, ou se acredite a situación que conorra nel ó respecto e as circunstancias reduzan o tempo esixido (alínea segunda).

Máis relevante e co fin da determinación do seu grao de integración, a alínea quinta do citado precepto prevé que debe existir constancia de se

fala castelán ou outra lingua española, máis calquera circunstancia de adaptación á cultura e estilo de vida españois, como estudos actividades, benéficas ou sociais, e as demais que estime convenientes.

A proba destes extremos correspóndelle ó solicitante (artigo 221.1 RRC), e así a conducta acreditarase por certificado da autoridade gobernativa local e polo do Rexistro central de penados e rebeldes (artigo 221.3 RRC). O mencionado artigo 221 conclúe que para a concesión da nacionalidade por residencia esta acreditarase, de ser posible, por información do Goberno civil ou da Dirección Xeral da Policía do Ministerio do Interior. En canto ós demais feitos e circunstancias o precepto sinala que poderán acreditarse por calquera medio de proba axeitado admitido en dereito. Por último, o encargado oírá persoalmente ó peticionario para comproba-lo seu grao de adaptación á cultura e estilo de vida españois, e procurará escoitar tamén ó cónxuxe por separado e reservadamente sobre o cambio de nacionalidade e circunstancias que nisto concorren⁴.

Como é sabido, e así o lembrou o relator, os litixios que nazan desta normativa resólvense ante a xurisdicción contencioso-administrativa a teor do artigo 22.5 CC, previsión legal que se introduciu a raíz da sentenza do Tribunal Supremo, antiga sala 4^a, do 7 de xuño de 1986.

Desde este marco normativo, a xurisprudencia parte da premisa de que a nacionalidade, de conformidade co artigo 1.7 da LRC, é un auténtico estado civil (SSTS do 24 de abril, 9 de xuño, 19 de xuño, 25 de outubro e 7 de outubro de 2000). Desta forma e segundo esa doutrina, a nacionalidade define o estado civil por máis que teña unha dobre dimensión: dun lado, como título para formar parte da organización do Estado e, ademais, unha calidade como pertencente a unha comunidade. O primeiro configura o seu aspecto público e o segundo o privado, sen que por isto caiba escindi-la súa verdadeira natureza xurídica de estado civil, decisivo para a posición xurídica da persoa.

Do exposto por Requero Ibáñez debe inferirse que a adquisición por residencia non pode confundirse coa que se leva a cabo por carta de natureza. Ó respecto a xurisprudencia afirma que mentres esta constitúe un xenuíno dereito de gracia (cfr. artigo 21.1 CC), no que o requisito da solicitude ten o significado de ocasión ou motivo pero non da súa causa xurídica, a adquisición por residencia non pode concederse ou denegarse senón cando concorran as circunstancias legalmente previstas. Desta maneira non se trata dunha concesión *strictu sensu* e menos en sentido xurí-

⁴ Á súa vez, o artigo 222 RRC dispón que «a dirección reclamará os informes oficiais que estime precisos e sempre o do Ministerio do Interior. O informe deste departamento comprenderá o xuízo sobre a conducta e situación do estranxeiro respecto das obrigacións que impón a súa entrada e residencia en España».

dico e administrativo, desde o que podería defenderse o seu carácter de negocio unilateral; trátase, máis ben, dun recoñecemento que se efectúa por concorre-los requisitos esixibles, aínda que poida denegarse por motivos de orde pública ou de interese nacional suficientemente razoados (artigo 21.1 CC). Respecto deste requisito formal, de non ter sido pola inaplicación que fixo a sentenza do Tribunal Supremo do 7 de xuño de 1986 do artigo 223.3 RRC⁵, hoxe, trala reforma de 1990, entenderíase derogado e, en todo caso, sempre sería de aplicación o artigo 54.1.f) da Lei 30/1992 que esixe a motivación cando unha disposición legal así o impoña.

Á súa vez, non debe esquecerse, tal e como advertiu o relator, que, a diferenza do que ocorre co réxime xeral de estranxeiría conforme ó que a residencia legal constitúe o pórtico xurídico a partir do que o estranxeiro é titular daqueles dereitos e liberdades non ligados á persoa en canto tal (cfr. STC 94/1993), a concesión da nacionalidade española non é un dereito fundamental recoñecido pola Constitución ós estranxeiros. Deste modo, o artigo 11.1 CE o que establece é que a nacionalidade española se adquire, conserva e perde de acordo co establecido na lei, como así o recoñece a sentenza da Audiencia Nacional, sección 4ª, do 28 de xuño de 2000.

Por outra parte e desde o punto de vista do artigo 14 CE, a xurisprudencia advirte que a posición xurídica do estranxeiro petionario da nacionalidade non é equiparable á do español no tocante á aplicación de determinados requisitos. Así a sentenza do Tribunal Supremo, sala 3ª, sección 6ª, do 26 de setembro de 2000, entende que non é invocable o artigo 14 CE que toma como termo de comparación ós españois⁶.

⁵ De acordo con este precepto regulamentario, «poderán non motivarse as resolucións denegatorias por razóns de orde pública ou interese nacional».

⁶ No seu pronunciamento o Tribunal Supremo declara desta maneira que «a non concesión da nacionalidade española a unha cidadá estranxeira que estea na mesma situación que outros cidadáns españois non vulnera o principio de igualdade de dereitos entre españois e estranxeiros, pois este principio non ten carácter absoluto, senón que, como declara a sentenza do Tribunal Constitucional 10771984, «existen dereitos que corresponden por igual a españois e estranxeiros e cunha regulación que debe ser igual para ambos (os imprescindibles para a garantía da dignidade humana); existen dereitos que non lles pertencen de ningún modo ós estranxeiros (os recoñecidos no artigo 23 da Constitución segundo dispón o artigo 13.2 e coa salvedade que contén); existen outros que lles pertencerán ou non ós estranxeiros segundo o dispoñan os tratados e as leis, e é entón admisible a diferenza de trato cos españois en canto ó seu exercicio».

Desde esta premisa, a STS do 26 de setembro de 2000 conclúe afirmando que «resulta evidente que a regulación da concesión da nacionalidade española a un estranxeiro supón unha desigualdade, pois a lei establece uns requisitos para obtela que non son necesarios para a adquisición da nacionalidade española por razón de orixe».

A partir destes presupostos, o exercicio das potestades administrativas que se exercitan ante as solicitudes de nacionalidade por residencia levou a Requero Ibáñez ó estudio, en canto ó dereito substantivo, do control xurídico dunhas potestades concretadas na técnica de integración de conceptos xurídicos indeterminados así como determina-lo alcance dos informes reservados nos que pode basearse o exercicio de tales potestades. Pero, ademais, desde o punto de vista procedimental administrativo, suscítase o reparto da carga de probar entre a Administración e o administrado segundo que se estea ante o suposto do artigo 22.1 ou artigo 22.4 CC, respectivamente, así como o alcance deses documentos clasificados como segredos ós que se facía referencia; e outro tanto ocorre desde o punto de vista do proceso contencioso-administrativo á vista das previsións do artigo 48.6 da Lei de réxime xurídico.

Finalmente, a última intervención correu a cargo de Federico A. Rodríguez Morata, catedrático de dereito civil da Universidade de Castela-A Mancha, que disertou sobre as novas condicións de recuperación da nacionalidade española, que como puxo de relevo o Centro Directivo (resolucións da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado do 5 de marzo de 1999 (RX 1999, 10116) e 14 de xaneiro de 2000 (RX 2000, 3112), entre outras) só pode recuperar tal nacionalidade o que previamente teña sido español; de onde se deduce que todo español que perdeu –voluntaria ou involuntariamente– ou foi privado da nacionalidade española pode recuperala conforme ó disposto no artigo 26 CC.

Neste último precepto, polo demais, rematou por confluí-lo tratamento de dúas hipóteses que con anterioridade á Lei 51/1982, do 13 de xullo (de reforma do Código civil en materia de nacionalidade) mereceran preceptos específicos. Desde a Lei de rexistro civil de 1870 (artigos 106 e 107) ata a reforma do Código civil operada pola Lei 14/1975, foron tratadas como situacións formalmente desiguais ou diversas: por un lado, a do antigo español que perdeu *voluntariamente* a nacionalidade; e, polo outro, a do que fose *privado* dela como consecuencia das conductas que en cada momento estiveron tipificadas⁷. Ademais, nese período legislativo os españois que perdesen *involuntariamente*⁸ a nacionalidade española non tiñan un tratamento diferenciado dos que a perderon *voluntariamente*, para os efectos de cumprir cos requisitos para a recuperación da nacionalidade española. Haberá que esperar ata a referida Lei 51/1982 para que, aínda que o tratamento siga sendo substancialmente diverso, ámbalas situacións (perda e privación da nacionalidade) queden reconducidas no mesmo

⁷ Vid. GIL RODRÍGUEZ y ANGOITIA GOROSTIZA, *Comentarios al Código Civil*, II-1º, Barcelona, 2000, p.175.

⁸ V.gr., emigrantes ou muller casada con estranxeiro.

precepto, sometendo ós primeiros ó cumprimento dos requisitos xerais en materia de recuperación da nacionalidade española, pero previndo unha situación de favor para os que perderon involuntariamente a dita nacionalidade; e esixíndolles ós segundos unha habilitación previa para volver gozar dela.


Nas súas distintas reformas posteriores⁹, o artigo 26 CC vén esixindo invariablemente catro requisitos xerais para a recuperación da nacionalidade: residencia, declaración, renuncia e inscrición. Unicamente este último foi un requisito historicamente esixido para a recuperación da nacionalidade española, desde que o artigo 96 da Lei de rexistro civil de 1870 dispuxera que «os cambios de nacionalidade producirán efectos legais en España só desde o día en que sexan escritos no Rexistro civil». En cambio, o requisito da necesidade de *radicarse en España* para a recuperación da nacionalidade, á parte de terse eliminado como tal requisito na versión da Lei 14/1975, do 2 de maio, resulta que a esixencia tradicional de «volver ó reino» (artigo 21 CC, na súa versión orixinal) foi recuperada e transmutada con ocasión da Lei 51/1982, baixo a vixencia da que non basta co «regreso», senón que o requisito correspondente precisa a residencia legal e continuada en España durante un ano inmediatamente anterior á petición» (artigo 26.1.1^o). É entón, seguindo a descrición evolutiva de Rodríguez Morata, cando se inicia o réxime inestable da «non esixencia ou dispensa» do requisito en determinados casos¹⁰. Con todo, este requisito xenérico consolídase mediante a Lei 18/1990 coa fórmula de «ser residente legal en España» do artigo 26.1.a) CC, que será respectada pola Lei 29/1995. Por último, a esixencia de «renuncia á nacionalidade anterior» foi, en certo modo, dulcificada pola Lei 18/1990, sinxelamente a «declaración de renuncia» nos supostos de nacionalidades incompatibles coa española, á par que exime desa declaración ós «naturais dos países mencionados no artigo 24» (artigo 26.1.c), tamén na versión actual da Lei 29/1995.

En todo caso, a evolución lexislativa do artigo 26 do Código civil desde a súa reforma operada por Lei 51/1982, pasando pola disposta pola Lei 18/1990 e culminando coa Lei 29/1995, ten unha particularidade común: o establecemento dun réxime específico de nacionalidade dos emigrantes españois, mediante unha diferente configuración –en cada etapa lexislativa– da figura da dispensa do requisito da residencia a tales emigrantes. Así, mentres a Lei 51/1982 establecía que o requisito da residencia «se dispensará» polo Ministerio de Xustiza ós emigrantes es-

⁹ Ademais da operada pola Lei 51/1982, véxanse as levadas a cabo pola Lei 18/1990, do 17 de decembro, e pola Lei 29/1995, do 2 de novembro.

¹⁰ V.gr., migración e muller casada con estranxeiro.

pañois que xustifiquen esta condición; a Lei 18/1995 dicía que o goberno «poderá» dispensar dese requisito ós emigrantes ou «fillos de emigrantes»; para culminar coa Lei 29/1995 que sinala que o requisito da residencia legal en España «non lles será de aplicación ós emigrantes nin ós fillos de emigrantes», nin tampouco á muller española que tivese perdido a dita nacionalidade por razón de matrimonio, con anterioridade á entrada en vigor da Lei 14/1975, pois segundo a disposición transitoria segunda da Lei 29/1995, aquela poderá recuperala de conformidade co previsto no artigo 26 CC para o suposto de emigrantes ou fillos de emigrantes.

Polo demais, a recente tramitación da Proposición de lei 122/216 de modificación do Código civil en materia de nacionalidade, presentada o 9 de maio de 2002 e publicada no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* –Congreso dos Deputados– o 16 de maio de 2002, parece anunciar unha nova reforma das condicións de recuperación da nacionalidade española cando non se cumpriu o servicio militar ou a prestación social substitutiva. Con isto, de acordo con Rodríguez Morata, parece que se impuxeron as teses sostidas polo grupo parlamentario do Partido Popular na súa Proposición de lei 122/109 de modificación do Código civil en materia de nacionalidade, presentada o 12 de marzo de 2001, fronte ós criterios que en relación ós requisitos sobre a recuperación da nacionalidade española, pola súa parte, sostiveron tanto o grupo parlamentario socialista (Proposición de lei 122/102 sobre modificacións do Código civil en materia de nacionalidade, presentada o 20 de febreiro de 2001) como o grupo parlamentario de Esquerda Unida (Proposición de lei 122/150 de modificación do Código civil en materia de adquisición e recuperación da nacionalidade, presentada o 17 de outubro de 2001). Por acordo dos citados grupos parlamentarios, as tres proposicións de lei unificáronse nunha única proposición de lei (122/216), que como sinala o informe do relatorio do 9 de maio de 2002, parte da introducción no Código civil das modificacións que recollía a Proposición de lei 122/109, incluíndo a incorporación das emendas números 33 a 41 do grupo parlamentario Popular á dita iniciativa lexislativa. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

Derecho de reunión y manifestación

Jesús González Pérez

Madrid: Civitas, 2001 (1ª ed.)

En una nueva muestra de su excepcional capacidad de producción científica, el profesor González Pérez acaba de publicar este libro, que se inserta en la Serie «Derechos fundamentales y libertades públicas» de la prestigiosa editorial Civitas, engrosando los comentarios ya efectuados respecto de otros textos orgánicos relativos a diversos derechos y libertades de los contenidos en el Título I de nuestra Constitución.

Pudiera pensarse que estamos ante una publicación retrasada en el tiempo, transcurrido ya casi un cuarto de siglo tras la entrada en vigor de la CE y, por tanto, de reiterado ejercicio de este derecho de reunión y manifestación. Sin embargo, es bien conocido que esta libertad fundamental ha venido siendo históricamente, y aún sigue siéndolo, una de las más conflictivas, dada su doble naturaleza o funcionalidad. Como escribió hace ya años Santamaría Pastor, el derecho de reunión es sin duda una de las libertades públicas, pero es también algo más, «una técnica de acción política directa, al servicio de fines que extravasan el puro contenido del derecho». Y esto la hace especialmente proclive a la desconfianza de los poderes públicos y a la tentación de someterla a notorias limitaciones, sobre todo cuando la libertad se ejerza al aire libre o se trate de reuniones masivas.

De esta forma, la historia legislativa de esta libertad fundamental, consagrada con frecuencia en los albores mismos de cualquier proceso constituyente, es siempre una historia zigzagueante, cuajada de progresos y retrocesos, de límites más o menos abusivos o justificados. Esta inevitable inficción táctico-política convierte también en tarea difícil la de precisar cuál sea el contenido esencial de este derecho en cada momento.

El texto que el profesor González Pérez comenta es la vigente Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio que, en desarrollo del artículo 21 de la Constitución, pretendió primordialmente fijar ese contenido esencial, claro es que referido a las reuniones públicas o masivas, pues las particulares o celebradas en lugares cerrados habrían de entenderse, según el texto fundamental, libres de limitaciones. Esto no quiere decir que no subsistan para las primeras discutibles limitaciones (pienso en la exigencia de la comunicación previa del artículo 21.2 de la CE) y que las segundas no hayan generado, sino antes al contrario, problemas jurídicos, ya que persiste en todo tiempo la desconfianza pública y la tendencia, afortunadamente en declive, a seguir considerándolas también como «potencialmente peligrosas». A todo ello debe añadirse lo poco explícito que resultó el referido artículo 21 CE, de atípica elaboración parlamentaria y confusa redacción final (que omite toda referencia a determinados tipos de reuniones), quizá por ser producto, como tantos otros preceptos constitucionales, de una difícil transacción política.

Es bien sabido que la Ley Orgánica vigente tiene como precedente la derogada Ley 17/1976, de 29 de mayo, dictada como se ve antes de la Constitución de 1978, en plena transición política, a la que trató de responder y ajustarse. Esta circunstancia es de por sí denotadora de que el de reunión es una «manifestación primordial» de los derechos fundamentales, pero revela al tiempo la urgencia con que, en cada nueva situación política, los poderes públicos tratan de regularlo y someterlo a las constricciones que se entiendan precisas a dicho momento.

Este largo introito no tiene otra finalidad que la de desechar, ante la obra del profesor González Pérez, que estemos ante un libro tardío. En estos veintitantos años de vigencia de la CE (y ya con una Ley de desarrollo del artículo 21, adaptada a sus prescripciones, por confusas que estas sean), el ejercicio de tal derecho se ha visto incidido por abundante normativa conexas (basta aludir al «nuevo» Código Penal de 1995, con las modificaciones de la L.O. 2/1998, el Estatuto de los Trabajadores de 1995, o las también Leyes Orgánicas 4/1997 y 9/1999) y, al tiempo, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han ido sentando jurisprudencia sobre los muchos aspectos dudosos y conflictivos del ejercicio de este derecho, en fallos tan importantes como, por ejemplo, refiriéndonos al Constitucional, son sus sentencias 59/1990, de 27 de noviembre y 66/1995, de 8 de mayo. Todo ello ha configurado un cuerpo de doctrina legal y jurisprudencial estimable y susceptible ya de análisis, mucho más que el asistematismo y contradicciones de los primeros pronunciamientos.

Todo ello, además, se produce al compás de una actualidad desusada de esta temática, derivada de la conflictividad política y callejera que se vive en alguna de nuestras Comunidades Autónomas. Siendo lamentable, no cabe sin embargo duda de que esta circunstancia confiere al libro que se recensiona una evidente actualidad.

Estos comentarios llegan, pues, en un momento especialmente idóneo y oportuno, que permite analizar una situación jurídica de este derecho fundamental ya relativamente estable, sujeta a menos bandazos normativos y rica en pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales de conveniente ordenación y tratamiento.

La obra que se recensiona (304 páginas) se adapta a la tradicional estructura de los comentarios legislativos, artículo por artículo, lo que asegura su fácil manejo. Sin embargo, cada uno de los preceptos no es objeto de una consideración general, asistemática y de corte puramente doctrinal, sino que se organiza en los variados aspectos temáticos de su contenido, lo que acrecienta su valor y utilidad. Y, sobre todo, el autor incorpora, como es proverbial en él, la jurisprudencia oportuna a cada uno de ellos. Nada menos que 70 sentencias y tres Autos del Tribunal Constitucional y 76 sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo aparecen referenciadas en su lugar pertinente, a lo largo de los once artículos de la Ley y sus disposiciones finales, transitorias y adicional. Ello permite una comprensión global y actualizada de la situación y límites de este derecho en todo su alcance, tanto en la relación de sujeción general como en las de sujeción especial, de los avatares de su ejercicio (suspensión y disolución), así como de los procedimientos, protección jurisdiccional y responsabilidades nacidas con ocasión de su ejercicio.

Es de resaltar también la inclusión de útiles índices analítico, de autores, de disposiciones legales conexas, en los preceptos que interesan (no sólo de la CE, sino también del Código Civil, Código Penal, Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, Leyes de Procedimiento y Jurisdicción Contencioso administrativa, así como de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Protección de la Seguridad Ciudadana y de la Básica de Régimen local, tan importante aquí) y, por último, de un minucioso índice de jurisprudencia.

Una obra, pues, rigurosa, agotadoramente documentada y plena de actualidad que, a buen seguro, proporciona un conocimiento exhaustivo de la materia, no sólo para los estudiosos académicos, sino también para los profesionales del Derecho y significadamente para nuestras corporaciones locales, que han de lidiar a diario con los problemas que este derecho comporta. Un libro, en fin, que, como es de desear, debe contribuir a un ejercicio razonable y legal de este derecho que, sin desnaturalizarlo, no anule la virtualidad y eficacia de otras libertades también fundamentales.

Pablo González Mariñas

*Profesor titular de dereito administrativo
da Universidade de Santiago de Compostela*

Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)

Jesús Martínez Girón

Madrid, Civitas, 2002. 146 páxs.

○ fenómeno da escravitude ultramarina abrangue un espacio de tempo considerable na historia da coroa española. As primeiras disposicións normativas sobre a escravitude nos novos territorios descubertos datan de principios do século XVI e as últimas de fins do século XIX. Sen embargo pese a estes máis de tres séculos é moi escasa a produción bibliográfica de tipo xurídico sobre a escravitude hispana. Semella que unha sombra se cinguiu sobre este tema.

É posible que influíse neste baleiro bibliográfico a mesma condición da *trata*. O tráfico de escravos aínda que era un comercio legal non era algo ben visto. Os mercadores de «negros», pois iso eran en esencia os actores da escravitude, eran xente mal vista polo común das xentes. No imaxinario popular ocupaban un espacio parecido á figura dos verdugos, os executores da pena capital. En tempos máis recentes outro dos elos deste imaxinario poden se-los protagonistas dos *paseos*, eses sinistros personaxes que actuaron durante a nosa Guerra civil.

Sería interesante acomete-la tarefa de historia-lo imaxinario popular destas figuras temidas, con gran poder nuns instantes supremos. Aínda que ese poder fora tan grande coma efémero e pasados eses breves momentos eses personaxes caerían no esquecemento público, só matizado polo rexeitamento ou medo que provocarían no trato cotián.

Na desaparición da escravitude hai que distinguir a supresión do tráfico de escravos da propia abolición da escravitude, fenómenos distintos e non estritamente coetáneos no tempo. A primeira disposición española que suprime o tráfico de escravos data do 30 de maio de 1820, aínda que o tráfico non se suprimiu de feito. Haberá que esperar á lei do 2 de maio de 1845, que lles impón presidio ós traficantes, para que o tráfico de escravos quede definitivamente suprimido nas colonias que permanecían aínda vinculadas á coroa española. Mentres que a abolición total da escravitude virá polas leis do 22 de marzo de 1873 e 13 de febreiro de 1880, que suprimen a escravitude en Porto Rico e Cuba, respectivamente.

Diciamos que a produción bibliográfica de tipo xurídico sobre a escravitude hispana non é moi ampla. Son benvidas xa que logo as achegas como a presente, rígorosa e novidosa, de Martínez Girón.

Na obra analízanse polo miúdo un conxunto de vinte e seis resolucións xudiciais do Tribunal Supremo, que resolven outros tantos recursos fronte a vinte e cinco sentencias da Audiencia da Habana e unha da Audiencia de Porto Rico. Girón recolle as sentencias que aparecen na *Colección Legislativa* e abranguen un espacio de tempo que vai de 1857 a 1891.

Unha primeira observación que se lle pode facer á obra é que quizais non queda suficientemente explicada a razón de ser da primeira das datas subliñadas, é dicir a de 1857. O Tribunal Supremo foi creado pola Constitución de 1812, que no seu artigo 259 establecía na corte un «Supremo Tribunal de Justicia». O Tribunal sufriu as vicisitudes da Constitución gaditana e foi posteriormente suprimido ata que se restableceu definitivamente cara a 1834. Hai que indicar que na *Colección Legislativa* non se recollen as sentencias deste alto tribunal, senón dende 1846. De tódolos xeitos a obra de Martínez Girón presenta a relación de sentencias sobre este tema máis completa que se fixo ata agora. Labor de recompilación que sempre é arduo e complicado, como nos di o propio autor, pois ás veces os epígrafes relativos á escravitude aparecen camuflados no corpo das sentencias.

O primeiro capítulo da obra é introductorio respecto ás sentencias civís do Tribunal Supremo sobre a escravitude ultramarina. No segundo capítulo examínase o marco xurídico destas sentencias dende un punto de vista orgánico, procesual e do dereito substantivo. O autor contextualiza as sentencias nun marco no que aparecen invocadas normas de distinta procedencia como, entre outras, o *Digesto*, a *Novísima Recopilación*, o *Código de Comercio* de 1829 e sobre todo o *Código de las Siete Partidas* de Afonso X. Significativa é a constatación do autor do escaso uso que se fixo da *Recopilación de las Leyes de Indias* do século XVII. O autor incide no tema de que a lexislación máis usada nestas sentencias é a contida no *Código de las Siete Partidas*, do século XIII. Chama a atención o uso primordial de lexislación tan rancia, cousa que é sinalada polo autor, aínda que quizais puido afondar máis neste interesante tema. Semella que a escravitude se rexía por principios eternos, inmutables ó paso do tempo.

Nos seguintes capítulos examínanse o papel do escravo ultramarino como suxeito do proceso xudicial, como obxecto deste e, por último, as demandas civís de libertos pola súa suposta explotación como escravos. Nestes capítulos centrais da obra o autor esmiuza as sentencias con detalle.

Estamos ante unha escravitude «racial» como sinala o autor, principalmente de negros «bozales» (acabados de chegar de África) ou «criollos» (nacidos xa na colonia). Neste marco os escravos eran «cosas embargables». Os escravos podían establecer demanda para que se declarase a súa condición de libres, sempre, iso si, representados e defendidos por «síndicos». Os escravos precisamente pola súa condición carecían de capacidade procesual, como indica o autor. Girón ve con perspicacia un tema procesualmente crucial na contía do litixio á que se sumaba ó valor do escravo o valor dos froitos por el producidos ou que puidera producir. Na maioría das sentencias os escravos aparecen como «cosas muebles», aínda que cousas especiais xa que son produtores de «frutos naturais e industriais».

É unha pena que non apareza un apéndice co corpo das sentencias ou alomenos un extracto seu, aínda que seguramente por esixencias editoriais resultaría algo impensable. Mellor arranxo tería a recompilación nun capítulo final da bibliografía utilizada, tan só nomeada nas abundantes citas a pé de páxina.

O autor desenvólvese con mestría no terreo da técnica xurídica e no exame intelixente das sentencias, o que é de agradecer nun tema que como dicíamos ó principio non está sobrado de bibliografía.

Xosé Luís Mínguez Goyanes

Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis

Joan C. Seuba Torreblanca

Madrid, Civitas, 2002

No marco dos estados comunitarios, España experimentou nas últimas décadas un cambio de mentalidade moi significativo no referente á concepción social da actividade do médico e ó nivel de calidade e seguridade esixible na prestación dos servizos sanitarios, tanto públicos como privados, froito da evolución acaecida na sociedade cada vez máis esixente e sensible con todo o relacionado coa saúde, que demanda unha maior dilixencia na actuación do profesional sanitario e un mellor tratamento dos produtos médicos e farmacéuticos.

Neste sentido, ó longo dos anos oitenta e noventa, a seguridade en materia de saúde pública dun grande número de países, entre eles o noso, viuse ameazada polos contaxios do virus de inmunodeficiencia humana (VIH) e do virus da hepatite C (VHC) mediante transfusións ou o uso de hemoderivados, o estudio dos que, tanto desde a vertente histórica lexislativa como xurisprudencial, e en particular no ámbito español, se dedica o libro de Joan C. Seuba que neste momento é obxecto de recensión e sobre o que sinto unha especial admiración polo axeitado tratamento xurídico dispensado sobre tan problemática temática.

Como ben sinala no prólogo ó referido libro o catedrático de dereito civil da Universitat Pompeu Fabra, Pablo Salvador Coderch, o seu autor parte da histo-

ria e ultrahistoria da medicina relevante para o tema de estudio, aínda que se trata sobre todo dun traballo de análise cultural, legal e xurisprudencial: describe e analiza as distintas reaccións políticas, sanitarias ou asistenciais a unha epidemia como é a da sida, que lle ocasionou a morte a tantas persoas no mundo¹, situación á que non foi allea España², e que fixo enfermar, en xeral, a máis de sesenta millóns de persoas e a máis de sesenta e tres mil no noso país. A pormenorizada descrición e análise dos diversos feitos e fundamentos do dereito vense sempre seguidas pola obrigada valoración crítica, á que lle dá coorrecto cumprimento o autor a través de xuízos de valor formulados desde o seu propio prisma das cousas, tendo presente a súa experiencia desde mediados da década dos noventa como analista legal sobre a materia.

De modo sistemático, esta obra de Seuba Torreblanca, que se basea na tese doutoral que, elaborada precisamente baixo a dirección do profesor Salvador Corderch, defendeu o 20 de decembro de 2001 na Universidade na que este último exerce como catedrático, analiza as respostas xurídicas, tanto de teor lexislativo coma xudicial, dadas en dereito español e en dereito comparado ó que posteriormente sería coñecido como «o escándalo do sangue contaminado», para o que centra a concreción destas respostas en tres grandes ámbitos: en primeiro termo, desde unha perspectiva *ex ante*, no establecemento de diferentes medidas de seguridade na medicina transfusional, como a imposición de práctica de tests de detección, o recoñecemento do doador ou a configuración da doazón de sangue como algo altruísta; en segundo lugar, xa desde unha perspectiva *ex post*, nas distintas variacións que as regras de responsabilidade sufriron para darlles cobertura ás vítimas ou para conseguir limita-la responsabilidade de determinados axentes, e é certamente exemplificativo neste punto o diferente tratamento que teñen os riscos de desenvolvemento no dereito español segundo se trate de ventila-la responsabilidade de entes suxeitos ó dereito público ou ó privado; e, por último, na concesión de axudas sociais para palia-los danos sufridos polas vítimas, mecanismo este que utilizou o lexislador español como instrumento de control do gasto público, ó ter en conta as anotacións indemnizatorias que configuran as ditas axudas.

Con independencia das medidas de seguridade preventivas, quizais o elemento de máis relevancia para os efectos prácticos que a obra introduce sexa o amentado elemento nuclear da responsabilidade civil e, máis concretamente, o que se deriva dos coñecidos como riscos de desenvolvemento, isto é, dos danos que se consideren imprevisibles ou inevitables de acordo co estado dos coñe-

¹ Só no ano 2001, uns tres millóns de persoas (ONUSIDA, Organización Mundial de la Salud, *Resumen mundial de la epidemia de VHI/SIDA*, decembro 2001).

² Entre 1981 e decembro de 2001, unhas trinta e tres mil persoas (Secretaría del Plan Nacional sobre SIDA. Registros autonómicos de casos de SIDA. Centro Nacional de Epidemiología. Vigilancia epidemiológica del SIDA en España. *Balance de la epidemia a 31 de diciembre de 2001*).

cementos da ciencia, neste caso médica, no momento da súa produción, e que, de acordo coa modificación introducida pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, no artigo 141.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, incorporou un segundo inciso, coa finalidade de matiza-los supostos de forza maior que non dan lugar a responsabilidade, ó destacar de maneira expresa o carácter non indemnizable daqueles danos, sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para tales casos. Exoneración da que, en todo caso e circunstancias, poden valerse en principio as administracións públicas, e en concreto a Administración sanitaria, sen que a esta, en principio, poidan acollerse entidades privadas, en tanto que o artigo 6.3 da Lei 22/1994, do 6 de xullo, de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos exclúe do ámbito de aplicación da dita exoneración, entre outros produtos, as medicinas.

Esta desigualdade de réxime xurídico entre suxeitos sometidos ó dereito privado supón, entre outras posibles repercusións de carácter negativo, a constatación certa de que o dereito que ampara ós pacientes atendidos en centros sanitarios públicos cando se viron prexudicados ou danados por produtos elaborados pola propia Administración varía sintomaticamente da mellor tutela que reciben os pacientes ós que, incluso tratados no mesmo centro, lles foi subministrado un produto producido ou elaborado por un fabricante vinculado ó dereito privado e, en consecuencia, sometido á Lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos.

Por outra parte, e en canto á cuestión das axudas públicas e sociais para os infectados polo VHI e VHC, o autor comenta, entre outros, o Real decreto lei 9/1993, do 28 de maio, polo que se recoñecen axudas para os infectados polo virus da sida como consecuencia de transfusión realizadas no sistema sanitario público. Así mesmo, e a modo de advertencia para o lector, cita a Lei 14/2002, do 5 de xuño, pola que se establecen axudas sociais para as persoas con hemofilia ou outras coagulopatías conxénitas que desenvolveran a hepatitis C como consecuencia de ter recibido tratamento con concentrados de factores de coagulación no ámbito tamén do sistema sanitario público, e outras normas tributarias; norma que ó publicarse en fase de impresión da obra e por non diferir, substancialmente, do seu precedente proxecto de lei encontra nos comentarios vertidos sobre este último xusta resposta doutrinal. En tal senso, para os efectos da Lei 14/2002, considéranse beneficiados da axuda económica as persoas que reúnan as condicións sinaladas e estean incluídas no censo definitivo previsto no artigo 80 da Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social.

Ademais, a estas axudas estatais habería que engadírlle-la prevista na disposición adicional 37ª da Lei 3/2000, do 19 de maio, da Generalitat de Cataluña, que estableceu unha axuda social semellante á contemplada na Lei 14/2002 pero referida ó ámbito do sistema sanitario público catalán.

Se somos rigorosos, pode sosterse que o fundamento destas prestacións asistenciais ou económicas non están na obriga de reparar ou resarcir-las danos causados, ó que con carácter preponderante se refire o artigo 43.1 da Constitución española, senón no dereito dos afectados a percibiren axudas como deber de asistencia social. Así entendidas, non poden considerarse como indemnizacións propiamente ditas, polo que, debido ó seu distinto fundamento, estas prestacións asistenciais e axudas públicas deberían ser perfectamente compatibles coas reclamacións de responsabilidade patrimonial. Por isto resulta criticable o feito de que tanto as axudas estatais coma a catalana contemplan no seu articulado a renuncia previa ó exercicio de todo tipo de reclamacións contra calquera das administracións públicas sanitarias ou o seu persoal, xa sexan reclamacións polo contaxio do VIH (artigo 3.2 do Real decreto lei 9/1993) e do VHC (artigo 3.5 da Lei 14/2002 e artigo 2 da Lei catalana 3/2000), o que leva incluso a Seuba Torreblanca a cualificalas de auténticas «transaccións encubertas», por canto o Estado tenta a través destas fixar *ex ante* e para o seu arbitrio a contía indemnizatoria sen chegar a unha posible negociación e obter desta maneira, claramente intencionada, a renuncia polo afectado ó exercicio dunha acción xudicial que, en caso de prosperar, establecería con toda probabilidade unha indemnización superior á marcada pola axuda.

Xunto con esta regulación das prestacións asistenciais ou económicas, a orixe inmediata da reforma do artigo 142.1 da Lei de réxime xurídico céntrase xustamente no desexo do lexislador por rematar coas condenas xudiciais, procedentes das distintas ordes xurisdiccionais, impostas ás administracións sanitarias nos supostos de inoculación dos virus da sida e da hepatite C, como consecuencia das transfusións sanguíneas realizadas nos hospitais no sistema público de saúde, o que non implica por outra parte que este obxectivo teña tido o seu efecto inmediato, como así puxo de manifesto o autor que en distintas páxinas do libro pon a disposición do lector unha guía extraordinariamente útil, á vez que necesaria, da lexislación e da xurisprudencia das distintas salas do Tribunal Supremo que tratan o tema das reclamacións por contaxio de enfermidades víricas tan graves como a sida ou tan desgraciadamente estendidas como as distintas formas da hepatite.

En suma, é de eloxiar unha obra que, ademais de detese nos aspectos prácticos que a súa propia temática encerra, xorde como un instrumento de enorme interese para tratadistas do dereito, representantes da Administración sanitaria e de clínicas privadas, das propias vítimas de contaxios ou afectados en xeral, así como de calquera interesado que desexe coñecer algúns dos problemas xurídicos que presentan as graves enfermidades de que se ocupa, significativamente, a susceptibilidade de indemnización dos danos causados en caso de contaxio transfusional.

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

Intimidad personal y familiar

Luis Javier Mieres Mieres

Prontuario de Jurisprudencia Constitucional

Madrid, Aranzadi, 2002

A *privacy* é un termo xurídico plenamente anglosaxón, ata o punto de que non existía en España unha soa sentenza sobre o tema (en contra do que sucedía coa honra) ata a promulgación da nosa carta magna¹. Incluso agora, o dereito á intimidade é unha materia bastante novidosa, con moi pouca bibliografía e non demasiadas sentencias do Tribunal Supremo e Constitucional. Este último (Tribunal Constitucional) quizais posúe un especial protagonismo, como intérprete supremo da Constitución española²; é el cos seus pronunciamentos o que vai abrindo o camiño para clarear cal é o seu contido e a súa posición axiolóxica no noso ordenamento xurídico.

¹ O dereito español pre-constitucional non tiña un concepto de dereito á intimidade como tal, non se desenvolvera coma outros dereitos da personalidade a partir do Código civil.

² A atribución na Constitución española á dignidade da persoa dunha posición fundamentadora da nosa orde xurídica política, coincidente coa liña do constitucionalismo actual, ex.: artigo 10.12 da Declaración universal de dereitos do home, o artigo 1 da Constitución alemana, que se propón asentar así mesmo sobre tal base a convivencia política, e impoñerlles, en consecuencia, ós poderes públicos a obriga do seu respecto e protección.

Nun senso máis xeral, o dereito á intimidade³ pode ser definido como aquel dereito humano por virtude do cal a persoa –ben individual, ben colectiva–, ten o poder de excluí-las demais persoas do coñecemento da súa vida persoal –sentimentos, emocións, datos biográficos e persoais e imaxe–, e ten, ademais, a facultade de determinar en qué medida esas dimensións da vida persoal lles poden ser lexitimamente comunicadas a outros.

Existen diversos criterios de clasificación do dereito á intimidade. Se tomamos en consideración as súas manifestacións históricas máis importantes, pódense considerar como formas do dereito á intimidade as seguintes:

- O dereito á inviolabilidade do domicilio.
- O dereito á inviolabilidade da correspondencia.
- O dereito á intimidade fronte ás escoitas telefónicas.
- O dereito á propia imaxe.
- O dereito á intimidade fronte á informática: o dereito á liberdade informática.

É un dereito que afecta directamente, en relación ó obxecto ou dimensión moral da persoa, pero que indirectamente afecta tamén á súa dimensión física. É por tanto un dereito que afecta, na súa protección, a moitos outros que non necesariamente teñen natureza espiritual, como é o dereito á vida ou o dereito á seguridade persoal. Este dereito afecta tamén, directamente, na súa protección á existencia e exercicio das garantías procesuais. Pénsese, por exemplo, no problema das probas procesuais obtidas en clara violación do dereito á intimidade.

O dereito á intimidade pode ser lesionado de catro formas xenéricas distintas:

- A intromisión na soidade física que cada persoa reserva para si.
- A divulgación pública de feitos privados.
- A presentación ó público de circunstancias persoais baixo falsa aparencia.
- A apropiación, non autorizada, do que pertence ó noso círculo persoal, como a imaxe e a fotografía.

O artigo 18.1 da nosa Carta magna garante o dereito ó honor, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe. Dende unha perspectiva contraposta: en

³ É un dereito que vén recoñecido polas principais declaracións internacionais de dereitos humanos:

- Artigo 12 da Declaración universal de dereitos humanos.
- Artigos 17.1, 14.1, 40.2 b VII) Pacto internacional de dereitos civís e políticos.
- Artigo 16 da Convención internacional sobre dereitos do neno, adoptada pola asemblea xeral das Nacións Unidas do 20 de novembro de 1989.
- Artigo 8.1 do Convenio para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais, firmado en Roma o 4 de novembro de 1950.
- Artigos 9 e 10 da Declaración americana de dereitos humanos.
- Artigos 6.2 e 11.2 da Declaración dos dereitos e liberdades fundamentais, aprobada polo Parlamento europeo por resolución do 16 de maio de 1989.
- Artigo 4 da Carta africana dos dereitos do home e dos pobos de 1981.

canto límite das liberdades de expresión e de libre comunicación ou recepción de información veraz, o artigo 20.4 volve a referirse ós devanditos dereitos. Estamos pois ante dereitos cun inequívoco significado personalista, estrictamente vinculado á propia personalidade e derivados da dignidade da persoa⁴.

Moi poucos dereitos recibiron frases tan eloxiosas do Tribunal Constitucional como a pronunciada na súa primeira sentenza sobre o tema: «O dereito á intimidade persoal implica a existencia dun ámbito propio e reservado fronte á acción e coñecemento dos demais, necesario, segundo as pautas da nosa cultura, para manter unha calidade mínima da vida humana».

Tralas dúas achegas ó tema en 1984, non sería ata finais do 1988 cando o Tribunal Constitucional dictara a súa primeira resolución, na cal se dedicaba a estudar con rigorosidade e en profundidade o dereito á intimidade (o archiconocido caso Paquirri). Hoxe en día o artigo 18.1 da Constitución⁵ foi interpretado por non máis dunha ducia de sentencias que tratan de maneira substantiva este dereito á intimidade⁶.

Nestas sentencias ademais de producirse unha interpretación propia deste dereito, produciuse por efecto reflexo unha importación da xurisprudencia e doutrina norteamericana, e iso que nos Estados Unidos de América non existe un recoñecemento expreso do dereito á intimidade na súa Constitución de 1787, e tampouco en ningunha das súas emendas. Foi o seu Tribunal Supremo quen en 1965 estendeu a protección constitucional á intimidade. (*Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479-531, 1965).

En 1999 en España, o noso Tribunal Constitucional fixo un pronunciamento novidoso e importante sobre o dereito á intimidade, na Sentencia 134/1999, do 15 de xullo, expón que:

«No dereito á intimidade atribúeselle ó seu titular o poder de resgardarse, nese ámbito reservado polo propio individuo e a súa familia, dunha publicidade non desexada. O artigo 18.1 da Constitución non garante unha intimidade determinada, senón o dereito a posuíla, a ter vida privada, e a dispoñer dun poder de control sobre a publicidade da información relativa á persoa e á súa familia, con independencia do contido que se lle desexa manter ó abeiro do coñece-

⁴ A vida privada íntima –afirma Sánchez Agesta– é como a propia atmosfera da personalidade. Tódolos dereitos que a protexen teñen un carácter individualista, porque o que nela se respecta é precisamente a autonomía privada da vida individual. Son, por iso, os máis clásicos e antigos dereitos da liberdade persoal.

⁵ Art. 10.1 C.E: «A dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade, o respecto á lei e ós dereitos dos demais son fundamento da orde política e da paz social».

⁶ O precepto serve de antecedente e de fundamentación doutros artigos que sentan dereitos máis concretos, e que son relacionados a continuación na Constitución, entre eles o da intimidade. Na interpretación concreta deste dereito, o Tribunal Constitucional fará frecuentes alusións ó disposto no artigo 10.1 da Constitución, e sinalará que o dereito á intimidade aparece estrictamente vinculado á propia personalidade, tal como se deriva na expresión «dignidade da persoa» recollida nese artigo.

mento público. O que o artigo 18.1 garante é un dereito ó segredo, a ser descoñecido, a que os demais non saiban que somos ou o qué facemos vedando que terceiros, sexan particulares ou poderes públicos, decidan cáles sexan os lindes da nosa vida privada, e que cada persoa poida reservar un espacio resgardado da curiosidade allea, sexa cal sexa o contido nese espacio». O precepto, tal como apunta Ruíz Miguel é bastante insólito no panorama do dereito constitucional comparado; servirá para que a xurisprudencia se remita en numerosas ocasións, á hora de fundamentar as súas resolucións a convenios internacionais e á súa interpretación por parte de determinados tribunais, como, por exemplo, o Tribunal europeo de dereitos humanos e, neste tema de dereito á intimidade a xurisprudencia deste tribunal será obxecto de constante cita, polo amplo alcance que se lle dá ó dereito por este órgano, ó cubrir moitos e variados supostos⁷.

O feito de que a Constitución española de 1978 ampare o dereito á intimidade equivale a unha acertada síntese entre a súa consideración orixinal, baseada no dereito civil, e a súa importante influencia pública⁸.

O «dereito ó segredo», ó anonimato da vida privada, é sen dúbida algunha un dos máis apreciados bens da nosa sociedade, que rexeita cada vez máis a intromisión á curiosidade allea. Non resta recordar que o interese público coincide co morboso afán por entremeterse nas vidas dos demais: «A preservación dese reducto da inmunidade só pode ceder, cando se trata o dereito á información, se o difundido afecta, polo seu obxecto e polo seu valor, ó ámbito do público, que non coincide, claro é, con aquilo que poida suscitar ou espertar, meramente, a curiosidade allea» (STC 20/1992, do 14 de febreiro). Vén así a rexeitarse un presunto «dereito á lería», propugnado por algún sector doutrinal nos Estados Unidos de América.

Este prontuario ofrece tanto sentencias do Tribunal Constitucional coma achegas relevantes do Tribunal europeo, ademais referéncianse tamén sentencias do Tribunal Supremo e doutros órganos xurisdiccionais que complementan certos aspectos do dereito sobre os que non se pronunciou aínda o Tribunal Constitucional. A selección de xurisprudencia neste libro podemos dividila en dúas partes, a primeira, na que se reproducen sentencias do Tribunal Constitucional máis relevantes e separadas por conceptos que o autor denomina «clave» e que responden ó núcleo do seu contido; e a segunda parte, que inclúe unha selección de sentencias do Tribunal europeo de dereitos humanos sobre as nocións da vida privada e da vida familiar.

O primeiro punto que debemos afrontar é a contestación á pregunta de ¿que é o dereito á intimidade?, a resposta que a esta pregunta lle dá o Tribunal Constitucional é indeterminada, así na STC 73/1982 (RTC 1982, 73) afirmou que «a

⁷ Cfr. Carlos Ruíz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op. Cit., páx 69.

⁸ Cfr. Antonio Fayos Gardó, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, op. Cit., páx 355.

intimidade é un ámbito ou reducto no cal se veda que outros penetren» (F. 5º), e destácase na súa definición o carácter espacial e xeográfico do ben xurídico protexido. A STC 110/1984, pola súa parte, engadiulle á formulación a idea informacional da intimidade, pois, segundo o Tribunal, a finalidade do dereito é «o respecto a un ámbito da vida privada, persoal e familiar, que debe quedar excluído do coñecemento alleo e das intromisións dos demais, salvo autorización do interesado» (F. 3º). Así ata que chegamos á famosa STC 231/1988 (RTC 1988, 231) na cal se expón que «Os dereitos á imaxe e á intimidade persoal e familiar recoñecidos no artigo 18 da Constitución española (RCL 1978, 2836 e ApNDL 2875), aparecen como dereitos fundamentais estrictamente vinculados á propia personalidade, derivados sen dúbida da «dignidade da persoa», que recoñece o artigo 10 da Constitución española, e que implican a existencia dun ámbito propio e reservado fronte á acción e coñecemento dos demais, necesario para manter unha calidade mínima da vida humana».

O autor pregúntase no seu prontuario porqué e cáles son as razóns que fundamentan a protección ó dereito á intimidade persoal e familiar, e unha vez máis don Luis Javier Mieres encontra a resposta, como non podía ser doutra maneira, nunha sentenza do Tribunal Constitucional, en concreto na STC 53/1985 (RTC 1985, 53):

«A dignidade é un valor espiritual e moral inherente á persoa, que se manifesta singularmente na autodeterminación consciente e responsable da propia vida e que leva consigo a pretensión do respecto por parte dos demais» [F8]. Doutra banda, constitúen unha condición necesaria para o propio exercicio «da autonomía do individuo para elixir entre as diversas opcións vitais que se lle presenten, de acordo cos seus propios intereses e preferencias» (STC 132/1989 [RTC 1989, 132] [F 6º]), pois o coñecemento por terceiros do que facemos, do contido das nosas decisións persoais ou da posibilidade dese coñecemento ten un efecto de constricción no exercicio da autonomía persoal.

A intimidade, dende este punto de vista, constitúe un ben instrumental para a protección do exercicio da liberdade no desenvolvemento da propia vida; ofrece un perímetro de garantía fronte a intrusións e intromisións informativas que afectan ó exercicio da liberdade individual.

Así mesmo, o autor recolle no seu prontuario sentencias do Tribunal europeo de dereitos humanos sobre o dereito ó respecto á vida persoal e familiar e proclama no artigo 8.1 CEDH⁹ (RCL 1999, 1190 e 1572), das cales me interesa destacar (xa que mantén unha concepción especialmente ampla do ámbito protexido por este dereito), a Sentencia Niemitz c. Alemaña (TEDH¹⁰ 1992, 77), en relación coa definición do ámbito protexido polo artigo 8.1 CEDH:

«O tribunal non considera posible nin necesario ofrecer unha definición exhaustiva da noción de “vida privada”. Sen embargo, sería demasiado restrictivo

⁹ Convenio Europeo de Dereitos Humanos.

¹⁰ Tribunal Europeo de Dereitos Humanos.

limita-la noción a un “círculo interior” no que o individuo pode desenvolver-la súa propia vida persoal como el elixa e excluír por completo o mundo exterior, non integrado nese círculo. O respecto da vida privada debe, tamén, englobar ata certo punto o dereito a establecer e desenvolver relacións con outros seres humanos»¹¹.

Por último e en referencia á intimidade familiar e á noción da vida familiar, o autor subliña as discrepancias entre as teses do Tribunal Constitucional español e o Tribunal europeo de dereitos humanos cando interpreta o artigo 1 do CEDH:

■ O TEDH dende o asunto *Marx* (Sentencia do 13 de xullo de 1979 [TEDH 1979, 2]) desenvolveu unha xurisprudencia moi rica en torno ás esixencias que o artigo 8.1 CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572) lles impón ós estados no respecto efectivo á vida familiar. A medida deberá estar prevista pola lei, debe perseguir un fin lexítimo dentro dos expresados polo artigo 8.2 CEDH e debe ser necesaria nunha sociedade democrática, isto é, a inxerencia debe estar fundada nunha necesidade social imperiosa e ser proporcionada ó fin que persegue.

■ O Tribunal Constitucional, expón que a protección da familia se articula na Constitución española, a través do mandato ó lexislador contido no seu artigo 39. A adopción por un poder público de calquera medida prevista na lei que incida no desenvolvemento da vida familiar e que non afecte a un dereito fundamental substantivo co que poida conectarse o artigo 39 CE carece, para os efectos da xurisdicción de amparo, da dimensión constitucional, salvo o control da motivación da resolución xudicial dende o prisma do artigo 24.1 CE, no que pode incidi-lo acervo xurisprudencial europeo á hora de determina-la súa razoabilidade.

O autor crítica a posición do Tribunal Constitucional dicindo que «A xurisprudencia constitucional non pode manterse inmune ós impulsos do artigo 8 CEDH cando o propio lexislador orgánico optou por incluír, por exemplo, o dereito á reagrupación familiar no contido do dereito á intimidade familiar (art. 16 LO 4/2000 [RCL 2000, 72 e 209]).

O capítulo III do prontuario fala da intimidade territorial¹²; dentro deste capítulo distingue entre o contido ambiental da intimidade territorial¹³, a protección do espazo vital¹⁴, os espazos públicos razoablemente reservados¹⁵, e a intimidade corporal.

¹¹ *Nimietz c. Alemaña*, Sentencia do 16 de decembro de 1992 (par. 29). En contraste coa tese sostida pola STC 73/1982.

¹² Por exemplo: (STC 22/1984 [RTC 1984, 22] [F. 5º]), (STC 110/1984 [RTC 1984, 110] [F3]), (STC 119/2001, 119), (STC 119/2001 [F. 5º]) entre outras.

¹³ Por exemplo: caso *López Ostra c. España*, Sentencia do 9 de decembro de 1994 [TEDH 1994,3] par. 51, entre outras.

¹⁴ Por exemplo un caso de frustración considerado polo noso Tribunal Supremo lesivo do dereito á intimidade é a actividade do cobrador do frac: SSTS (Sala 1ª) do 30 de decembro de 1995 (RJ 1995, 9619) e 2 de abril de 2001 (RJ 2001, 3991). E a STC 224/1999 indica expresamente que a súa doutrina só é aplicable ó acoso sexual laboral e non se estende necesariamente ó acoso sexual tipificado penalmente [F. 3º]

¹⁵ Por exemplo, STS (Sala 1ª) do 29 de marzo de 1998 (RJ 1988, 2480) (captación me-

Neste último punto destacarei, pola súa importancia e actualidade, unha serie de sentencias que o autor salienta no ámbito do social nos supostos de monitorización do uso dos ordenadores¹⁶: STSX Cataluña do 23 de outubro de 2000 (AS 2000, 4536): (monitorización do PC ante as sospeitas do uso diario do xogo do solitario durante a xornada laboral: a medida considerase axeitada, necesaria e proporcionada polo que a proba que funda o despido disciplinario non é ilexítima) e a STSX Cataluña do 5 de xullo de 2000 (AS 2000, 3452) (auditoría do PC co fin de verifica-lo uso do correo electrónico para mensaxes obscenas sobre compañeiras de traballo; especial relevancia do feito de que o uso do correo electrónico, para fins extralaborais, estaba prohibido pola empresa e que os traballadores recoñecían que os mensaxes se gravaban no servidor e podían ser controlados). Así mesmo, na Sentencia do Xulgado do Penal de Tarragona, núm. 3, do 8 de novembro de 2000 (ARP 2000, 2814): a gravación en vídeo amosaba á empregada tomando 20.000 pesetas da carteira do empregador e collendo un anel valorado en 150.000 pesetas): «En canto ó dereito á intimidade debemos entendelo nun senso amplo que poida abranguer non só a estricteza da vida privada da persoa, senón tamén a privacidade no desenvolvemento dun labor profesional. E débese incluír no dito ámbito privado tal esfera e ten que constituír, en consecuencia, unha gravación clandestina dela, unha intromisión no dereito á intimidade.

Por último o capítulo IV trata sobre a «Intromisión na intimidade informacional»¹⁷, non se nos debe escapar co almacenamento e recompilación de da-

diante teleobxectivo da imaxe de Silvia Munt en *top-less* «nun lugar da praia escollido e pouco concorrido de xente e alonxado dos núcleos de poboación» e SAP (Barcelona, Secc. 16ª) do 28 de xuño de 2000 (AC 2000, 2502) (fotos de Ivonne Reyes na praia: «O feito de bañarse nunha praia pública non constitúe algo íntimo ou reservado, que exclúe o coñecemento alieo, senón máis ben o contrario» [F. 4].

¹⁶ Cada vez que alguén utiliza o correo electrónico, navega pola Web, intervén nos foros de conversación, participa nos grupos de noticias de Usenet, ou fai uso dun servidor de FTP, está revelando datos sensibles acerca da súa personalidade, economía, gustos, hábitos sociais, residencia, etc., que poden ser maliciosamente recollidos e utilizados por terceiros, en prexuízo do usuario inocente.

A ameaza máis evidente da que todo o mundo é consciente, consiste nos ataques á confidencialidade, autenticidade e integridade do correo electrónico.

Aínda así a maioría dos usuarios non é consciente da cantidade de información privada que, de forma inadvertida e involuntaria, lles está revelando a terceiros, ó facer uso de Internet. Cada vez que se visita un sitio web, subministrase de forma rutineira unha información que pode ser arquivada polo administrador do sitio. A este, non lle resulta difícil indaga-la dirección do correo electrónico do usuario, que páxinas le e cáles non, que figuras mira, cuántas páxinas visitou, cál é o sitio recentemente visitado...

¹⁷ Penso que o autor debeu de falar neste punto das directrices da OCDE nas cales se lle recoñecen ó individuo o dereito a saber se o titular do ficheiro posúe datos referentes á súa persoa e acceder ou obter comunicación sobre a existencia de tales ficheiros; as directrices da OCDE recollen o dereito a rectificar, corrixir, emendar, completar ou borrar datos que o interesado considera que non son correctos ou apropiados para a finalidade perseguida polo ficheiro.

tos de carácter persoal non son actividades recentes creadas pola informática. A existencia dos tradicionais ficheiros manuais con datos de carácter persoal xa presaxiaba os riscos nos cales un ficheiro con datos incompletos, inexactos, falsos ou utilizados cun propósito diferente para o cal se recolleron podía ter na persoa afectada. Non foi ata que os ordenadores demostraron o incremento dos riscos adicionais resultantes do tratamento automatizado dos datos persoais, que a sociedade en xeral, empezou a demostra-la súa preocupación sobre o tema e que os gobernos nacionais sentiron a necesidade de elaborar normas reguladoras que protexeran os individuos¹⁸.

En canto ó dereito á intimidade, este foi recollido en diversos instrumentos internacionais do ámbito universal e rexional. No eido das Nacións Unidas o artigo 12 da Declaración universal de dereitos humanos expón: «Ninguén será obxecto de inxerencias arbitrarias na súa vida privada, a súa familia, o seu lar ou a súa correspondencia, nin de ataques á súa honra ou á súa reputación». En termos similares redactouse o artigo 17 do Pacto internacional de dereitos civís e políticos. É certo que estes textos xerais internacionais son insuficientes para a protección da intimidade fronte á ameaza da informática, pero isto non significa que durante a súa elaboración se pretendera excluí-lo dereito da persoa a protexe-los seus datos persoais. A razón pola cal só se recolleron de forma xeral o «dereito á vida privada» reside en que son instrumentos previos á era do ordenador. Foi a finais dos anos setenta cando se recoñeceu internacionalmente a ameaza que a intimidade persoal sofre polas novas tecnoloxías.

Como afirmou Garzón Clariana na súa obra *A informatización da sociedade e o dereito de xentes*: «a cuestión da protección dos datos persoais non estriba tanto en engadir-lle un novo dereito fundamental ó repertorio dos xa coñecidos, como en garanti-lo aproveitamento efectivo do conxunto de tales dereitos». Nesta parte do prontuario interérame subliña-las seguintes sentencias:

■ STC 292/2000 (RTC, 292): «todos aqueles que identifiquen ou permitan a identificación da persoa, e isto poida servir para a confección do seu perfil ideolóxico, racial, sexual, económico ou de calquera outra índole, ou que serven para calquera outra actividade que en determinadas circunstancias constitúa unha ameaza para o individuo»

Tamén cómpre destaca-las sentencias do TEDH nos casos Leander e Gaskin, o primeiro deles denega o acceso a datos persoais que se atopaban almacenados nos ficheiros do departamento de seguridade e da policía nacional sueca, o TEDH neste caso sinalou que non había violación do dereito á intimidade; no caso Gaskin, que versa sobre o principio ó acceso individual a documentos e información sobre a infancia dun orfo, recollida nun ficheiro dun orfanato; O TEDH entendeu que a negación a ver este ficheiro suporía unha vulneración ó artigo 8 porque tales datos concerníanlle á vida privada e familiar do reclamante, e constitúe un interese vital para o individuo, xa que do contrario sería incapaz de entende-la súa infancia e adolescencia.

¹⁸ F. Hondius, «A decade of International Data Protection», NILR, vol. 30, núm. 2, 1983, páx. 109: «O que máis lles preocupa ós individuos non é o almacenamento dos datos persoais, o risco de que se inclúan datos de carácter segredo nos ficheiros automatizados, senón o uso que se fai deles».

■ STC 171/1990 (RTC 190, 171): «intimidade e honor son realidades intangibles cunha extensión que vén determinada en cada sociedade e en cada momento histórico».

■ STC 144/1999 [F. 8º]: «imponlles ós poderes públicos a prohibición de que se convertan en fontes desa información sen as debidas garantías, e tamén, o deber de previ-los riscos que poidan derivarse do acceso ou divulgacións indebidos da dita información». Esta mesma sentenza máis adiante expón:

«unha ilexítima intromisión na intimidade individual, lesiva do artigo 18.1 CE á infracción das normas sobre o acceso á información relativa a unha persoa ou á súa familia, con independencia de que esa información sexa obxectivamente considerada das íntimas ou de que o seu coñecemento ou divulgación poida ser pernicioso para a integridade moral ou a reputación daquel ou daqueles ós que se refiren. Pois de non ser así, atribuíríamoslles ós poderes públicos o poder de determinar qué é íntimo e qué non o é, cando o que o artigo 18.1 garante é un dereito ó segredo, a ser descoñecido, a que os demais non saiban quen somos ou o que facemos, vedando que terceiros, sexan particulares ou poderes públicos, decidan cales serán os lindes da nosa vida privada, e cada persoa poderá reservarse un espazo resgardado da curiosidade allea, sexa cal sexa o contido nel».

Dentro do campo á intromisión na intimidade informacional con respecto á divulgación de feitos privados requírense tres elementos:

1. Que os feitos sexan realmente privados, dato este moi subxectivo pero que pode atoparse examinando os costumes dunha sociedade nun momento e nun lugar concretos, e que non estean xa a disposición pública por revelacións anteriores ou pola súa constancia en rexistros públicos.
2. Que a revelación dos feitos sexa considerada ofensiva para unha persoa razoable.
3. Que non exista interese público no coñecemento dos feitos: casos de delitos, de asuntos de persoas notorias ou de persoas relevantes económica ou socialmente falando.

Unha crítica que merece este prontuario, dende o meu punto de vista, é que na sentenza do Tribunal Supremo¹⁹ non se trata concretamente o tema das escoitas telefónicas cando se nos expón que «nas intervencións telefónicas son principios básicos, sen a observancia dos cales se produce a vulneración do dereito fundamental, os seguintes:

- a) Fundamentación da medida no dobre sentido da súa proporcionalidade e motivación.

¹⁹ TS 2ª S, do 19 outubro de 1996, *La Ley*, 19-12-96. Esta sentenza fai mención á doutrina do TEDH, e, entre outras, á sentenza do caso Malone, sentenza que por exemplo en Gran Bretaña non deu paso a un control con tantas garantías coma o que existe en España.

b) Especialidade; principio que significa que «non cabe, obviamente, decretar unha intervención telefónica para tratar de descubrir, en xeral, sen adecuada precisión, actos delictuosos».

c) Control xudicial. Control que, como afectado non coñece a medida e, por iso, non a pode impugnar garantindo os seus dereitos futuros, polo que aquel debe ser exquisito e rigoroso».

Estamos, en suma, ante un traballo importante e necesario, que cobre un baleiro non cuberto ata agora e polo que o labor do autor case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe a unha maior difusión desta.

Xosé Antón Barreiro Pereira

Bolseiro da EGAP

Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente.

II Encuentro Interdisciplinar,

Salamanca 31 de mayo-3 de junio de 2000

**De Dios, Salustiano; Infante, Javier;
Robledo, Ricardo e Torijano, Eugenia** (coords.)

Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, pp. 652

Traballo conxunto de varias institucións auspiciou a realización en Salamanca deste II Encontro interdisciplinario sobre a historia da propiedade, agora centrado nos bens comunais, cunhas actas que saen á luz. A súa dirección correspondeulle á Área de historia do dereito da Universidade de Salamanca, pois catro dos seus membros son os coordinadores desta nova edición, sen desdénalo apoio prestado por outras entidades como o Ministerio de Educación e Cultura, o Colexio de Rexistradores da Propiedade e Mercantís, a través do Centro de estudos rexistrais, o Rectorado da mencionada Universidade e a súa Facultade de Dereito. A esa pluralidade de patrocinadores, no económico, seguiuille unha pluralidade de visións no material do que dan conta as actas do encontro, en perfecta sintonía co que tiña sido a primeira publicación dedicada á historia da propiedade en España, salientada nesta mesma revista por quen isto escribe¹.

Porque precisamente o que caracterizou esta arriscada e igualmente exitosa reunión académica é o acertado adxectivo que acompaña ó substantivo «en-

¹ En *Revista Galega de Administración Pública*, 24 (xaneiro-abril, 2000), pp. 241-253.

contro»: a interdisciplinabilidade, isto é, a pluralidade dos enfoques, dos métodos, dos puntos de partida, das visións persoais que se seguen para facer un tratamento minucioso e exhaustivo do obxecto central do debate. Á espera da publicación da terceira entrega (dedicada ó patrimonio cultural, froito dunha nova reunión académica que tivo lugar en Salamanca no ano 2002), o volume que hoxe se comenta presenta tódalas virtudes que tiñamos xa glosado na anterior publicación de 1999: claridade expositiva, brevidade e intensidade nos relatorios, diversidade formativa dos autores, capacidade de complementalas distintas achegas con xente de procedencia dispar, que abarcan desde a historia do dereito ata a historia económica, desde os rexistradores da propiedade e os notarios ata os estudiosos da historiografía social na súa máis ampla acepción. Novamente e antes de nada, cómpre felicitarlos ós impulsores destes eventos que contribúen, sen lugar a dúbidas, a enche-los ocos que certos enfoques científicos e intelectuais excluíntes poden chegar a ocasionar. As boas intencións demostraron sobradamente que é posible rompe-lo illamento metodolóxico para maior gloria da ciencia do Dereito con maiúsculas e da Historia, disciplinas sen lugar a dúbidas máis próximas e afectadas polo obxecto material da publicación.

O tema elixido para desenvolver este novo encontro investigador é acaso un dos máis complexos que se detectan no campo da historia pola propia dificultade intrínseca que a materia presenta, así como polas variadas conexións que se poden observar no seu estudio. Os bens comunais, obxecto dunha xa clásica monografía do profesor Alejandro Nieto, constitúen unha disciplina dotada de substantividade. As súas raíces fúndense en pleno medievo e proxectan a súa influencia aínda na actualidade. Historicamente, como dicimos, esta clase de bens formaron parte insubstituíble dos patrimonios municipais, non obstante os embates da Desamortización de Madoz a mediados do século XIX, polo que é posible achegarse ó seu estudio desde varias perspectivas: a propiamente histórica, local ou xeral, a histórico-xurídica (polo papel ordenador que o dereito xoga na súa formación e posterior consolidación), a administrativa (con especial incidencia no caso das corporacións locais) e demais colaterais, incluso desde disciplinas en principio afastadas coma a ecoloxía ou a xeografía. Bens comunais que aparecen formulados nese texto esencial da historia do dereito nacional que son as Partidas, conceptuados como aqueles bens que

«son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e plaças o fazen las ferias e los mercados. E los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales que son en las riberas de los ríos, e los otros exidos e las carreras o corren los cavallos, e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destes que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad o villa o castillo o otro lugar. Ca todo ome que fuere y morador, puede usar de todas estas cosas sobredichas: e son comunales a todos, también a los pobres como a los ricos» (Partida 3, 28, 9).

Este punto de arranque legal sinala os dous caracteres básicos que presentarán no seu devir histórico os bens comunais: é precisamente ese sentimento

de colectividade, tanto na titularidade coma no uso, o que singulariza esta modalidade dominical, con independencia dos exemplos citados a título simplemente indicativo.

O traballo que comentamos pode agruparse en varios bloques temáticos: un primeiro, sobre as orixes desta sorte de bens; o segundo, sobre a súa situación na época moderna, con mencións rexionais varias; e o terceiro, acerca das súas vicisitudes no período constitucional contemporáneo e actual, e existe en todo momento unha gran preocupación polas cuestións históricas que ningún autor deixou esquecer, senón, ó contrario, soubo perfectamente integrar no conxunto das exposicións. Examinaremos agora brevemente o contido dos relatorios presentados.

O encontro iniciouse cun traballo sobre as orixes medievais dos bens comunais dos concellos durante a repoboación, pero os imponderables fixeron imposible a presentación e recollida desta colaboración en concreto. É quizais o único baleiro que se pode detectar no volume comentado pola importancia que presentan para a explicación da xénese dos bens comunais, dado que se debe situar nese momento histórico o instante preciso en que os bens comunais saen á luz mercé á munificencia dos monarcas casteláns que premiaron ós concellos con enormes cantidades de terreo procedentes da Reconquista. A extensión excesiva en moitos casos dos termos municipais determinaron certos comportamentos comunais impulsados polos concellos, de onde arrincar á importancia daqueles nas economías municipais.

A primeira exposición, feita esta modesta obxección non imputable ós coordinadores, correspóndelle ó profesor Salustiano de Dios, da Universidade de Salamanca, baixo o título «Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)», pp. 13-79, na que facendo uso dunha pluralidade de fontes xurisprudenciais extraídas das obras dos máis célebres xuristas casteláns do momento acoutado (Alonso Díaz de Montalvo, Rodrigo Suárez, Gregorio López, Núñez de Avendaño, Luis de Mexía, Covarrubias, Salón de Paz, Castillo de Bovadilla, Feliciano de Solís, García de Toledo, Gaspar Rodríguez, Velásquez de Avendaño, entre os principais) expón cunha claridade excepcional e grande erudición tódalas cuestións máis relevantes que se tiñan suscitado entre os autores e na práctica xudicial sobre eses tres temas capitais: os modos de adquisición dos bens das cidades (cuestión nada pacífica debido ó papel que o rei xogaba en atención a esa especie de tutela que desempeñaba sobre os pobos), as súas formas de alienación (en principio vedada salvo en casos de necesidade excepcional) e o sempre complexo tema da prescripción (admitida, a pesar do carácter imprescriptible co que se adornaba tradicionalmente esa clase de bens). En todas estas materias, tratadas con sumo detemento, o autor vai desfollando os razoamentos de cada xurista, elaborando comparacións entre as súas reflexións, ó mesmo tempo que advirte ó lector sobre a propia tendencia ou ideoloxía daqueles que poden axudar a explicar as súas conclusións dunha maneira clara. Así, os autores defensores do poder rexio atri-

búenlle ó monarca un peso decisivo en todo este ámbito, mentres que aqueles que actuaban en nome e representación de concellos ou de señores, postulaban solucións diametralmente opostas. O decisivo, como ben advirte o profesor De Dios, é que a traxectoria profesional de moitos dos escritores examinados determinou posterior ou simultaneamente o seu reflexo na práctica xudicial en virtude dos cargos desempeñados en tribunais, audiencia e consellos, co que a teoría e a práctica, tantas veces enfrontadas no mundo do dereito, se dan aquí a man.

A liña seguida, o profesor Gelabert González, da Universidade de Cantabria, especifica o papel esencial que os bens comunais tiveron dentro da fiscalidade xeral do reino de Castela, posto que aqueles foron empregados en boa medida por unha monarquía embarcada en mil e unha empresas, asolada por débedas desde tódolos ángulos posibles. «Fisco real y fiscos municipales en Castilla (siglos XVI-XVII)», pp. 81-99, detense neste tema apaixonante e nas modalidades de intervención económica ideadas pola coroa para custear-las necesidades financeiras endémicas dun territorio con fronteas bélicas abertas en todo o mundo, decisións que tiveron como principais afectados ás vilas e municipios a través de dúas actividades: as vendas de oficios e as de baldíos.

A profesora Lourdes Sesé Soria explica, tendo en conta a singularidade xurídica de cada territorio, o acontecido cos bens comunais en Navarra e nas provincias vascas, territorios onde hoxe en día aínda xogan un papel decisivo esta clase de propiedades municipais. O seu relatorio leva por título «Bienes comunales en Navarra y las Provincias Vascas» (siglos XVI-XVIII)», pp. 101-137. Dous aspectos deben destacarse: primeiramente, a disparidade de bens en función das condicións xeográficas de cada territorio; en segundo lugar, o réxime xurídico especial que tanto o reino navarro coma as provincias vascas presentaban, que se traduce na existencia dalgunhas modalidades especiais como a «comunidade de proindiviso» ou as «parzonerías». O exame realizado ademais conta con algúns exemplos de preitos sostidos por algúns pobos coa coroa e unhas interesantes reflexións sobre o problema das usurpacións de bens comunais nas que a responsabilidade se repartía moitas veces entre tódolos suxeitos implicados (usurpador, concello e coroa).

Nunha época en que se fala con claridade do «neoliberalismo» e dos seus perigos, son de agradecer-las reflexións que seguen no traballo acerca da propiedade comunal. Unha visión desmitificada acerca dos perigos e desastres tradicionalmente atribuídos a aquela é aportada polo profesor da Universidade de Zaragoza, José Ramón Moreno Fernández («La lógica comunal en Castilla en la Edad Moderna: avances y retrocesos de la propiedad común», pp. 139-177), na cal se observa acertadamente que a, en certo modo, satanización das formas de propiedade colectiva realizada polo pensamento liberal do século XIX estaba lonxe de ser unha verdade comprobable e absoluta. Pola contra, en certas zonas de Castela demostrouse que había unha alta rendibilidade económica, unha importante función desde o punto de vista fiscal, unha loable homoxeneización

social e non eran territorios expostos en todo caso á depredación dos poderosos. Nin social, nin económica, nin fiscalmente a propiedade colectiva foi o fracaso que se tratou de deseñar de forma tradicional, senón que houbo moitas situacións positivas no seu favor. O autor dá unha xustificación na liña apuntada: trátase de todo un complot ideolóxico que tivo como fautores a certas figuras do pensamento liberal, apóstolos da sagrada propiedade individual, allea a calquera reminiscencia colectivista.

Os profesores Mariano Peset e Pilar Hernando Serra, da Universidade de Valencia, ocúpanse da distinción entre «Comunales y Propios en Valencia», pp. 179-209, onde realizan unha brillante exposición das fontes existentes nese antigo reino sobre o particular (destacando a consulta de arquivos municipais e de expedientes da época da desamortización) e as súas principais manifestacións que se deron en diferentes concellos, cunha aguda visión histórica que os leva a citar numerosos privilexios medievais, pasando polas reformas borbónicas e desembocando na desamortización. Os autores destacan a disparidade de criterios que se seguiron ó contrapoñe-la lexislación castelá das Partidas co que tiña sido a práctica valenciana tradicional, que se traduce en réximes xurídicos distintos e en obxectos diferentes ós que se aplicaban os conceptos de comunal e de propio. O mesmo fai Carmen Muñoz de Bustillo para o caso de Xérez («Las tierras de Jérez. Suerte de sus usos y aprovechamientos comunales», pp. 211-255), seguindo o itinerario vital dunha importante comunidade dominical alí radicada que paulatinamente foi reducindo a súa extensión.

Alejandro Nieto explica con detemento a mal chamada «política agraria» dos Borbóns, criticando a propia denominación que el non admite posto que entende que non existiu unha planificación global da agricultura por parte de Carlos III e dos seus ministros, senón algunhas ideas illadas, que se levaron á práctica con certas doses de improvisación e espontaneidade. Ocúpase con especial detemento da pretendida reforma agraria, da que analiza algunhas mostras, como son as colonizacións interiores (lémbrense os esforzos de Olavide en Andalucía), os repartimentos ou a nova regulación dos arrendamentos. O estudio complétese cunha comparación coa reforma agraria liberal e da superposición material que se deu na práctica entre ámbalas actividades reformistas («Desamortización ilustrada y desamortización liberal», pp. 257-290), ningunha das cales chegou a callar plenamente en prexuízo dos habitantes do rural dedicados maioritariamente a prácticas agrícolas que se viron totalmente desasistidos, sen voz nin opinión na defensa dos seus intereses.

Continúase máis adiante coas visións locais, indispensables de todos modos para poder erixir coas súas achegas unha visión xeral: Rosa Congost trata de responder á cuestión da existencia ou non de bens comunais en Cataluña («Comunales sin Historia. La Catalunya de los masos o los problemas de una Historia sin comunales», pp. 291-328); José María Pérez Collados ocúpase da situación das propiedades pertencentes ás comunidades indíxenas no México da Independencia, aínda que con referencias á herdanza colonial hispánica e incluso

prehispánica, necesario punto de partida para o estudio do dereito de tódalas nacións do Novo Continente («Las tierras comunales en los pueblos de indios y su trayectoria en el México independiente», pp. 329-390); e Eloy Colom Piazuelo ofrece a súa visión de administrativista no caso aragonés e as súas implicacións xurídico-públicas («El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón», pp. 391-427).

Dentro do que tradicionalmente teñen sido considerados os bens comunais, destacan por riba de todo os montes públicos, pola súa transcendencia económica sen comparación posible por riba de calquera outro recurso ou aproveitamento, que son obxecto de dúas reflexións: a primeira, realizada polo Grupo de estudos de historia rural, formado por profesores de diversas universidades españolas, explica de maneira xeral a lexislación sobre o particular no seu relatorio «Propiedad y usos de los montes públicos en España (1855-1925)», pp. 429-450, marcada polos intentos de privatización de cada vez maiores superficies e incluso dos seus aproveitamentos. Pola súa parte, o profesor Xesús Balboa López singulariza o caso galego facendo referencia ós montes veciñais, institución tipicamente galega de orixe consuetudinaria e xurisprudencial, e a súa peculiar singradura histórica que tivo que facer fronte a numerosos combates contra inimigos do máis dispar, desde a propia desamortización ata a tendencia individualista auspiciada polo poder público: «Al margen de la ley. La defensa de los montes vecinales de Galicia (1848-1968)», pp. 451-491.

Os profesores González de Molina, Ortega Santos e Herrera González de Molina, da Universidade de Granada, manteñen a interdisciplinabilidade da reunión académica e amósannos as implicacións ecolóxicas dos bens comunais, no seu relatorio «Bienes comunales desde la perspectiva socioambiental», pp. 493-532, con acertadas reflexións sobre o pasado e o futuro que espera a esta especie de propiedade e ás formas de usala e gozala.

Javier Infante e Eugenia Torijano fannos volver ó recanto xurídico ó examínaren polo miúdo a xurisprudencia xerada na segunda metade do século XIX polo Tribunal Supremo a propósito da forma de compatibiliza-los aproveitamentos comúns e a nova propiedade individual preconizada polo liberalismo: «Aprovechamientos comunales y propiedad individual. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1854-1900)», pp. 533-571, é o título do seu traballo no que se examinan os litixios substanciados ante o alto tribunal e os principais motivos polos que se acudía a el en casación. Mostra con claridade o enfrontamento entre esas dúas concepcións radicalmente opostas. O seu complemento atópase no estudio seguinte de Carlos J. Maluquer, catedrático de dereito civil, que se ocupa da xurisprudencia producida trala publicación do Código civil e ata os nosos días con especial referencia á Constitución de 1978: «La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir de la publicación del Código Civil», pp. 573-597.

O rexistrador da propiedade Juan María Díaz de Fraile expón «La relación de los bienes comunales y de dominio público con el Registro de la Propiedad», pp.

599-626, onde se explica brillantemente tan complexa materia coa necesaria comparación entre ámbalas dúas categorías de bens e os seus caracteres intrínsecos.

Finalmente, recóllense dous artigos a modo de resumo e de proxección do contido do encontro realizados por dous historiadores agrarios: Iñaki Iriarte Goñi e o seu traballo «Las tierras comunales en España (1800-1995): pervivencia, cambio y adaptación», pp. 627-631, e Antonio López Estudillo, coa colaboración «Prácticas comunales y patrimonio público en la Historia», pp. 633-652.

En suma, trátase unha nova e valiosa contribución ó campo da historia do dereito de propiedade, feita con rigor, seriedade e esa pluralidade de voces que teñen permitido abarcar tódolos asuntos esenciais do tema elixido. Esperemos que a nova publicación sobre o patrimonio histórico cumpra con idénticos obxectivos e satisfaga da mesma maneira ós historiadores, xuristas e estudiosos en xeral desta apaixonante cuestión. A nosa máis sincera felicitación ós impulsores desta brillante iniciativa.

Faustino Martínez Martínez

*Área de historia do dereito e das institucións
Universidade de Santiago de Compostela*

Problemas del derecho público al comienzo del siglo

Eduardo García de Enterría

Madrid, Civitas, primera edición, 2001

O autor reuniu neste volume tres estudos que abordan outros tantos temas importantes que o comezo do século nos presenta no eido do dereito público.

Por unha parte, a situación e os problemas pendentes aínda de resolver na institución básica da xustiza administrativa. Tralo nacemento desta especie completamente nova de xustiza institucionalizada, comeza unha evolución desta ante o reto da súa articulación coas esixencias de funcionamento do poder. Tematicamente desenvólvense as etapas desa evolución en toda Europa, e en España en particular, chegando á conclusión de que esta, nos seus dous séculos de historia, parece ter chegado a un punto de madurez.

A xustiza administrativa é unha creación xurídica completamente nova, sen raíces nos grandes fundamentos do dereito occidental, o dereito romano, o dereito xermánico, o *ius commune* medieval ou moderno, o *common law*, o dereito natural e de xentes. Xorde a finais do século XVIII, coa Revolución francesa; afirmase no XIX, coñecerá un espectacular despregue ó longo do XX e, aparece agora, ó comeza-lo século XXI, como un modelo universal, como unha das pezas centrais e ineludibles do que hoxe chamamos Estado de dereito.

A xustiza administrativa como institución e como técnica é un froito directo e inequívoco da Revolución francesa. Esta acolleu un dos principios básicos que, con base en Locke, formulara Rousseau. Trátase de instituír unha forma de go-

berno que poña a lei por riba do home. Esta concepción sobre o modo de articulación do poder cos homes libres, pasará á Declaración de dereitos do home e do cidadán de 1789. Ata entón a Administración fora un instrumento persoal do poder do monarca. Esta situación vai sufrir un cambio, a Administración pasará a ser unha organización regulada pola lei, mais é evidente que ese sometemento á lei necesita, para ser efectivo, algunha garantía.

Institúese non só o principio da vinculación da Administración á lei, senón tamén un correlativo sistema de control para que os administradores non poidan apartarse de tal vinculación. O sistema de control é o xerárquico e o efecto do control é a anulación dos actos contrarios á lei. Mais, estando excluídos os xuíces do control da Administración, só esta podería controlar internamente a efectiva observancia da lei polos seus membros.

A instauración definitiva do contencioso-administrativo será a obra de Napoleón. Xorde así o primeiro contencioso-administrativo confiado a un órgano especializado, anque na forma de xustiza retida: o *Conseil d'État* propón e é o Goberno quen decide.

O Consello de Estado organiza un verdadeiro sistema do contencioso-administrativo, que conclúe artellando un sistema de dereito administrativo. O primeiro recurso que se configura é o que se chamará máis tarde «de plena xurisdicción», no que se intenta substituí-lo xuíz que tiña prohibida a súa intervención, nas diferencias entre a Administración e os administrados, no seo de relacións patrimoniais nos que ámbolos dous son partes: contratos, relacións de propiedade, venda de bens nacionais, etc. A Administración non podía resolver esas contendas unilateralmente e ofrecía unha vía cuasi procesual, para que eses enfrontamentos puidesen ser resoltos con garantías de obxectividade.

Paralelamente a esa vía principal, o Consello de Estado vai comezar por tomar en consideración as denuncias que os cidadáns lle elevan de irregularidades graves cometidas pola Administración. Formarase así outro recurso, de «exceso de poder», e que consiste en atender a denuncia das irregularidades administrativas máis graves: incompetencia, violación de lei e desviación de poder. Na segunda posguerra do século XX pónense a punto novos motivos de fondo do recurso: violación dos principios xerais do dereito, error na apreciación dos feitos. Todo o dereito administrativo material conclúe por ser fiscalizado polo recurso de exceso de poder, que conclúe por un único pronunciamento: ou abxolución, se o acto fose legal, ou anulación, se se acredita a súa ilegalidade.

En 1872 Francia dá o paso decisivo de pasar dunha xustiza retida, aínda en mans do Goberno, a un sistema de xustiza delegada e xa independente. A xustiza administrativa institúese como unha verdadeira xustiza independente. Subsisten, non obstante, os límites do *excès de pouvoir* en canto recurso obxectivo.

Tódolos estados europeos que construíron as súas administracións sobre o prestixioso modelo administrativo francés, inclúen neste a peza do Consello de Estado, e con ela, a súa función contencioso-administrativa. É o caso español, a partir de 1845, que inaugura así a historia administrativa específica.

Unha vez vencida a pretensión de inmunidade absoluta que a Administración, como todo poder, pretendeu inicialmente, este vai despregar construíndo amplos círculos de inmunidade fronte ós xuíces, nos cales pretendía conserva-la súa preeminencia indiscutida.

O sistema contencioso-administrativo español, con base na lei xurisdiccional de 1956, conta entre as primeiras que anoa a posibilidade dun recurso impugnatorio lexitimado no simple interese coa consecuencia dunha sentenza que restableza a situación xurídica individualizada, isto é, que restituía ó recorrente na integridade dos intereses que, ó abeiro da legalidade infrinxida pola Administración, viña gozando lexitimamente.

Esta corrección non fai senón adaptarse á situación do recorrente, que se enfronta coa Administración e sostén o seu recurso non pola efectividade abstracta do dereito obxectivo, senón en defensa e protección do seu propio interese particular.

Como unha manifestación máis do proceso de subxectivización resolta da xustiza administrativa, pasou a primeiro termo na última parte do século XX a cuestión da dispoñibilidade polos recorrentes dun amplo sistema de medidas preventivas fronte á expeditividade da actuación administrativa. A lei española de xurisdicción contencioso-administrativa de 1998 operou unha transformación paralela aceptando medidas preventivas positivas e medidas provisionalísimas adoptadas *inaudita parte*.

As xurisprudencias constitucionais de toda Europa impuxéronlle un substancial cambio á caracterización das medidas preventivas. Xa non se trataría de medidas excepcionais, que poñerían en cuestión o principio xeral da ordenación pública, senón de darlle cobertura á tutela xudicial efectiva a que os cidadáns teñen dereito.

Esta progresiva depuración do proceso contencioso-administrativo non sería completa se non se aludira á tendencia cara á eliminación das vías previas administrativas como condición de admisión dos recursos contencioso-administrativos. A lei xurisdiccional española de 1998 dispensou da reposición previa preceptiva o acceso á vía contencioso-administrativa, pero mantén a alzada, e por outra parte, mantendo a obrigatoriedade destas vías previas na materia tributaria e sancionatoria.

De todo o anterior, vese a tendencia cara á madurez plena do proceso contencioso-administrativo como unha vía xudicial plenaria e efectiva para que a Administración, como xestora fiduciaria que é do pobo, faga efectiva a súa responsabilidade ante os cidadáns.

O segundo traballo especifica un punto dese sistema da xustiza administrativa, a súa consideración como unha técnica obxectiva de protección da legalidade, que é como se configurou en Francia, ou como unha técnica subxectiva de protección de dereitos e intereses lexítimos, que aparece claramente na fase final da súa evolución, e que en España impón o artigo 24 da Constitución.

Todo o sistema da xustiza administrativa formouse durante o século XIX sobre o modelo francés, que é o froito de dúas concepcións xurdidas das ideas que motivaron a Revolución francesa. A primeira concepción era que o goberno humano se entendía ata ese momento confiado por Deus ós reis para que gobernasen os pobos segundo os seus criterios persoais. Mais esta idea vai sufrir na Revolución a influencia da filosofía ilustrada. Así a situación natural do home é a liberdade. Pero o característico deste poder era que a súa función sería preservar-la liberdade orixinaria. Ser gobernados polas leis e non polos homes, pasa a se-la idea do novo sistema. Esta concepción leva á legalización do poder e tódolos actos do poder deberán lexitimarse nunha lei. Postúlase un control sobre a actuación dos axentes para controlar-la legalidade dos seus actos, mais en Francia non podía ser encomendado ós xuíces, xa que tiñan prohibido mesturarse nos asuntos administrativos. Así, esta función concretábase na institución do Consello de Estado, que no ano 1806 crea a Sección do contencioso-administrativo que vai se-la creadora desta xurisdicción e do dereito administrativo.

No Consello de Estado organizouse o recurso de plena xurisdicción para que ós titulares de dereitos patrimoniais, incuestionables fronte á Administración, non se lles privara de tutela. Empezou a coñecer e a resolver-las denuncias sobre o funcionamento irregular da Administración, primeiro por incompetencia, e logo por vicios de forma e infracción material da lei. Aparece así o recurso por exceso de poder, que pasará a se-la peza clave do contencioso-administrativo. Este recurso non se artellou como un recurso entre partes, xa que se lle esixía ó recorrente acreditar un interese. O proceso remataba cunha sentenza que se pronunciaba sobre a conformidade ou desconformidade do acto axuizado coa lei, e correspondíalle á Administración autora del extraer tódalas consecuencias que puideran derivarse dese xuízo.

A relevancia no sistema de xustiza administrativa das situacións xurídicas subxectivas dos cidadáns, situacións nas que se pretende obter-la súa tutela ou protección, foi unha cuestión á que outros sistemas nacionais achegaron unha preocupación e unhas técnicas que contrastan coas do sistema francés.

Pasou logo o autor a analiza-la xustiza administrativa en España. A Lei do 27 de decembro de 1956, da xurisdicción contencioso-administrativa acertou a configurar un sistema contencioso-administrativo eficaz, e que foi substituída pola Lei do 13 de xullo de 1998.

O obxecto da lei de 1956 eran as pretensións que se deducían en relación cos actos da Administración pública suxeitos ó dereito administrativo, e estas pretensións podían ser de dúas clases: declaración de nulidade dun acto ou regulamento, ou o recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción das medidas adecuadas para o seu pleno recoñecemento, entre elas a indemnización dos danos e perdas.

A Constitución do 1978 no seu artigo 24 impuxo a cualificación de todo o sistema xurisdiccional como un sistema chamado a outorgar-la tutela efectiva

dos xuíces e tribunais no exercicio dos dereitos e intereses lexítimos de tódalas persoas, incluíndo a pretensión por obter esa tutela xudicial como un dereito fundamental, dentro da táboa de dereitos fundamentais que proclama a Constitución como un dos seus valores superiores. Con esta regra constitucional desapareceron tódalas vellas inmunidades do poder.

Este carácter subxectivista do sistema español de xustiza administrativa quedou confirmado pola Lei xurisdiccional do 13 de xullo de 1998, que volve insistir en que o obxecto do proceso é sempre axuiza-las pretensións que deduzan os recorrentes. Pero as pretensións que as partes poden exercitar foron ampliadas. Ademais da simple anulación dun acto ou dun regulamento e do recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e o seu pleno restablecemento, aparecen dúas novas: no caso de inactividade da Administración pública, quen teña dereito a esa actividade pode pedirle ó Tribunal que a imponha por sentenza e no caso de vía de feito, para pedi-lo cese da dita actuación e que se restableza a situación xurídica afectada. Engádesse tamén un sistema efectivo de execución forzosa polos propios tribunais das súas propias sentencias estimativas ou condenatorias.

A subxectivización plena do sistema español de xustiza administrativa quedou establecida no artigo 24 da Constitución.

O contencioso-administrativo, de ser un medio de orde pública de protección da legalidade da Administración, pasou a ser neste fin de século, en varios países da Unión Europea, un sistema de tutela ou protección de dereitos e intereses lexítimos dos cidadáns. O século no que acabamos de entrar faranos ver se esta tendencia se confirma e nos fai iniciar un novo período, período en consonancia coa primacía dos dereitos fundamentais que caracteriza o sistema de Estado de dereito do noso tempo.

O derradeiro estudio trata do valor normativo directo da Constitución española, sobre a base dunha distinción entre as dúas concepcións diferentes que da Constitución ofreceron as dúas grandes revolucións do século XIII, a americana e a francesa. Vencéllase á concepción americana, con base en Locke, o carácter normativo da Constitución e explícase o momento «lockeano» da Constitución de 1978 no pacto social básico de conclusión definitiva da Guerra civil. Especificanse finalmente, as consecuencias técnicas dese valor normativo nas respectivas funcións de xuíces e tribunais na súa aplicación.

M^a del Carmen Silva López
Avogada



NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificarlo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recóllense ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

Revista Galega de Administración Pública

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA