

# REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019>

19 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** En recuerdo de los Profesores L. Vandelli y J. Bermejo Vera

## ESTUDIOS

23 **Castillo Ramos-Bossini, Susana E.:** La carrera profesional de los cargos públicos locales: en especial los complementos retributivos con ocasión de su reingreso al servicio activo

65 **Gamero Casado, Eduardo:** Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo

107 **Ibáñez Macías, Antonio:** Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico-sistemática

161 **López Rubio, Daniel:** La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos

201 **Mimentza Martin, Janire:** Renta básica y Constitución en el Estado Social alemán. (De la renta básica universal a la renta básica colectiva)

## JURISPRUDENCIA

245 **Cabrera Rodríguez, José:** ¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019

273 **García Ureta, Agustín:** Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales

299 **Ridao Martín, Joan:** La fiesta de los toros como valor cultural común o el arte de lidiar con las comunidades autónomas al amparo de la concurrencia competencial en materia de cultura

## NOTAS

333 **Boto Álvarez, Alejandra:** La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: Apertura de mercado para la procura

349 **García Lupiola, Asier:** Europar Batasunaren energia politika, garapen jasangarria lortzeko tresna

381 **Picón Arranz, Alberto:** El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente

## BIBLIOGRAFÍA

405 Ruiz Palazuelos, Nuria: *Regulación económica y Estado de derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. (**Miguel Anxo Bastos Boubeta**)

409 Santiago Iglesias, Diana y Bertel, Maria (codirectoras): *Libre Prestación de servicios y Administración Local: Análisis comparado de la transposición de la Directiva Bolkestein diez años después*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2018, 348 págs. (**Alejandro Villanueva Turnes**)

412 Lasagabaster Herrarte, Iñaki: *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018, 150 págs. (**M. Josune Erauzkin Navarro**)

416 Salazar Benítez, Octavio: *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional del conflicto entre deseos y derechos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018. 288 págs. (**Laura Flores Anarte**)

420 Jiménez Asensio, Rafael: *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público*, HAAE/IVAP, Oñati, 2019, 228 págs. (**Nerea Garrido Martínez**)

426 Agirreazkuenaga, Iñaki (Coord.): *Política de residuos: Análisis jurídico desde Euskadi*, Editorial IVAP, Oñati, 2018, 445 págs. (**Iñaki Serrano Lasa**)

433 Delgado del Rincón, Luis E.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, prólogo de Juan José Solozábal Echavarría, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 304 págs. (**Tomás Prieto Álvarez**)

444 Burlada Etxebeste, José Luis: *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait*, Bosch, Barcelona, 2018, 264 págs. (**Jasone Urkola Iriarte**)



Herri-Ardura  
laritzako  
Euskal  
Aldizkaria

# REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

[www.ivap.euskadi.net/rvap](http://www.ivap.euskadi.net/rvap)

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019>

# IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

MAIATZA  
ABUZTUA

2019 MAYO  
AGOSTO

114

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

ISSN: 0211-9560

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

*Director:* Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)  
*Secretaria:* Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)  
*Secretaria técnica:* Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

*Vocales:* Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU).  
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).  
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación Foral de Gipuzkoa).  
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao).  
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU).  
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU).  
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto).  
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU).  
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).  
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).  
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).  
Gurutz JAUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU).  
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra).  
Henri LABAYLE (Universidad de Pau y de los Países del Adour).  
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto).  
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU).  
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).  
Maitena POELEMANS (Universidad de Pau y de los Países del Adour).  
Martín M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).  
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).  
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).  
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).  
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).  
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

## CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).  
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).  
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).  
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).  
Juan Manuel ALEGRE AVILA (Univ. de Cantabria).  
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).  
M<sup>º</sup> Rosario ALONSO IBAÑEZ (Univ. de Oviedo).  
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).  
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).  
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).  
Jasone ASTOLA MADARIAGA (UPV/EHU).  
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).  
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).  
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).  
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).  
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).  
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).  
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).  
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU).  
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).  
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).  
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).  
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).  
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).  
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).  
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).  
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).  
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).  
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).  
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).  
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).  
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).  
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).  
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).  
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).  
Luis M<sup>º</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).  
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza).  
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).  
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).  
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).  
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).  
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).  
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).  
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).  
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).  
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).  
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).  
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).  
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).  
Angel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).  
Angel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).  
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).

Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UVP/EHU).  
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).  
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).  
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).  
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).  
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).  
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).  
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).  
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).  
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).  
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).  
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).  
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).  
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).  
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autònoma de Barcelona).  
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).  
María Carmen NUÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).  
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).  
José Luis PIÑAR MAÑAS (Univ. CEU-San Pablo).  
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).  
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).  
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).  
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).  
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).  
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).  
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid).  
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).  
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).  
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).  
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).  
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).  
René Javier SANTAMARIA ARINAS (Univ. de La Rioja).  
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).  
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autònoma de Madrid).  
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU).  
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).  
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).  
M.<sup>a</sup> Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).  
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).  
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).  
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).  
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).  
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).  
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).





# KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Herri Ardularitzaren Euskal Aldizkariak Zuzenbideari buruzko azterlanak zabaldu nahi ditu, jatorrizkoak, betiere herri-administrazioak eta, oro har, aginte publikoak aztergai hartuta; dena den, ildo bereko beste arlo batzuk ere jorra litezke, interesgarri direlakoan, argitaratzeko modukotzat joz gero. Hartzaileei dagokienez, unibertsitateari, mundu akademikoari eta herri-administrazioetan diharduten langileei dago zuzendua, batez ere.

2. Lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

- A) Tarte eta erdirekin idatzitako 40 orrialde baino luzeagoak ez izatea.
- B) Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionala azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. Datu horiek publiko egingo dira aldizkarian bertan.
- C) Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute. Letra «**lodia**» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «*etzana*» baino ez da erabiliko. «*Azpimarra*» ez da sekula erabiliko.
- D) Erreferentzia bibliografikoek era honetan bateratuta egon beharko dute:
  - ABIZENAK, Izena, *Liburuaren izenburua*. Argitaletxea. Lekua, urtea, or. [Adibidea: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. IVAP. Oñati, 1988, 59.or.].
  - ABIZENAK, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren Izenburua* zk., urtea, or.[Adibidea: AGOUES MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», *RVAP 73* (I) zk., 2005, 11. or.].

Egileek gehitu beharko dute beste atal bat bukaeran, erabili duen bibliografia biltzen, alfabetikoki ordenatuta.

- E) Lanen izenburua ingelesez ere eman beharko da. Laburpen bat ere aurkeztuko da, 100-150 hitzekoa. Jatorrizko paragrafo bat izan beharko du, eta honako alderdi hauek jaso: lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak. Halaber 3-5 gako-hitz eman beharko dira, Euskal Autonomia Erkidegoko bi hizkuntza ofizialetan eta ingelesez. Aldizkariak egingo du itzulpena, egileak beste bertsio bietako bat ematen ez duenean.

- F) Hizkuntza ez sexista erabiltze aldera [*Europako Kontseiluaren gomendioa CM/Rec (2007)17*], IVAPek ohar batzuk argitaratu ditu IVAPeko estilo-liburuan (Oñati, 2005, 169-176 orr.), erabilgarri izan daitezkeenak.
- G) Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoz bidez, aldizkariaren Idazkaritzara: [argitalpenak-ivap@ivap.eus](mailto:argitalpenak-ivap@ivap.eus).

3. Lanek jatorrizkoak izan beharko dute, eta, gutxienez, Herri Arduralaritzaren Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpo-koak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da haiek argitaratzea eta zein ataletan edo, hala badagokio, ez argitaratzea. Txosten horiek eta behar diren txosten osagarriak ikusita, Erredakzio-kontseiluak hartuko du lanak argitaratzeari buruzko azken erabakia; egileei jakinaraziko die, eta, egoki bada, beharrezko diren aldaketak egiteko eskatuko die. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundeari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne. IVAPek bere web orrian jarriko ditu Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundearen Aldizkarian argitaratutako artikulua, kontsultarako.

4. Lan bat bidaltzen bada eta RVAP-Herri Arduralaritzazko Euskal Aldizkariak jakinarazten badu ondo aztertu ostean argitaratu egingo duela, ezin izango da atzera bota; jakina, kasu horretan ezin izango da aldez aurretik argitaratu beste inon. Ezin da lana atzera bota beste aldizkari batean argitaratzeko (horri berariaz uko egiten zaio lana aztertzeke bidaltzen den unean bertan); salbuespen bakarrak izango dira RVAP aldizkariak argitaratuko ez duela jakinaraztea, argitaratuko den aldizkariko atalarekin ados ez egotea edo sartu behar diren aldaketekin ados ez egotea (halakorik gertatzen bada). Nahitaez onartu behar da, berariaz, baldintza hori lana aztertzeke prozesua abian jarri ahal izateko. Baldintza hori betetzen ez bada, RVAP aldizkariak egile horren beste lan batzuk atzera bota ahal izango ditu.

5. Inprentako proben zuzenketa, egin behar izanez gero, probak jaso, eta, asko jota, 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa zabalak edo funtsezkoak egin bidalitako jatorrizkoaren gainean.

# NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

1. La Revista Vasca de Administración Pública tiene por objeto la difusión de trabajos originales sobre el Derecho de la Administración Pública y de los poderes públicos en general, aunque también podrá hacerlo sobre materias afines cuando, por su interés, así se considere pertinente. Está dirigida, primordialmente, al mundo académico, universitario y a personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- A) Su extensión no sobrepasará las cuarenta páginas a espacio y medio.
- B) Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico. Datos que se harán públicos en la propia Revista.
- C) Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan. El tipo de letra «**negrita**» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el texto, cuando proceda, sólo se utilizará la «*cursiva*»; nunca podrá utilizarse el «subrayado».
- D) Las referencias bibliográficas estarán unificadas de la siguiente manera:
  - APELLIDOS, Nombre, *Título del libro*. Editorial. Lugar, año, pág. [Ejemplo: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. IVAP. Oñati, 1988, pág. 59].
  - APELLIDOS, Nombre, «Título del artículo», en *Título de la Revista* núm. año, pág. [Ejemplo: AGOUES MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», en *RVAP* núm. 73 (I), 2005, pág. 11].

Los autores deberán incluir un apartado final dedicado a la bibliografía citada a lo largo del texto y ordenada alfabéticamente.

- E) El título de los trabajos deberá incluir su traducción al inglés. Siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave, que se publi-

carán en las dos lenguas oficiales del País Vasco y en inglés. En el caso de no facilitarse alguna de las otras dos versiones, la propia Revista proveerá su traducción.

F) Para un uso no sexista del lenguaje [Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2007)17], el IVAP ha publicado unas indicaciones, en su Libro de estilo del IVAP (Oñati, 2005, págs.169 a 176), que pueden resultar de utilidad.

G) Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: [argitalpenak-ivap@ivap.eus](mailto:argitalpenak-ivap@ivap.eus).

3. Los trabajos, que siempre serán originales, resultarán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes y de los complementarios que se consideren precisos, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación, que se comunicará a los autores, requiriendo las modificaciones que se consideren necesarias, en su caso. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos. El IVAP incluirá los trabajos publicados en la Revista Vasca de Administración Pública en su página web, a efectos de general consulta.

4. El envío de un trabajo implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación expresa de esta condición es requisito previo indispensable para poner en marcha el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

5. La corrección de las pruebas de imprenta, en su caso, deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales sobre el original enviado.

# Sumario

# N.º 114

**Cobrerros Mendazona, Edorta:** En recuerdo de los Profesores L. Vandelli y J. Bermejo Vera ..... 19

## Estudios

**CASTILLO RAMOS-BOSSINI, Susana E.:** La carrera profesional de los cargos públicos locales: en especial los complementos retributivos con ocasión de su reingreso al servicio activo ..... 23  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.01>

**GAMERO CASADO, Eduardo:** Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo ..... 65  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.02>

**IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio:** Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico-sistemática ..... 107  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.03>

**LÓPEZ RUBIO, Daniel:** La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos ..... 161  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.04>

**MIMENTZA MARTIN, Janire:** Renta básica y Constitución en el Estado Social alemán. (De la renta básica universal a la renta básica colectiva) ..... 201  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.05>

## Jurisprudencia

- CABRERA RODRÍGUEZ, José:** ¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019 . . . . . 245  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.06>
- GARCÍA URETA, Agustín:** Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales . . . . . 273  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.07>
- RIDAO MARTÍN, Joan:** La fiesta de los toros como valor cultural común o el arte de lidiar con las comunidades autónomas al amparo de la concurrencia competencial en materia de cultura . . . . . 299  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.08>

## Notas

- BOTO ÁLVAREZ, Alejandra:** La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: Apertura de mercado para la procura . . . . . 333  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.09>
- GARCÍA LUPIOLA, Asier:** Europar Batasunaren energia politika, garapen jasangarria lortzeko tresna . . . . . 349  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.10>
- PICÓN ARRANZ, Alberto:** El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente. . . . . 381  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.11>

## Bibliografía

- RUIZ PALAZUELOS, Nuria:** *Regulación económica y Estado de Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. (Miguel Anxo BASTOS BOUBETA) . . . . . 405  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.12>
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana y BERTEL, Maria (codirectoras):** *Libre Prestación de servicios y Administración Local: Análisis comparado de la transposición de la Directiva Bolkestein diez años después*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2018, 348 págs. (Alejandro VILLANUEVA TURNES) . . . . 409  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.13>
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:** *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Editorial: Marcial Pons, 2018, 150 págs. (M. Josune ERAUZKIN NAVARRO) . . . . . 412  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.14>

- 
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio:** *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional del conflicto entre deseos y derechos.* Ed. Dykinson. Madrid, 2018. 288 págs. (Laura FLORES ANARTE) ..... 416  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.15>
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael:** *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público.* HAAE/IVAP, Oñati, 2019, 228 págs. (Nerea GARRIDO MARTÍNEZ) ..... 420  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.16>
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (Coord.):** *Política de residuos: Análisis jurídico desde Euskadi.* Editorial IVAP, Oñati, 2018, 445 págs. (Iñaki SERRANO LASA) ..... 426  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.17>
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.:** *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales,* prólogo de Juan José Solozábal Echavarría. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 304 página (Tomás PRIETO ÁLVAREZ) ..... 433  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.18>
- BURLADA ETXEBESTE, José Luis:** *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait.* Bosch, Barcelona, 2018, 264 págs. (Jasone URKOLA IRIARTE) ..... 444  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.19>





# Colaboran en este número

---

**Susana E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI.** Personal Investigador. Universidad de Granada. susanacrbossini@ugr.es

---

**Eduardo GAMERO CASADO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Consejero de Montero-Aramburu Abogados. gamero@upo.es. ORCID 0000-0002-6734-8672

---

**Antonio IBÁÑEZ MACÍAS.** Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional. Universidad de Cádiz. antonio.ibaniez@uca.es

---

**Daniel LÓPEZ RUBIO.** Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid. dalopezr@der-pu.uc3m.es

---

**Janire MIMENTZA MARTIN.** Profesora de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Janire.Mimentza@ehu.eus

---

**José CABRERA RODRÍGUEZ.** Abogado. josecabrera.abogado@gmail.com

---

**Agustín GARCÍA URETA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea . agustin.garcia-ureta@ehu.eus

---

**Joan RIDAO MARTÍN.** Profesor Titular (a) de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona. Letrado del Parlamento de Cataluña. jridao@ub.edu

---

**Alejandra BOTO ÁLVAREZ.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo. botoalejandra@uniovi.es

---

**Asier GARCÍA LUPIOLA.** Irakasle Agregatua, Ekonomi eta Enpresa Fakultatea Elkano, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. asier.garcialupiola@ehu.eus

---

**Alberto PICÓN ARRANZ.** Personal Docente Investigador Predoctoral. Universidad de Valladolid. albicon11@gmail.com



## En recuerdo de los Profesores L. Vandelli y J. Bermejo Vera

I. Con muy pocos días de diferencia hemos tenido que despedir, definitivamente, a dos destacados colegas iusadministrativistas, ambos de la misma edad y en la plenitud de su madurez intelectual.

El profesor Luciano Vandelli falleció en Bolonia, su ciudad natal, tras una enfermedad que se había prolongado durante cierto tiempo y el profesor José Bermejo, de manera súbita e inesperada en Zaragoza, también su ciudad natal.

II. Del profesor Vandelli no procede ahora una relación pormenorizada de sus muchos méritos académicos y profesionales, pero sí debemos destacar su especial vínculo, profesional y personal, con buena parte de la doctrina iusadministrativista española. De hecho, fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid (2000) y, este mismo año, por la Universitat de Barcelona.

Dos de sus libros capitales, como son tanto el *Ordenamiento de las Comunidades Autónomas* como *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, fueron tempranamente traducidos por F. López Ramón y P. Lucas Murillo, en 1982, y por P. Menéndez y J. Suay, en 1992, respectivamente. Y, en el «otro sentido», Luciano Vandelli fue el encargado de traducir al italiano la magna obra de E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Principi di diritto amministrativo*, en 1983.

Su primera publicación científica —salvo error— versó sobre un tema «clásico» del Derecho Administrativo, «Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi» (en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 4, 1973); pero pronto destacaron sus investigaciones sobre la distribución territorial del poder político y administrativo, donde fue uno de los más destacados especialistas del panorama europeo. En efecto, sus reflexiones sobre el poder local y regional han resultado capitales en su (no fácil) institucionalización en el actual Estado y en la Unión Europea en construcción.

Para un mejor conocimiento de la fecunda obra del profesor Vandelli permítase aquí la remisión a lo relatado por el profesor T. Font i Llovet (que tan bien conocía y apreciaba al autor boloñés): «Luciano Vandelli y las autonomías locales en el contexto de la relación italoespañola» (en *REDA* núm. 181, 2016) y su *Laudatio* del pasado 29 de enero en el impresionante Paraninfo de la Universitat de Barcelona.

También resulta obligado, aquí, señalar su vinculación personal con algunos docentes de la Universidad del País Vasco que, en la década de los ochenta, nos beneficiamos de su magisterio, siempre acompañado de su amistad. De esta época es su participación en un libro colectivo editado por el IVAP, *Praxis autonómica: modelos comparados y modelo estatal*, con un trabajo (que tuve la oportunidad de traducir) sobre «La experiencia regional en Italia».

En fin, este recordatorio quedaría demediado si no hiciésemos referencia a las características personales que siempre acompañaron a Luciano Vandelli: su clarividencia de juicio, talante conciliador, ausencia total de engreimiento, finísima ironía, amplio bagaje cultural, capacidad de comunicación, preocupación por la *res publica*, delicadeza y atención en el trato y, sobre todo, bondad y generosidad.

III.- El profesor Bermejo falleció repentinamente mientras ejercitaba una de sus pasiones vitales más dominantes, el deporte del fútbol (en el que llevaba federado desde hacía seis decenios), que ennobleció, pioneramente, con sus conocimientos jurídicos. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza desde 1983, era en esos momentos profesor emérito y, desde 2017, presidía el Consejo Consultivo de Aragón.

De prolífica producción académica, fue discípulo del profesor L. Martín-Retortillo y, a su vez, encabezó un excelente grupo de profesores aragoneses de Derecho Administrativo.

El profesor J. Bermejo tuvo también relación directa con esta Revista (y no sólo por su fraternidad académica con el anterior director, el profesor J.M. Castells), pues allá por el año 1984, como consecuencia de un ciclo de conferencias dedicado a la Constitución y al Estado Autonomo, organizado por el IVAP y la Facultad de Derecho de San Sebastián, en su núm. 10 (II), se publicó un trabajo suyo titulado «El “interés general” como parámetro de la jurisprudencia constitucional». Y en el volumen doble dedicado a la memoria del profesor D. Loperena (RVAP núm. 99-100) contribuyó con un trabajo sobre «La controvertida figura de los sistemas generales. De nuevo sobre la cuestionable equivalencia con los bienes de dominio público», que va precedido de una preciosa dedicatoria a su amigo y colega navarro, cuya desaparición tantos lamentamos tanto.

Pero Pepe Bermejo no nos deja solo una incuestionable obra académica, sino también unas excepcionales cualidades personales, entre las cuales no resultaron menores su *élan* vital, ausencia de sofisticación, dedicación al oficio universitario y cercanía de trato. Afortunadamente, su saga continúa con nuestro compañero José Luis Bermejo Latre que tiene bien cerca una segura y firme referencia para su recorrido profesional.

Edorta Cobreros Mendazona  
Director de la RVAP

# Estudios



## **La carrera profesional de los cargos públicos locales: en especial los complementos retributivos con ocasión de su reingreso al servicio activo**

The professional career of the local public offices:  
especially the complements compensating  
on the occasion of his re-entry to active service

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.01>

**LABURPENA:** Karrera profesionalaren abantaila ekonomikoak eta aurrera-pen-mailakoak jorratu ditu azterketa honek, arloa aztertu duen doktrina zientifikoa eta jurisprudentzia oinarritzat hartuta. Abantailok laurogeita hamarreko hamarkadan ezarri ziren, eta 2007ko oinarrizko legedian ere jarraipena eman zitzairen. Hala, gaia zein egoeratan dagoen ere aztertu du; horretarako, hura aplikatzeko zer irtenbide egon daitezkeen adierazi eta aurreikuspen horiek berrikus-tea proposatzen du.

**HITZ GAKOAK:** Kargu publikoa. Karrera profesionala. Pribilegioak. Osagarri ekonomikoak.

**ABSTRACT:** The present study analyzes, from the jurisprudence and the scientific doctrine that has approached this topic, the advantages of economic character and progression in the professional career that were established in the nineties and that had its continuation in the basic legislation of 2007. It analyzes the state of the matter and points out possible solutions for its application, as well as proposes a revision of said forecasts.

**KEYWORDS:** Public office. Professional career. Privileges. Economic complements.

**RESUMEN:** El presente estudio analiza, a partir de la jurisprudencia y de la doctrina científica que ha abordado esta temática, las ventajas de carácter económico y de progresión en la carrera profesional que se instauraron en la década de los noventa y que tuvieron su continuación en la legislación básica de 2007. El

mismo analiza el estado de la cuestión y apunta posibles soluciones para su aplicación, así como propone una revisión de dichas previsiones.

**PALABRAS CLAVE:** Cargo público. Carrera profesional. Privilegios. Complementos económicos.

Trabajo recibido el 10 de enero de 2019.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019.



## **La carrera profesional de los cargos públicos locales: en especial los complementos retributivos con ocasión de su reingreso al servicio activo (1)**

The professional career of the local public offices:  
especially the complements compensating  
on the occasion of his re-entry to active service

Susana E. Castillo Ramos-Bossini.

**Sumario:** I. Introducción: antecedentes normativos del artículo 87.3 EBEP.—II. La génesis del precepto y sus características fundamentales. 1. La tramitación parlamentaria del precepto objeto del presente estudio. 2. Las características fundamentales del precepto.—III. Ambiente subjetivo del precepto: especial referencia a las entidades locales. 1. La visión restrictiva de la jurisprudencia. 2. La cuestión más controvertida: ¿quién es alto cargo? 3. El caso de los directivos locales.—IV. Eficacia y alcance de la norma. 1. Alcance y efectos de las garantías retributivas establecidas. 2. Supuestos de ausencia de desarrollo de la normativa básica. 3. Comienzo de devengo del mismo.—V. El papel de los reglamentos orgánicos en el desarrollo del alcance y contenido de lo establecido en el artículo 87.3 TREBEP.—VI. Conclusiones.

### **I. Introducción: antecedentes normativos del artículo 87.3 EBEP**

Como es conocido, el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de forma novedosa hasta ese momento, reconoció un tratamiento muy favorable a aquellos funcionarios que, habiendo desempeñado cargos de responsabilidad pública, se reintegraran a su condición de funcionario (2). Dicho precepto obedecía, en su *ratio*, a una elemental razón: el

---

(1) Este estudio se realiza en el marco de los trabajos desarrollados en el Proyecto I+D «la lucha por la ética y contra la corrupción: empleo y contratación del sector público, urbanismo y actividad de fomento de los poderes locales» (DER 2013-48416-C2-1-R).

(2) En efecto, dicho precepto establecía que «Dos. Los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos

desempeño de cargos y empleos públicos de naturaleza política no debía menoscabar la carrera profesional de los afectados. No parecía lógico, y cabe decir que sigue a mi juicio sin parecerlo, que el servicio a la ciudadanía desde puestos con responsabilidad política llevase aparejada, además, una merma en las expectativas profesionales de quienes asumían dichas funciones. Hasta ahí no pareciera existir inconveniente alguno, el problema serían los efectos añadidos a dicha previsión.

En efecto, el precepto para evitar esa merma en sus expectativas reconocería el derecho a percibir el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento asignado al director general de la administración correspondiente en su presupuesto anual.

Su aplicación de esta forma, a pesar de la meridiana claridad del precepto, no fue pacífica. Y es que el citado precepto fue objeto de constante crítica, tanto por parte de algunas centrales sindicales, como también por un sector doctrinal que lo visualizaron como un injustificado privilegio de los funcionarios públicos de negativo impacto en la carrera profesional de los servidores públicos (GIL CREMADES, MORILLO-VELARDE, JIMENEZ ASENSIO, etc.).

De entrada se cuestionó tanto su constitucionalidad como su carácter básico. La constitucionalidad del precepto fue salvada por la STC 32/2000, de 3 febrero, que razonó la objetividad de la medida y su razonabilidad negando que dicha previsión atentase a los artículos 14, 23 y 103 CE (3).

Más problemática resultó ser la segunda cuestión. Y es que formalmente la citada ley no le atribuyó condición de básico al precepto lo que obligaría con posterioridad a la jurisprudencia de nuestros tribunales a resolver dicha cuestión. Dos sentencias fueron claves en este devenir: la primera, la STS de septiembre de 1994 (RJ 1994/6920) que negó dicho extremo; y una posterior, la STS de 24 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8390), que basándose en la anterior, sin embargo matizó el alcance

---

en el ámbito de la aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantenga en esta situación el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado.»

(3) De la misma opinión, con carácter previo a la sentencia se mostraron FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, «El denominado complemento especial de destino y la problemática de un reconocimiento para el funcionario de carrera que ha desempeñado un puesto de alto cargo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 25/1996 págs. 489 a 498. Asimismo, PÉREZ GÓMEZ, José María, *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, Editorial Comares, Granada, 1997. De distinta opinión, sin embargo, se mostró JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Altos Cargos y Directivos Públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España)*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati (Gipuzkoa), 1996, 153, mostrando una postura contraria a su conformidad constitucional.

de ésta permitiendo una interpretación analógica o extensiva de la norma a cuyo tenor procedía la aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990 a los funcionarios de la Administración del Estado que hayan desempeñado alto cargo en las Comunidades Autónomas(4). La controversia originada fue cerrada, en su etapa final, por la STC 202/2003, de 17 de noviembre que dejó zanjado dicho debate, en su fundamento jurídico 14, negando dicho carácter(5).

Lo cierto es que dicha sentencia terminaría siendo determinante para que la legislación autonómica de función pública procediera a su reconocimiento también en su respectivo ámbito de aplicación. Bien es cierto que, como se ha puesto de relieve por algún estudios(6), con distinto alcance: unas CCAA lo hicieron pero compensando solo la diferencia retributiva y, por tanto, sin que quedase afectado su grado personal (a título de ejemplo Cataluña, según lo establecido en el apartado segundo del artículo 82 del Decreto legislativo 1/1987, de 31 de octubre de función pública de Cataluña —añadido por el artículo 45.1 de la Ley 1/2001, de 28 de diciembre—, y disposición adicional undécima); mientras otras, con un distinto enfoque, lo que proceden es a atribuir como grado consolidado el mayor que puede obtenerse, en el intervalo de su grupo, con independencia de que se alcanzase o no una identidad retributiva con los altos cargos de la Administración respectiva (por ejemplo, artículo 23 de la Ley 17/1990, de 29 de diciembre, de Castilla-León). Todo ello, sin embargo, sin características uniformes en cada uno de los dos grupos en que, a tí-

---

(4) Para algunas sentencias, el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 constituía una norma básica (Sentencias de los juzgados de lo contencioso administrativo de Murcia de 3 de octubre y 10 de noviembre de 2000 y 18 de enero de 2001; de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de Extremadura, de 29 de febrero de 2000, de Sevilla, de 13 de febrero de 2002, y de Asturias, de 22 de marzo del 2002). Para otras, y en sentido contrario, el precepto no era básico ni formal ni materialmente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 19 de septiembre de 2001 y de Castilla-León de 4 de febrero de 2002).

(5) La sentencia razonaría que: «En consecuencia, habiendo establecido el legislador postconstitucional de manera aparentemente completa e innovadora las «bases del régimen de retribuciones» del estatuto funcional y, en particular, por lo que aquí más nos importa, el complemento de destino en los arts. 21.2a), 23.3 a) y 24.2 de la Ley 30/1984, no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina sentada en la SSTC 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002, 37), y 1/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 1), naturaleza básica al incremento retributivo que establece el citado art. 33.2 de la Ley 31/1990 sobre el complemento de destino correspondiente al grado personal de los funcionarios que han sido alto cargo, «al no haber sido declarado expresamente como básico por el legislador estatal post-constitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas postconstitucionales, al no existir dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador postconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos de la materia».

(6) CÓLERA LEIRADO, José Ramón, El complemento de destino de los altos cargos y su aplicación a diputados y funcionarios de los parlamentos autonómicos, Corts. *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 22, 2009 y PÉREZ-GÓMEZ, Jose María y PÉREZ LÓPEZ, Roberto, «El alcance de los derechos reconocidos por el estatuto básico del empleado público y la Ley de la Función Pública de Galicia a los altos cargos», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia* n.º 6, 2011, págs. 227 y ss.

tulo de ilustración, hemos dividido lo acontecido en la legislación autonómica (cuantía, nivel de complemento de destino que se consolida, etc.).

En lo que se refiere al ámbito local, al que nos referimos específicamente en este trabajo, la problemática se centraría en si su aplicación se extendía exclusivamente a funcionarios de la Administración central o también alcanzaba a los funcionarios de las entidades locales que hubieran desempeñado, con anterioridad, altos cargos en una comunidad autónoma. La tendencia clara, en este debate jurisdiccional y sentado ya que dicho precepto no era una norma básica, fue la de entender que no podía ser aplicado a dichos funcionarios salvo que la legislación autonómica extendiese de forma expresa su aplicación a éstos (7).

Pero cabe recapitular, en esta introducción y a los fines de nuestro estudio, que el legislador en ese momento obró con la intención de que los eventuales perjuicios que el desempeño de determinados cargos públicos tuviese sobre la carrera profesional de los funcionarios de carrera se paliase mediante una indemnización de carácter económico que, sin embargo, presentaba algunas limitaciones en su aplicación a las entidades locales.

Como ahora veremos, sin embargo, el legislador mostró claramente su voluntad de salvar las dificultades aplicativas que presentaba dicho precepto mediante la introducción de un nuevo precepto, el que será objeto de nuestro estudio, con mayor radio de alcance y salvando algunas de las dificultades que se habían presentado sobre su aplicabilidad. Debe decirse también que con no menos rechazo por parte de la doctrina y de un «bloguero» ilustrado y magistrado (8). FÉREZ, en concreto y respecto de este punto, señala «que la controversia originaria deriva de su impacto en la carrera administrativa para quienes hubieran ocupado cargos claramente de confianza política; pues la principal consecuencia era que a la vuelta a su puesto de funcionario se le garantizaba el pago de un complemento de destino equivalente al de Director General, lo que en la práctica suponía la convivencia de tres “velocidades de carrera”: a) carrera profesional de velocidad “lenta”, basada exclusivamente en mérito —cuyo techo era el nivel de los puestos cubiertos por concurso, normalmente

---

(7) Puede verse, conforme a la interpretación señalada contraria a la extensión de los efectos del art 33.2 de la ley 31/1990 a la Administración Local, la postura mayoritariamente sentada por la jurisprudencia de las diversas Salas de los TSJ pudiendo citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 271/2001 de 7 marzo (referida incluso al desempeño del puesto de Alcalde y Presidente de Diputación Provincial) o la del TSJA, Sala de Sevilla de 7 junio 2001 dictada en el Recurso contencioso-administrativo núm. 2342/1996, así como la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid número 200/2006 de 31 enero.

(8) En efecto, José Ramón CHAVES tituló una entrada «El botín del político: Complemento de ex altos cargos» donde se muestra manifiestamente contrario a éste. Puede verse <https://delajusticia.com/2009/04/09/el-botin-del-politico-complemento-de-ex-altos-cargos/>

hasta el nivel 26; b) carrera de velocidad “rápida”, en la que se combina mérito y confianza (permite alcanzar los puestos de libre designación, hasta el nivel 30); y c) carrera de velocidad “meteórica”, basada exclusivamente en la confianza (puestos asimilados altos cargos, es decir, el conocido en la jerga funcional como “nivel 33” por el desempeño del puesto durante más de dos años continuados o tres con interrupción en cargos políticos» (9). Bien es cierto que, desde otro punto de vista, otros autores se han mostrado partidarios de dicha previsión (10).

Lo cierto, y para concluir esta introducción, es que como podrá apreciarse el nuevo precepto no ha acabado con las dudas que planteaba la aplicación de esta garantía profesional establecida para el desempeño de cargos públicos y como tendremos oportunidad de comprobar se han vuelto a plantear nuevos problemas aplicativos los cuales el presente estudio aborda (11).

## II. La génesis del precepto y sus características fundamentales

### 1. La tramitación parlamentaria del precepto objeto del presente estudio

El artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, versión actualizada del anterior precedente normativo como ya referíamos líneas

---

(9) FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, «Las situaciones administrativas», en el volumen colectivo (serie Documentos) El Estatuto básico del empleado público: propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2008, pág. 58. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. El personal directivo en la Administración Local (serie Estudios de Relaciones Laborales n.º 4), Diputación de Barcelona, Barcelona, 2009, pág. 72 y 73, argumentó que «Las consecuencias en la aplicación de esta norma tienden a otorgar descaradamente una serie de privilegios económicos a aquellos funcionarios públicos que han adoptado públicamente compromisos con determinadas fuerzas políticas al haber desempeñado cargos públicos que, hasta la fecha, son cargos de «designación política» (cuyo elemento central en el proceso de designación, sin perjuicio de que puedan intervenir otros factores, es la confianza política). Ese proceso de designación es plenamente constitucional y obviamente lícita, pero lo que puede ofrecer flanco a la crítica es que quienes han desempeñado cargos públicos de designación política, por su mayor o menor compromiso con los partidos que les han propuesto, vean «favorecida» y «enriquecida» su carrera profesional en la función pública, pues, aparte de verse afectada su neutralidad e imparcialidad, es evidente que la «carrera profesional», como su propio nombre indica, no debería valorar factores exógenos a las propias exigencias de profesionalidad».

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 206 duda de la razonabilidad de la medida a diferencia del resto de contempladas en el artículo 87.3.

(10) GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando y MARTÍN FERNÁNDEZ, Evaristo, «El complemento de alto cargo previsto en el art. 87.3 EBEP: su aplicación en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n.º 18, 2013.

(11) No se aborda en el presente trabajo, por tanto, ya que excedería de la extensión máxima establecida el resto de consecuencias que el reingreso al servicio activo puede implicar tales como la reserva de puesto de trabajo efectos de ascensos, trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social.

más atrás(12), figura incluido en su Título VI, dedicado como se sabe a las situaciones administrativas(13). El primer borrador de dicho texto legal no contemplaría tal previsión, sino otra mucho más limitada(14). Lo mismo aconteció en el segundo borrador(15). Sería el Proyecto de Ley que, finalmente, comienza su tramitación en el Congreso de los Diputados el que incluirá la citada previsión bien que, asimismo, con un menor alcance de la finalmente aprobada(16).

Su tramitación fue, preciso es destacarlo, accidentada en el iter parlamentario. El Grupo Parlamentario Popular en su enmienda 411 incluyó una nueva versión de mayor ambición (BOCG. Congreso de los Diputados

(12) Bien es cierto que los esquemas de interpretación utilizados con el precedente normativo anterior son solo de relativa utilidad en la interpretación del sentido y alcance del actual precepto. De esta forma, la jurisprudencia ha rechazado que los esquemas interpretativos utilizados con el precedente inmediato anterior del precepto —el constituido por el artículo 33.2 de la LPGE para 1991— puedan ser utilizados para la correcta interpretación de éste. De esta forma, y a título de ejemplo, la STSJ de las Islas Baleares de 24 de junio de 2013 (rec. 729/2011) rechaza que la hermenéutica seguida para la interpretación del precepto haya de seguir la establecida para su precedente normativo.

(13) Respecto de este bloque normativo el «Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP» de fecha 25 de abril de 2005 apuntó algunas cuestiones: la primera, consistente, en relación con la situación administrativa de servicios especiales, de que se simplificase el listado de puestos en que cabe aplicar la situación de servicios especiales remitiendo la regulación de las situaciones del personal directivo a su regulación propia, y, por otro lado, excluyendo la aplicación de dicha situación a la generalidad de los empleados de organismos o entidades determinadas del sector público, por el mero hecho de serlo, salvo excepción estrictamente justificada. Nada apuntó dicho Informe, sin embargo, sobre esta concreta cuestión objeto de nuestro estudio.

(14) El artículo 59.3 preveía que «Quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan».

(15) Cuyo artículo 87 apartados 2 y 3 establecía:

2. Quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tuviesen reconocidos. El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

3. Quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan.

(16) Establecía el artículo 87.3 de dicho Proyecto de Ley que:

«Quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan. Tendrán, asimismo, los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación. En este sentido, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

de 24 de noviembre de 2006) y como enmienda transaccional fue aprobada (Diario de Sesiones n.º 728 de 14 de diciembre de 2006). Fue objeto de supresión en el Dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas con el voto en contra de los Grupos Parlamentarios Socialista y CIU (BOCG. Senado de 15 de enero de 2007) que, sin embargo, aprobó definitivamente su inclusión con el voto, curiosamente, en contra del Grupo Popular que, como hemos señalado, fue quien introdujo inicialmente dicha previsión (BOCG. Senado de 28 de marzo de 2007).

Cabe resaltar con relación a la teleología del precepto, y con ello con uno de los criterios interpretativos a utilizar para su correcta comprensión, que durante la tramitación parlamentaria, en el Diario de Sesiones n.º 728 de la Comisión de Administraciones Públicas, puede leerse la intervención del Sr. Olabarria Muñoz (G.P. Vasco), argumentando respecto de su inclusión y finalidad la discriminación que suponía para los cargos electivos no contemplar una previsión de dicha naturaleza (17), o la de su compañero parlamentario, el Sr. Jané i Guash del grupo parlamentaria CIU, felicitándose de dicha iniciativa y proponiendo, en forma transaccional, *para que, como mínimo, todos estos funcionarios reciban el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establece para quienes han sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración pública.*

La intención del legislador, a la vista de lo expuesto, fue bastante clara. Se trataba de superar una situación, a juicio de sus señorías, injusta consistente en que: «Cuando un cargo electivo, por ejemplo, un compañero de estas Cortes Generales, reingresa en la Administración pública en algunas administraciones públicas tiene reconocidos unos complementos de director general y en otras no».

Esta fue quiérase o no, y las intervenciones parlamentarias de las que se ha dado cuenta disipan las dudas al respecto, la clara voluntad de los legisladores. La cuestión en sus aspectos aplicativos, sin embargo, ha sido más complicada como vamos a tener ocasión de analizar.

---

(17) «[...] comentando con el señor Padilla, hemos llegado a una conclusión y a un consenso tácito sobre una circunstancia que concurre en la administración pública y que merita una reflexión ponderada, señor presidente. Vd. sabe que cuando una persona ocupa un cargo público, bien sea electo, bien por designación, y antes ocupaba otro que le permite consolidar un nivel 30, esa consolidación se respeta. Sin embargo, dicha consolidación no es extensible a las personas que acceden al ejercicio de funciones de carácter electivo. Nos parece que esta es una discriminación no objetiva ni razonable, que vulneraría prolija jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que los funcionarios que abandonan el ejercicio de funciones públicas por acceder a funciones representativas, por la obtención de un diputado o de un escaño parlamentario autonómico o de cualquier función representativa con carácter electivo, tendrían que tener el mismo derecho que quienes han estado en la condición de directores generales, consejeros, secretarios, etc., a consolidar automáticamente un nivel 30. Las funciones representativas que se rigen por el carácter electivo en su acceso no son de menor entidad que las que se ejercen mediante un sistema de designación absolutamente discrecional que no mejora la situación objetiva. Desde esa perspectiva pedimos que se valore adecuadamente esta enmienda».

## 2. Las características fundamentales del precepto

El precepto presenta varias características, a tenor de su redacción y de lo que ya han expresado los tribunales sobre el mismo, que pueden extractarse en las siguientes:

- a) EL PRECEPTO PRESENTA UNA ESTRUCTURA ABIERTA SUSCEPTIBLE DE SER CONCRETADA, EN CUANTO A SUS EFECTOS, EN LAS NORMAS DE DESARROLLO DEL EBEP

Y es que, consecuente con este criterio, e inspirándose en el precedente normativo del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, la norma básica ofrece una redacción abierta con un claro objetivo: que cada administración pública pudiese establecer los derechos en función del cargo que haya originado el pase a la situación de servicios especiales.

De esta forma, en un primer momento, diferentes Comunidades Autónomas con ocasión del dictado de la normativa de desarrollo del EBEP, contemplaron distintas previsiones respecto de estas garantías en la reincorporación desde las situaciones que indica el artículo 87.3 concretando dicha previsión, estableciendo los requisitos para su percepción, e inclusive ampliando la extensión de la misma(18). Como puede verse en las normas autonómicas dictadas, y como una primera

---

(18) A título de ejemplo, en el caso de la Comunidad Balear la Disposición adicional novena de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, establecería las siguientes previsiones sin referencia alguna a las entidades locales:

1. El personal funcionario de carrera de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears o de las entidades públicas que dependen de ella y el personal estatutario al servicio de la sanidad pública autonómica tienen derecho a percibir el complemento de destino en la cuantía que la Ley de presupuestos generales del Estado fija anualmente para los directores o las directoras generales de la Administración del Estado, cuando se reincorporan al servicio activo después de haber desempeñado durante dos años continuados o tres con interrupción cualquiera de los siguientes cargos:

a) Presidente o presidenta de las Illes Balears, vicepresidente o vicepresidenta del Gobierno, consejero o consejera, director o directora general o secretario o secretaria general de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears o de la administración preautonómica a partir del 13 de junio de 1978.

b) Presidente o presidenta, gerente o secretario o secretaria general de las entidades autónomas de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

c) Presidente o presidenta o gerente de las empresas públicas o de los consorcios con participación mayoritaria de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

d) Presidente o presidenta, vicepresidente o vicepresidenta, consejero ejecutivo o consejera ejecutiva, director o directora insular o secretario técnico o secretaria técnica de los consejos insulares de las Illes Balears.

e) Presidente o presidenta o gerente de las entidades autónomas, de las empresas públicas o de los consorcios con participación mayoritaria de los consejos insulares de las Illes Balears.

f) Presidenta o presidente o secretaria o secretario general del Consejo Económico y Social de las Illes Balears.



## conclusión en el presente apartado, la pretensión inicial del legislador

2. El personal funcionario de carrera de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears tiene el mismo derecho cuando se reincorpora al servicio activo después de haber ocupado durante dos años continuados o tres con interrupción puestos de la administración del Parlamento de las Illes Balears, asimilados a los cargos previstos en la letra a) del punto anterior mediante un acuerdo de la Mesa del Parlamento.

3. El personal laboral fijo de la administración autonómica de las Illes Balears, de las entidades autónomas y de las empresas públicas a que se refiere el punto 1 de la letra b) del artículo 1 de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, tiene derecho a percibir una cantidad equivalente a la diferencia entre los importes previstos anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado para el complemento de destino de nivel 24 del personal funcionario y el complemento de destino establecido para los directores o las directoras generales de la Administración del Estado, cuando se reincorpora al servicio activo después de haber ocupado durante dos años continuados o tres con interrupción cualquiera de los cargos enumerados en el punto 1 de esta disposición.

4. Los derechos que reconoce esta disposición se extienden al personal que adquiera la condición de personal funcionario de carrera o de personal laboral fijo con posterioridad al cese de los cargos.

En el caso de Valencia el artículo 124.4 de la Ley 10/2010, de 9 de julio establece:

4. El personal funcionario que haya sido declarado en la situación de servicios especiales no sufrirá menoscabo alguno en el derecho a la promoción profesional, por haber sido nombrado durante un período mínimo de dos años consecutivos o tres con interrupción, alto cargo, miembro del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o haber sido elegido alcaldesa o alcalde, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidenta o presidente de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, diputada o diputado o senadora o senador de las Cortes Generales, diputada o diputado de Les Corts o miembro de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Este personal funcionario recibirá el mismo tratamiento en la consolidación del nivel competencial y conjunto de complementos que el que se establezca en la correspondiente Ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana para quienes sean titulares de direcciones generales de la administración de la Generalitat.

En el caso de Castilla-La Mancha no existe una previsión específica respecto de este punto, más allá de las establecidas en el artículo 115 para la situación de servicios especiales, si bien la Disposición adicional novena, titulada asimilación, en su rango administrativo, a altos cargos de los puestos o cargos en organismos públicos o entidades, dependientes o vinculadas de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha prevé que:

1. En las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha solo pueden asimilarse, en su rango administrativo, a altos cargos los puestos o cargos de confianza en organismos públicos o entidades dependientes o vinculados de las mismas que reúnan las siguientes características:

a) Que el nombramiento corresponda al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al Pleno de la entidad local, o al órgano colegiado superior de la entidad.

b) Que el nombramiento no implique una relación profesional de carácter permanente ni derecho a indemnización en caso de rescisión.

2. En ningún caso pueden ser asimilados, en su rango administrativo, a altos cargos aquellos puestos o cargos en los que la persona que los desempeñe esté sometida a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

3. La asimilación debe hacerse de manera expresa mediante norma con rango de ley, Decreto o acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o acuerdo del Pleno de la entidad local.

En Extremadura, en el artículo 135.5 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, contempla dicha previsión sin aclarar los efectos de la misma aunque incluyendo en su ámbito de aplicación a las entidades locales (art. 3). Dice así:

5. Las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Po-

básico de establecer una regulación común se vería, en cierto modo, alterada dado que cada «Administración Pública» es la que deberá determinar los concretos efectos que el mismo tenga, bien es cierto que con la garantía del mínimo establecido en la legislación básica. Y es que el propio Informe de la Comisión de Expertos constituida para la elaboración del EBEP, por su parte, establecía respecto de la situación de servicios especiales una visión claramente restrictiva a la posibilidad de que la legislación de desarrollo, a diferencia de otras materias, encontrara respecto de esta concreta situación administrativa en la legislación autonómica diversas soluciones (19).

Cabe reseñar que la situación de crisis económica acontecida poco después tuvo sus lógicas consecuencias. Si bien no con respecto a las previsiones establecidas en la normativa básica, sí con referencia a la mayoría de las normas autonómicas dictadas que avalaban el cobro de este complemento ante el aluvión de críticas que se produjeron res-

---

der Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados de la Asamblea de Extremadura, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

En el caso de Galicia el artículo 168.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, que también incluye a las entidades locales (art. 4), se prevé, en forma más explícita respecto de los efectos, que:

3. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional del personal funcionario que sea nombrado alto cargo, miembro del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios, o que sea elegido alcalde, retribuido y con dedicación exclusiva, presidente de diputación o de cabildo o consejo insular, diputado o senador de las Cortes Generales, diputado del Parlamento de Galicia o miembro de las asambleas legislativas de las demás comunidades autónomas.

Como mínimo, estas personas recibirán el mismo tratamiento en la progresión en su carrera profesional que el establecido para los directores generales y otros cargos equivalentes o superiores de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia.

(19) El informe razonaba que «Es el caso también de la situación de servicios especiales, mediante la que empleados de una Administración —del Estado, autonómica o local— pueden pasar a prestar servicio no sólo en cargos superiores o de confianza política de la propia sino también de otra diferente, además de en órganos constitucionales y organismos internacionales, pero con la obligación de la primera de reservarles el puesto, plaza o destino de origen. Es obvio que si tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pudieran extender a su voluntad, con efectos generales, los cargos a los que se accede en servicios especiales, se estarían imponiendo a Administraciones ajenas deberes de reserva de puestos de trabajo a empleados que las abandonan, de manera ilimitada. Por eso debe existir una regulación básica uniforme de este tipo de situaciones». Y concluía que: «La regulación debe ser común y prácticamente uniforme por lo que se refiere a las situaciones de servicios especiales y servicio en otra Administración Pública (no ya sólo en Comunidades Autónomas), y en lo que respecta a todas aquellas situaciones que tienen su fundamento en la legislación especial de protección social de los trabajadores, tales como las relativas a la conciliación de la vida profesional y familiar, protección de las familias numerosas, protección frente a la violencia de género y similares. En este último caso, debe mantenerse en el Estatuto Básico la regulación vigente».

En la actualidad, y en contra de este criterio, el artículo 87.4 TREBEP permite la ampliación de los supuestos a las leyes de desarrollo de éste.

pecto de los privilegios de la llamada «clase política». En unos casos suspendiendo su percepción (Ley 12/2015 de Baleares), en otros directamente suprimiendo dicha previsión (Castilla-La Mancha, Principado de Asturias y Extremadura), y en otros, suspendiendo y con posterioridad eliminándolo (Ley 9/2016 de Baleares)(20). Las normas en proceso de elaboración han optado, a la vista de lo acontecido, por soluciones más sibilinas remitiendo a las leyes presupuestarias cualquier previsión específica(21).

---

(20) La Exposición de Motivos de esta Ley es explícita para entender cuál ha sido el propósito del legislador. Así nos dice:

«Este complemento tiene carácter vitalicio y es un privilegio que carece de base razonable por los motivos que se enumeran a continuación:

- a) Premia a los funcionarios que han ejercido funciones políticas con el máximo nivel retributivo sin haber pasado por los procesos de promoción interna que costosamente afrontan todos sus compañeros que no han ejercido un cargo político.
- b) El funcionario de carrera cobra este complemento vitalicio sin ejercer sus tareas conforme al nivel consolidado de director general.
- c) Los ciudadanos que acceden a la política desde la empresa privada no perciben este plus, lo cual es un agravio comparativo injustificado y una discriminación prohibida por la Constitución Española.
- d) Este complemento supone una importante carga económica para los presupuestos generales de un territorio, carga que recae sobre el ciudadano de a pie, que ve como se han recortado las partidas correspondientes a educación, sanidad y servicios sociales y como, entre las iniciativas que adoptan los gobiernos para tratar de reducir los gastos de la administración, no figura la eliminación de este complemento salarial.

(21) Es el caso del Anteproyecto de Empleo Público del País Vasco que contempla en su artículo 140 apartado 11 la siguiente previsión:

El personal funcionario de carrera que haya sido declarado en la situación de servicios especiales no sufrirá menoscabo alguno en el derecho a la promoción profesional por haber sido nombrado Alto Cargo, miembro del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o haber sido elegido alcaldesa o alcalde, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidenta o presidente de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, diputada o diputado o senadora o senador de las Cortes Generales, miembro del Parlamento Vasco o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, vocal de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi u órgano consultivo de naturaleza y funciones equivalentes, o Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Este personal funcionario recibirá, en todo caso, el tratamiento previsto en la Disposición Transitoria Quinta de la presente Ley, en relación con el régimen de consolidación de grado. Cualquier otra previsión en materia de progresión de la carrera profesional del personal funcionario de carrera que ostente la condición de Alto Cargo de la Comunidad Autónoma de Euskadi, deberá ser expresamente reconocida en la correspondiente ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, resultando asimismo de aplicación a quienes hayan sido designados para el desempeño de los Cargos relacionados en el párrafo anterior del presente apartado.

Y la Disposición Transitoria Quinta no contempla ningún trato de favor sino el lógico:

ñ) El tiempo de permanencia en situación de servicios especiales, servicios como personal Directivo Público Profesional en entes instrumentales del sector público, expectativa de destino, excedencia voluntaria con reserva de puesto y destino, excedencia voluntaria por cuidado de familiares, por motivos de violencia de género o por motivos de violencia terrorista, excedencia obligatoria temporal y excedencia forzosa, será computado a efectos de consolidación del grado personal como prestado en el último puesto desempeñado en situación de servicio activo.

b) ES UNA NORMA DE CARÁCTER BÁSICO QUE TIENE UN CONTENIDO MÍNIMO

Recordemos *ab initio*, y a estos efectos, el fundamento jurídico tercero c) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, que recuerda la existencia de una reserva legal para regular aquellos elementos estructurales que integran el núcleo esencial de la función pública. La aplicación de esta doctrina al derecho a percibir el complemento de destino asignado a altos cargos conllevaba, por tanto, la exigencia de una habilitación legal en cuanto afecta, a pesar de la discusión sobre su naturaleza, a la promoción en la carrera administrativa y a la cuantía de las retribuciones.

Pero, sin perjuicio de esa reserva legal, lo cierto, es que la norma básica fija un contenido mínimo que condiciona lo que pueda establecer cada Administración Pública, a saber: «Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública» (22).

c) ES UNA NORMA DE PARCIAL EFICACIA INMEDIATA

Nada más aprobarse el precepto se planteó la duda de si esa regulación quedaba demorada a lo establecido en la normativa autonómica que se dicte en desarrollo del EBEP. Y es que en el EBEP existían normas que son claramente aplicables de manera inmediata y no están condicionadas a desarrollos ulteriores (23). Y, como puede comprobarse,

---

(22) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de abril de 2011 (rec. n.º 245/2010), nos indica, interpretando el precepto, que del precepto cabe extraer que establece un sistema de mínimos.

(23) Dicha determinación viene establecida en la Disposición Final Cuarta que establece la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público estableciendo que:

1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.

lo establecido en el artículo 87.3 no se encuentra demorado en su aplicación por no estar en ninguno de los supuestos previstos en dicha Disposición Final.

Acogiéndose a dicho razonamiento el Informe de la Secretaría General para la Administración Pública, de 18 de diciembre de 2007, sobre la interpretación y aplicación del art. 87.3 y la disposición adicional undécima del EBEP, se pronunció, en un primer momento, estableciendo que las normas contenidas en el referido precepto «despliegan su eficacia directa e inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final cuarta, desde el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 13 de mayo» (24).

Por su parte, los tribunales han mantenido posiciones diversas. Si bien pueden encontrarse resoluciones jurisdiccionales que afirman dicha aplicabilidad sobre todo en un primer momento (un claro exponente resulta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 8 de abril de 2011, rec. n.º 20/2011). Otras, más recientemente, la han negado afirmando la necesaria aplicación de la normativa de desarrollo (STSJ de Baleares de 24 de abril de 2018, rec. 449/2017).

La cuestión, por decirlo de algún modo, sigue abierta y nos remitimos a lo que expondremos más adelante al analizar la eficacia y efectos del precepto adelantando, tan solo, que a mi juicio es preciso delimitar distintos contenidos en el precepto para alcanzar una correcta solución.

d) DICHA PREVISIÓN SOBRE LA CARRERA PROFESIONAL NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Y es que, la propia jurisprudencia constitucional estableció (Fundamento jurídico tercero, apartado 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, del 3 de febrero) que: «[...] Sólo cabría apreciar la vulneración del principio de igualdad si los criterios de diferenciación no fuesen objetivos ni generales [...] En el presente caso, el criterio elegido por el legislador para dispensar un régimen retributivo especial (privilegiado según el auto de planteamiento de la sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y distinto al del resto de los funcionarios es un criterio objetivo (haber desempeñado un alto cargo durante un tiempo determinado) y general, es decir, derivado de una circunstancia fáctica que puede afectar a una pluralidad de funcionarios y, en consecuencia, no resulta expresivo de una reserva o preterición *ad personam*.

---

(24) De idéntica opinión se muestran GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando y MARTÍN FERNÁNDEZ, Evaristo, *op. cit.*, pág. 1734.

Ello impide apreciar la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE».

Consecuentemente con dicha previsión la jurisprudencia menor se ha pronunciado estableciendo que su no previsión en determinados supuestos implique la vulneración de dicho principio (25), y ha rechazado, además, que el término comparativo con otras CCAA sea de aplicación (26).

e) TAMPOCO, DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, TAL PREVISIÓN CONTRADICE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD QUE PRESIDEN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

Y es que, como expresa literalmente el Fundamento jurídico tercero, apartado 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2000, del 3 de febrero), respecto de los citados principios: «[...] Siendo los principios de mérito y capacidad reglas de configuración legal según el artículo 103.3 ce, no pueden llevarse hasta el extremo de impedir al legislador premiar o compensar desde el punto de vista retributivo al funcionario que ha sido alto cargo»

(25) Como establece la STSJ de Galicia de 28 de abril de 2010: «en un supuesto similar de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2007 excluye a quienes hayan sido elegidos miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas por no aparecer mencionados en el precepto señalando que tampoco podría afirmarse que la falta de extensión a los miembros de los Parlamentos autonómicos de la Adicional 17.<sup>a</sup> entrañe discriminación alguna porque el principio de igualdad, proclamado en el art. 14 CE, que lo es en la Ley y en la aplicación de la misma, significa que los ciudadanos han de ser tratados de modo igual en la Ley, de lo que se deriva la interdicción de diferenciaciones normativas que sean arbitrarias o desproporcionadas y estén carentes de la necesaria justificación objetiva y razonable, como ha reconocido reiterada jurisprudencia constitucional»

(26) La STSJ de Castilla-León de 14 de junio de 2010, (rec. 44/2010) razona que: «Es cierto que, como reconoce la propia administración, se reconoció a un Senador de la circunscripción de León el derecho ahora pretendido por el recurrente, pero también es cierto que la propia Administración al informar sobre esa realidad indica que efectivamente por error se ha reconocido ese derecho en una ocasión. Lo que en definitiva supone que con carácter general y objetivo, no se reconoce ese derecho, y ello supone por aplicación de la propia doctrina jurisprudencial que cita el apelante que no pueda considerarse vulnerado el derecho a la igualdad, por una denegación de derecho que responde al criterio general y objetivo aplicable, de acuerdo con la legalidad vigente, téngase en cuenta que no cabe pretender trato igualitario al margen de la legalidad.

La alegación de desigualdad en comparación con otras Comunidades Autónomas es igualmente rechazable, pues supone comparar situaciones distintas al ser distinta la legislación aplicable por cada comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias, como ocurre con médicos, profesores, policías y otros funcionarios, precisamente los que hace el art. 87.3 es acabar para el futuro con esa desigualdad, al menos parcialmente al garantizar unos mínimos que han de respetar las legislaciones autonómicas».

f) SU FINALIDAD NO VIENE VOCADA EXCLUSIVAMENTE POR UN CONTENIDO ECONÓMICO

La redacción originaria del artículo 33.2 resaltaba su carácter de compensación económica (27). Es la diferencia resultante entre el grado personal consolidado y el valor económico del complemento de destino fijado para los directores generales de una administración pública (28).

Ahora bien la dición, y la efectiva traslación del artículo 87.3 EBEP en cada Administración pública, pareciera que va más allá, y dependiendo de la regulación que se realice en cada Administración pública, puede afectar a la carrera profesional y no solo ceñirse, como hasta ahora, a una compensación meramente económica (29). De hecho, en alguna de las normas autonómicas dictadas en desarrollo del EBEP se hablaba expresamente de «consolidación» (Valencia).

g) NO RESULTA SER UN DERECHO CONSOLIDADO *PRO FUTURO*

Ciertamente, es un lugar común en la doctrina y en las resoluciones de nuestros tribunales que el funcionario no tiene más derechos que aquellos que en cada momento le otorga el estatuto funcional que une a éste con la Administración a la que sirve. Deriva dicha conclusión de que, con arreglo al principio de libre configuración legislativa, el legislador puede alterar

---

(27) Debe recordarse de nuevo, y respecto de esta cuestión, que la STC 202/2003, del 17 de noviembre, sienta la doctrina de que el contenido normativo del precepto citado —se abordaba la constitucionalidad del precepto de la Comunidad de Madrid relativo a este complemento— es el otorgamiento de una compensación económica sin afectar a la carrera administrativa, ya que el régimen de grados personales establecido por la Ley 30/1984 era de competencia estatal (artículo 149.1.18 a) CE. Ni caso como puede apreciarse según lo referido.

(28) Y así lo resaltó la jurisprudencia constitucional «[...] sus efectos son, pues, conviene insistir, estrictamente de índole económica y, por tanto, sin ninguna consecuencia en la promoción profesional del funcionario, que conserva el grado personal que tuviera consolidado conforme a su carrera funcional» (Fundamento jurídico once de la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2003, del 17 de noviembre).

(29) Distinta es la conclusión a la que llega la STSJ de Baleares de 24 de abril de 2018 (Rec. 449/2017) que argumenta que: «Ese complemento tiene exclusivamente unos efectos económicos, o sea, establece una compensación económica a aquellos funcionarios que, bajo determinadas condiciones, hubieren desempeñado altos cargos en la Administración, pero no modifica su grado personal, ni supone para aquéllos ninguna promoción profesional, de forma que su grado personal, seguirá siendo el que tuvieran consolidado, y el complemento de destino que les corresponde será aquel acorde al grado consolidado aunque mejorado en la diferencia hasta el nivel 30.

Ese complemento no forma parte del núcleo esencial del régimen estatutario de los funcionarios, que lo forman las retribuciones básicas y las complementarias de general percepción por todos los funcionarios, y no lo es esa mejora del complemento de destino, que es el conocido como complemento nivel 33. Y porque no afecta al contenido del núcleo estatutario del legislador autonómico, en el desarrollo de su normativa, puede legítimamente y en el ejercicio de sus competencias, reconsiderar la decisión de mantener o no ese complemento de destino mejorado»

el contenido de esa relación estatutaria(30). De esta forma, el carácter estatutario de la relación jurídica de los empleados públicos es modificable por el instrumento normativo adecuado y acorde al principio de reserva de ley y de legalidad (STC 99/1987 de 11 de junio y 293/1993 de 18 de octubre). Ahora bien, una cosa es que, como se ha dicho *pro futuro*, el mismo pueda dejar de venir establecido o modificado en su extensión y alcance, y otra, muy distinta, que pueda eliminarse a los funcionarios que han consolidado en su patrimonio dicho complemento. A mi juicio, y desde la perspectiva constitucional, no es posible alcanzar una solución contraria(31).

Y es que la doctrina constitucional, como es suficientemente conocido, ha establecido que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta «a situaciones agotadas» (STC 27/1981 *cit.*).

De esta forma, y con arreglo a dicha doctrina, las disposiciones normativas que se dicten no pueden alterar situaciones ya agotadas o perfectas, sino que han de limitarse a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la desaparición de ese complemento) de un supuesto genérico (haber desempeñado determinados cargos), pero no retrotraer dicha eficacia a un momento anterior por muy injusta que hubiera podido parecerse dicha previsión(32).

---

(30) Esa fue la doctrina establecida, a propósito de la jubilación de los funcionarios públicos, cuando se adelantó la edad de jubilación de los funcionarios públicos en virtud del artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, o la de los jueces y magistrados en base al artículo 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la Disposición transitoria 28.1 de la misma. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional, en las sentencias 108/1986, de 29 de junio (respecto a la jubilación de jueces y magistrados) y 100/1989, de 5 de junio (en cuanto a la jubilación de los funcionarios públicos), consideró que no se trataba de derechos adquiridos sino de simples expectativas, por lo que aquel adelanto no daba lugar a ninguna privación de derechos, sino una mera frustración de expectativas de derechos, y del mismo modo desechó la aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, argumentando que no se trata de una cuestión de retroactividad de normas jurídicas, ya que no constituía la aplicación retroactiva de una norma con efectos desfavorables, sino de un tema de legalidad ordinaria relacionado con el proceso de sucesión de las normas jurídicas en su vigencia en el tiempo. Más recientemente, la STS 2623/2016 de 15 de diciembre, a las que pueden añadirse, las STS 1768/2016 de 14 de julio y 1086/2016 de 12 de mayo, se pronuncia sobre que no constituye una vulneración del derecho de confianza legítima y seguridad jurídica la modificación de la edad de jubilación, porque es posible modificar la relación estatutaria *pro futuro*, sin que pueda considerarse un derecho adquirido el jubilarse a una determinada y concreta edad.

(31) Que sin embargo, es a la que llega la STSJ de Baleares de 24 de abril de 2018 (Rec. 449/2017) para la que lo que sea «... un derecho adquirido, o en su caso, una expectativa legítima, debe limitarse a las cuestiones nucleares del contenido de la relación estatutaria ya definida en el artículo 103 de la CE. Por lo tanto, en el contexto del contenido estatutario de la relación que une al funcionario con la Administración, el derecho a continuar percibiendo un complemento remunerativo conocido como «nivel 33», que no perciben la generalidad de los funcionarios, es susceptible de ser modificado *pro futuro*, sin que ello afecte al principio de seguridad jurídica».

(32) No comparte dicho criterio la STSJ de Baleares de 24 de abril de 2018 (Rec. 449/2017) que en sus fundamentos sexto y séptimo niega que se vulnere la irretroactividad, la seguridad jurídica y la confianza legítima. El argumento esgrimido por la sala es que el legislador autonómico, aten-



Refuerza, asimismo, dicha conclusión realizada en ambos sentidos la Disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (igual dicción contemplaba el originario EBEP) que, con la denominación, garantía de derechos retributivos, prevé en forma expresa: de un lado, que si el personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Estatuto no se encontrase en la situación de servicio activo, se le reconocerán los derechos económicos y complementos retributivos a los que se refiere el apartado anterior a partir del momento en el que se produzca su reingreso al servicio activo, es decir, es el momento del reingreso al servicio activo el determinante del reconocimiento de los eventuales derechos o complementos que la legislación de desarrollo reconociese; de otro, y en relación a la segunda cuestión abordada en este apartado, que el desarrollo del presente Estatuto no podrá comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación, la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentren.

### **III. Ámbito subjetivo del precepto: especial referencia a las entidades locales**

Como hemos anticipado, junto a las garantías comunes que se establecen para el reingreso al servicio activo (33), el artículo 87.3 del EBEP recoge algunas garantías adicionales que son objeto del grueso del presente estudio jurídico. Bien es cierto que este conjunto de garantías adicionales ya no son aplicables, con carácter general, a todo tipo de pues-

---

diendo a los intereses generales que detalla la Exposición de Motivos de la ley 9/2016, rectifica y pone fin a una situación de privilegio denunciada por las organizaciones sindicales, y que cuestiona un racional gasto público, el principio de no discriminación, y el principio de, a igual trabajo, igual salario.

(33) En un apretado resumen el derecho de reingreso al servicio activo en la «*misma localidad*» y «*en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados*» en el supuesto de funcionarios de la Administración local que reingresan al servicio activo, al amparo del artículo 87.3 del EBEP y la legislación presupuestaria de los noventa en supuestos de ausencia normativa, implica las siguientes consecuencias: se tiene derecho a la consolidación de grado en el puesto que hubiese desempeñado antes de pasar a la situación de servicios especiales inclusive uno superior si el puesto de trabajo hubiese visto alterado el complemento de destino asignado al mismo; se computa el tiempo transcurrido a efectos de trienios, aunque éstos se hacen efectivos con ocasión del reingreso; se goza de un derecho absoluto al retorno a un puesto de trabajo en la misma localidad en que venía desempeñándolo y, el puesto de trabajo concreto en que ha de retornar dependerá de que el mismo se haya obtenido por concurso, y este sea singularizado o no, o por libre designación.

tos desempeñados, sino que las mismas vienen restringidas, a salvo de lo que pueda disponer la legislación autonómica de aplicación, a determinados puestos.

En concreto es preciso, para la efectiva aplicación de las mismas, que el funcionario que reingresa lo haga proveniente de alguno de los siguientes nombramientos:

- Alto cargo.
- Miembro del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios.
- Alcalde retribuido y con dedicación exclusiva (34).
- Presidente de Diputación o de Cabildos o Consejos Insulares.
- Diputado o Senador de las Cortes Generales.
- Miembro de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Específicamente, en el caso de las entidades locales, la aplicación del artículo 87.3 del EBEP precisa que concurren determinados requisitos. En concreto cuatro: que se posea la condición de funcionario público de carrera, bien es cierto que con el alcance que la legislación de desarrollo establezca respecto de otros posibles colectivos (35); en segundo lugar, que

---

(34) El Informe de la Secretaría General para la Administración Pública, de 18 de diciembre de 2007, sobre la interpretación y aplicación del artículo 87.3 y la disposición adicional undécima del EBEP, (en adelante ISGAP), aclara la aplicación del referido artículo para cada una de las situaciones relacionadas. Concretamente, puntualiza respecto de los cargos electos locales que: «—En relación con el desempeño de los cargos de Alcalde, Presidente de Diputación Provincial o de Cabildo o Consejo Insular, se debe poner en relación con el apartado f) del artículo 87.1 que señala los supuestos que dan lugar a la concesión de la situación de servicios especiales. Este apartado exige que se trate de “cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva”. En definitiva, las notas de “retribuidos y con dedicación exclusiva” señaladas en el artículo 87.3 para los Alcaldes han de entenderse, igualmente, predicables de los cargos de Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares.

— Respecto de los Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, también (*rectius*) son exigibles los requisitos previstos en el apartado e) del artículo 87.1, es decir, «si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función.»

(35) De esta forma, y en el sentido expresado, la legislación de desarrollo dictada, la ha ampliado a colectivos como el personal laboral. Por su parte, la jurisprudencia la ha extendido al personal estatutario (STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2010, rec. 671/2009). Razona dicha sentencia que:

«La razón parece obvia ya que responde a una finalidad distinta no incidiendo, en consecuencia, en la naturaleza específica del complemento de destino normado en la legislación específica y abonado al personal estatutario, siendo aquella la de garantizar al funcionario público que ha desempeñado un puesto de alto cargo de los que menciona el artículo 87.3 y se ha reincorporado al servicio activo tras la entrada en vigor del EBEP, que su carrera profesional no se vea menoscabada por tal circunstancia, para lo que dispone el abono de una cantidad determinada cuyo encuadramiento legal se hace sobre el complemento de destino pero sin ser un complemento de destino desde el punto de vista conceptual, lo que significa que ni altera la legislación específica del personal estatutario en materia de retribuciones complementarias ni, en consecuencia, hace que este bloque normativo se alce como un óbice determinante de la imposibilidad de su percepción.

se reingrese al servicio activo desde la situación administrativa de servicios especiales(36); en tercer lugar, que el momento temporal en que se retorna desde la situación de servicios especiales haya sido posterior a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público; por último, en el caso de Alcaldes y Presidentes de Diputación o Cabildos, que el cargo sea ejercido con retribución y dedicación exclusiva o se haya disfrutado de la condición de «alto cargo».

No obstante, y respecto de este punto a pesar de la claridad de la norma citada, cabe reseñar que su aplicación no ha estado exenta de controversia.

## 1. La visión restrictiva de la jurisprudencia

Y es que, aún no siendo contrario a los principios de mérito y capacidad, la jurisprudencia mayoritaria ha cuestionado que dichos privilegios sean extensivos a otros supuestos no contemplados expresamente. La STSJ Baleares núm. 124 de 18 de febrero de 2005, en este sentido y siguiendo la estela de la STC 99/1987, abordó la interpretación del artículo establecido en la legislación presupuestaria de los noventa y estimó que, tratándose de un privilegio, su interpretación no puede ser expansiva extendiéndola indebidamente a otros supuestos no contemplados en la norma («privilegia sunt strictissimae interpretationis»).

La jurisprudencia posterior, ya en referencia al EBEP, ha mostrado un cierto criterio restrictivo, propio del privilegio que comporta, en cuanto al ámbito de aplicación en lo que se refiere a estas garantías adicionales. De esta forma, ha negado su extensión al personal de órganos estatutarios que no sean los titulares de éstos aunque estén en servicios especiales (STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2010, rec. 403/2010), a los concejales ya que niega la posibilidad de que el precepto se integre vía analó-

---

Lo que de hecho sucede es que dada la predeterminación legal de las categorías retributivas, dicho implemento monetario se ha debido articular por vía de alguna de las previstas, en este caso, el complemento de destino con el que, sin embargo, no debe confundirse».

Paradójicamente, sin embargo, se le negó a los funcionarios docentes en algún supuesto (STSJ Murcia de 16 de noviembre de 2010, re. 18/2010). Asimismo se le ha denegado el reconocimiento al personal laboral siempre que no exista una previsión específica al respecto (STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2014, rec. 213/2013).

(36) La STSJ de Castilla-León de 14 de junio de 2010, (rec. 44/2010) establece expresamente que «El derecho reconocido en el art. 87.3 de la LEBEP solo es aplicable a quienes a la fecha de su entrada en vigor se encontrasen en servicios especiales por alguna de las circunstancias allí previstas, y es cierto que desde entonces esa norma es norma mínima que han de respetar las leyes que puedan elaborara las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, pero solo desde entonces, no con efectos retroactivos como pretende el recurrente, de ahí que dese su entrada en vigor no sea necesario modificar la Ley 7/2005, por que lo que hace es completar la misma y equiparar las situaciones».

gica (STSJ de Canarias de 15 de mayo de 2012, rec. 204/2011), al personal eventual (STSJ de Madrid de 30 enero de 2014, rec. 753/2013), o al personal laboral de alta dirección (STSJ de Asturias de 31 de enero de 2014, rec. 2308/2013) (37).

## 2. La cuestión más controvertida: ¿quién es alto cargo?

Cabe comenzar señalando que el precepto plantea dos grandes cuestiones que, como veremos, se reconducen a una sola: si la enunciación del precepto está cerrada o ha de entenderse, por el contrario, que la legislación de desarrollo puede ampliar el número de supuestos establecidos; la segunda consiste en determinar qué ha de entenderse por «alto cargo».

Desde nuestro punto de vista, y en relación a la primera cuestión planteada, el legislador ha regulado específicamente los supuestos en que se reconoce la garantía adicional establecida no cabiendo apreciar la identidad de razón para otros cargos no contemplados expresamente en dicho art. 87.3 EBEP.

En cuanto a la segunda cuestión, sin embargo, nos reconduce a matizar lo ya expuesto. En efecto, es notorio que, por la propia definición que contiene la norma, la misma no puede considerarse que haya colmado la regulación. La inclusión de la figura de «alto cargo» es, en sí misma, determinante para alcanzar tal conclusión. Y es que, con dicha inclusión, se realiza un reenvío normativo a la legislación de desarrollo de tal precepto.

---

(37) El punto 1.1 del ISGAP ya referido establece que:

«Las previsiones contenidas en el artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público únicamente resultan de aplicación al personal funcionario de carrera. En este sentido, tanto el artículo 85 que enumera las situaciones administrativas en las que se pueden hallar los funcionarios como el apartado 1º del artículo 87, que determina los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de la situación de servicios especiales, hacen mención expresa a los funcionarios «de carrera».

No resultan, pues, de aplicación al personal funcionario interino, al personal laboral, incluido el que tenga una relación laboral de carácter especial de alta dirección, ni al personal eventual.

En conclusión, las garantías previstas en el apartado 3.º del artículo 87 del EBEP se extienden al personal funcionario de carrera al servicio de las Administraciones Públicas definidas en el apartado 1 del artículo 2, así como al personal investigador (apartado 2) y al personal docente y estatutario de los Servicios de Salud (apartado 3), sin perjuicio de sus peculiaridades».

Distinta opinión mantiene el Dictamen 55/2015, de 23 de febrero, del Consejo Consultivo de Canarias que niega su extensión al personal docente e investigador de las Universidades y la STSJ de Galicia de 5 de junio de 2014 (rec. 66/2014).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, Pautas para el diseño del régimen jurídico aplicable al personal directivo público laboral de carácter profesional, en el volumen colectivo *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas* (coord. Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Luis F. MAESO SECO), INAP, Madrid, 2010 mantiene que de una previsión de contenido similar a ésta debería poder beneficiarse también el personal laboral de la Administración que pase a ocupar una plaza de directivo público, permitiendo, al tiempo, exportar el complemento económico si se trata de una persona perteneciente a la Administración, que retorna a su puesto de origen o pasa a ocupar otro distinto.

Cabe señalar que ningún problema, en principio, plantea en la Administración General del Estado ni tampoco en las Comunidades Autónomas. La Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo, nos delimita exactamente quien ostenta la condición de alto cargo en la Administración General del Estado (art. 3). En el caso de las CCAA será, cuando exista, la regulación que cada Comunidad Autónoma haya aprobado determinando los niveles organizativos de gobierno y administración la que establezca la condición de alto cargo (38).

El tema, sin embargo, sigue siendo problemático dado que cuando se habla de puestos o cargos que estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos desempeñados «en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas» (art. 87.1.c EBEP) puede ampliarse notoriamente el círculo de puestos afectados. Y resulta problemático, por un lado, porque no se determina si se utiliza un concepto amplio del sector público, en coherencia que lo establecido en el propio ámbito del EBEP, en cuyo caso también parece que debería incluirse las Agencias (art. 2) o por el contrario se ha de ser estricto en su apreciación. Y, por otro, si a éstos son extensibles esa garantía adicional retributiva.

Mayor problemática se plantea en la esfera local. Y es que de forma específica, en el caso de las entidades locales, se plantean distintos interrogantes al no existir una delimitación concreta de qué es un alto cargo en este nivel administrativo (39).

Si analizamos la legislación local, y exclusivamente para el caso de los municipios de gran población ya que lo que sigue no opera en los municipios de régimen común, se prevé que la organización se estructura en torno a órganos superiores y órganos directivos (nada se habla de altos cargos) (40).

---

(38) Puede verse, a este respecto, la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos de Extremadura o la Ley 3/2016, de 30 de noviembre del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León

(39) En idéntico sentido puede verse el trabajo de PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Buen Gobierno Económico», *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre 2016, pág. 168, quien indica que: «Con carácter general, el artículo 75 de la LBRL remite las incompatibilidades de los concejales y miembros de la corporación a tiempo completo y con percepción de retribuciones a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Luego su opción no es la de considerarlos altos cargos (al menos en este ámbito de las incompatibilidades) sino la de considerar que, cuando perciben retribuciones, tienen la condición de empleado público pero no de alto cargo. Ni siquiera cuando se trata de lo que LBRL llama “municipios de gran población” se produce este efecto de consideración de alto cargo». En este sentido se manifiesta el artículo 130.4 de la LBRL cuando señala que «[l]os órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación».

(40) Y es que, como ha puesto de relieve, CAMPOS ACUÑA, Concepción, «¿Quién es alto cargo en la Administración Local? A propósito del régimen sancionador del Buen Gobierno», *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º 2, Quincena del 30 enero al 14 febrero 2017, Ref. 199/2017, págs. 199 y ss. el concepto dista de estar claro en esta esfera de gobierno.

La propia legislación de transparencia y buen gobierno, que necesitaría para su aplicación efectiva de esta delimitación en cuanto al régimen sancionador, hace dos precisiones que conviene subrayar: la primera, es que nos remite a la normativa local de aplicación para determinar que entendemos por «alto cargo»; y la segunda, consiste en que señala que, en cualquier caso, los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales tienen la consideración de sujetos vinculados por las previsiones del Título estudiado (art. 25.2 LTGB). Pero dicha delimitación únicamente resulta válida a los efectos de dicha normativa y nada se dice respecto de la cuestión objeto de este estudio.

En principio, y por tanto, la aplicabilidad de las previsiones establecidas en el artículo 87.3, en la esfera local, quedarían limitadas a los sujetos previstos en la misma (41), con los únicos requisitos establecidos en el mismo (que no contemplan tiempo alguno a diferencia de la legislación de los noventa).

Y, desde luego, no parece que pueda equiparse al concepto de «alto cargo» la figura del directivo (diferenciada perfectamente en la legislación autonómica sobre altos cargos) que responde, desde mi punto de vista, a un perfil diferente de la que tratamos a continuación (42).

### 3. El caso de los directivos locales

En efecto, la aplicación al personal directivo de las garantías retributivas establecidas como consecuencia de su reingreso al servicio activo, como ya hemos apuntado, no ha dejado de ser controvertida. Mientras una jurisprudencia niega su aplicación y en este sentido es representativa de dicha línea interpretativa la STSJ de Valencia de 11 de septiembre de 2014 (rec. 386/2012) (43). Interpretando el alcance de dicho precepto a los

---

(41) El precepto no hace distinción alguna sobre tamaño, población u otras características del municipio. Obviamente es preciso tener en cuenta lo previsto en el actual artículo 75 ter LRBRL que veta la posibilidad de que se ostenten cargos con dedicación exclusiva en municipios inferiores a 1.000 habitantes, si quedará, por dicho motivo, imposibilitado el devengo de tal derecho ya que el precepto exige, como requisito imprescindible, ejercerlos con dedicación exclusiva.

(42) Resulta de interés la doctrina fijada por la STC 103/2013, en relación a las conclusiones que alcanza respecto a los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local.

(43) Razona de esta forma la sentencia referida: «QUINTO.—Ya podemos adelantar que la tesis del recurrente —el personal directivo profesional de las Administraciones Locales, es alto cargo de la administración pública a los efectos de consolidación de grado— no puede prosperar.

En primer término debemos ratificar los argumentos de la sentencia apelada, en orden a que del artículo 87.1 a) del Estatuto Básico del Empleado Público no se desprende que se pueda declarar en situación especial a altos cargos de la administración local, y tampoco de la normativa de aplicación para la consolidación de grado de los altos cargos, se desprende la asimilación de alto cargo a los órganos directivos de las Corporaciones locales, artículo 87. 3 de la Ley 7/ 2007.

## órganos directivos locales y si éstos pueden ser considerados altos car-

SEXTO.—Efectivamente como señala el apelante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, introduce en la normativa local, solo para los denominados municipios de gran población, la figura del órgano directivo, sin dar una definición del mismo, y nos dice que son órganos directivos municipales los siguientes:

a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía; b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías; c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma; d) El titular de la asesoría jurídica; e) El Secretario general del Pleno; f) El Interventor general municipal; g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria; h) Los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos y de las entidades públicas empresariales locales.»

Posteriormente se reforma la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por la Ley 8/2007, de Suelo, Introduciendo en aquella la que pasa a ser la Disposición Adicional Decimoquinta, se define al personal directivo en el ámbito local, como el titular «de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior».

Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público, bajo el título «personal directivo profesional» señala en su art. 13 que «es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales, en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración». Sin embargo, como quiera que este precepto empieza diciendo que: «El Gobierno y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición», debemos deducir que una cosa es el personal directivo de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas y otro distinto el de los denominados municipios de gran población.

En sintonía con el Estatuto Básico el art. 20 de la ley 10/2010, de 9 de julio de funcionarios de la Generalidad, regula el personal directivo público profesional, disponiendo en su apartados 7 y 8 que este personal no tiene la condición de alto cargo, así como que el personal funcionario de carrera que sea nombrado personal directivo será declarado en situación administrativa de excedencia voluntaria automática.

«SEPTIMO.—Sin embargo no existe en la normativa vigente una definición jurídica del concepto “alto cargo”; habiendo optado el legislador por enumerar, en cada caso, cuáles son los altos cargos. Por lo que se refiere a la normativa reguladora de la Administración Local, tanto básica como de desarrollo, no existe mención alguna al concepto “alto cargo”, ni tampoco una enumeración de los “altos cargos” municipales y provinciales. En el régimen de los denominados municipios de gran población, introducido por la Ley 27/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, se establece que son “órganos superiores” el Alcalde y los miembros de la junta de Gobierno Local, sin que se les atribuya la condición de alto cargo.»

Repasando los órganos directivos municipales concluimos que la relación de órganos directivos, en el caso de la Administración Local, y a diferencia de lo que ocurre en la Administración del Estado y en la de las Comunidades Autónomas, alcanza a cargos de clara naturaleza funcional, tales como el Secretario General del Pleno, el titular del órgano de apoyo al concejal secretario de la Junta de Gobierno Local o el Interventor General Municipal, lo que, por si mismo, hace diferentes a los órganos directivos respecto de los órganos directivos del Estado o de la Comunidad Autónoma.

El nombramiento de coordinadores de área y directores generales corresponde a la Junta de Gobierno Local, debiendo efectuarse entre funcionarios de administración local con habilitación de carácter estatal, o funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, Ingeniero, arquitecto o equivalente; salvo que el Pleno, en atención a las características específicas del puesto directivo, permita que el nombramiento recaiga, motivadamente, en personal no funcionario, en cuyo caso, habrán de tenerse en cuenta criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

El nombramiento de habilitados estatales que desempeñan puestos directivos a ellos reservados, y no en los demás casos, se lleva a cabo mediante los sistemas previstos en el art. 99 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, correspondiendo la aprobación de las bases

gos, la STSJ de Andalucía de 4 de noviembre de 2013 (rec. 353/2010) entiende que: «Estos mismos postulados —se refiere la sentencia a la doctrina jurisprudencial referida al artículo 33.2 de la LPGE de 1991— son aplicables a la legislación actual fundada en EBEP, ya que cuando se refiere a la Administración local limita la aplicación del precepto a «los que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación, Presidentes de Diputaciones y Cabildos o Consejos Insulares» (44).

Otra línea jurisprudencial, sin embargo, parece admitir esa aplicación rechazando, como ya se apuntó, que la hermenéutica seguida para el precepto presupuestario de los noventa sea aplicable por su carácter restrictivo al precepto del TREBEP. Es relevante señalar, en este aspecto, la STSJ de las Islas Baleares de 24 de junio de 2013 (rec. 729/2011) que señala que es preciso atender a qué se considera «alto cargo» en la legislación respectiva y si incluye, o no lo hace, el personal directivo. Idéntica opinión mantiene la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2012, (rec. 374/2010), en base a que el puesto desempeñado le era de aplicación el régimen de incompatibilidades de los altos cargos. De esta forma, y en la esfera local, la STSJ de Canarias de 14 de noviembre de 2014 (rec. 62/2014) razona que la sujeción al régimen de incompatibilidades será determinante para el reconocimiento del complemento retributivo (45).

---

de la convocatoria o los méritos específicos, según se opte por el sistema de libre designación o por el concurso, a la Junta de Gobierno Local y su nombramiento al Alcalde.

En definitiva ningún titular de los órganos directivos municipales, ni tampoco de los denominados órganos superiores, tienen la consideración de alto cargo, lo que nos lleva a confirmar lo resuelto por la sentencia apelada desestimando la presente apelación».

(44) En el mismo sentido la STSJ de Andalucía de 24 de marzo de 2014 (rec. 660/2010) la STSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2014 (rec. 825/2010) que niega su aplicación a quien desempeñe el cargo de gerente de una empresa pública de vivienda argumentando que: «La sentencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2013 examina un supuesto idéntico al presente y concluye en que el artículo 33.2 de la Ley 30/1991 no es aplicable a la Administración Local y el 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público sólo en los casos específicamente contemplados en ellas, es decir, Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva y Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares».

(45) Explica la sentencia referida «Así las cosas, se trata de determinar si el cargo de gerente de la Gerencia municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife es asimilable al de «presidentes y directores generales y asimilados de las entidades estatales autónomas» mencionados en el apartado i) del artículo 1.2 de la ley 25/1983, en concreto al de director general de entidades estatales autónomas.

Si analizamos los estatutos de la Gerencia de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, resulta del artículo 13 que el gerente es «el máximo órgano de dirección del organismo. Tendrá la consideración de órgano directivo de la administración municipal y, de conformidad con lo que dispone el artículo 127.1 i) de la ley 7/1985, de 2 de abril, será nombrado y cesado por la Junta de gobierno local a propuesta del presidente del consejo rector». Por lo tanto, sus funciones son asimilables a las de un director general de un organismo autónomo estatal.

Por consiguiente, el desempeño por un funcionario autonómico del puesto de gerente de la Gerencia de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife sí entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 25.3 de la ley 10/1992, y habiéndolo ocupado más de dos años continuados debe reconocérsele el nivel 30 como grado personal».



La confusión reinante en el ámbito local, como ha puesto de manifiesto CAMPOS ACUÑA, resulta determinante para el mantenimiento de esta situación de inseguridad a la hora de aplicar la norma referida (46).

En este punto, debemos recordar la operatividad de los límites derivados de la potestad reglamentaria en la definición de esta categoría reservada, por la materia, a normas con rango de ley, pero para su análisis nos remitimos a un apartado posterior en el que analizaremos dicha posibilidad.

#### IV. Eficacia y alcance de la norma

##### 1. Alcance y efectos de las garantías retributivas establecidas

Ya nos hemos referido a la problemática que ha planteado, y sigue planteando, la eficacia demorada o no del precepto. La jurisprudencia, preciso es advertirlo, ha sido muy reticente, tanto en lo que se refiere a la vigencia inmediata del mismo, como al alcance de lo establecido. Jurisprudencia que, por otro lado, tampoco puede calificarse de unánime en estos aspectos como estamos teniendo la ocasión de comprobar.

Cabe reseñar, en el sentido expuesto y respecto de la eficacia de la norma analizada, las SSTSJ de Murcia de 26 de abril de 2012, (rec. 292/2010) y de Valencia de 29 de marzo de 2017 (rec. 449/2015) que estiman que la vigencia de dicho precepto quedaba condicionada a lo que disponga la legislación autonómica de desarrollo del EBEP (47). De

---

(46) CAMPOS ACUÑA, Concepción, *op. cit.* quien expone que «para el conjunto de los municipios debemos apuntar lo recogido en la Disposición Adicional Quincuagésima LRBRL, en virtud de la cual se atribuye la consideración de personal directivo a los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales. La misma Disposición contribuye a la ceremonia de la confusión al ampliar a los mismos las limitaciones al ejercicio de actividades privadas derivadas de la Ley 5/2006 (referencia que habrá que entender en la actualidad a la Ley 3/2015 citada), así como las obligación de formular las declaraciones anuales de bienes y actividades, de carácter público, extendiendo la misma incluso a los funcionarios con habilitación de carácter estatal que ocupen puestos con dicha condición», rechazando que tal consideración pueda ser aplicable a los funcionarios con habilitación de carácter nacional. De idéntica opinión es MENÉNDEZ ALONSO, José María, «¿Es alto cargo el personal directivo municipal?», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, quincena 30 ene.-14 feb., Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 191 y ss., opina que el «concepto de Alto Cargo es ajeno a la Administración Local, existiendo únicamente, en el ámbito de las Administraciones del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas, según sus respectivas definiciones».

(47) La sentencia referida argumenta que: «Este artículo ha de ponerse en relación necesariamente con la disposición final 4.<sup>a</sup> de la misma Ley, conforme a la cual: hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.

carácter simplemente «programático» lo titula la STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2012 (rec. 544/2010) (48).

Idéntica senda de confusión ha seguido la jurisprudencia en lo que se refiere a la delimitación de sus concretos efectos. De esta forma, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2010, (rec. 169/2009) rechaza, en cuanto a éstos, una interpretación literal del citado precepto de forma tal que la expresión «conjunto de complementos» alcance a todos los complementos posibles (49). En otras ocasiones sin embargo solo ha recono-

---

Sobre la base de esta disposición la sentencia apelada centra la atención en la normativa autonómica aplicable ( artículo 2 de la Ley Regional 5/94, del Estatuto Regional de la Actividad Política y artículo 62.4 del TR de la Ley de Función Pública), llegando a la conclusión de que el cargo de Alcalde no se encuentra recogido entre aquellos que generan el derecho a la consolidación de grado.

Comparte la Sala este planteamiento. El derecho conferido en el artículo 87.3 EBEP entra dentro de la órbita de las competencias autonómicas y será la legislación autonómica de desarrollo la que deberá concretar el derecho. En tanto eso suceda es de aplicación la normativa vigente en cada Comunidad Autónoma, y en la de Murcia no se recoge ese derecho de los Alcaldes.

Se plantea la duda de si esa regulación se opondría a lo establecido en el EBEP. Entendemos que no. En el EBEP existen normas que son claramente aplicables de manera inmediata y no están condicionadas a desarrollos posteriores. El propio artículo 87 ofrece un ejemplo en el apartado 2 en que se establecen disposiciones respecto de las que no existe posibilidad de desarrollo por las Comunidades Autónomas. En contraste, el apartado 3 faculta plenamente a las Comunidades para ese desarrollo con respeto, en ese desarrollo de los principios que enuncia. Será esa legislación de desarrollo la que se deberá someter a crítica respecto de su respeto de la legislación básica estatal pero hasta que no se produzca el derecho no existirá. Incluso en ese momento la crítica de la legislación autonómica de desarrollo escapará de nuestro nivel jurisdiccional ya que se tratará de hacer un enjuiciamiento constitucional del respeto de la relación de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma».

(48) La sentencia explica que: «Pero de todos modos, el repetido artículo 87.3 EBEP no contiene una disposición de aplicación directa sin necesidad de desarrollo. Dicho precepto tiene, por el contrario, un mero carácter programático, puesto que se dirige a las distintas Administraciones Públicas y en términos de futuro («La Administraciones Públicas velarán...») lo que significa que han de reglamentar o legislar en su momento para que el programa se desarrolle. En este sentido, ya se han pronunciado distintos Tribunales Superiores, como el de Castilla-La Mancha en la Sentencia número 138/2010, que señala que «el contenido mismo, a efectos retributivos, de ese artículo , implica un principio simplemente programático que, o bien queda colmado con la regulación preexistente, o bien precisará de ese desarrollo normativo del que ahora se carece».

En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2012 (rec.468/2010).

(49) «Entendemos, pues, que el Estatuto Básico del Empleado Público habilita a que las leyes de desarrollo de mismo, previstas en su artículo 6, regulen la carrera profesional de los funcionarios, así como la estructura de las retribuciones complementarias. De acuerdo con dicho principio general, las garantías previstas en el artículo 87.3 serán aquellas que estuviesen establecidas en «el sistema de carrera vigente» en la correspondiente Administración Pública en la que tenga lugar el reingreso tras finalizar la situación de servicios especiales del funcionario de carrera. Del examen del artículo 87.3 del EBEP se desprende que los complementos que pueden ser objeto de consolidación serán aquellos que, en su caso, estuviesen establecidos en la legislación de cada Administración Pública para el supuesto de haber desempeñado los cargos que, de acuerdo con las normas de autoorganización de la Administración Pública correspondiente, tuviesen la consideración de «cargos superiores». En resumen, el artículo 87.3 remite para su aplicación a las normas que, en materia de organización y carrera, estén vigentes en cada Administración Pública.

No se invoca, ni menos prueba, norma alguna que regule el complemento específico previsto para quienes «hayan sido» Directores Generales. No vale con las que señala el actor-apelante, Leyes de

cido, en forma limitada, los efectos de la norma. Así, a título de ejemplo, reconociendo únicamente de las diferencias de complemento de destino de Director General, pero no alcanzando al complemento específico como mantiene la STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2010, (rec. 11/2009) (50).

---

Presupuestos para 2008 y 2009, porque esas normas lo que regulan es el complemento específico para quien a la sazón ocupe dichos altos cargos; mas no el c.e. que con el tiempo puede que se establezca para quienes cesen en esos cargos. Y la norma preexistente, que como hemos visto es de aplicación hasta que la previsión del EBEP de 2007 se materialice y concrete específicamente, sólo se refería al complemento de destino, no al complemento específico que, por otra parte, va tan íntimamente ligado al puesto de trabajo concretamente ocupado que carecería de sentido, sin previsión legal clara y expresa, aplicarse a quien no lo ha desempeñado.

Por último, aunque acudiéramos a la interpretación estrictamente literal que preconiza el actor (y no a la espiritualista o finalista que acoge la sentencia del Juez *a quo*), no se llegaría a la conclusión que se persigue, porque de lo que el precepto habla es del «conjunto de complementos», ciertamente, pero no todos los complementos posibles, sino sólo del conjunto de complementos «que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales», y éstos no se han regulado aún en desarrollo del EBEP, ni el específico que se solicita en este pleito se contempla en la normativa preexistente».

(50) Razona la resolución jurisdiccional que: «Dicho precepto establece en lo que aquí interesa, que los Senadores de las Cortes Generales en situación de servicios especiales una vez reingresen al servicio activo como funcionarios, «recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales...». La redacción del precepto es confusa. En efecto, el citado artículo utiliza la expresión «el que se establezca», es decir, habrá que esperar a las normas que se dicten en desarrollo de Estatuto Básico del Empleado Público, tal y como se dice en la resolución impugnada. Por tanto, dicho precepto no autoriza a que los exsenadores tengan los mismos complementos que los Directores Generales en activo, como pretende el recurrente, sino lo único que autoriza es a tener el mismo tratamiento en cuanto consolidación de grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales. Ahora bien, hemos de señalar que la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de noviembre de 2003, que desestima la cuestión planteada sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991, de 13 de Diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1991 y que preveía que los funcionarios a su servicio que han desempeñado un puesto de alto cargo en la Administración perciban un complemento de destino superior al que le corresponde por razón de su grado personal hasta igualarlo al valor del que se fije para los Directores Generales, afirma que ni el cargo de Director General forma parte de la carrera administrativa, ni es tampoco un puesto de trabajo clasificado en ninguno de los treinta niveles a que obliga el art. 21.1 a) de la Ley 30/1984. Es, por el contrario, un órgano directivo del correspondiente departamento ministerial o consejería que tiene la consideración de alto cargo, y que por lo demás, en puridad, ni siquiera está reservado a funcionarios de carrera, por más que éste sea el modo ordinario y preferente que señalan las Leyes para su selección (arts. 6.5 y 18 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado). Lo anterior no es obstáculo para que los Directores Generales tengan normalmente señalado en las leyes de presupuestos un complemento de destino al modo de lo previsto en el art. 23.3 a) de la Ley 30/1984 para los funcionarios públicos. Pero esa no es ciertamente la única opción que le cabe al legislador a la hora de diseñar el régimen retributivo de los Directores Generales (como lo prueba, de hecho, que la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2000, de 21 de junio, diseñe un sistema integrado por un único concepto retributivo), ni, lo que ahora es más importante, el complemento de destino que eventualmente se señale para los Directores Generales indica, como no podía ser de otro modo, nivel alguno en la carrera administrativa. De ahí precisamente que el desempeño durante dos o más años continuados del cargo de Director General no permita consolidar en rigor ningún grado personal en la carrera administrativa. Examinado así el precepto debatido a la luz del modelo de carrera administrativa diseñado por la Ley de Cortes Generales 30/1984, todo apunta a que su verdadera significación no es la de permitir a los funcionarios que han sido alto cargo en

Idéntica interpretación subyace en la STSJ de Valencia de 19 de diciembre de 2014 (rec. 12/2013) de la que es relevante señalar que, en este supuesto, si se había producido un desarrollo normativo del EBEP mediante el artículo 124.4 la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana(51)

Por otro lado, cabe señalar el que contenido del derecho es idéntico para todos los funcionarios de carrera, con independencia del grupo al que pertenezcan en el sentir de alguna jurisprudencia (STSJ de Andalucía de 10 de febrero de 2014, rec. 2323/2011, respecto de distintos Alcaldes incorporados a su puesto de trabajo perteneciente al Grupo C) (52).

---

la Administración consolidar un imposible grado personal máximo no pertinente y sí sólo, pero más modestamente, la de reconocerles un incremento en el complemento de destino correspondiente a su grado personal hasta igualarlo al que corresponda a los Directores Generales, es decir, la norma cuestionada establece un simple beneficio retributivo, que, como tal, no pone en entredicho el esquema de grados personales previsto en la Ley 30/1984. Conforme a la doctrina constitucional expuesta los Directores Generales no pueden consolidar grado, a lo que podemos añadir ni mantener el complemento específico que por definición está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad (artículo 23.3.b de la Ley 30/84, de 2 de agosto), al no serles aplicable a los Directores Generales la Ley 30/1984, ya que su puesto no está clasificado en niveles ni forman parte de la carrera administrativa, por lo que resulta extraño que el artículo 87.3 del EBEP se refiera a la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales. Por tanto, se ignora en el sentido que irá el desarrollo de dicho precepto, es decir, que consolidación de grado y que conjunto de complementos se va a establecer para quienes hayan sido Directores Generales, por lo que no se puede aceptar la pretensión actora de que se le conceda los complementos previstos en las Leyes de Presupuestos para los Directores Generales, al carecer de apoyo legal, por lo que procede desestimar la demanda confirmando la resolución impugnada».

(51) El análisis de la sentencia es el siguiente: «Examinado así el precepto debatido a la luz del modelo de carrera administrativa diseñado por la Ley de Cortes Generales 30/1.984, todo apunta a que su verdadera significación no es la de permitir a los funcionarios que han sido alto cargo en la Administración consolidar un imposible grado personal máximo no pertinente y sí sólo, pero más modestamente, la de reconocerles un incremento en el complemento de destino correspondiente a su grado personal hasta igualarlo al que corresponda a los Directores Generales; es decir, la norma cuestionada establece un simple beneficio retributivo, que, como tal, no pone en entredicho el esquema de grados personales previsto en la Ley 30/1.984».

(52) Explica, en el sentido expuesto, la sentencia que: «La Administración demandada niega la aplicación del grado correspondiente al Director General por no pertenecer al mismo grupo que el mismo, aplicando el máximo nivel que corresponde al grupo de pertenencia del funcionario, grupo C1 y nivel 22, aplicando las normas generales de la función pública y carrera administrativa. Pero, de acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala entiende que no puede acogerse dicha interpretación, pues no existe base para la misma. No compartimos la interpretación que el Ayuntamiento efectúa del apartado 4.2 del informe de 18 de diciembre de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, y ello en función de lo ya señalado sobre la referencia a «cargos superiores», que se contiene en el inciso final del artículo 87, 3, ya que se realiza como término de comparación, es decir, a fin de que como mínimo sea igual al que reciben dichos cargos superiores el trato que haya de dispensarse a los funcionarios que son nombrados altos cargos, determinando el carácter de beneficiarios, ya que como se ha dicho por la Jurisprudencia, si el artículo 87.3 quisiera restringir su aplicación a los cargos equivalentes al de Director General lo diría expresamente, lo que no hace, dejando abierta la garantía que establece a los funcionarios públicos de carrera que hubieran sido nombrados altos cargos. Pero ello es independiente del aspecto retributivo, y por el contrario, del propio informe alegado se puede desprender que la consolida-

Como puede apreciarse existe una ausencia de criterio uniforme en la jurisprudencia hasta el momento dictada, si bien ha de reconocerse que lo ha sido en un momento de especial sensibilidad hacia la clase política, que imposibilita o hace enormemente dificultoso que la misma sirva de guía segura para dar una respuesta a las cuestiones planteadas.

Sentada dicha conclusión, desde mi punto de vista la estructura del precepto tiene dos partes claramente diferenciadas. Una, la primera, relativa a las condiciones generales de reingreso a la situación de servicio activo cuya aplicabilidad no cabe discutir dado que son las genéricamente establecidas para la situación de reingreso desde servicios especiales. Y otra, a partir de «Tendrá, asimismo,...», en la que estimo que estamos frente a una norma de eficacia condicionada a su desarrollo por parte de la legislación estatal y autonómica de desarrollo del EBEP pero que no impide la aplicación de las previsiones establecidas en las leyes de función pública del Estado y de las comunidades autónomas que se hallen vigentes(53). De esta forma, el artículo 33.2, no derogado por el EBEP ni por su Texto Refundido de 2015, y por tanto vigente en la actualidad, mantendría su virtualidad con relación, eso sí, a los sujetos que el artículo 87.3 establece pero con el alcance, contenido y requisitos que en el precepto presupuestario se contemplan.

## 2. Supuestos de ausencia de desarrollo de la normativa básica

Conforme a lo ya expuesto en el anterior apartado, lógicamente, y en el caso de las Comunidades Autónomas que tengan previsiones específicas sobre este punto, habrá que tener en cuenta lo establecido por éstas ya que, tanto porque el régimen de situaciones administrativas en las entidades locales según el artículo 140.2 TRRL se remite a la normativa de éstas, como porque es a las Comunidades Autónomas a quienes

---

ción de complementos, se refiere a los que estuviesen establecidos en cada Administración Pública para el caso de haber desempeñado los cargos que de acuerdo con las normas de autoorganización de la Administración Pública correspondiente, que en este caso sería de Director General u otro cargo superior».

(53) Idéntica opinión mantiene CÓLERA LEIRADO, José Ramón, El complemento de destino de los altos cargos y su aplicación a diputados y funcionarios de los parlamentos autonómicos, *Anuario de Derecho Parlamentario del las Cortes Valencias*, n.º 22, 2009, pág. 43 que concluye con una conclusión doble:

«Primera. El EBEP establece una derogación condicionada a término de las normas prestatutarias actuales en esta materia, objeto de nuestro estudio, y no es eficaz hasta que se aprueben y entren en vigor las leyes de desarrollo.

Segunda. Hay que conciliar la aplicación de las leyes vigentes, estatal y autonómica, con la jurisprudencia anteriormente anotada del Tribunal Supremo para hacer efectivo el contenido normativo del artículo 87.3 EBEP».

les corresponde el desarrollo normativo del EBEP será esta legislación de desarrollo la que habría de concretar el alcance y contenido del precepto.

Sin embargo, ya lo hemos apuntado, resulta ser sin duda una cuestión controvertida la de aquellos supuestos en que no se ha producido desarrollo alguno del EBEP que, a la vista de lo acontecido en esta década tras su aprobación, es la situación más común en la mayoría de los territorios. La cuestión a resolver no es otra que dar respuesta a la siguiente pregunta ¿cuál es la norma aplicable si hay alguna que resulte de aplicación?

La cuestión no es baladí dada la visión que una parte de la jurisprudencia mantiene sobre este punto, pero no menos cierto es que no parece, desde mi punto de vista, que la solución a adoptar sea la inaplicabilidad de dicho precepto a lo visto de lo ya señalado a lo largo de estas páginas(54).

Pues bien, el artículo 87.3 del EBEP hace referencia al conjunto de complementos «que se establezca», es decir que es necesario acudir a las normas de desarrollo de dicha normativa y mientras ello no se produzca habrá que acudir a la regulación anterior en lo que no se oponga al citado Estatuto, cuya regulación puede encontrarse en el artículo 29 de la Ley 30/1984 cuya vigencia no parece cuestionarse. En efecto, la Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaria General para la Administración Pública, en su apartado 11 precisa que «los efectos de la situación de servicios especiales siguen siendo los previstos en el artículo 29 de la Ley 30/1984 y sus normas de desarrollo» y entre estas normas de desarrollo se encuentra el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos Generales de Estado para 1991»(55). La citada instrucción

---

(54) FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, «La función pública local (selección, provisión de puestos, carrera, situaciones administrativas)», en el volumen colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, PALOMAR OLMEDA, Alberto. (Coord.), Ed. CEMCI. Granada, 2007, págs. 338 y 339; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El personal directivo en la Administración local*, Ed. Diputación de Barcelona, Barcelona, 2009, pág. 72; MAESO SECO, Luis F., «La cuestión directiva y el régimen jurídico del personal directivo AGE: Algunas ideas para la toma de decisiones en la materia», en *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, VV.AA., Ed. INAP, Madrid, 2010, pág. 95.

(55) El ISGAP de 18 de diciembre de 2007 señalaba, a este respecto, que:

«El Estatuto Básico del Empleado Público habilita a que las leyes de desarrollo del mismo previstas en el artículo 6, regulen la carrera profesional de los funcionarios así como la estructura de las retribuciones complementarias.

De acuerdo con dicho principio general, las garantías previstas en el artículo 87.3 serán aquellas que estuviesen establecidas en «el sistema de carrera vigente» en la correspondiente Administración Pública en la que tenga lugar el reingreso tras finalizar la situación de servicios especiales del funcionario de carrera.

Del examen del artículo 87.3 del EBEP se desprende que los complementos que pueden ser objeto de consolidación serán aquellos que, en su caso, estuviesen establecidos en la legislación de cada

manifiesta que, en el ámbito de la Administración General del Estado, esta regulación del artículo 33.2 como complemento retributivo permanece vigente, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado tercero, del EBEP, que señala que «hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto»

Por ello, y desde mi punto de vista, la respuesta hay que buscarla no sólo en las reglas de derecho transitorio, sino también en el principio de complitud del ordenamiento jurídico y, en este sentido, habrá que conciliar la aplicación de las leyes vigentes, estatal y autonómica, con la jurisprudencia de los tribunales, para hacer efectivo el contenido normativo del artículo 87.3 EBEP. Interpretación que ha sido acogida por alguna jurisprudencia, que junto a recordar la inexistencia de potestad legislativa de los entes locales, aplica dicha solución (56).

Por tanto, y en conclusión desde nuestro punto de vista, y en caso de haber regulado la legislación de desarrollo este derecho en sintonía con quienes ocupen puestos de Director General u otros cargos superiores en ella (claro está, conforme a este mínimo o por encima), se aplicará lo dispuesto en dicha normativa sobre este extremo. Ahora bien, de no haberlo hecho, y a falta de otra legislación que así lo reconozca, habrá de efectuarse el efectivo reconocimiento del complemento retributivo previsto para el Estado en el art. 33.2 de la Ley 31/1990 tal cual indica la jurisprudencia referida (57).

---

Administración Pública para el supuesto de haber desempeñado los cargos que, de acuerdo con las normas de autoorganización de la Administración Pública correspondiente, tuviesen la consideración de «cargos superiores».

En resumen, el artículo 87.3 remite para su aplicación a las normas que, en materia de organización y carrera, estén vigentes en cada Administración Pública».

(56) Así se realiza en la STSJ de Canarias de 1 de diciembre de 2014 (rec. 139/2014) que establece que:

«5. Las Entidades Locales no tienen potestad legislativa. Por ello su personal funcionario se rige por el EBEP y las normas básicas estatales en materia de régimen local y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local ( artículo 3.1 del EBEP ). Consistente con éste es el artículo 2.4 de la Ley de Función Pública de Canarias: al personal al servicio de la Administración Local le será de aplicación esta Ley en aquellos aspectos no reservados a la legislación básica del Estado o al desarrollo reglamentario de su autonomía organizativa. Pero esta potestad reglamentaria y los acuerdos derivados de la negociación colectiva de las Entidades Locales está muy limitada por el rango de Ley de las normas ordenadoras del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 103.3 CE).

(57) La STSJ de Andalucía de 10 de febrero de 2014, (rec. 2323/2011) corrobora esta afirmación razonando que:

«Por su parte, la Disposición Final Cuarta de dicha Ley estableció la entrada en vigor de la misma en el plazo de un mes a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (algunas excepciones

### 3. Comienzo de devengo del mismo

El momento a partir del cual ha de percibirse no parece que haya de plantear duda alguna: es el momento de su reingreso como funcionario de carrera (STSJ de las Islas Baleares de 24 de junio de 2013 rec. 729/2011) sin que quepa atribuirle efectos retroactivos con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP (58). Lógicamente, y sin embargo, requiere su solicitud expresa junto con la petición de reingreso (59).

---

a esta regla no nos son de aplicación aquí), no existiendo duda de que el art. 87.3 entró en vigor a partir del día 13 de mayo de 2007, y de que conforme a la norma antes transcrita, tiene eficacia directa e inmediata desde dicha fecha».

Pero añade la sentencia que:

«Ahora bien, ni tal circunstancia, ni las expresiones contenidas en el precepto «tendrán derecho, al menos» y «como mínimo», obstan para constatar que los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que regulan las retribuciones de los funcionarios, el artículo 17 referido a la promoción horizontal de los funcionarios de carrera, y los artículos 21 y siguientes en cuanto al sistema retributivo, están necesitados de desarrollo legal y/o reglamentario posterior.

De esta manera, pues, por mucho que el apartado 3º del art. 87 entrara en vigor en un primer momento, su contenido a efectos retributivos plantea un dilema exegético en el sentido de que queda colmado con la regulación preexistente o precisa de desarrollo normativo del que carece».

(58) Es unánime, en cualquier caso, en la jurisprudencia dictada que no tiene efectos retroactivos. Puede verse, a este respecto, las SSTSJ de Aragón 29 de noviembre de 2010, (rec. 280/2009), de Galicia de fecha 8 de abril de 2011 (rec. n.º 20/2011), de Castilla-La Mancha de 15 de julio de 2013, (rec. 782/2009) o, por citar un último ejemplo, la de Andalucía 21 de octubre de 2013, (rec. 1693/2009) sin que a ello obste que existan precedentes (STSJ de Valencia de 3 de diciembre de 2013, rec. 315/2010).

Bien es cierto que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2015, llegó a una distinta conclusión en el supuesto de un funcionario que, habiendo sido electo miembro de las Cortes de una Comunidad Autónoma —motivo por el cual pasó a la situación administrativa de servicios especiales, que es la que le correspondía—, dejó de pertenecer a aquel órgano legislativo y reingreso al servicio activo como funcionario antes de la entrada en vigor del art. 87.3 EBEP. Es decir, ya no era miembro de una Asamblea Legislativa autonómica cuando entró en vigor la norma que, entre otros, extendió a aquellos miembros el derecho a la percepción del complemento de destino de Director General instituido en el art. 33.Dos LPGE/1991. Comoquiera que el funcionario interesado planteó su petición de reconocimiento del derecho estando ya en vigor el EBEP y el momento histórico al que puede retrotraerse jurídicamente aquella solicitud es a los cuatro años anteriores a la fecha de su formulación, límite temporal en que el Estatuto estaba también ya en vigor, para la AN, que reconoce el derecho del funcionario al complemento, «no existe retroactividad de la norma jurídica, sino meramente retroacción del supuesto de hecho al que la norma anuda la consecuencia jurídica, pero los efectos legales se despliegan bajo la vigencia de la ley actualmente en vigor».

(59) Sino se hubiera realizado, en ese momento, dado su carácter de reclamación con un contenido económico, con carácter general y sino hay una previsión expresa en la normativa autonómica, el sentido del silencio es negativo (STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2013, recurso 262/2010).

Y es que el TSJ sostiene que en materia de reclamaciones de carácter económico de los funcionarios públicos el silencio administrativo tiene carácter negativo, y no se producen actos por silencio positivo. Entiende el Tribunal que el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los Procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común continúa en vigor, teniendo en cuenta la DA 1.ª de la Ley 4/1999, de 13 de enero, y que no se ha dictado normativa posterior alguna. Por tanto, debemos acudir al art. 2 apartado k) del citado Real Decreto 1777/1994, que establece que en los procedimientos cuya resolución implique efectos económicos, el silencio será negativo.



## V. El papel de los reglamentos orgánicos en el desarrollo del alcance y contenido de lo establecido en el artículo 87.3 TREBEP

Y es que, en efecto, un número importante de entidades locales ha procedido a regular la función directiva en sus Reglamentos Orgánicos(60), y a propósito de ello, a dar respuesta a algunos de los interrogantes que ofrece el citado artículo. En algunos supuestos en clara infracción del ordenamiento jurídico al extender, de forma indebida según alguna de las líneas jurisprudenciales a las que hemos hecho referencia, su ámbito de aplicación por ejemplo al personal directivo o determinar, en perjuicio de los grupos inferiores que hayan ocupado dichos cargos, una consolidación inferior hasta el mayor nivel asignado a su grupo o

---

(60) A título de ejemplo el Reglamento Orgánico de la Excm. Diputación Provincial de Granada establece que:

Artículo 63. El objeto de este capítulo es regular el régimen jurídico del personal directivo de la Excm. Diputación Provincial de Granada, de acuerdo con lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Artículo 64.

1. Tiene la condición de personal directivo quien sea titular de un órgano directivo, con la correspondencia de un puesto expresamente establecido con tal denominación en la Relación de Puestos de Trabajo u otro instrumento organizativo de personal que se establezca.

2. Son órganos directivos de esta Diputación:

— Los Directores Generales que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o delegaciones en que se organiza la Diputación Provincial.

— El Secretario o Secretaria General de la Diputación.

— El Interventor o Interventora de la Diputación.

— El Tesorero o Tesorera de la Diputación.

— Los demás funcionarios de administración local con habilitación de carácter estatal titulares de los puestos de colaboración con la Secretaría General y con la Intervención Provincial.

3. Los órganos directivos de la Diputación Provincial tienen además la condición de alto cargo de la administración provincial

El artículo 68, específicamente por su parte, establece en su apartado 6 lo siguiente:

6. Los funcionarios de carrera de la Diputación Provincial de Granada y de sus organismos autónomos o agencias provinciales, que durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado puestos de personal directivo en la Diputación de Granada, en sus organismos autónomos o agencias, o en otras administraciones locales, que con posterioridad al día 13 de mayo de 2007 reingresen al servicio activo; percibirán desde su reincorporación a dicho servicio activo y mientras se mantengan en esta situación, el complemento correspondiente a su grado personal consolidado, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al nivel 30 del complemento de destino asignado por acuerdo plenario a los Directores Generales de la Diputación, en la cuantía que para dicho nivel establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

No obstante lo anterior, en el caso de que dichos funcionarios pertenezcan a grupos o subgrupos de clasificación cuyo nivel de complemento de destino máximo no alcance al asignado a Director General de la Diputación, percibirán el mayor nivel asignado a su grupo o subgrupo de clasificación.

subgrupo de clasificación(61). Pero la cuestión a resolver es si puede proceder a regularse en normas reglamentarias de las entidades locales el alcance de los efectos del artículo 87.3.

Un primer acercamiento a la cuestión podría llevarnos a pensar que las entidades locales gozan de competencia para regular dicha cuestión dado que como sabemos la Administración Local puede jurídicamente desarrollar ámbitos determinados del EBEP para posibilitar su aplicación(62). Esto, efectivamente, es especialmente así en todas aquellas remisiones expresas que el EBEP hace a «las Administraciones Públicas» o, incluso, en los llamamientos a los «Gobiernos» respectivos de esas Administraciones Públicas(63).

---

(61) Así lo ha venido a entender la jurisprudencia que indica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 30 de noviembre de 2012 (rec. n.º 543/2010) que: «Y por lo que se refiere a la posibilidad de que las Administraciones Locales ostenten competencia para nombrar personal directivo profesional y definir su régimen jurídico, este Tribunal comparte el criterio, contrario a dicha competencia, sostenido por otros órganos judiciales territoriales, como es el caso del TSJ Canarias (sede Las Palmas), que en Sentencia núm. 234/2011, de 21/junio (rec. 784/2009 ), afirma: «... el art. 13 de la Ley 7/200, Estatuto del Empleado Público, establece que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición. La mera lectura del citado precepto, dada la claridad con que el mismo viene redactado, ofrece la solución al presente litigio, compartiendo plenamente la Sala el punto de vista de la Administración demandante en orden a que se habilite al Ejecutivo y a las Comunidades Autónomas para desarrollar el régimen jurídico básico de este personal directivo, sin que dicha habilitación normativa se otorgue a la Administración local. Y es que, pese a los esfuerzos de la demandada en aras a poner de relieve que la potestad reglamentaria y de autoorganización otorga al Ayuntamiento la facultad de aprobar el Reglamento de que se trata, el caso es que dicha parte considera en el hecho primero, primer párrafo, de su escrito de contestación a la demanda, que la cuestión depende de la interpretación que se haga del art 13 de la ley 7/0, considerando la Sala, sin embargo, que no cabe hacer interpretación alguna de lo que diáfamanamente se establece en el precepto en cuestión, a saber, que el Gobierno y las Comunidades Autónomas podrán establecer el régimen jurídico específico del personal directivo, sin que se mencione en el repetido precepto a las Corporaciones Locales, de donde resulta que las mismas carecen de la facultad que se atribuyó el Ayuntamiento de Santa L., aprobado el Reglamento objeto del presente contencioso, no siendo tal conclusión una interpretación sino la aplicación pura y simple de lo señalado por la ley». Añadiendo: «... es la potestad reglamentaria del gobierno de España y de los gobiernos autonómicos el instrumento de determinación de los criterios de adquisición de la condición del personal directivo de un Ayuntamiento y de establecimiento del régimen jurídico de dicho personal, siendo la capacidad normativa municipal susceptible de ser ejercitada solo dentro de ese marco previo, pero sin que le corresponda innovar el ordenamiento jurídico ante la ausencia de ese marco cuando se trata de personal directivo, o al margen del mismo».

(62) Dicha opinión se mantiene por GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando y MARTÍN FERNÁNDEZ, Evaristo, «El complemento de alto cargo previsto en el art. 87.3 EBEP: su aplicación en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n.º 18, 2013.

(63) Respecto de dicha cuestión es precisa la referencia a dos trabajos específicos en la materia. uno ya citado, (JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael y otros), *El Estatuto básico del empleado público: propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas* (serie Documentos), Diputación de Barcelona, Barcelona, 2008; y otro suscrito por CASTILLO BLANCO, Federico A. y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Informe sobre el empleo público local*. Colección de documentos e informes (D + I), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

Justo precisamente, en esta primera aproximación, como se realiza en el precepto analizado. Debemos añadir, sin embargo, que necesariamente con las limitaciones que el poder normativo local tendría. Es decir, se podría perfectamente desarrollar desde un punto de vista organizativo las previsiones recogidas en el artículo 87.3 del EBEP (64), con la única limitación de no poder regular *ex novo* todo lo que esté materialmente reservado a la ley o previamente regulado por ésta como hemos visto respecto de su ámbito subjetivo.

Por ello otra cosa, bien distinta, es entender habilitada a la norma local para determinar el alcance y efectos de dicha situación administrativa. Y es que, desde mi punto de vista, las entidades locales carecen de competencia para regular dicha cuestión ya que esta materia estaría reservada a Ley al afectar a la carrera profesional. Menos aún determinar la entrada en vigor del precepto analizado. Le está, por decirlo de una vez, simple y sencillamente vedado, sin norma legal habilitante, establecer disposiciones en materia de carrera administrativa o profesional o relativas a los efectos de los reingresos como consecuencia de situaciones administrativas derivadas de la ocupación de puestos de trabajo directivos.

El artículo 13 del EBEP, efectivamente, se refiere al desarrollo reglamentario de este precepto, pero solo para el Estado y las CCAA y no para las entidades locales respecto de las que entiende, en coherencia con lo ya realizado para los Municipios de gran población en la LRBRL, que ha de ser realizado por una norma de rango legal sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario por la norma reglamentaria local (65).

---

(64) Así parece indicarlo JIMÉNEZ ASENSIO en trabajo citado en la nota anterior. Explica dicho autor que «Así, las entidades locales podrían desarrollar ciertas cuestiones ligadas con la identificación de los puestos directivos, con los perfiles de competencia requeridos para el desempeño de las funciones, con una mejora del sistema de designación haciéndolo competitivo y mediante el cual se puedan acreditar las competencias requeridas para el puesto, con una determinación de objetivos por medio de los cuales se midan los resultados de la gestión y, en fin, con un sistema de cese que huyera, al menos durante algún tiempo, de la discrecionalidad y se vinculara con los resultados de la gestión. En estas líneas están trazadas muy rápidamente las ideas sustantivas en las que se asienta la dirección pública profesional (selección por competencias, atribuciones propias o delegadas, marco de responsabilidades, sistema de incentivos y cese exclusivamente vinculado a los resultados de la gestión), y constituyen un «programa de máximos» que, obviamente, muy pocas (por no decir ninguna) de las organizaciones públicas españolas están en condiciones de asumirlo en su integridad de forma inmediata».

(65) Y es que es preciso recordar que la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Bases de Régimen Local, establece que las disposiciones contenidas en el Título X para los municipios de gran población prevalecerán respecto de las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles.

Esta disposición fue añadida por la Ley 57/2003, de 16 de medidas para la Modernización del Gobierno Local. Dicho Título X regula el régimen de organización de los municipios de gran población, y específicamente, y en lo que aquí nos interesa, regula en el artículo 130 los órganos directivos.

Pero es que, inclusive, y si se pudiese mantener la posibilidad de desarrollo normativo, en ausencia de norma legal habilitante, este desarrollo normativo local debe hacerse dentro del marco constitucional de la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE. La jurisprudencia constitucional (SSTC 99/1987, 37/2002 y 1/2003) ha señalado que esta reserva de Ley en la función pública comprende el estatuto funcional (derechos y obligaciones, responsabilidad y régimen disciplinario), modos de provisión de puestos de trabajo (delimitación de lo funcional y lo contractual laboral), situaciones administrativas, adquisición y pérdida de la relación de servicio y las condiciones de promoción de la carrera administrativa, ámbito este último que resulta afectado por esta disposición reglamentaria dictada en *ultra vires*, al menos en lo que se refiere a los efectos sobre la carrera administrativa. y que, hasta tanto, no se desarrolle vía legislativa. no podrá contradecir a lo establecido en el artículo 87.3 a menos que modifique dicho artículo (66).

---

Y de esta forma, la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Bases de Régimen Local lo que determina es que si un Ayuntamiento opta por dotarse de «órganos directivos» deberá hacerlo de acuerdo con estas normas del Título X y, por tanto, congelando el rango normativo —reserva legal— de la normativa que afecte al personal directivo local.

(66) Así lo ha venido a entender la jurisprudencia más solvente que indica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 30 de noviembre de 2012 (rec. n.º 543/2010) que: «Y por lo que se refiere a la posibilidad de que las Administraciones Locales ostenten competencia para nombrar personal directivo profesional y definir su régimen jurídico, este Tribunal comparte el criterio, contrario a dicha competencia, sostenido por otros órganos judiciales territoriales, como es el caso del TSJ Canarias (sede Las Palmas), que en Sentencia núm. 234/2011, de 21/junio (rec. 784/2009), afirma: «... el art. 13 de la Ley 7/200, Estatuto del Empleado Público, establece que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de esta este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición. La mera lectura del citado precepto, dada la claridad con que el mismo viene redactado, ofrece la solución al presente litigio, compartiendo plenamente la Sala el punto de vista de la Administración demandante en orden a que se habilite al Ejecutivo y a las Comunidades Autónomas para desarrollar el régimen jurídico básico de este personal directivo, sin que dicha habilitación normativa se otorgue a la Administración local. Y es que, pese a los esfuerzos de la demandada en aras a poner de relieve que la potestad reglamentaria y de autoorganización otorga al Ayuntamiento la facultad de aprobar el Reglamento de que se trata, el caso es que dicha parte considera en el hecho primero, primer párrafo, de su escrito de contestación a la demanda, que la cuestión depende de la interpretación que se haga del art. 13 de la ley 7/0, considerando la Sala, sin embargo, que no cabe hacer interpretación alguna de lo que diáfananamente se establece en el precepto en cuestión, a saber, que el Gobierno y las Comunidades Autónomas podrán establecer el régimen jurídico específico del personal directivo, sin que se mencione en el repetido precepto a las Corporaciones Locales, de donde resulta que las mismas carecen de la facultad que se atribuyó el Ayuntamiento de Santa L., aprobado el Reglamento objeto del presente contencioso, no siendo tal conclusión una interpretación sino la aplicación pura y simple de lo señalado por la ley». Añadiendo: «... es la potestad reglamentaria del gobierno de España y de los gobiernos autonómicos el instrumento de determinación de los criterios de adquisición de la condición del personal directivo de un Ayuntamiento y de establecimiento del régimen jurídico de dicho personal, siendo la capacidad normativa municipal susceptible de ser ejercitada solo dentro de ese marco previo, pero sin que le corresponda innovar el ordenamiento jurídico ante la ausencia de ese marco cuando se trata de personal directivo, o al margen del mismo».

Por lo que, concluimos este apartado, afirmando que una norma local ni sería válida para determinar los efectos(67), ni para establecer el régimen jurídico, ni mucho menos decidir cuando entra en vigor el artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (68).

## VI. Conclusiones

En el presente estudio hemos planteado, a la vista de la doctrina y la jurisprudencia existente hasta la fecha, algunas soluciones a los problemas que más comúnmente se han suscitado en la esfera local con ocasión del reingreso de los cargos públicos. Próximas las elecciones locales en el momento en que éstas líneas se escriben me temo, y así ha sucedido cíclicamente, que volverán a plantearse nuevas cuestiones en relación a la vigencia y efectos del precepto analizado. Es, de algún modo, algo inevitable dado los cambios que, a buen seguro, se producirán en el directorio de electos y altos cargos de las entidades locales.

Víctor Lapuente y Carl Dahlström han escrito, en 2018 en su edición en español en Deusto, un análisis de referencia sobre la relación entre políticos y funcionarios. *Organizando el Leviatán: por que el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos* donde se plantea la necesidad de separar las carreras de los cargos electos y de los funcionarios para hacer más eficiente y menos corrupta la administración pública. Y es que, nuestro país lo que no sucede en otros países donde se desincentiva esta peculiar conexión, presenta demasiada interrelación entre éstos dos grupos (n.º de altos cargos que ostentan la condición de funcionarios, o

---

(67) Debe darse cuenta que el BODECO (Boletín de Consultas de la Secretaria de Estado de Función Pública) en el Informe C23/ 8.3 relativa a la Consideración de Alto Cargo a los efectos de la aplicación del artículo 87.3 de la Ley 7/2007, de 12 de diciembre, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) a los órganos superiores y directivos del Ayuntamiento de Madrid mantiene una opinión contraria a la que aquí se expresa. Bien es cierto que es preciso tener en cuenta el régimen especial a que está sujeto dicho municipio.

(68) De idéntica opinión resulta MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, «Las situaciones administrativas», en *Estatuto básico del empleado público*, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (Dir.), Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, para quien «Llama la atención que el legislador se dirija a las Administraciones Públicas en lugar de encomendar estas previsiones a la legislación de desarrollo, al que se refiere en el último apartado del art. 87. De ello podría desprenderse una deslegalización de estas materias, en cuyo caso, habría de entenderse que serán las normas reglamentarias de cada entidad —Estado o Comunidades Autónomas, incluso entidades locales— las que hayan de regularlas. No creo que a una interpretación semejante pueda hacerse objeción alguna, aunque dudo que sea ésa la intención del legislador. Más bien creo que cuando, en el contexto a que me refiero, se habla de las Administraciones Públicas se está haciendo referencia a la parte por el todo y se quiere indicar que estas medidas deben integrarse en las normas de desarrollo del EBEP que, en principio, serán las leyes de función pública del Estado o de las Comunidades Autónomas sin perjuicio de ulteriores desarrollos reglamentarios de las previsiones de éstas. En apoyo de esta tesis creo que es bastante significativa la expresión disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta (art. 88.1).»

la alta presencia de altos funcionarios en Consejos de Administración por ejemplo) y la actividad política, si las cosas siguen como están, parece que cada vez más estará reservada a funcionarios públicos incrementándose esta patología que solo conduce a una grave pobreza institucional.

El hecho de que tantos políticos españoles sean funcionarios y que un número importante de funcionarios no puedan ascender si no es siendo condescendientes a los políticos supone una quiebra de los fundamentos del funcionamiento correcto de nuestras instituciones propiciando una endogamia entre la política y la administración pública y comprometiéndolo el buen gobierno y la buena administración de los asuntos públicos.

Por ello, bien haríamos en mantener un debate sereno sobre estas cuestiones que, de algún modo, también afectan a la condición de reingreso a la actividad ordinaria de éstos y que ponen de relieve la endogamia entre la política y la administración pública.

Desde mi punto de vista, sería preciso una revisión serena del precepto, no realizada en los tiempos más duros de la crisis económica, que buscarse un equilibrio adecuado entre la penalización en el desempeño de cargos públicos (especialmente los electos) y la carrera profesional de los empleados públicos (incluido el personal laboral) que, desde luego, tampoco ha de llevarnos a consagrar privilegios «injustificados» en razón del motivo por el que se establecen.

Por decirlo de una vez el ejercicio de un cargo público, sino ha de ser penalizado, tampoco debería otorgar ventaja alguna más allá de las que sean razonables establecer a fin de que el ejercicio de cargos públicos de notoria relevancia resulte lo suficientemente atractivo. Al menos habremos de valorar aquellas ventajas que se consideren que alteran el funcionamiento ordinario y regular de instituciones como el empleo público impidiendo, como ha puesto de relieve CANTERO MARTÍNEZ, que el mérito político (confianza) se traslade al orden de méritos de la carrera funcional (69).

## Bibliografía

CAMPOS ACUÑA, Concepción, «¿Quién es alto cargo en la Administración Local? A propósito del régimen sancionador del Buen Gobierno», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 2, Quincena del 30 de enero al 14 de febrero 2017, Ref. 199/2017.

---

(69) CANTERO MARTINEZ, Josefa, «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo», *Revista de Administración Pública*, núm. 176, Madrid, mayo-agosto, 2008.

- CANTERO MARTINEZ, Josefa, «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo», *Revista de Administración Pública*, núm. 176, Madrid, mayo-agosto, 2008.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., y JIMENEZ ASENSIO, Rafael, *Informe sobre el empleo público local. Colección de documentos e informes (D + I)*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- CHAVES, José Ramón, «El botín del político: Complemento de ex altos cargos» <https://delajusticia.com/2009/04/09/el-botin-del-politico-complemento-de-ex-altos-cargos/>
- CÓLERA LEIRADO, José Ramón, «El complemento de destino de los altos cargos y su aplicación a diputados y funcionarios de los parlamentos autonómicos», *Anuario de Derecho Parlamentario del las Cortes Valencias*, núm. 22, 2009.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, «La función pública local (selección, provisión de puestos, carrera, situaciones administrativas)», en el volumen colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, PALOMAR OLMEDA, Alberto. (Coord.), Ed. CEMCI. Granada, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, «El denominado complemento especial de destino y la problemática de un reconocimiento para el funcionario de carrera que ha desempeñado un puesto de alto cargo», *Actualidad Administrativa*, núm. 25, 1996.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando, y MARTÍN FERNÁNDEZ, Evaristo, «El complemento de alto cargo previsto en el art. 87.3 EBEP: su aplicación en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 18, 2013.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El personal directivo en la Administración Local* (serie Estudios de Relaciones Laborales núm. 4), Diputación de Barcelona, Barcelona, 2009.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Altos Cargos y Directivos Públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España)*, IVAP, Oñati (Gipuzkoa), 1996.
- MAESO SECO, Luis F., «La cuestión directiva y el régimen jurídico del personal directivo AGE: Algunas ideas para la toma de decisiones en la materia», en *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, VV.AA., Ed. I.N.A.P., Madrid, 2010.
- MENÉNDEZ ALONSO, José María, «¿Es alto cargo el personal directivo municipal?», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, quincena 30 ene.-14 feb., Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 191 y ss.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, «Las situaciones administrativas», en *Estatuto básico del empleado público*, ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Buen Gobierno Económico», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre 2016.
- PÉREZ GÓMEZ, José María, *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, Editorial Comares, Granada, 1997.

- PÉREZ GÓMEZ, José María y PÉREZ LÓPEZ, Roberto, «El alcance de los derechos reconocidos por el Estatuto básico del empleado público y la Ley de la Función Pública de Galicia a los altos cargos», en *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, núm. 6, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Pautas para el diseño del régimen jurídico aplicable al personal directivo público laboral de carácter profesional», en el volumen colectivo *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas* (coord. Luis Ortega Álvarez y Luis F. Maeso Seco), INAP, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 11.<sup>a</sup> edición, 2018.



## Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo

(Face-to-face and online) representation and empowerment within the administrative procedure

Eduardo Gamero Casado

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.02>

**LABURPENA:** Administrazio-prozedura erkideko ordezkartzaren eta ahalordetzearen araubide orokorra aztertu du lan honek. Horretarako, batetik, gaiaren gaineko zehaztapen klasiko edo tradizionalak azaldu ditu, eta, bestetik, bitarteko elektronikoen bidezko ordezkartzak eta ahalordetzeak eragindako arazoa islatu. Bereziki jorratu ditu azken horrek eragin dituen zailtasunak, eta horiek konpontzeko jarraibide batzuk eskaini ditu. Prozedura erkide orokorreko araubidez gain, bi prozedura erkide berezi ere aztertu dira, garrantzitsuak baitira beren izaera masiboaren ondorioz: zergen gaineko prozedurak eta Gizarte Segurantzaren eremuko prozedurak dira. Landa-lana ere egin da; hau da, 30 administrazio-organok ordezkartza egiaztatzeko orduan betetzen dituzten prozedurak aztertu dira, eta agerian utzi dira irizpideen artean dauden alde nabarmenak.

**HITZ GAKOAK:** Administrazio-prozedura. Ordezkartza. Ahalordetzea. Ahalordetze elektronikoen erregistroak.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the general regime of representation and empowerment within the common administrative procedure, stating both the classic or traditional conceptions on the matter and the problems arising from the online representation and empowerment by focusing on the issues that poses the latter and customizing some guidelines for their solution. Besides the resultant regime within the general common procedure, it is also analyzed two special common procedures due to their massiveness: procedures in the tax sphere and in the Social Security area. A fieldwork is also included where the practice followed by thirty administrative bodies when requiring the proof of representation shows the wide disparity in the existing criteria.

**KEYWORDS:** Administrative procedure. Representation. Empowerment. Register for online empowerments.

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el régimen general de la representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo común, exponiendo tanto las determinaciones clásicas o tradicionales de la materia, como la problemática derivada de la representación y apoderamiento por medios electrónicos, dedicando

especial atención a los problemas que plantea esta última, y ofreciendo algunas pautas para su solución. Además del régimen resultante en el procedimiento común general, se analizan igualmente dos procedimientos comunes especiales que presentan singular importancia debido a su masividad: los procedimientos en materia tributaria y en el ámbito de la Seguridad Social. Se incluye también un trabajo de campo que analiza la práctica de 30 órganos administrativos en la exigencia de acreditación de la representación, demostrando las grandes diferencias de criterio existentes.

**PALABRAS CLAVE:** Procedimiento administrativo. Representación. Apoderamiento. Registros de apoderamientos electrónicos.

Trabajo recibido el 15 de enero de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

## Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo (1)

(Face-to-face and online) representation and empowerment within the administrative procedure

Eduardo Gamero Casado

**Sumario:** I. Introducción. Objeto de estudio y sistema de fuentes.— II. Representación y apoderamiento en la ley del procedimiento administrativo común. 1. Marco normativo de la representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo común. 2. Supuestos en que debe acreditarse la representación. 3. Forma de acreditar la representación. 4. Momento de otorgar o revocar el poder y de acreditar la representación. 5. Diferencias entre «presentación» y «formulación» a efectos de la realización de trámites en el procedimiento administrativo. 6. La habilitación general a personas físicas o jurídicas para realizar presentaciones electrónicas en representación de los interesados. 7. Complicaciones específicas derivadas del deber de relacionarse por medios electrónicos.— III. En especial, el Registro Electrónico de Apoderamientos (REA): una pieza clave del nuevo modelo de relaciones jurídico-administrativas. 1. El régimen común de los registros de apoderamientos electrónicos. 2. Utilidad del apoderamiento electrónico para evitar la problemática cesión de certificados y facilitar la actuación de los profesionales especializados en representar ante las Administraciones públicas. 3. Modelos de implementación y consecuencias de su retraso: desequilibrio en la posición de los obligados a relacionarse por medios electrónicos.— IV. Régimen específico de habilitación y apoderamiento en la Administración Tributaria. 1. Los «colaboradores sociales». 2. El registro electrónico de apoderamientos de la Agencia Tributaria.— V. Régimen específico de representación y apoderamiento en la Seguridad Social. 1. Los «sujetos autorizados» del sistema RED. 2. El registro de apoderamientos de la Seguridad Social.

---

(1) Este trabajo se encuadra en el Proyecto de investigación de excelencia DER2017-87955-P «El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo: especial consideración de las entidades privadas del sector público», concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

## I. Introducción. Objeto de estudio y sistema de fuentes

Es frecuentísima la realización de gestiones ante las Administraciones públicas en representación de terceros para diversas clases de trámites, que se articulan mediante diferentes instrumentos de apoderamiento. Sin embargo, existen grandes incertidumbres acerca del régimen jurídico de las distintas modalidades de representación y apoderamiento, debido a tres razones principales: en primer lugar, la escasez de estudios y jurisprudencia en la materia; en segundo lugar, la diversidad de los criterios con que las Administraciones públicas vienen aplicando las exigencias formales y las consecuencias derivadas de la representación y el apoderamiento; y en tercer y último lugar, por las complicaciones derivadas de la implantación de la administración electrónica, que determina unos condicionantes tecnológicos cuyos efectos de índole práctica sobre el ejercicio de la representación y sus consecuencias son trascendentales.

La situación se agrava ante la generalización del deber de relacionarse por medios electrónicos, que viene suponiendo un incremento exponencial de la representación (electrónica), ante la incapacidad de realizar los trámites que padecen muchos sujetos obligados a este cauce de relación, ya sea por falta de medios, de conocimientos, o de mera destreza y paciencia (pues ciertamente, no es sencillo manejarse con muchas de la plataformas de tramitación implantadas por las Administraciones públicas). Ahora bien, la representación electrónica no es equiparable a la presencial, pues plantea una mecánica específica de funcionamiento que exige una adaptación de los criterios tradicionalmente aplicados en la materia. En esa lógica se están implantando herramientas que facilitan el otorgamiento de los poderes, debiendo destacarse los registros electrónicos de apoderamiento. Pero carecemos todavía de respuestas y adaptaciones jurídicas que enfoquen la representación electrónica con unas coordenadas adecuadas al medio, y sin limitarse a trasponer simplistamente los esquemas lógicos de la representación presencial. El precedente de iniciativas desarrolladas en ámbitos sectoriales de los procedimientos comunes, como es la materia tributaria o la Seguridad Social, nos ofrece sin embargo algunas pistas, como la neta diferenciación entre el mero presentador y el interesado, que deberían conducir a una adaptación de las plataformas de tramitación en el ámbito general o común para facilitar esa misma segmentación de roles y sus correlativos requisitos específicos de articulación.

En el presente trabajo se analiza el régimen general de la representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo común, exponiendo tanto las determinaciones clásicas o tradicionales de la materia, como la problemática derivada de la representación y apoderamiento por

medios electrónicos, dedicando especial atención a los problemas que plantea esta última, y ofreciendo algunas pautas para su solución.

La noción «procedimiento administrativo común» engloba aquí tanto al procedimiento «común general», como dos procedimientos «comunes especiales», que presentan singular importancia debido a su masividad: los procedimientos en materia tributaria y en materia de Seguridad Social, que son objeto de consideración específica. En este sentido, la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en lo sucesivo, LPAC), determina la prelación de fuentes aplicable en algunos de estos ámbitos materiales, estableciendo el carácter supletorio de la LPAC respecto a lo dispuesto en ciertas normas comunes sectoriales, de las que en este trabajo nos interesan especialmente las ya señaladas materias tributaria y de Seguridad Social(2). En estos procedimientos comunes especiales se reconoce la prevalencia de la normativa sectorial sobre la del procedimiento administrativo común, que, siendo aplicable desde luego en todo lo que complemente y no contradiga lo dispuesto en las normas especiales de esas ramas, se ve desplazada y resulta supletoria de tales disposiciones específicas cuando se regule un régimen especial más amplio, o se produzcan antinomias respecto al régimen común general.

## **II. Representación y apoderamiento en la Ley del Procedimiento Administrativo Común: régimen jurídico y criterios de aplicación**

### **1. Marco normativo de la representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo común**

La materia en examen, a pesar de su aparente insignificancia, constituye uno de los temas más relevantes del Derecho administrativo contemporáneo desde el punto de vista de la práctica jurídica. Aunque el régimen de la representación y el apoderamiento hasta ahora ha planteado pocos problemas de orden práctico, la generalización de las relaciones electrónicas, y sobre todo, del deber de relacionarse por medios electrónicos, ha convulsionado los protocolos que venían aplicando las

---

(2) Sobre la prelación de fuentes resultantes de esta disposición véanse GAMERO CASADO, Eduardo: «La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen básico del sector público y sus criterios de aplicación», en la obra dirigida por el propio autor, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, tomo I, págs. 178 y ss.; y GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: «La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días», *Revista de Administración Pública*, núm. 207, 2018, págs. 152 y ss., así como las referencias contenidas en dichos trabajos, especialmente las SSTC 61/1997, 175/2003, 130/2013, 171/2013, y 55/2018).

Administraciones públicas. Un poco más adelante comprobaremos los criterios que hasta ahora regían en la cuestión y que, a pesar de su disparidad, no suscitaban mayores conflictos. La implantación de la administración electrónica los está modificando radicalmente. El cambio que se percibe en esas prácticas administrativas representa, al mismo tiempo, un desafío para los órganos encargados de la instrucción de los procedimientos y una nueva y difícil traba para los ciudadanos y para quienes centran su desempeño profesional en representarlos ante las Administraciones públicas.

A pesar de la intensidad que presenta la aplicación práctica del régimen de representación y apoderamiento en el procedimiento administrativo, la cuestión ha suscitado escaso interés en la doctrina (3), y las obras generales sobre la representación y el apoderamiento, por más que ofrecen contenidos relevantes para comprender cabalmente la figura, no afrontan sin embargo sus particularidades en el ámbito jurídico-administrativo (4). Por su parte, los repertorios de jurisprudencia ofrecen muy pocos precedentes de asuntos en los que se hayan ventilado los problemas de orden práctico que plantea la representación y el apoderamiento ante las Administraciones públicas.

La materia aparece regulada actualmente en los arts. 5 y 6 LPAC, que tienen como antecedente, por un lado, el art. 32 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LJRPAC), y por otro, el art. 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP). El régimen vigente presenta escasas novedades respecto a tales antecedentes, con la significativa excepción de los apoderamientos electrónicos, que reciben un claro impulso y una interesantísima regulación.

De acuerdo con la ordenación clásica de la materia, existe una gran libertad para que los interesados puedan actuar ante las Administraciones

---

(3) Son excepción la clásica aportación de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «La representación de los interesados en la Ley de Procedimiento Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967; y las más recientes (aunque muy sintéticas) de CARRILLO DONAIRE, J.A.: «Actuación de los ciudadanos», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, vol. 1, págs. 581 y ss.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Aranzadi-Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2016, págs. 147 y ss.; PLEITE GUADAMILLAS, Francisco: «¿Cómo se acredita la representación ante la Administración?», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2017 (La Ley 2533/2017); ESPAÑA MARTÍ, Mar: Comentario a los arts. 5 y 6, en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Dir.), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 89 y ss.; y PALOMAR OLMEDA, Alberto y FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier: «Representación en el procedimiento administrativo», 2017, accesible en <https://app.vlex.com/#vid/380391578> (última visita: 13/01/2019).

(4) Véase especialmente BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi. Pamplona, 1998.

nes públicas mediante representante, dado que la Ley —art. 5.1 LPAC— no establece restricción alguna. Además, cualquier persona con capacidad de obrar, así como las personas jurídicas(5) (siempre que así esté previsto en sus Estatutos(6)), pueden actuar en representación de otras ante las Administraciones públicas; en este sentido, la STS 29/1/1992, rec. 2170/1990, recuerda que: «La Ley no impone limitación alguna y al admitir que los interesados pueden actuar por medio de representante, no establece requisito alguno para el representante, consagrando la posibilidad de que pueda ser representante cualquiera sin que sea necesario que ejerza una profesión determinada, por cuya razón la jurisprudencia ha venido entendiendo que en el procedimiento administrativo la regla general es la de que el interesado puede conferir su representación a cualquier persona que reúna las condiciones de capacidad» (7).

Esta habilitación genérica a la representación debe limitarse, en cualquier caso, al ejercicio de la representación con carácter ocasional, pues la representación como tarea o ejercicio profesional habitual se encuentra reservada a determinados colectivos, y muy significadamente, a abogados(8), gestores administrativos(9) y graduados sociales(10), todos ellos

---

(5) Aunque pueda aparentemente chocar con la naturaleza del acto jurídico, la representación otorgada a personas jurídicas se concibe como un medio para facilitar la actividad de empresas especializadas en el asesoramiento y dirección técnica de los asuntos, como los despachos o sociedades profesionales de abogados, gestores administrativos y graduados sociales, o las empresas de asesoramiento fiscal, laboral y económico.

(6) Esta exigencia es una novedad de la LPAC que no aparecía en el régimen anterior, como destaca ESPAÑA MARTÍ, Mar: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 90.

(7) Véase en el mismo sentido la STS 27/5/1992, rec. 6036/1990.

(8) Véanse los arts. 6 y 8 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En particular, el art. 8.2 dispone que el abogado podrá ejercer su profesión ante los órganos administrativos, corporaciones y entidades públicas de cualquier clase; y el apdo. 3.º del mismo artículo establece que «El abogado podrá ostentar la representación del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones».

(9) El art. 1 del Decreto 424/1963, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo, dispone «Los Gestores Administrativos son profesionales que, sin perjuicio de la facultad de actuar por medio de representante que a los interesados confiere el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se dedican de modo habitual y con tal carácter de profesionalidad y percepción de honorarios a promover, solicitar y realizar toda clase de trámites que no requieran la aplicación de la técnica jurídica reservada a la abogacía, relativos a aquellos asuntos que en interés de personas naturales o jurídicas, y a solicitud de ellas, se sigan ante cualquier órgano de la Administración Pública, informando a sus clientes del estado y vicisitudes del procedimiento por el que se desarrollan»; en tanto que el art. 2 de la misma disposición establece: «Los gestores administrativos actúan ante los órganos de las Administraciones públicas en calidad de representantes al amparo de dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de forma habitual, retribuida y profesional, sometándose por ello imperativamente al cumplimiento de las normas establecidas en el presente Estatuto General».

(10) Con arreglo al art. 1 del Reglamento de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales, aprobado mediante Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970 (declarado vigente por la

ejercientes de profesiones colegiadas, a pesar del evidente intrusismo que se aprecia en este ámbito, en el que proliferan asesores que actúan habitualmente como representantes de los ciudadanos ante las Administraciones públicas sin pertenecer a ninguno de estos colectivos. Cuando la representación no es remunerada, o resulta ocasional, no se encuentra reservada a estos colectivos, pero si se trata de una actividad profesional habitual y retribuida, sí. En este sentido, la STS 29/1/1992, citada (con la que concuerda la STS 27/5/1992, también citada), señala:

«Resulta pues, en consecuencia, de un lado que el art. 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo consagra la facultad de los interesados de actuar por sí o por medio de representantes autorizados, sin establecer limitaciones cualitativas en el representante, exigiendo únicamente, la capacidad jurídica necesaria para actuar en nombre de una tercera persona física o jurídica, y de otro, que el Estatuto y Orden, a que venimos refiriéndonos, regulan la actividad profesional, habitual y lucrativa, efectuada con carácter de generalidad, el primero y aclarando la segunda, que el ejercicio de dicha actividad, salvo en los casos de ser realizados de manera esporádica o por razones de buena vecindad, sin concurrir aquellas notas específicas, quedan reservadas a los Gestores Administrativos, siendo pues esas características de habitualidad, profesionalidad y remuneración, los elementos diferenciadores de la necesaria sujeción a las normas del Estatuto citado, a la cual ha de anudarse una cuarta, referida a que esa función o actividad de representación se ejercita, aparte de con las mentadas características, con carácter general y referidas a cualquier persona física o jurídica que encomiende la representación».

## 2. Supuestos en que debe acreditarse la representación

Con carácter general la Ley no exige acreditar la representación para actos de mero trámite, pero sí en los siguientes casos (art. 5.3): formu-

---

disposición derogatoria única del Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales y del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España): «A los Graduados Sociales, en su condición de técnicos en materias sociales y laborales, les corresponden las funciones de estudio, asesoramiento, representación y gestión, sin necesidad de apoderamiento especial, en los casos permitidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, en todos cuantos asuntos laborales y sociales les fueran encomendados por o ante el Estado, Entidades Paraestatales, Corporaciones Locales, la Seguridad Social, la Organización Sindical, Entidades, Empresas y particulares».



lar solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos. Es evidente el paralelismo entre estos enunciados y los que establece el art. 11.2 LPAC como supuestos en los que cabe exigir a los interesados la firma electrónica, en una asimilación que no es casual como veremos enseguida.

La consecuencia inmediata es que existe toda una serie de trámites que no requieren representación (ni firma), como los de alegaciones, audiencia o la presentación de pruebas. Conforme a la Ley, todas estas gestiones pueden realizarse por cualquier persona en nombre del interesado sin necesidad de acreditar la representación. No obstante, lo habitual será que, si una persona actúa mediante representante, lo haga a lo largo de todo el procedimiento, y que materialice todos los trámites en nombre del representado, habiendo quedado acreditada previamente la representación en el expediente administrativo.

Debe notarse que la relación tampoco incluye la recepción de notificaciones. En este ámbito hemos de estar a lo que específicamente establece la Ley en relación con los receptores de notificaciones administrativas. La notificación en papel —art. 42 LPAC— se envía al interesado, al domicilio que éste haya indicado en los procedimientos iniciados a instancia de parte o al que le conste a la Administración en los iniciados de oficio, pudiéndola recibir las personas que se encuentren en el mismo y hagan constar su identidad; para que se remita a otro destinatario sería preciso articular alguna forma de representación. Y en cuanto a la notificación electrónica, únicamente podrá recibirla un representante cuando conste debidamente designado en el expediente; y dicho representante sólo podrá acceder a los sistemas de notificación cuando se hayan configurado para permitirle el acceso. En definitiva, no cabe proceder a recibir notificaciones sin representación expresa.

### 3. Forma de acreditar la representación

Con arreglo al art. 5.4 LPAC, la representación «podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia». Esto determina la necesidad de articular la representación mediante algún medio fehaciente de constancia. Se da por sentado el cumplimiento de esta exigencia mediante aportación de poder notarial, y además, el propio precepto, en su párrafo 2.º, admite expresamente los siguientes medios de constancia fidedigna:

- El poder *apud acta* por comparecencia personal: es el clásico modo de otorgamiento del poder, personándose el poderdante en las dependencias administrativas del centro directivo responsable de la

tramitación y expidiendo el poder ante el instructor del procedimiento, quien levanta acta y la incorpora al expediente administrativo.

- El poder *apud acta* por comparecencia en las oficinas de asistencia en materia de registros. Estas oficinas son una relevante novedad de la Ley —art. 16 LPAC, que aún no ha entrado en vigor—. Aunque el texto legal no resulte suficientemente pedagógico, estas dependencias pretenden transformar completamente la atención a la ciudadanía, ofreciendo unas instalaciones en las que los funcionarios públicos auxilien a la realización de trámites. Además de asesorar para la presentación electrónica, o de firmar electrónicamente en nombre del ciudadano que carezca de certificado, en estas oficinas se podrán expedir poderes con constancia fidedigna, bastando con personarse en la oficina y otorgar el poder. Fácilmente se colige la gran ventaja que esto representa para los ciudadanos y para sus representantes —especialmente, los colectivos especializados en representarlos profesionalmente ante las Administraciones públicas, como abogados, gestores administrativos y graduados sociales—, pues evita el coste del poder notarial, surtiendo los mismos efectos en vía administrativa. El grave retraso en la implantación de estas dependencias es uno de los lastres indudables que arrastra la aplicación de la Ley 39/2015, al igual que sucede con el registro electrónico de apoderamientos —que estudiaremos enseguida—, causando graves perjuicios a los ciudadanos, que se ven privados de una herramienta esencial en el nuevo escenario de las relaciones jurídico-administrativas. Se supone que el funcionario público procede en el acto a la inscripción del poder en el registro electrónico de apoderamientos que apuntamos a continuación.
- Poder otorgado en el registro electrónico de apoderamientos: se trata de una pieza clave en el modelo de administración electrónica subyacente en la LPAC. Su importancia recomienda que le dediquemos atención específica en un apartado posterior.
- Poder *apud acta* por comparecencia electrónica: consiste en la posibilidad de otorgar un poder a través de la sede electrónica que corresponda al órgano actuante. Hemos de entender que se trata de un poder asimilado a la comparecencia personal, y expedido para operar en un concreto procedimiento administrativo. A mi juicio, es una opción de escaso recorrido y que no debería generalizarse, pues siendo posible otorgar poderes para trámites concretos en el registro electrónico de apoderamientos, que es interoperable, será preferible potenciar esa fórmula que generalizar el otorgamiento de poderes mediante comparecencia en sedes electrónicas sin condiciones de interoperabilidad.

En sentido contrario, no ostenta «constancia fidedigna» el poder extendido en documento privado, ya se trate de un apoderamiento *ad hoc* (para un trámite concreto), ya de un formulario o documento privado mediante el que se otorgue un poder general de representación ante las Administraciones públicas. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 312/2004, de 1 de abril, puntualiza acertadamente que:

«El adjetivo fidedigna, significa para la Real Academia Española de la Lengua digno de fe y de crédito. Como la propia sentencia indica los documentos privados solo producen efectos entre las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, pero no respecto de terceros, como es la Administración. Pero es que además *el precepto no es sino una garantía de los ciudadanos, evitando así la legislación la posibilidad de que sean sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus propias acciones*. En el presente caso se pretende además la nulidad de unos convenios, que podrán ser o no perjudiciales para cada uno de los interesados, pero que en todo caso les corresponde a ellos el ejercicio de cualquier acción, que puede ocasionarle evidentes perjuicios. Así lo ha dicho la Sala en numerosas sentencias, al interpretar el artículo 43.2 de la Ley General Tributaria, garantizando así el derecho de los ciudadanos ante la posible renuncia de sus derechos por quien no reúne la condición legal de representante, de conformidad con lo dicho en estos preceptos, y lógicamente así ha de mantenerlo ahora en el presente caso, en el que además al recurrente se le han dado todas las oportunidades para subsanar un defecto del que previamente se le había advertido correctamente» [la cursiva es nuestra].

La Sentencia no sólo aplica el precepto legal, sino que explica su sentido: con la exigencia de constancia fidedigna del poder se establece una garantía para los ciudadanos, evitando que sean sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus funciones.

Por esa razón, los documentos privados que frecuentemente utilizan los colectivos profesionales especializados en el asesoramiento y representación ante las Administraciones públicas (como es el caso del formulario conocido como «Designa y autoriza», ampliamente implantado en la práctica profesional de los graduados sociales), carecen de eficacia en orden a articular válidamente la representación ante las Administraciones públicas. Ahora bien, conviene expedir este documento cuando no se dis-

ponga de otro medio más adecuado, pues puede ser útil a varias finalidades, entre las que podemos señalar las siguientes:

1. En los concretos casos en que una norma específica con rango de Ley le reconozca valor a efectos de acreditar la representación a un concreto formulario preestablecido por la propia Administración pública, como es el caso de lo previsto en el art. 129.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (11). Así, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ha implantado un formulario normalizado de representación para presentación de escritos y documentos en su registro electrónico, lo cual es coherente con las diferencias entre presentación y formulación (a que dedicamos un apartado posteriormente) y permite relajar las exigencias de acreditación de la representación cuando se trate de meras presentaciones electrónicas.
2. Para acreditar la representación ante el propio cliente (representado) en caso de conflicto, y en especial, en caso de exigencia de responsabilidad. El documento privado no hace prueba plena, pero sí tiene en todo caso cierto valor probatorio, y puede servir para justificar por el representante el apoderamiento de que gozaba para realizar una determinada gestión.
3. Para dejar constancia interna (en los propios archivos del representante) del apoderamiento para la realización de trámites que no requieran acreditar la representación, pues aunque en tales casos no es preciso aportar documento acreditativo alguno, sí conviene que el representante conserve algún instrumento probatorio de su mandato.
4. Para jugar como medio de acreditación de la representación en los concretos casos en que así se admita. Por ejemplo, el documento privado puede ser una forma válida de expedir el poder y acreditarlo cuando así se establezca expresamente en las condiciones específicas de habilitación para actuar en representación de otros por medios electrónicos que regula el art. 5.7 LPAC.

Para conocer el modo en el que las Administraciones públicas vienen exigiendo la constancia fehaciente de la representación, hemos realizado un estudio de campo consultando a 30 órganos administrati-

---

(11) Que dispone: «En caso de actuación por medio de representante, la representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente. A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración de la Seguridad Social para determinados procedimientos».

vos los criterios que aplican en esta materia<sup>(12)</sup>. En la mitad de ellos, se exige la aportación de un poder de representación, ya sea notarial, ya expedido *apud acta*; este criterio es el mayoritariamente implantado en la práctica. En otros tres casos simplemente piden una autorización expresa del poderdante, que cabe aportar mediante documento privado. En siete de los órganos consultados solicitan aportar, indistintamente, ya sea una autorización (normalmente acompañada de fotocopia del DNI), ya sea un poder notarial. Para terminar, en dos de los órganos consultados afinan el alcance del instrumento en función de la naturaleza del procedimiento: a veces no solicitan aportar ningún escrito de apoderamiento, en otros casos piden una autorización acompañada de fotocopia del DNI, y en otros casos exigen un apoderamiento de constancia fehaciente, notarial o *apud acta*. La situación pone de manifiesto la enorme variedad de criterios de aplicación que viene suscitando el régimen de la representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo, siendo así que no se trata de una cuestión menor y merecería un mayor grado de homogeneidad y seguridad jurídica. Nótese que la mayoría de estas prácticas no se acomoda a la Ley, que no diferencia en función del carácter del procedimiento, sino de la naturaleza del trámite con independencia del procedimiento en el que tenga lugar: en el primer caso, subvenciones y sanciones, por ejemplo; en el segundo, presentar solicitudes o recursos y presentar alegaciones o pruebas.

En definitiva, cuando se desee actuar mediante representante en el procedimiento administrativo resulta preciso consultar a cada órgano gestor para conocer qué instrumento de constancia exige aportar, y en caso de duda, será necesario disponer de uno de los medios de constancia fidedigna o fehaciente previstos en la Ley. En cualquier caso, la necesidad de acreditar la representación es un requisito subsanable, como veremos más tarde, debiendo requerirse al interesado a que proceda a su cumplimiento en el caso de que la documentación aportada se considere insuficiente por el instructor.

#### **4. Momento de otorgar o revocar el poder y de acreditar la representación**

El poder puede otorgarse y revocarse en cualquier momento. Lo normal será expedirlo en el momento de iniciación del procedimiento o al

---

(12) El cribado ha consistido en una consulta de los criterios de aplicación para acreditar la representación realizada a órganos centrales y periféricos de la Administración General del Estado, de varias Comunidades Autónomas, de Entidades Locales, de organismos autónomos, agencias, Universidades, y Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

realizar el mandato —trámite— de que se trate. Pero cabe aplicar aquí las reglas del Derecho común sobre representación tácita, representación sin poder y ratificación de la representación (13).

No es preciso acreditar la representación al momento de realizarse el trámite. Caso de que no se disponga de medios de constancia fidedigna, la Administración debe proceder al trámite sin obstruir su práctica y requerir la subsanación posteriormente. El art. 5.6 LPAC dispone en este sentido:

«La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran».

Esta previsión alivia la carga documental que corresponde aportar a la iniciación del procedimiento o a la realización del trámite, facilitando las gestiones que se realizan en nombre de un tercero, especialmente cuando el mandato haya sido por razones de urgencia y no quepa articularlo de otro modo por la perentoriedad de algún plazo (14). De tal forma que el representante puede realizar inmediatamente el trámite, siendo subsanada la falta de acreditación del poder mediante un requerimiento ulterior del instructor del procedimiento.

La Administración no puede denegar la realización del trámite a quien no acredite la representación, ni asociarle estas consecuencias de pérdida del trámite o archivo del procedimiento sin haber requerido la subsanación. Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 2089/2012, de 5 de diciembre, relativa a un supuesto en el que una empresa envió a un acto de comprobación de replanteo a un técnico que no aportaba poder de representación, y en lugar de proceder al

---

(13) Véanse especialmente RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2013; BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.199 y ss.; y, en una dimensión más particular, pero de gran interés en su construcción, GORDILLO CAÑAS, Antonio: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

(14) En este sentido se recomendaba más atrás disponer cuando menos de algún instrumento privado de apoderamiento, como el formulario «Designa y autoriza» de los graduados sociales. Si no hay tiempo para otorgar un poder notarial o *apud acta*, la disposición de este instrumento permite al menos al apoderado utilizarlo en eventuales conflictos de Derecho privado en los que el mandante ponga en entredicho la legitimidad de su intervención o pretenda eludir el pago de los servicios.

trámite y requerirle la subsanación del apoderamiento, la Administración procedió a resolver el contrato (15).

El trabajo de campo anteriormente referido ofrece en este punto el dato de que cuatro de los órganos consultados insisten en que no solicitan ningún instrumento de constancia de la representación a la hora de presentar la documentación a registro, si bien posteriormente se requerirá la subsanación por el instructor del procedimiento.

Caso de no subsanarse la falta de acreditación de la representación, se producirá la pérdida del trámite o, en su caso, el archivo del procedimiento por desistimiento tácito (16).

## 5. Diferencias entre «presentación» y «formulación» a efectos de la realización de trámites en el procedimiento administrativo

No es lo mismo actuar como representante de otro en un procedimiento administrativo que simplemente realizar la gestión, puramente material, de presentar los escritos en nombre de otra persona en los registros administrativos o en las plataformas de tramitación electrónica. Parece llano que la intensidad del vínculo, y la necesidad de acreditarlo suficientemente, es menor cuando el representado no suscribe documento alguno (y puede no llegar siquiera a tener conocimiento de la actuación), que cuando ha suscrito el escrito a presentar, teniendo pues

---

(15) Aceptando los razonamientos de la sentencia de instancia, el TSJ confirma la anulación del acto de resolución del contrato, en los siguientes términos: «... tal falta de acreditación no impide tener por realizado el acto siempre que se aporte la acreditación o subsanare el defecto en el plazo de diez días que la entidad administrativa debió concederle al efecto conforme dispone al art. 32.4 de la Ley 30/1992. De acuerdo con este último precepto citado, habiendo concurrido al acto de comprobación del replanteo en nombre de Tecprogesa el arquitecto técnico empleado de la empresa contratista ya mencionado, la Administración pudo y debió realizar el acto de comprobación del replanteo con la asistencia de referida persona que acudió en nombre de la empresa sin perjuicio de subsanar los defectos de representación que pudieren concurrir en la misma. Lo expuesto pone de manifiesto que no puede apreciarse en este caso el incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria contratista de la obligación de acudir al acto de comprobación del replanteo pues compareció en su nombre a dicho acto el empleado ya referido aun cuando no acreditara documentalmente dicha representación, falta de acreditación de la representación que no impedía llevar a cabo el acto sin perjuicio de su acreditación o subsanación posterior del aludido defecto, de modo que no apreciándose incumplimiento de tal obligación en que se fundamenta el acuerdo impugnado en este recurso para justificar la resolución del contrato ya sea en base a la concurrencia de la causa prevista en el art. 111. q) o de la prevista en el art. 149 a) de la LJCA, y no pudiendo tampoco imputarse la demora en la comprobación del replanteo que finalmente no se llevó a cabo a la contratista, se ha de concluir que la resolución del contrato acordada en el acto impugnado no resulta ajustada a Derecho».

(16) En este punto cabe destacar la reciente STS 1342/2018, de 19 de julio, en cuya virtud, no se puede dictar una resolución declarando el desistimiento por caducidad si previamente no se ha notificado al interesado la caducidad del procedimiento, una vez se le haya requerido previamente la subsanación y éste no la hubiera practicado.

pleno conocimiento de su contenido, y se asiste de un mandatario para que simplemente proceda a su entrega. Es una diferencia no explicitada en la legislación del procedimiento administrativo común, pero de indudable trascendencia práctica. Como veremos más adelante, en algunos ámbitos sectoriales —Administración tributaria, Seguridad Social—, con procedimientos de carácter masivo, se han articulado formas de representación menos formalistas y rigurosas cuando la gestión consiste simplemente en la presentación de escritos en nombre de terceros.

En el caso de presentaciones de escritos y documentos en registros presenciales, la clara separación entre presentador e interesado se gestiona de manera muy diferente en las Administraciones públicas. A raíz del estudio de campo que hemos realizado con ocasión de este trabajo, hemos analizado el régimen de exigencia de acreditación del mandato de presentación en más de 30 registros administrativos(17). En la mitad de ellos no se pide documentación alguna a quien presenta un documento, con lo cual, cabe que el presentador no coincida con el interesado, en cuyo caso, no sólo no se verifica de ninguna manera la representación, sino que además, no queda constancia de la realización del trámite por parte de un tercero: el documento ingresa en el sistema de información provisto de una firma privada sin autenticar, y, habiendo sido posible su presentación por una persona distinta del interesado en el procedimiento ya que no se solicita al presentador ningún medio de identificación para confirmar que se trata del propio interesado. Dado que el responsable del registro no solicita al presentador un medio de identificación y, en su caso, la constancia de su mandato, tampoco queda rastro de que esa gestión la ha realizado verdaderamente un tercero, de manera que, cuando el expediente llega al instructor, éste no sabe que realmente lo presentó un tercero distinto del interesado.

Esta misma práctica es, por otra parte, la que se sigue cuando los ciudadanos presentan escritos y documentos en Correos mediante el mecanismo previsto en la legislación del sistema postal(18), toda vez que el empleado de Correos no verifica la identidad del presentador y su coincidencia con la del interesado en el procedimiento, limitándose a sellar el original y la copia del escrito antes de su ensobrado.

Es criticable la debilidad del instrumento, pues en la puerta de entrada de la documentación no se filtra la voluntad fehaciente del interesado de promover el procedimiento o realizar el trámite en cuestión, sin que,

---

(17) Se trata del mismo estudio anteriormente referido.

(18) D.A. 1.º de la Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, y art. 31 Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales.



como se ha dicho, quede rastro alguno de que lo llevó a cabo otra persona. Ahora bien, la práctica pretende, sin duda, facilitar los trámites a la ciudadanía, y la debilidad a la que conduce se contrarresta con otras habituales medidas de garantía, como exigir la aportación de un certificado de titularidad de la cuenta corriente a los beneficiarios de subvenciones o ayudas, evitando de esta manera que las cobre un tercero que maliciosamente hubiera realizado la presentación de la solicitud sin conocimiento del interesado.

En otras cuatro oficinas de registro de la muestra analizada se exige la presentación de una autorización firmada por el interesado, esto es, de un documento meramente privado en el que autoriza a otra persona a entregar la documentación en su nombre; debe notarse la extremada debilidad de esta exigencia, toda vez que no se autentican las firmas del interesado ni en el escrito que se aporta ni en la autorización a presentarlo. Otras tres oficinas de registro solicitan autorización acompañada de copia del DNI, lo cual añade cierta dosis de seguridad jurídica, pero no resuelve el problema de la no autenticación de la firma. Y los restantes registros ofrecen un panorama diverso, desde los que generalmente no piden nada, pero recomiendan acudir provisto de autorización y fotocopia del DNI por si fueran requeridos para su muestra; hasta los que diferencian en función de la relevancia del trámite y por lo general no exigen formalidad alguna, pero en cambio son acertadamente rigurosos en trámites o gestiones sensibles, como la solicitud de subvenciones, exigiendo en tal caso la acreditación de la identidad del presentador y alternativamente la aportación de una autorización acompañada de copia del DNI.

Cuando se trata de presentaciones por medios electrónicos, las diferencias son cruciales. El interesado firma electrónicamente el documento, lo cual, cuando se trata de firma electrónica propiamente dicha —especialmente, firma electrónica avanzada y cualificada— y no de meros medios de identificación, garantiza —art. 10.1 LPAC— la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento —no repudio en origen—, así como la integridad e inalterabilidad del documento; en particular, un documento firmado con un certificado electrónico avanzado o cualificado se beneficia de una encriptación que permite detectar cualquier cambio que haya experimentado posteriormente. Con estas coordenadas, el presentador se limita a entregarlo a la Administración (a presentarlo en el registro electrónico correspondiente), pero en todo caso hay mecanismos de constancia y comprobación de la autenticidad de la firma y de la integridad del documento. Esta preconfiguración del documento mediante la aplicación de la firma le confiere, en la práctica, una robustez probatoria de la que carece el documento en papel firmado de manera manuscrita, pues este último exigiría su autenticación, en tanto que el firmado electrónicamente se entiende auténtico de suyo.

Se trata de una sorprendente y trascendental asimetría entre la administración electrónica y en papel, que debería conducir a una relajación de las exigencias formales de acreditación de la representación cuando de lo que se trata es, simplemente, de que un mandante proceda a la presentación electrónica de un escrito previamente firmado electrónicamente por el interesado.

Esta división de roles entre solicitante (firmante) y presentador no será posible en los sistemas de información preconfigurados para la conformación en línea del trámite a realizar: por ejemplo, una solicitud de subvención que se construye mediante la sucesiva aportación de datos y documentos a una plataforma de tramitación, cuyo último trámite es la presentación en línea. En tales circunstancias, no parece fácil que el asesor del ciudadano pueda actuar como mero presentador, si el sistema no está configurado para admitir tal figura y se articula solamente mediante la presentación por el propio solicitante y una firma electrónica de su titularidad. No obstante, en la mayoría de los casos, estas plataformas completan la tramitación generando un documento, generalmente en formato pdf, que ha de ser firmado por el solicitante antes de su presentación. En tal caso, es perfectamente posible y lícito, en mi opinión, que el asesor complete la solicitud y genere el pdf, lo firme electrónicamente la persona solicitante, y el asesor proceda después a realizar el trámite de presentación completando la tramitación electrónica. Es más, los sistemas informáticos que no estén configurados de este modo deberían adaptarse para articular esta forma de presentación, en la que no tenga que coincidir necesariamente el solicitante y el presentador, por ser mucho más versátil y adecuada a los tiempos que corren y perfectamente acorde con el art. 5.3 LPAC.

Por todo lo antedicho, la figura del presentador en el procedimiento administrativo común debería recibir un tratamiento normativo expreso. Especialmente, para los colectivos especializados profesionalmente en la representación de la ciudadanía ante las Administraciones públicas (como ya se ha visto, abogados, gestores administrativos y graduados sociales). Y, en cualquier caso, los sistemas de registro y realización de trámites ante las Administraciones públicas deberían encontrarse adecuadamente configurados para permitir la operativa de esta figura, mucho más flexible que la del representante o apoderado en sentido estricto. Hasta ahora se ha reconocido la figura del presentador en ámbitos sectoriales, como hemos de ver seguidamente; pero la situación actual invita a conferir carta de naturaleza a esta categoría, admitiendo su juego en cualquier procedimiento administrativo.

Así, el interesado habrá de firmar electrónicamente el documento en los supuestos que establece el art. 11.2 LPAC, con lo cual quedaría acreditada su voluntad por un medio fidedigno que garantiza su no repudio y

la integridad del escrito; pero su mera presentación a registro podría llevarse a cabo por una serie de colectivos o sujetos sin necesidad de mayor requerimiento formal. La manera de articularlo es básicamente mediante la incorporación en los sistemas de información y en los formularios de presentación de escritos de una serie de campos en los que se consignen los datos del presentador: nombre y apellidos, número de DNI, colectivo profesional al que pertenece, etc.; y la firma electrónica del escrito de presentación por su parte se reputaría perfectamente válida, aportándose en el trámite como documento de acompañamiento el escrito firmado electrónicamente por el interesado propiamente dicho. De este modo quedaría bien claro y delimitado quién actúa como presentador y quién es el interesado, así como la voluntad fehaciente de este último de suscribir el escrito (toda vez que lleva incorporada su firma electrónica), simplificándose extraordinariamente la realización del trámite con plenitud de garantías jurídicas, como viene ocurriendo en materia tributaria.

Es importante notar que la representación articulada de esta manera para la mera presentación de un escrito no confiere correlativamente la condición de representante para realizar cualquier otro trámite o gestión, y desde luego, no apodera al presentador para recibir las notificaciones a que dé lugar el procedimiento, las cuales se seguirán remitiendo al interesado, preservando así la integridad de sus derechos.

## **6. La habilitación general a personas físicas o jurídicas para realizar presentaciones electrónicas en representación de los interesados**

El art. 5.7 LPAC establece una interesante previsión, al permitir que las Administraciones públicas habiliten con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de transacciones electrónicas en representación de los interesados<sup>(19)</sup>. Se trata, por tanto, de una representación restringida a la presentación de un trámite por medios electrónicos. Con arreglo al propio precepto, «Dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones Públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación. No obstante, siempre podrá comparecer el interesado por sí mismo en el procedimiento».

---

(19) El precepto, que tiene su antecedente en el art. 23 LAECSP, fue objeto de desarrollo ejecutivo por los arts. 13 y 14 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007; preceptos posteriormente derogados por la disposición derogatoria única, apdo. 2.º, letra g) de la Ley 39/2015, citada.

Con esta previsión se pretende, como fácilmente se colige, facilitar las gestiones de los ciudadanos articulando un instrumento ágil de representación. Resulta un tanto ambiguo en lo que se refiere a la naturaleza de los trámites en los que juega esta representación, así como respecto al instrumento en el que articular la representación y la necesidad de su aportación al procedimiento. No obstante, para que el precepto tenga virtualidad sólo cabe interpretarlo en el sentido de que admite articular una representación en el procedimiento administrativo sin necesidad de aportar el poder cuando se trate de determinados colectivos (como abogados, gestores administrativos y graduados sociales), que hayan sido expresamente habilitados para ello. En la economía subyacente al precepto se piensa en colectivos profesionales especialmente dedicados al asesoramiento y representación de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, beneficiándolos con una presunción *iuris tantum* de obrar mediante representación, pero requiriéndoles a presentar el instrumento acreditativo de su apoderamiento en el caso de que se considere necesario; se entiende que este requerimiento será excepcional, y restringido a supuestos en los que el instructor observe alguna anomalía que suscita sus sospechas, o a rastreos aleatorios orientados a controlar y verificar la existencia del poder.

En aplicación de estas previsiones se han dictado algunas disposiciones que regulan la suscripción de convenios de habilitación para la presentación electrónica de diferentes trámites(20), o bien que establecen convenios-marco a los que deben adherirse individualmente cada uno de los sujetos habilitados(21). Debe llamarse la atención sobre el hecho de que estas disposiciones no dispensan al representante de la necesidad de disponer de un medio de constancia que acredite su representación, aludiendo expresamente, en este sentido, al art. 32 LRJPAC o al art. 5 LPAC. En línea de principio cabe pensar que este tipo de convenios no eximen, por tanto, de la necesidad de otorgar el poder, limitándose a dar su existencia por supuesta y no exigir su aportación, salvo que expresamente

---

(20) El art. 13.2 RD 1671/2009 (derogado) supeditaba la habilitación a la previa firma de un convenio de colaboración entre el Ministerio u organismo público competente y la corporación, asociación o institución interesada.

(21) Por ejemplo, la Orden JUS/698/2016, de 4 de mayo, por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de Convenios de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados; la Orden de la Consejería de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura de 17 de octubre de 2018, por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de convenios de habilitación para la realización de transacciones electrónicas en representación de terceros en el procedimiento de puesta en funcionamiento de establecimientos, instalaciones y productos industriales sujetos a normas reglamentarias de seguridad industrial no sometidos a autorización administrativa (DOE de 29 de octubre de 2018). Previsiones análogas se han articulado por las más diversas Administraciones públicas en diferentes ámbitos sectoriales.

se requiera. Ahora bien, es igualmente cierto que muchos de estos convenios incorporan un formulario de otorgamiento del poder, o *autorización* —como equivocadamente lo llaman—, de carácter estrictamente privado, que firman ambas partes (representante y representado), y que dan por bueno como instrumento de constancia de la representación. Es obvio que no se trata de una constancia *fidedigna*, y esta práctica no parece ajustada a Derecho: en el caso de que se requiera acreditar la representación, debería hacerse mediante algún instrumento de constancia fehaciente, incluso la comparecencia del interesado para otorgar poder *apud acta* como recuerda el propio art. 5.7 LPAC; lo que no tiene sentido es requerir la acreditación y entenderla satisfecha mediante un documento meramente privado (22).

Lo antedicho no obsta a la posibilidad de diferenciar entre mera presentación de un escrito y formalización del mismo, tal y como hemos puntualizado un poco más atrás. A mi juicio, cuando se trata de relaciones electrónicas —como es el caso—, si el escrito que presenta una persona en representación de otra lleva la firma electrónica de esta última, no se debería exigir la acreditación de la representación al presentador, tanto más, cuanto que se integre en un colectivo entre cuyas atribuciones profesionales se encuentre la actuación ante las Administraciones públicas en representación de terceros, como es el caso de los abogados, gestores administrativos y graduados sociales. En estos casos, cabría que la Administración habilitase a tales colectivos a realizar presentaciones electrónicas en nombre de los interesados, y que, cuando el escrito presentado disponga de la firma electrónica del interesado, no sea preciso acreditar representación alguna, pues el contenido del documento es verdadera y directamente la voluntad del interesado, expresada mediante un instrumento que ofrece garantías de autenticidad e integridad.

En orden a agilizar la tramitación de los procedimientos, la Administración General del Estado ha puesto en funcionamiento la plataforma *Representa* (23), que sirve de punto único para la validación de la habilitación de los profesionales asociados a colectivos de representación de

---

(22) Cabe recordar que el art. 14.2 RD 1671/2009 reconocía plena validez a la acreditación de la representación mediante documentos normalizados que apruebe la Administración para cada procedimiento. Pero esta disposición, cuya conformidad a Derecho suscitaba serias dudas por no ajustarse a los postulados legales, fue derogada, como ya se ha dicho, por la Ley 39/2015, dejando sin cobertura normativa la acreditación de la representación mediante documentos privados. El precepto decía lo siguiente: «La Administración podrá requerir en cualquier momento a las personas habilitadas la acreditación de la representación que ostenten, siendo válida la otorgada a través de los documentos normalizados que apruebe la Administración para cada procedimiento. La falta de representación suficiente de las personas en cuyo nombre se hubiera presentado la documentación dará lugar a la exigencia de las responsabilidades que fueran procedentes».

(23) Para acceder al servicio y ampliar la información sobre su funcionamiento véase <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/representa> (última visita: 11/01/2019).

personas físicas o jurídicas. Dispone de conexión interoperable con el Consejo Oficial de Graduados Sociales, con el Consejo de Gestores Administrativos, y con los colegios adheridos a ambos; asimismo se pueden incorporar otros colectivos. De esta manera, el instructor de cualquier procedimiento puede acceder a la plataforma y verificar si la persona que actúa como representante a efectos de la presentación electrónica figura inscrito como integrante de alguno de los colectivos habilitados para ello.

## **7. Complicaciones específicas derivadas del deber de relacionarse por medios electrónicos**

La relación electrónica plantea una problemática específica radicalmente distinta de la que se produce en el mundo presencial. Sucede, como premonitoriamente advirtiera LESSIG (24), que el derecho se sujeta a la tecnología, lo que supone, por una parte, la imposibilidad material de ejercer ciertos derechos (porque no existe el instrumento tecnológico que lo permita), y por otra, el hecho de que la legislación se dicte en función de la concreta solución tecnológica que se haya implantado por los responsables públicos (dicho de otro modo: la técnica es la que condiciona al Derecho y no al revés).

Como hemos de ver, esta situación parece ser el problema principal que se produce en el sistema RED con ocasión de la actuación mediante representante para cualquier trámite: el sistema está configurado para asociar desde ese momento la cuenta de cotización o número de la Seguridad Social del representado al representante, con quien se entienden en lo sucesivo todas las actuaciones de la Seguridad Social, y quien tiene acceso al conjunto de la información disponible sobre esa cuenta de cotización o número de la Seguridad Social, a pesar de que el representado (normalmente, el graduado social) no quiera asumir esa responsabilidad ni disponga tampoco de poder o mandato suficiente para ello.

Esta concreta situación es a su vez expresión puntual de un problema mucho más amplio y complejo: cuando una persona actúa en representación de otra, los sistemas informáticos de las Administraciones públicas no suelen estar configurados para afinar y acotar el alcance de las gestiones y el acceso a la información que el representante podrá hacer en lo sucesivo respecto al representado. El grado de intensidad en la desviación de la finalidad inicial de la representación puede ser enorme. A veces, al actuar simplemente como presentador de un escrito (por ejemplo, una solicitud de iniciación), el representante tiene después acceso a

---

(24) LESSIG, Lawrence: *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

todos los avatares del procedimiento, que puede perfectamente aparecer en su integridad y sin restricciones de acceso en la carpeta ciudadana (o plataforma equivalente) del presentador, o a quien se le permite acceder al expediente en la sede electrónica del órgano responsable de la instrucción. Pero si esto no fuera ya suficientemente grave (desde la perspectiva de la protección de datos, principal pero no exclusivamente), ocurre a menudo que la asociación de la firma electrónica del presentador o representante de una persona a la del representado le granjea al primero acceso ilimitado a toda la información disponible en el correspondiente sistema a nombre del segundo (datos personales, información de carácter fiscal, ayudas y subvenciones recibidas, expedientes en los que es o ha sido parte...), e incluso, a veces, realizar trámites distintos de aquél para el que se ostenta representación. Esta situación representa un fabuloso problema para los responsables de los sistemas de información, que se afanan en encontrar e implantar soluciones que eviten el descontrol o fuga de información que se produce en estos casos sin consentimiento de los afectados. Y también constituye un problema de igual o mayor calibre para los titulares de esos datos, quienes no desean que, por el mero hecho de que un empleado o un asesor realice un trámite en nombre de la empresa, acceda a toda esa información o pueda realizar cualquier otra gestión.

En otro orden radicalmente distinto de consideraciones, cuando la relación jurídica tiene lugar por medios presenciales el instructor no llega a saber cómo se presentó el documento en el registro, y en el caso de que la presentación se hiciera por un tercero, si el registro sigue la práctica mayoritaria indicada más arriba de no pedir la identificación de quienes presenten los escritos y documentos, en el expediente administrativo no queda rastro de la intervención del tercero, por lo que el instructor no advertirá absolutamente nada y no se verá en la necesidad de reclamar subsanación alguna. En cambio, cuando la presentación se hace por medios electrónicos, va asociada a la firma electrónica del presentador, por lo que, cuando la documentación llega al instructor del procedimiento, y el presentador no coincide con el interesado, se ofrece ante éste la evidencia de que intervino un tercero, por lo que se ve abocado a instar la acreditación de la representación requiriendo la pertinente subsanación.

Las Administraciones públicas, cada vez más conscientes de todo este tipo de problemas, vienen desplegando esfuerzos para intentar subvenirlos. Reprograman los sistemas e introducen nuevos módulos y herramientas con los que construir un universo de relaciones electrónicas verdaderamente concebido como tal, y no como una mera traspolación de la realidad presencial al mundo virtual, sino atendiendo a la dimensión electrónica de manera holística y acomodada a su naturaleza: la administración electrónica no es un universo de documentos, sino de bits. Su ló-

gica subyacente debe necesariamente cambiar, pues de otro modo no es capaz de resolver su problemática intrínseca, que difiere radicalmente de la que se presenta con la gestión documental en soporte papel. A continuación estudiamos una de las principales soluciones que se han ideado para resolver el problema de la representación y el apoderamiento en este mundo paralelo de lo electrónico.

### **III. En especial, el Registro Electrónico de Apoderamientos (REA): una pieza clave del nuevo modelo de relaciones jurídico-administrativas**

El apoderamiento electrónico es una importante apuesta para facilitar la implantación de la administración electrónica. Consiste en una plataforma en la que se puede otorgar un poder por medios electrónicos, de manera rápida (en línea), sin coste y con el alcance que el poderdante desee.

#### **1. El régimen común de los registros de apoderamientos electrónicos**

El registro electrónico de apoderamientos (en lo sucesivo, REA) aparece regulado en el art. 6 LPAC. Su apartado 1.º obliga a que exista un REA en cada Administración general (del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales), aunque cabe prestar este servicio de administración electrónica mediante un convenio de adhesión a la plataforma de otra Administración pública(25). La Ley permite que existan REAs específicos de organismos concretos, en los que se inscriban los poderes otorgados para la realización de trámites específicos en el mismo. Esto salva la subsistencia de los registros de apoderamientos existentes a la entrada en vigor de la Ley, entre los que destacan los implantados en el ámbito tributario y en el de la Seguridad Social.

Todos los REAs, sean generales o particulares, y de cualquier Administración pública, han de ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos (art. 6.2 LPAC). Conforme al mismo artículo, los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos permitirán comprobar válidamente la representación de quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad, y a los protocolos notariales: todos ellos han de ser interoperables.

---

(25) De hecho, ante la complejidad que entraña la puesta en marcha de estas plataformas, las Administraciones públicas están optando por adherirse masivamente al REA de la AGE.



El art. 6.4 LPAC regula el tipo de poderes que se pueden otorgar, estructurando de hecho el registro en tres ámbitos distintos, lo que le confiere una gran versatilidad:

1. Poder general para actuar en *cualquier actuación* administrativa y ante cualquier Administración.
2. Poder general para actuar en cualquier actuación ante una *Administración u Organismo* concreto.
3. Poder particular para la realización de un *trámite concreto*. Esta opción es la que complica la articulación del registro, pues no es fácil diseñar en la plataforma un entorno intuitivo que permita localizar tanto la Administración, Organismo y órgano administrativo, como el concreto trámite de que se trate. Parece claro que la solución no puede pasar por abrir desplegables que contengan absolutamente todos los trámites posibles de todos los procedimientos, por lo que el campo relativo al trámite para el que se otorga el poder debe ser más genérico, lo cual complica tanto la adecuada delimitación del poder como la posterior interoperabilidad del dato a efectos de su consulta.

Conforme al art. 6.1 LPAC, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dispondrán de un REA, en el que deberán inscribirse, al menos, los de carácter general otorgados para actuar en nombre del poderdante ante todas las Administraciones públicas, debiendo constar, igualmente, el bastanteo del poder; este último requisito plantea indudables dificultades de índole práctica, ante el elevado número de poderes que podrán otorgarse (dada la gran usabilidad de la herramienta, como diremos más tarde), pudiendo producir situaciones de colapso en el trámite de bastanteo si los titulares del registro electrónico no lo dotan de los medios humanos necesarios.

Por otra parte, tal y como expresa el propio apartado en su párrafo 3.º, cada Organismo podrá disponer de su propio REA, donde se inscriban los poderes otorgados para la realización de trámites específicos en el mismo. Es lo que sucede en el ámbito de la Seguridad Social y de la Administración tributaria, donde existían registros electrónicos de apoderamientos con anterioridad a la aprobación de la Ley, que podrán mantenerse tras su entrada en vigor.

Ahora bien, todos los registros, generales y particulares, de todas las Administraciones y Organismos, han de ser interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos —art. 6.2 LPAC—. Esta interoperabilidad pretende que los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos, tal y como establece el párrafo 2.º del mismo apartado,

permitan comprobar válidamente la representación de quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad, y a los protocolos notariales.

En cuanto al *modo de otorgar el poder*, ya hemos visto que el art. 5.4 LPAC establece los cauces generales, permitiendo acreditar su otorgamiento «a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente(26)». El art. 6.4 LPAC completa esta regulación precisando que, en lo relativo al registro electrónico de apoderamientos, el poder se otorgará mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos en la Ley, o bien mediante comparecencia personal en las oficinas de asistencia en materia de registros. Como es fácil de entender, la sedicente «comparecencia electrónica» se articula con el acceso por el interesado a la plataforma de registro, y el otorgamiento del poder en línea mediante firma electrónica utilizando exclusivamente medios telemáticos, por lo que hablar aquí de poder *apud acta* no es más que una *factio iuris*, que iguala la comparecencia personal ante un funcionario público con el otorgamiento del poder por medios exclusivamente electrónicos y sin comparecencia real alguna. La extraordinaria facilidad que entraña este modo de otorgar el poder convierte al REA en una valiosa herramienta para potenciar las relaciones por medios electrónicos, y particularmente para facilitar la actuación de los profesionales especializados en representar a los ciudadanos ante la Administración, pues se trata de un cauce rápido y gratuito para articular una representación perfectamente válida en Derecho y con alcance general para todas las Administraciones públicas.

Por el contrario, sí constituye verdaderamente un apoderamiento *apud acta* el que se otorga por comparecencia en las oficinas de asistencia en materia de registro, a las que hemos aludido más atrás (§ 3 C). Como decíamos entonces, esas oficinas constituyen un cambio de paradigma respecto a las tradicionales oficinas de registro. En ellas se deben encontrar los funcionarios públicos habilitados para realizar presentaciones en nombre de los ciudadanos que no dispongan de los medios necesarios, los funcionarios habilitados para la expedición de copias, y los funcionarios habilitados para inscribir en el REA los poderes otorgados por los ciudadanos mediante comparecencia a la oficina. Debe llamarse

---

(26) En realidad, siendo todos los registros interoperables, y debiendo cada uno de ellos admitir la posibilidad de que se expidan poderes relativos a otras Administraciones públicas distintas de la titular del registro (al menos, el poder general de representación ante todas las Administraciones), la mención a la Administración pública «competente» no parece tener mucho sentido, siendo suficiente con referirse a la inscripción en cualquier REA.

la atención, en este sentido, sobre el hecho de que el poder *apud acta* por comparecencia personal al que alude el art. 5.4 LPAC, caso de realizarse por comparecencia ante el instructor del procedimiento, sólo opera en el seno de dicho procedimiento; y para expedir un poder con mayor radio de actuación mediante comparecencia personal, habrá de hacerse necesariamente en las oficinas de asistencia en materia de registro ante los funcionarios habilitados para ello.

El art. 6.3 LPAC determina el contenido mínimo de los asientos en que se inscriban los apoderamientos electrónicos(27). La Ley —art. 6.4 *in fine*— contemplaba que los modelos de poderes inscribibles serían establecidos con carácter básico por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, pero este párrafo ha sido declarado inconstitucional(28).

En cuanto a su validez y revocación, los poderes pueden otorgarse por tiempo determinado o indefinido, si bien tendrán una validez máxima de 5 años, y pueden revocarse en cualquier momento —art. 6.5—; la solicitud de revocación puede dirigirse a cualquier registro —art. 6.6—, lo cual representa una nueva exigencia de interoperabilidad.

## **2. Utilidad del apoderamiento electrónico para evitar la problemática cesión de certificados y facilitar la actuación de los profesionales especializados en representar ante las Administraciones públicas**

Uno de los aspectos más problemáticos asociados a la implantación de la administración electrónica es la dificultad que representa todavía para muchos ciudadanos el uso de los certificados electrónicos, no sólo porque algunas de las soluciones implementadas (como el DNle) resulta difícilmente usable y poco funcional, sino además, por los problemas de interoperabilidad que plantean las plataformas de firma. Todo ello supone una indudable barrera a las relaciones administrativas por medios electrónicos.

La situación ha conducido a que muchos ciudadanos cedan sus certificados a terceros para que realicen los trámites en su nombre, facilitándoles las claves. Se debe llamar cuidadosamente la atención sobre el he-

---

(27) Deberán contener, al menos, la siguiente información: a) Nombre y apellidos o la denominación o razón social, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente del poderdante; b) Nombre y apellidos o la denominación o razón social, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente del apoderado; c) Fecha de inscripción; d) Período de tiempo por el cual se otorga el poder; e) Tipo de poder según las facultades que otorgue.

(28) Por resultar contrario al orden constitucional de reparto de competencias; STC 55/2018, de 24 de mayo.

cho de que esta práctica es ilícita: el art. 6.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (LFE) establece que el firmante es la persona que usa el dispositivo de creación de firma y actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica que representa, pero en este último caso, conforme al art. 11.4 LFE, el certificado mismo debe incluir la indicación del documento público que acredite las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente; es decir, que cada certificado sólo puede ser usado por su titular, dado que su uso determina la acreditación de la identidad del firmante por parte del prestador de los servicios de certificación, quien ha tenido que verificar la identidad del firmante antes de expedirle el certificado, y asegurarse de que mantiene *bajo su exclusivo control* —art. 12 c) LFE—. Por ello mismo, entre las condiciones de expedición de los certificados electrónicos que suscribe el solicitante de un certificado, se encuentra la prohibición expresa de revelar a un tercero sus datos de creación de firma o cualquier otra información sensible como claves, códigos de solicitud, contraseñas o el propio soporte del certificado (29).

Y no es por puro capricho, sino por el hecho de que entregar a otro el certificado con sus claves supone conferirle plenamente nuestra identidad para actuar por medios electrónicos como si se tratara de nosotros mismos, y posteriormente resultará prácticamente imposible demostrar que no fuimos nosotros quienes realizamos una determinada actuación, sino que la llevó a cabo sin autorización una persona a quien cedimos el certificado con sus claves. Como fácilmente se comprende, esta actuación jurídica utilizando el certificado de un tercero no es una *representación*, sino una verdadera *suplantación* (aunque sea consentida) de la identidad del titular del certificado por parte de quien firma la actuación, pues no queda rastro alguno de que la realiza otra persona distinta del interesado (titular del certificado electrónico).

El REA es una herramienta valiosísima para erradicar esa práctica de manera fácilmente operativa y con plena eficacia jurídica. El representante puede informar al representado de los pasos a seguir para que ac-

---

(29) A modo de ejemplo pueden citarse expresamente las «Obligaciones del titular del certificado» que establece la FNMT-RCM en relación con el certificado «AC Usuarios», masivamente implantado: «Los titulares del certificado electrónico tienen la obligación de: i) Conocer y cumplir las condiciones de utilización de los certificados previstas en las condiciones de uso y en la Declaración de Prácticas de Certificación y en particular, las limitaciones de uso de los certificados; ii) Actuar con diligencia respecto de la custodia y conservación de los datos de creación de firma o cualquier otra información sensible como claves, códigos de solicitud del certificado, contraseñas, etc. así como de los soportes de los certificados, lo que comprende en todo caso, la no revelación de ninguno de los datos mencionados». El documento de condiciones de uso es accesible en <https://www.sede.fnmt.gob.es/certificados/condiciones-de-uso> (última visita: 13/1/2019). En cuanto a Izenpe, el apartado 6.2.3 de la Declaración de Prácticas de Certificación que acepta el titular, le impone a éste el deber de mantener la clave «bajo su exclusivo control»; en la misma línea, puede verse el apdo. 9.7.3 de dicho documento.

ceda al REA y otorgue el poder, o incluso citarse con el representado para guiarle en todo el proceso, sin llegar a quedarse o custodiar su certificado en ningún momento. De ahí la importancia de que el REA sea plenamente operativo cuanto antes, y de que los profesionales especializados en la representación y asesoramiento ante las Administraciones públicas puedan invitar a sus clientes a otorgar los poderes por ese medio, evitando la situación actual y sus grandes peligros.

### **3. Modelos de implementación y consecuencias de su retraso: desequilibrio en la posición de los obligados a relacionarse por medios electrónicos**

En ejecución de las previsiones del art. 6 LPAC, la Administración General del Estado ha puesto en marcha la plataforma @podera (30), mediante la que se articula su REA. Realmente fue creado con anterioridad, puesto que, como ya hemos indicado, el REA se encontraba previsto en el art. 15 RD 1671/2009, y su funcionamiento se desarrolló posteriormente mediante Orden ministerial (31). Desde su lanzamiento ha estado en constante evolución para incorporar al máximo número de Administraciones y Organismos y para refinar la operativa de otorgamiento de poderes. El acceso se lleva a cabo mediante el sistema de identificación CI@ve, lo que le confiere versatilidad.

En este momento, por lo que se refiere al otorgamiento de poderes, la arquitectura del portal se organiza en tres grandes secciones: a) Apoderamiento general para todas las Administraciones públicas y todas las actuaciones; b) Apoderamiento para una Administración pública u Organismo y todas las actuaciones; y c) Apoderamiento por trámites y procedimientos. En la sección b) se van incorporando poco a poco Administraciones y Organismos, pero la situación deja mucho que desear todavía tanto en esa sección como en la c) (32).

En cuanto a otras funcionalidades, el portal dispone en su página principal de una pestaña desde la que se accede a «Mis apoderamientos»,

---

(30) Accesible en la sede electrónica del Punto de Acceso General de la AGE, situado en la URL <https://sede.administracion.gob.es/apodera/clave.htm> (última visita: 15/01/2019).

(31) Concretamente, la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, por la que se regula el Registro Electrónico de Apoderamientos. Ya con posterioridad a la aprobación de la LPAC se han establecido los modelos de asientos inscribibles, mediante la Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades Locales y se establecen los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos *apud acta* a través de medios electrónicos.

(32) A título de ejemplo, en el momento de elaborar este trabajo sólo se contemplaba la posibilidad de otorgar poderes respecto de cinco CCAA: Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias e Islas Baleares.

donde se pueden consultar y modificar o revocar todos los anteriormente otorgados por el interesado. En la carpeta ciudadana situada en el Punto de Acceso General también se puede acceder a @podera y operar con el registro.

En los campos que el poderdante debe cumplimentar figuran todos los datos del apoderado. La plataforma dispone de campos específicos para que, además de los datos estrictamente indispensables, se introduzca también su dirección de correo electrónico, lo cual va orientado a la posibilidad de que el sistema le envíe un mensaje comunicándole el otorgamiento del poder. La aceptación expresa del apoderado (en el propio sistema) sólo será necesaria en los casos en que lo haya determinado la Administración u organismo competente para la tramitación; pero debemos entender que la ausencia de aceptación del poder es un requisito perfectamente subsanable *ex post* de cualquier actuación realizada una vez otorgado el poder, tanto más, cuanto que la mera realización del trámite cabe interpretarse como aceptación tácita.

Otras Administraciones públicas han implantado sus propios REAs, o anunciado su intención de hacerlo. Así, el reputado consorcio Administración Abierta de Cataluña (AOC), en el que se integran todas las Administraciones autonómicas y locales radicadas en la Comunidad Autónoma, anuncia en su portal la futura implementación de un REA, actualmente en fase de desarrollo (33). Sin embargo, la política que vienen siguiendo mayoritariamente las Administraciones públicas y sus organismos es adherirse directamente al REA de la AGE, en primer lugar por razones de costes, pero en segundo término también porque resulta la manera más fácil de lograr la (imperativa) interoperabilidad. Pese a ello, todo apunta a que persistirán dos REAs de cierta tradición, el implantado en la Seguridad Social y el de la AEAT, que estudiaremos con mayor pormenor un poco más adelante.

El registro electrónico de apoderamientos es una de las principales novedades de la LPAC, una pieza esencial del modelo de relaciones administrativas subyacente en esta norma y, por consiguiente, el hecho de que la entrada en vigor del precepto que lo regula se haya suprademorado dos años más, hasta el 2 de octubre de 2020 (34), genera una desafortunada si-

---

(33) Consúltese <https://www.aoc.cat/serveis-aoc/representa/> (última visita: 26/11/2018).

(34) La disposición final 7.ª LPAC suprademoraba al 2 de octubre de 2018 la entrada en vigor de las previsiones de la Ley relativas al registro electrónico de apoderamientos. Ante la llegada de esa fecha sin la efectiva implantación de la plataforma, el plazo se ha ampliado por dos años más, hasta el 2 de octubre de 2020, mediante el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

tuación, con un claro desequilibrio entre los ciudadanos y la Administración a la hora de afrontar las relaciones por medios electrónicos.

En efecto, el deber de relacionarse por medios electrónicos entró en vigor el 2 de octubre de 2016, y las Administraciones públicas han sido implacables en su exigencia, ampliándola incluso a colectivos que muy dudosamente reúnen los requisitos, como es el caso de los autónomos en sus relaciones con la Seguridad Social (35); pero en la economía de la Ley, esa carga se compensaba mediante una serie de herramientas, plataformas y servicios de administración electrónica que no terminan de implantarse y que resultan absolutamente necesarios para equilibrar los derechos y deberes en las relaciones electrónicas: las pasarelas de pago electrónico, el acceso electrónico al expediente administrativo, o el apoderamiento electrónico, por poner sólo tres ejemplos, son elementos fundamentales para facilitar la relación electrónica a los ciudadanos y el trabajo de sus representantes y asesores. Sin embargo, se produce la paradoja de que la Administración toma del régimen de la administración electrónica lo que le conviene (la imposición del deber de relacionarse por medios electrónicos) e incumple y rechaza lo que le constriñe (la implantación de estas plataformas y servicios de administración electrónica), descompensando por completo la relación jurídica en beneficio de la Administración y en perjuicio del ciudadano.

#### **IV. Régimen específico de habilitación y apoderamiento en la Administración Tributaria**

##### **1. Los «colaboradores sociales»**

La legislación tributaria contempla un régimen especial de representación y apoderamiento expresamente previsto en sus leyes de cabecera, y en el que la LPAC es por tanto de aplicación supletoria tal y como se establece en su disposición adicional 1.<sup>a</sup>, antes aludida.

El régimen procede de los arts. 96 ss. de la Ley 230/1963, de 23 de diciembre, General Tributaria, y se acogió después en los arts. 46.4 y 92 ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo, LGT) (36). En aplicación de sus prescripciones, se puede otorgar el poder en un documento privado, un formulario normalizado establecido por la

---

(35) A partir del día 1/10/2018, debido a la entrada en vigor de la modificación introducida por la Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por el que se regula el sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

(36) El art. 92.3 LGT delimita el ámbito material de la colaboración social, estableciendo los trámites que pueden realizarse mediante este instrumento de representación; y el art. 92.4 habilita a la Administración tributaria para determinar reglamentariamente los requisitos y condiciones para

AEAT, sin que deba necesariamente aportarse este documento por el representante a la hora de realizar el trámite, sino tan sólo en el caso de ser requerido para ello (37). Se trata, evidentemente, de una solución ideada para facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la ciudadanía. A pesar de su larga tradición (data de hace ya 55 años) no se ha extendido a otros ámbitos sectoriales donde podría resultar igualmente provechoso, como es el caso de la Seguridad Social.

El desarrollo de estas previsiones ha tenido lugar mediante dos disposiciones reglamentarias: los arts. 79 a 81 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos(38); y la Orden HAC/1398/2003, por la que se establecen los supuestos y las condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos y se extiende ésta expresamente a la presentación telemática de determinados modelos de declaración (especialmente, art. 3.1).

Este régimen permite actuar como colaboradores sociales a las instituciones y organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales, considerándose expresamente incluidos en este ámbito a todos los ejercientes de profesiones colegiadas, con mención específica a los colegios y asociaciones de profesionales de la asesoría fiscal. Para que uno de estos profesionales pueda actuar como colaborador social basta con que se adhiera al acuerdo de colaboración firmado por el respectivo Colegio o Asociación.

Para articular la representación se puede cumplimentar el formulario establecido por la Administración tributaria o bien otorgar un apoderamiento electrónico en la sede de la AEAT. Como se verá después, este registro electrónico de apoderamientos se ha desarrollado con exquisito

---

que la colaboración social se realice mediante la utilización de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

(37) En virtud del art. 46.4 LGT, «Cuando en el marco de la colaboración social en la gestión tributaria, o en los supuestos que se prevean reglamentariamente, se presente por medios telemáticos cualquier documento ante la Administración tributaria, el presentador actuará con la representación que sea necesaria en cada caso. La Administración tributaria podrá requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación, que podrá efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo». Dicho apartado es similar, en su primer párrafo, al art. 5.4 p.º 1.º LPAC, pero añade después un párrafo 2.º del siguiente tenor: «A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración Tributaria para determinados procedimientos». En su virtud, se articula un instrumento privado de apoderamiento, tal y como sucede con la «autorización» para presentación de escritos y documentos en el registro electrónico a que se hizo referencia *supra*, en el apartado 3.

(38) Previamente se regulaba la cuestión en el Real Decreto 1377/2002, de 20 de diciembre, por el que se desarrolla la colaboración social en la gestión de los tributos para la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios.



escrúpulo, diferenciando minuciosamente todos los trámites en función del tipo de actuación o de tributo. Cada variedad exige un apoderamiento específico y expreso. En particular, la recepción de notificaciones figura como ítem independiente, que puede activarse o no.

Para su eficacia, este apoderamiento (ya sea electrónico o en papel) exige aceptación expresa del representante, quien al firmar la aceptación reconoce haber comprobado la autenticidad del DNI del poderdante y conservar una copia en su poder. Cuando la representación se articule mediante el formulario, el representante deberá conservarlo para su aportación en el caso de ser requerido para ello (39).

## 2. El registro electrónico de apoderamientos de la Agencia Tributaria

La Agencia Estatal de Administración Tributaria puso en marcha un registro electrónico de apoderamientos, pionero en el ramo (40), que sigue estando operativo. Esta plataforma de apoderamiento es más sofisticada que la de la Seguridad Social. Únicamente es operativa para los procedimientos incluidos en el ámbito de actuación de la AEAT.

El poder puede ser general para todas las actuaciones relacionadas con la AEAT, o especial para una de las cuatro categorías de trámites que expresamente se establecen (41) —art. 6 de la Resolución—, si bien

---

(39) En relación con todo ello, para mayor seguridad jurídica, el formulario normalizado recoge las siguientes advertencias: «Con la firma del presente escrito el representante acepta la representación conferida y responde de la autenticidad de la firma del/de los otorgante/s, así como de la/s copia/s del DNI (3) del/de los mismo/s que acompaña/n a este/estos documento/s. Sólo se acreditará esta representación ante la Administración Tributaria cuando ésta lo inste al representante».

(40) El registro se creó por la Resolución del Director General de la Agencia Tributaria de 16 de febrero de 2004, por la que se regula el registro y gestión de apoderamientos para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria por Internet, articulándose mediante una aplicación informática que permite inscribir los poderes otorgados por los ciudadanos y empresas para la realización de determinados trámites y actuaciones desde la Oficina virtual de la Agencia Tributaria (actualmente, sede electrónica). Su régimen actual se encuentra establecido en la Resolución de 18 de mayo de 2010, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en relación con el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de menores e incapacitados para la realización de trámites y actuaciones por Internet ante la Agencia Tributaria, dictada al amparo de la Ley 11/2007, pero también del art. 46 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y del art. 84.3 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio; este último prevé que, para el desarrollo de las actividades de asistencia a los obligados tributarios, la Administración tributaria ponga a su disposición registros electrónicos de apoderamiento o representación.

(41) La relación completa de trámites, organizados en estas cuatro categorías, puede consultarse en [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Colaboradores/Registro\\_de\\_apoderamientos/Informacion/Ambito\\_y\\_extension/\\_Que\\_tramites\\_se\\_pueden\\_apoderar\\_por\\_Internet\\_.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Colaboradores/Registro_de_apoderamientos/Informacion/Ambito_y_extension/_Que_tramites_se_pueden_apoderar_por_Internet_.shtml) (última visita: 12/01/2019).

la plataforma se ha articulado, de hecho, para permitir el apoderamiento incluso para trámites específicos dentro de cada categoría. Se exige la aceptación del apoderado para que surta efectos el poder que se otorgue para recibir comunicaciones y notificaciones —art. 3 de la Resolución—.

Este registro de apoderamientos es indudablemente un modelo a seguir, tanto por su configuración técnica y usabilidad, como por el respeto que logra del marco jurídico. Permite afinar perfectamente la amplitud del poder, al mismo tiempo que articula una fórmula ágil para su aceptación por el apoderado. El hecho de que otros registros de apoderamientos ya creados, como el de la Seguridad Social, resulten tan deficitarios en comparación con éste, sólo revela el ostracismo tradicional de las diferentes áreas de responsabilidad administrativa, que se lanzan a diseñar modelos propios sin explorar previamente otras soluciones ya implantadas y plenamente operativas. Resulta especialmente doloroso recordarlo cuando existe un Centro de Transferencia de Tecnología(42), sostenido por la AGE, que promueve la reutilización de aplicaciones.

## V. Régimen específico de representación y apoderamiento en la Seguridad Social

### 1. Los «sujetos autorizados» del sistema RED

En el ámbito de la Seguridad Social se ha generalizado la administración electrónica, implantándose un sistema específico de remisión de datos (RED), regulado por la Orden ESS/484/2013 (en lo sucesivo, ORED), modificada por la Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo. El sistema conlleva en la práctica un régimen específico de representación de los sujetos autorizados para actuar ante en nombre de otros, respecto de los sujetos obligados a incorporarse al sistema (las personas físicas y jurídicas responsables del cumplimiento del deber de cotizar establecidas en el art. 2.2 ORED).

El art. 5.3 ORED regula esta representación —o autorización para actuar en nombre de otros— en los siguientes términos:

«Concedida una autorización para actuar a través del Sistema RED, el autorizado quedará habilitado *tanto para la transmisión electrónica de los datos o documentos a través del referido sistema como para la recepción de las comunicaciones y notificaciones* de las actuaciones administrativas

---

(42) Véanse sus funciones y su operativa en el portal de administración electrónica, <https://administracionelectronica.gob.es> (última visita: 12/01/2019), pestaña «Soluciones-CTT».

que se realicen al respecto, *implicando esta autorización la obligación del autorizado de gestionar con carácter exclusivo mediante dicho sistema*, salvo imposibilidad del servicio por causa debida a la Tesorería General de la Seguridad Social, *el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones en las materias a que se refiere el artículo 1 respecto de todos los sujetos responsables vinculados a dicha autorización, entendiéndose realizadas directamente por estos últimos».*

Aunque su redacción resulte un tanto equívoca, el efecto que invariablemente está suponiendo este precepto es categórico: cuando un sujeto —graduado social— es autorizado para actuar en nombre de otro en el sistema RED, queda forzosamente obligado a recibir, en lo sucesivo, todas las comunicaciones y notificaciones vinculadas a esa cuenta de cotización o número de la Seguridad Social. Teniendo en cuenta que no se puede realizar en nombre de otro una gestión tan sencilla como un alta, baja, o modificación de la situación, sin previamente ser autorizado por el sistema para ello, la consecuencia que supone este régimen es clara: cualquier gestión que un graduado social realice por cuenta de un tercero en el sistema RED le ata indefectiblemente a esa cuenta de cotización o número de la Seguridad Social, quedando obligado a actuar como receptor de las comunicaciones y notificaciones que la Seguridad Social dirija al representado.

En suma, el sistema plantea un radical dilema del todo o nada: o no se es autorizado, o se es necesariamente obligado a actuar en el conjunto de relaciones jurídicas que la Seguridad Social entable con el representado. Supone la aceptación forzosa de un apoderamiento muchísimo más amplio del estrictamente necesario. En cuanto un autorizado se asigna una cuenta de cotización o número de la Seguridad Social, todas las diligencias se entenderán con el mismo, *velis nolis*. No puede elegir sólo una parte de la relación, necesariamente ha de asumir la gestión del conjunto de incidencias asociadas a esa cuenta de cotización o número de la Seguridad Social.

A partir del momento de la autorización, las comunicaciones y notificaciones se recibirán simultáneamente por el autorizado y por el representado. Así lo dispone el art. 4.1 párr. 1.º de la Orden ESS/485/2013, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social (ONCMESS), que establece:

«(...) las notificaciones y comunicaciones electrónicas se pondrán a disposición, en todo caso, tanto del sujeto responsable obligado a recibirlas como del autorizado que en cada momento tenga asignada la gestión en el Sistema RED del có-

digo de cuenta de cotización principal de aquél o, en su defecto, del autorizado que tenga asignado, en su caso, el número de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos obligados a incorporarse a dicho sistema, en los términos previstos en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, reguladora del mismo».

Interesa destacar que el sistema permite que el sujeto responsable obligado a recibirlas (representado) opte porque las comunicaciones y notificaciones que se le dirijan se pongan exclusivamente a su disposición, o que también se pongan a disposición del autorizado (graduado social). Pero *el autorizado no puede desvincularse unilateralmente de las notificaciones y comunicaciones asociadas a la cuenta de cotización o número de Seguridad Social de su representado*, ya que no puede causar baja de la recepción de las notificaciones de esa concreta cuenta de cotización o número de la Seguridad Social: la facultad de optar porque el autorizado reciba o no las notificaciones únicamente se reconoce al sujeto obligado, y no al autorizado. Así resulta del art. 4.1 pár. 2.º ONCESS, que dispone:

«Como excepción a lo previsto en el párrafo anterior, los sujetos responsables a que se refiere el artículo 3.2 podrán optar porque las notificaciones y comunicaciones electrónicas a ellos dirigidas se pongan exclusivamente a su disposición o también a la de un tercero a quien hayan otorgado su representación, opción que deberá ejercitarse mediante el acceso al correspondiente servicio de la SEDESS, según lo previsto en el artículo 2.b) de la Orden TIN/1459/2010, de 28 de mayo».

Es más, según las condiciones de otorgamiento de la autorización, las notificaciones y comunicaciones realizadas a los autorizados surtirán los mismos efectos que si se hubieran realizado directamente a la empresa o sujeto obligado de que se trate. El texto que impone esta condición es la cláusula 6 de la parte dispositiva de las resoluciones que dictan las direcciones provinciales de la TGSS otorgando la autorización, y su texto es el siguiente:

«Las comunicaciones y notificaciones que la Tesorería General de la Seguridad Social efectúe al autorizado que en cada momento tenga asignada la gestión en el Sistema RED del Código de Cuenta de Cotización principal del sujeto responsable obligado a recibir dicha notificación o, en su defecto, al autorizado que tenga asignado, en su caso, el número de Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta Propia o Au-

tónomo obligados a incorporarse a dicho Sistema en los términos previstos en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo reguladora del mismo, surtirán los mismos efectos que si se hubieran realizado directamente a la empresa o sujeto obligado de que se trate».

Eso significa que una notificación realizada al autorizado se entiende entregada a todos los efectos legales al sujeto obligado, por lo que, si no se descarga en el plazo de 10 días, se entenderá rechazada; y si se accede a su contenido, se entenderá realizada, comenzando en ambos casos a desplegar eficacia el acto notificado. Esta condición de la autorización no deriva de la normativa de aplicación, pues ningún precepto establece que la notificación realizada al autorizado tiene los mismos efectos que la realizada al sujeto obligado. Esa consecuencia rebasa por completo el marco jurídico de aplicación y constituye por consiguiente una condición abiertamente ilegal.

El problema se ha incrementado de manera exponencial a partir del día 1/10/2018, debido a la entrada en vigor de la modificación introducida en la ORED por la Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, que ha ampliado extraordinariamente el ámbito de los sujetos obligados a utilizar el sistema RED, extendiéndolo a los trabajadores por cuenta propia o autónomos y a gran parte de los trabajadores del mar.

La situación hace recaer sobre los autorizados importantes responsabilidades que difícilmente pueden cumplir de manera satisfactoria en muchos casos. Piénsese que, en el régimen de trabajadores por cuenta propia, hay universos de sujetos que se dedican a actividades y oficios de carácter manual (agricultura, jardinería, fontanería, instalaciones eléctricas, reparaciones...), que para su desempeño profesional no necesitan ni utilizan medios electrónicos, y tampoco tienen por qué disponer de ellos o saber utilizarlos en su esfera estrictamente privada.

En particular, el régimen establecido resulta difícilmente compatible con los principios de necesidad y proporcionalidad que la legislación de procedimiento administrativo común impone a cualquier medida restrictiva de derechos(43): el art. 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre,

---

(43) Sobre tales principios, véanse LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, págs. 119 y ss.; REBOLLO PUIG, Manuel, «El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier y CUERDO MIR, Miguel (Dirs.), *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017 (consultada versión Proview); MORA RUIZ, Manuela, «Principios de intervención de las Administraciones públicas y títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad», en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del*

sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAAS); el art. 5 la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM); y el art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP). La exigencia de que, para poder realizar una concreta actuación en representación de un tercero, el autorizado deba asumir necesariamente la prestación de otras obligaciones y servicios, es, en particular, frontalmente contraria al art. 11.1 *h*) de la Ley 17/2009 (LAAS), que dispone de manera clara y rotunda: «La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a: (...) *h*) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos».

Debemos notar, en primer lugar, que se trata de una restricción esencial de un derecho de libertad que afecta por igual al autorizante que al autorizado: el primero ve restringida su libertad personal en la medida que no puede expedir un apoderamiento específico para la realización de un concreto trámite, sino que se ve necesariamente abocado a otorgar un poder general para el conjunto de actuaciones y relaciones que tenga con la Seguridad Social; el autorizado ve restringida su libertad profesional —art. 38 CE—, en la medida que se condiciona significativamente el ejercicio de una actividad de servicios, puesto que sólo puede prestar su servicio profesional de representación ante la Seguridad Social de manera monolítica o *a bloque* para cada cliente —representado—, sin posibilidad de segmentar y afinar su representación única y exclusivamente para algún concreto trámite o actuación. Lo que se hace, en definitiva, es dejar cautivos a los autorizados, aprovechando que se dedican profesionalmente a esta área de negocio, para imponerles una serie de deberes legales absolutamente desproporcionados. La Seguridad Social logra así fácilmente resolver el problema de entregar las notificaciones administrativas a un destinatario sin la complicación de tener que proceder a la entrega en papel (lo que resulta especialmente arduo en el caso de los autónomos), y designando además un profesional que se ocupará previsiblemente de acceder a la notificación y proceder en consecuencia, evitando el riesgo de que el simple ciudadano de a pie no llegue a acceder al buzón, no conozca el contenido de la notificación y complique la eficacia de la actuación administrativa.

Esta situación constituye una restricción *injustificada y carente de motivación*, pues las disposiciones en las que se establece (las Órdenes

---

sector público, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 1091 y ss.; y PERNAS GARCÍA, Juan José, «El principio de necesidad y proporcionalidad en la Ley de garantía de unidad de mercado», en ALONSO MAS, María José (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*. La Ley-Wolters Kluwer. Madrid, 2014, págs. 417 y ss.

ESS/484/2013 y ESS/485/2013) no motivan en su preámbulo por qué razón un sujeto autorizado ha de asumir necesariamente la carga de convertirse en receptor obligatorio de todas las notificaciones dirigidas a sus representados. Quizá pueda existir alguna justificación: por ejemplo, razones técnicas que impidan, por el estado de la tecnología, implantar un acceso diferenciado o segmentado por trámites; algo, en cualquier caso, bastante improbable, a la vista de que en otros ámbitos (como es el caso de la Agencia Tributaria) se han implantado registros de apoderamientos que permiten seleccionar minuciosamente los concretos trámites para los que se otorga la representación; pero el caso es que, aun siendo posible que exista esa motivación, la norma no la consigna, lo cual constituye una infracción determinante de su invalidez (44).

Pero además, el régimen en examen vulnera también el principio de proporcionalidad en su vertiente sustantiva o material, puesto que se trata de una restricción de libertad desproporcionada, al resultar extraordinariamente gravosa —como ya hemos visto—, y existir otras medidas menos restrictivas de derechos que podrán haberse articulado perfectamente. En efecto, es perfectamente posible parametrizar el sistema de soporte a RED para que, a efectos de representación y apoderamiento, diferencie los distintos trámites (altas, bajas, modificaciones, recepción de notificaciones administrativas...) y permita obtener autorizaciones para operar en el sistema limitadas a alguno o algunos de estos trámites.

El Tribunal Supremo ha anulado disposiciones reglamentarias que establecen limitaciones de libertad por no quedar acreditada su adecuación para proteger fines de interés público, esto es, por ser desproporcionadas para alcanzar el fin pretendido. Así, la sentencia 681/2018, de 26 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, confirma la nulidad de la Orden que regula el sistema de descanso obligatorio y la limitación diaria en la prestación del servicio de taxis en el Área de Prestación Conjunta de Valencia, al no quedar acreditada su adecuación para proteger los fines de interés público, exigencia de alcance material que es distinta de la necesidad de motivar la necesidad de imponer la carga, pues no se trata ya de consignar formalmente el motivo por el que la carga se impone, sino de justificar por qué esa carga es la adecuada para satisfacer la necesidad de interés público en cuestión (45). En

---

(44) Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 292/2016, anula el art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, al no justificar por qué razón las viviendas de uso turístico no se podrán alquilar por un plazo inferior a cinco días.

(45) Con arreglo a la sentencia: «la Orden impugnada infringe el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, *al no*

el presente caso, como ya hemos dicho, no se da ni lo uno ni lo otro: ni la Orden motiva porqué impone la carga, ni existe una *causa adecuada* que justifique materialmente su imposición.

En análogo sentido, la sentencia 1018/2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, anuló el artículo 31.5 del Decreto 35/2012, de 21 febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de transporte público de viajeros, al imponer unas condiciones para la obtención de la autorización contrarias al principio de proporcionalidad.

## 2. El registro de apoderamientos de la Seguridad Social

Este registro se encuentra regulado por la Orden ESS/486/2013, de 26 de marzo, por la que se crea y regula el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social para la realización de trámites y actuaciones por medios electrónicos, y resulta accesible mediante la sede electrónica de la Seguridad Social (46).

Se trata de un REA específico, sólo operativo para el ámbito de la Administración de la Seguridad Social. Sus utilidades y funcionamiento son muy rudimentarios, y sólo permite otorgar el poder para cuatro trámites que, realmente, son categorías de trámites (47). El art. 4 OM ESS/486/2013 limita los poderes otorgables a los que específicamente se incorporen a la plataforma. En su virtud, el poderdante no puede elegir verdaderamente la opción de apoderar en cualquier trámite a realizar ante la Seguridad Social, ni tampoco para un trámite concreto, sino tan sólo en el conjunto de esas cuatro categorías. Lo que sí puede es limitar la duración del apoderamiento, sujetándolo a una fecha de revocación automática.

Con arreglo a sus condiciones de uso, este apoderamiento no surte efecto hasta su aceptación por el apoderado. Para facilitar su consentimiento, el sistema impone como campo obligatorio la aportación de la dirección de correo-e del apoderado, a fin de remitirle un mensaje comunicándole el otorgamiento del poder.

El sistema advierte que, en el caso de que se apodere a algún representante para recibir las notificaciones administrativas, el poderdante seguirá recibiendo las notificaciones, lo cual genera dudas acerca del

---

*acreditar su adecuación para proteger fines de interés público*». Estas normas no se encuentran vigentes en la actualidad, pero sus contenidos lucen en el art. 4 LRJSP.

(46) Concretamente, en la URL <https://sede.seg-social.gob.es> (última visita: 26/11/2018).

(47) Emisión de informe de auditoría, Emisión de informe de auditoría HIL y EEMM, Notificación de regímenes de Seguridad Social de sujetos no obligados a usar el sistema RED, y Notificación de regímenes de Seguridad Social de sujetos obligados a usar el sistema RED.



momento en el que adquieren eficacia los actos notificados, como analizaremos más adelante, en el apartado específico dedicado a las notificaciones.

Todas estas restricciones no se compadecen con lo establecido en los arts.5 y 6 LPAC, ya analizados. Como ya sabemos, la disposición adicional 1.ª LPAC reconoce la prevalencia de la normativa de la Seguridad Social sobre la del procedimiento administrativo común, pero declara en cualquier caso supletoria a esta última, por lo que, una vez entre en vigor el REA (el 2/10/2020), sus determinaciones serán plenamente exigibles a la Seguridad Social. Esto debe llevar a ampliar las funcionalidades del registro de apoderamientos de la Seguridad Social y, en todo caso, a aceptar cualesquiera apoderamientos que se otorguen en el REA de la AGE.

### Bibliografía citada

- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi. Pamplona, 1998.
- CARRILLO DONAIRE, J.A.: «Actuación de los ciudadanos», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, vol. 1.
- ESPAÑA MARTÍ, Mar: Comentario a los arts. 5 y 6, en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Dir.), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- GAMERO CASADO, Eduardo: «La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen básico del sector público y sus criterios de aplicación», en la obra dirigida por el propio autor, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, tomo I.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «La representación de los interesados en la Ley de Procedimiento Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: «La *vis expansiva* del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días», *Revista de Administración Pública*, núm. 207, 2018.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.
- LESSIG, Lawrence: *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Aranzadi-Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2016.
- MORA RUIZ, Manuela, «Principios de intervención de las Administraciones públicas y títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad», en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto y FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier: «Representación en el procedimiento administrativo», 2017, accesible en <https://app.vlex.com/#vid/380391578> (última visita: 13/01/2019).
- PERNAS GARCÍA, Juan José, «El principio de necesidad y proporcionalidad en la Ley de garantía de unidad de mercado», en ALONSO MAS, María José (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*. La Ley-Wolters Kluwer. Madrid, 2014.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier y CUERDO MIR, Miguel (Dir.), *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2013.

# Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico-sistemática

The rights of foreigners in the Spanish Constitution.  
A logical-systematic interpretation

Antonio Ibáñez Macías

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.03>

**LABURPENA:** Espainiarrek eta atzerritarrek Espainiako Konstituzioan dituzten eskubideak sistematizatzeko ahalegina egin da artikulu honetan. Horretarako, bi multzo horien eskubideak baliatzeko baldintzak eta horien titulartasuna aztertu dira. Hiru interpretazio-arau izan dira abiapuntuak, predikatuen logikaren hizkuntzan emanak, eta horiei Espainiako Konstituzioaren 13.1. eta 13.2. artikuluetako bi arau zehatzak gehitu zaizkie. Arau horien arabera, gai honen gaineko konstituzio-jurisprudentzia nahasia kritikatu da, eta atzerritarren eskubideen bestelako sailkapen eta interpretazio bat gauzatu; lehenengo eta behin, I. tituluan jasotako eskubideena, eta, ondoren, Konstituzioko beste titulu batzuetan jasotakoena.

**HITZ GAKOAK:** Espainiako Konstituzioa. Oinarrizko eskubideak. Titulartasuna. Atzerritarrak.

**ABSTRACT:** In this paper we have tried to systematize the rights of Spaniards and foreigners in the Spanish Constitution, studying the ownership and conditions of exercise of the rights of both groups of people. For this purpose, we have started with three interpretive rules, formulated in the language of predicate logic, to which we have added the two specific rules of articles 13.1 and 13.2 CE. In accordance with these rules, we have criticized the confused constitutional jurisprudence on this matter, and have made an alternative interpretation and classification of the rights of foreigners; first, of the rights contained in Title I, and then, of those located in other titles of the Constitution.

**KEYWORDS:** Spanish Constitution. Fundamental rights. Ownership. Foreigners.

**RESUMEN:** En este artículo hemos intentado sistematizar los derechos de los españoles y de los extranjeros en la Constitución española, estudiando la titularidad y condiciones de ejercicio de los derechos de ambos grupos de personas. Para este propósito, hemos partido de tres reglas interpretativas, formuladas en el lenguaje de la lógica de predicados, a las que hemos añadido las dos reglas específicas de los artículos 13.1 y 13.2 CE. De acuerdo con dichas reglas, hemos criticado la confusa jurisprudencia constitucional sobre esta materia, y hemos rea-

lizado una interpretación y clasificación alternativas de los derechos de los extranjeros; primero, de los derechos contenidos en el Título I, y después, de los ubicados en otros títulos de la Constitución.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución española. Derechos fundamentales. Titularidad. Extranjeros.

Trabajo recibido el 3 de mayo de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

# Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico sistemática

The rights of foreigners in the Spanish Constitution.  
A logical-systematic interpretation

Antonio Ibáñez Macías

**Sumario:** I. Introducción.—II. Algunas reglas interpretativas para la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales de las personas físicas en la Constitución española. 1. Regla interpretativa R1. Derechos universales. 2. Regla interpretativa R2. Derechos no excluyentes. 3. Regla interpretativa R3. Derechos exclusivos y excluyentes.—III. Derechos de los españoles.—IV. Derechos de los extranjeros. 1. Derechos que se hallan en el Título I de la CE. 1.1. La reglas interpretativas explícitas de los artículos 13.1 y 13.2 CE y su combinación con las tres reglas sobre titularidad de los derechos. 1.2. Examen de los derechos reconocidos literalmente a los «españoles» o a los «ciudadanos». 1.2.1. El derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. 1.2.2. Los derechos del artículo 19 CE. 1.2.3. Los derechos del artículo 23 CE. 1.2.4 El derecho de petición. 1.2.5. El derecho de defender España y la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. 1.2.6. El derecho al trabajo. 1.2.7. El derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. 1.2.8. El derecho a la vivienda. 1.2.9. Especial consideración del derecho a la protección de la salud. 1.3. Crítica de la clasificación de los derechos de los extranjeros realizada por el Tribunal constitucional. 1.4. Nuestra clasificación de los derechos de los extranjeros comprendidos en el Título I. 2. Derechos que se hallan fuera del Título I de la CE. 2.1. Derechos universales, a los que se aplica la regla interpretativa R1. 2.2. Derechos de los españoles o ciudadanos a los que se aplica la regla interpretativa R2. 2.3. Derechos de los ciudadanos o españoles a los que se aplica la regla interpretativa R3.—V. Bibliografía.

## I. Introducción

En este trabajo intentaremos realizar una sistematización de los derechos los españoles, y, especialmente, de los extranjeros, en la Constitución española. La cuestión no es fácil de resolver. Ya en 1991 BORRAJO INIESTA advertía que «la materia no se encuentra lo bastante madura como para una sistematización con una estructura deductiva»(1). La jurisprudencia constitucional tampoco es clara y sistemática a fecha de hoy(2).

Para cumplir nuestro propósito, vamos a establecer tres reglas interpretativas con carácter previo. Una vez establecidas las reglas, las vamos a usar, junto con otras reglas específicas contenidas en la Constitución (arts. 13.1 y 13.2), para determinar los derechos de los españoles y de los extranjeros.

A fin de contribuir a la claridad de las reglas, las formularemos en el lenguaje de la lógica de predicados. Los símbolos lógicos empleados serán: para las variables individuales,  $x$ ,  $y$ ,  $z$ ; para los predicados, una letra mayúscula; para las conectivas lógicas, los siguientes: la negación,  $\sim$ ; la conjunción,  $\wedge$ ; la disyunción incluyente,  $\vee$ ; la disyunción excluyente,  $w$ ; la implicación,  $\rightarrow$ ; la coimplicación,  $\leftrightarrow$ .

## II. Algunas reglas interpretativas para la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales de las personas físicas en la Constitución española

### 1. Regla interpretativa R1. Derechos universales

Esta primera regla se ha formado teniendo en cuenta dos criterios interpretativos: la interpretación literal de los términos y enunciados normativos constitucionales, y la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2).

La regla es muy simple: *si un derecho se reconoce literalmente en la Constitución y/o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España a todas las personas, entonces debe reconocerse a todas las personas físicas.*

(1) BORRAJO INIESTA, Ignacio, «El status constitucional de los extranjeros», *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje a García de Enterría)*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 76.

(2) En este sentido, VIDAL FUEYO, María del Camino, «Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española», en AJA, A. (coord.). *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25-49, especialmente página 27.

En cambio, no podemos aplicar esta regla a las personas jurídicas. Pues hay derechos que, por su propia naturaleza, no pueden tener las personas jurídicas: derechos a la vida, a la integridad física, a la intimidad, etc. Los derechos de las personas jurídicas no son, pues, objeto de este estudio.

Podemos inferir que un derecho es de carácter universal o genérico si la Constitución (y/o el tratado internacional sobre el derecho ratificado por España), al referirse al mismo, utiliza expresiones literales genéricas como «todos», «todas las personas», «los particulares», «nadie», «se reconoce», «se protege», «se garantiza», «se asegura».

La formulación de esta regla puede ser la siguiente:

$$R1: (Dx \wedge Fy \wedge (Ux \vee Cx)) \rightarrow O(Tyx).$$

Se lee: «Si 'x' es un derecho fundamental [Dx] e 'y' es una persona física [Fy] y 'x' es universal conforme a la Constitución [Ux] o 'x' es universal conforme a los tratados (convenios) internacionales sobre derechos humanos ratificados por España [Cx], entonces es obligatorio que 'y' sea titular de 'x'» [O (Tyx)].

Se debe preciar, sin embargo, que, de acuerdo con esta regla, es suficiente que el derecho se reconozca literalmente en la Constitución a todas las personas. En estos casos, lo que dispongan los tratados puede confirmar lo dicho por la Constitución. Los tratados nunca pueden ser interpretados para restringir el ámbito subjetivo de los derechos de la Constitución española. Por tanto, prevalece la titularidad universal del derecho según la dicción literal de la Constitución frente a lo que disponga el tratado(3).

Los ejemplos en la Constitución de esta regla son numerosos. Podemos citar los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15), libertades ideológica y religiosa (art. 16), derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17), derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secretos de las comunicaciones y autodeterminación informática (art. 18), libertades de expresión e información (art. 20), derecho de reunión (art. 21), derecho de asociación (art. 22), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), principio de legalidad penal y sancionadora (art. 25), derecho a la educación (art. 27), derecho de sindicación (art. 28. 1), derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), derecho de fundación (art. 34), libertad de empresa

(3) Sobre la exigencia de interpretar el art. 10.2 CE como compatibilidad de los enunciados constitucionales sobre derechos fundamentales con los tratados internacionales sobre derechos humanos y no como identidad con los mismos, véase: QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, «Artículo 10.2», en PÉREZ TREMPES, Pablo y SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 277-286, especialmente páginas 280 y ss.

(art. 38), derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), derecho de acceso a la cultura (art. 44.1), derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1), derecho a ser indemnizados por daños que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE), justicia gratuita (art. 119 CE), derecho a ser indemnizados por daños causados por error judicial (art. 121).

## 2. Regla interpretativa R2. Derechos no excluyentes

La segunda regla se forma a partir de la regla lógica del condicional o implicación. En efecto, de la fórmula lógica  $A \rightarrow B$  no podemos deducir  $\sim A \rightarrow \sim B$ , pues incurriríamos de este modo en lo que se llama la falacia formal de negación del antecedente. Es decir, no podemos utilizar el argumento llamado por los juristas *a contrario sensu*, y por los lógicos, *modus tollendo ponens*.

En efecto, la inclusión de un conjunto o categoría de personas  $A$  en un conjunto de personas  $B$ , no nos dice nada sobre si cualquier otro conjunto de personas  $C$ , o incluso el conjunto  $\sim A$ , está incluido en  $B$ . Así, el artículo 14 CE dispone que «los españoles son iguales ante la ley». Pues bien, la inclusión del conjunto de personas que son españoles ( $E$ ), en el conjunto de personas que son iguales ante la ley ( $I$ ), no nos dice nada, *a priori*, sobre la inclusión del conjunto de los no españoles ( $\sim E$ ) en el conjunto  $I$ . A partir de:  $E \rightarrow I$  no podemos deducir:  $\sim E \rightarrow \sim I$ .

Si un derecho se reconoce expresamente a un colectivo (por ejemplo, los españoles, los ciudadanos), ello no implica que se excluya de su titularidad a personas no integradas en ese grupo o colectivo (por ejemplo, los no-españoles, los no-ciudadanos).

La regla dos la podemos formular del siguiente modo.

$$R2: (Dx \wedge Fy \wedge Tzx \wedge \epsilon yz) \rightarrow O(Tyx).$$

«Si 'x' es un derecho fundamental  $[Dx]$  e 'y' es una persona física  $[Fy]$  y una categoría de personas 'z' es el titular constitucional de 'x'  $[Tzx]$  e «y» pertenece a la categoría «z»  $[\epsilon yz]$ , entonces es obligatorio que 'y' sea titular de 'x'»  $[O(Tyx)]$ .

De aquí podemos deducir la regla derivada RD2.1:  $(Dx \wedge Fy \wedge Tzx \wedge \sim \epsilon yz) \rightarrow ((P(Tyx) \wedge \sim (P(Tyx)))$ .

Para abreviar, «Si el colectivo 'z' es titular del derecho 'x'  $[Tzx]$ , y la persona física 'y' no pertenece al colectivo 'z'  $[\sim \epsilon yz]$ , entonces o bien 'y' puede ser titular de 'x'  $[P(Tyx)]$  o bien 'y' no puede ser titular de 'x'  $[\sim P(Tyx)]$ ».

Un ejemplo de la regla RD2.1 es el siguiente: «Los españoles son iguales ante la ley...» (art. 14 CE). El precepto no dice que los no españoles



(los extranjeros) no sean iguales ante la ley. Pueden serlo o no. Esto depende de otras reglas, que veremos más adelante. Ejemplos similares, en que se reconoce el derecho a los españoles, sin prejuzgar nada sobre su titularidad por los extranjeros, son los contenidos en los arts. 3.1, 12, 19, 29.1, 35.1 y 47 CE.

### 3. Regla interpretativa R3. Derechos exclusivos y excluyentes

Podemos establecer la siguiente regla:

$$R3: (Dx \wedge Fy \wedge Tzx \wedge \epsilon yz) \leftrightarrow P(Tyx).$$

Se lee: «Si y solo si 'x' es un derecho fundamental [Dx] e 'y' es una persona física [Fy] y el grupo (o categoría) de personas 'z' es el titular de 'x' [Tzx] e «y» pertenece al grupo «z» [ $\epsilon yz$ ], entonces está permitido que 'y' sea titular del derecho fundamental 'x'» [P(Tyx)].

En efecto, lo determinante aquí es que, por la propia naturaleza o contenido del derecho, solo las personas que pertenezcan al grupo o categoría «z» pueden ser titulares exclusivos del derecho. [ $\epsilon yz \leftrightarrow P(Tyx)$ ]. Y de aquí podemos deducir, a contrario sensu, que si una persona no pertenece a la categoría «z», entonces no puede ser titular del derecho [ $\sim \epsilon yz \rightarrow \sim P(Tyx)$ ].

Se trata de una excepción a la regla R2, por lo que su aplicación debe ser muy restrictiva. Debe tratarse de derechos que, por su propia naturaleza, solo puedan ser reconocidos a determinadas categorías de personas, con exclusión de quienes no pertenezcan a tal categoría.

Un ejemplo es el derecho de asilo. Por su propia naturaleza, este derecho no pueden tenerlo los españoles, sino los no españoles, es decir, los extranjeros (nacionales de otros países) y apátridas. De manera que solo por naturaleza del derecho de asilo podrán inferirse los sujetos titulares exclusivos de este derecho, aunque la CE no hubiera mencionado expresamente a los extranjeros («ciudadanos de otros países» dice el art. 13.4 CE) ni a los apátridas.

En la CE, por poner algunos ejemplos que no pretenden ser exhaustivos, tienen estos derechos exclusivos y excluyentes: los trabajadores, respecto del derecho de huelga (art. 28.2); el hombre y la mujer, respecto del derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE); los representantes de los trabajadores y los empresarios, respecto del derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE); los trabajadores y empresarios, en relación con el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2); las familias, respecto del derecho del art. 39.1 CE; solo los hijos y las madres respecto del derecho de prestación del art. 39.2; solo los hijos, respecto

del deber de los padres del art. 39.2; los trabajadores (aunque no se mencionan) respecto de los derechos laborales del art. 40.2 CE; los trabajadores españoles en el extranjero, respecto de los derechos del art. 42 ; los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, respecto de los derechos del art. 49; los consumidores y usuarios, respecto de los derechos de los artículos 51.1 y 51.2; el interesado, respecto del derecho de audiencia en el procedimiento administrativo (art. 105.c).

### III. Derechos de los españoles

La determinación de los derechos de los españoles a partir de las reglas R1, R2 y R3 es muy sencilla. Los españoles son titulares de los derechos universales que la Constitución reconoce a todas las personas físicas, conforme a la regla R1. Son titulares también de los derechos reconocidos literalmente a «los españoles» o a «los ciudadanos», y pueden serlo de los derechos reconocidos a cualquier otro colectivo no excluyente de los españoles, conforme a la regla R2. Por último, los españoles están privados de derechos reconocidos exclusivamente a no-españoles, esto es, a los extranjeros (nacionales de otros países o apátridas), conforme a la regla excluyente R3. Respecto de esta última regla, solo hemos hallado un supuesto en la Constitución: el derecho de asilo (art. 13.4 CE).

### IV. Derechos de los extranjeros

A la hora de determinar los derechos de los extranjeros en la Constitución española, hay que distinguir entre los derechos de los extranjeros del Título I de la Constitución española (para los que hay unas reglas específicas en el artículo 13 CE), que compaginaremos con las reglas R1, R2 y R3, y derechos que se hallan fuera del Título I, a los que se aplicarán exclusivamente las referidas reglas.

#### 1. Derechos que se hallan en el Título I de la CE

##### 1.1. LA REGLAS INTERPRETATIVAS EXPLÍCITAS DE LOS ARTÍCULOS 13.1 Y 13.2 CE Y SU COMBINACIÓN CON LAS TRES REGLAS SOBRE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

En principio, podríamos aplicar a los derechos de los extranjeros del Título I las reglas R1, R2 y R3. Así, si un derecho concreto se reconoce, en su propio enunciado, a todas las personas físicas se debe reconocer también a los extranjeros (regla R1); si un derecho específico menciona a los

españoles o a los ciudadanos como titulares del mismo ello no significa que excluya a los extranjeros (regla R2), salvo que por su propia naturaleza el derecho solo pueda corresponder a los españoles (regla R3). Por tanto, caben dos grupos de derechos en el Título I CE: derechos universales, a los que se aplica la regla R1, y derechos reconocidos literalmente a «los españoles» o a «los ciudadanos» (en el sentido estricto de la palabra), a los que se aplica las reglas R2 o R3.

Sin embargo, el artículo 13 CE, en sus apartados 1 y 2, contiene reglas específicas para la determinación de la titularidad de los derechos de los extranjeros. Y estas reglas (a las que llamaremos R4 y R5, respectivamente), hay que combinarlas con las anteriores las reglas R1, R2 y R3, de modo que no se contradigan entre sí.

Primero determinaremos la regla R5, respecto del art. 13.2 CE, el cual dispone que: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23».

Esta regla puede formularse del siguiente modo:

$$R5: (Ax \wedge Ez \wedge \epsilon yz) \leftrightarrow P(Tyx).$$

Es decir: «Si, y solo si, 'x' es uno de los derechos comprendidos en el artículo 23 CE [Ax] y 'z' es la categoría de los españoles [Ez] y la persona 'y' pertenece a la categoría 'z' [ $\epsilon yz$ ], entonces 'y' puede ser titular del derecho 'x' [P (Tyx)]».

De esta regla se deduce, a *contrario sensu*, que si alguien no pertenece a la categoría de los españoles (es extranjero), no puede ser titular de los derechos del art. 23 CE. Es decir,  $\sim \epsilon yz \rightarrow \sim P (Tyx)$ . Como se puede apreciar, la regla R5 es una especificación de la regla R3, respecto de los derechos comprendidos en el artículo 23 CE y respecto de la categoría de los españoles. Es decir, obliga a interpretar los derechos del art. 23 CE conforme a la regla R3.

Para la regla R5 se establece, a su vez, una excepción en el artículo 13.2 CE: «salvo lo que, atendiendo al principio de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Podríamos fijar una fórmula lógica para esta excepción, pero no parece necesario, al tratarse de una regla muy específica.

Más difícil es determinar la regla interpretativa R4, respecto del artículo 13. 1 CE, el cual dispone que: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [Título I] en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Este precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones.

Una de las primeras cuestiones que se plantean es qué se entiende por el término «libertades públicas». Este término puede ser interpretado

en sentido estricto, y englobaría libertades como la ideológica y religiosa, de expresión y de información, de reunión y de asociación(4). Entonces, para los demás derechos fundamentales del Título I, al no establecerse una regla general como la del art. 13.1 CE, se estaría a las reglas R1, R2 y R3, enunciadas más arriba.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional y la mayoría de la doctrina han entendido el término «libertades públicas» como equivalente a «derechos fundamentales» en general, es decir, el término hace referencia a todos los derechos fundamentales del Título I(5). La razón que aduce GÓMEZ MONTORO para esta interpretación del TC es «posiblemente por falta de elementos normativos para determinar cuáles son las libertades públicas» (6).

Otra cuestión es la interpretación del significado del entero enunciado normativo contenido en el artículo 13.1 CE. Una pretendida interpretación literal viene a decir que lo que hace el art. 13.1 CE es desconstitucionalizar los derechos fundamentales de los extranjeros. Estos tendrán los derechos fundamentales establecidos en los tratados y la ley, y solo en los términos (en las condiciones) establecidas en los tratados y la ley(7).

Esta interpretación fue rechazada en su temprana jurisprudencia por el TC en la Sentencia 107/1984, FJ 3:

«No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de

(4) Esta interpretación estricta es realizada por los Magistrados don Francisco RUBIO LLORENTE, don Francisco TOMÁS Y VALIENTE y don Fernando GARCÍA MON en el Voto particular que formulan a la STC 115/1987, de 7 de julio. Y así dicen que entre «estas libertades públicas», «hay que incluir sin duda las de reunión y asociación». Entre las «libertades públicas» SÁNCHEZ FÉRRIZ incluye también la libertad de enseñanza y las de residencia y circulación (SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio, *Estudios sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 45 y ss.).

(5) En la Sentencia 107/1984, el TC declara que «el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo». (FJ 3). La misma idea se recoge en la STC 236/2007, FJ 3. Sobre el concepto de libertades públicas en el artículo 13.1 CE, véase: VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 72 y ss; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Ed. Universitat Internacional, Madrid, 2004, pág. 39. Ambos autores abogan por el concepto amplio de libertades públicas.

(6) GÓMEZ MONTORO, Ángel J., «Titularidad de derechos fundamentales», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDEO, C., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 40-58, especialmente página 49.

(7) Esta interpretación fue realizada por algunos autores en los primeros años de vigencia de la Constitución española. Véase al respecto: VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 41.

las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional (...).

La interpretación del TC parece la correcta, no solo porque la desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros choca con la dicción literal del art. 13.1 CE («Los extranjeros *gozarán* en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título»), sino porque contradice la regla R1. Si un derecho es reconocido por la Constitución, con carácter universal, a todas las personas físicas, es lógicamente imposible que los tratados o la ley excluyan a los extranjeros de ese derecho, es decir, que desconstitucionalicen el derecho, o incluso, que den un trato diferente a los extranjeros respecto de ese derecho (8). La referencia del art. 13.1 CE a los tratados y las leyes debe ser entendida como una garantía para la regulación del ejercicio del derecho a los extranjeros (reserva de ley), pues tiene poco sentido mencionar los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución solo para desconstitucionalizarlos.

En realidad, la desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros convertiría sus derechos en meramente legales, esto es, en no fundamentales. Esto obligaría a interpretar todos los derechos del Título I CE como derechos exclusivos y excluyentes de los españoles, es decir, conforme a la regla R3, pero esta interpretación es incompatible con la universalidad de muchos de estos derechos, a los que se debe aplicar la regla R1, e incluso sería incompatible con aquellos derechos reconocidos literalmente por la CE a los españoles o a los ciudadanos y que admitieran la aplicación de la regla R2.

El artículo 13.2 CE admite otras dos posibles interpretaciones, a las que llamaremos reglas interpretativas R4a y R4b.

La regla interpretativa R4a viene a decir que: «Los extranjeros *podrán gozar* de los derechos fundamentales del Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley». Podemos formularla del siguiente modo:

$$R4a: (Ix \wedge (\sim E) z \wedge \epsilon yz) \rightarrow P(Tyx).$$

(8) En este sentido, GARCÍA VAZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 48; TAJADURA TEJADA, Javier, «Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8, 2004, págs. 875-908, especialmente página 879.

Es decir: «Si 'x' es uno de los derechos del Título I [Ix] y 'z' es la categoría de los extranjeros, esto es, de los no-españoles [(~ E) z] e 'y' es alguien que pertenece a la categoría 'z' [€yz], entonces está permitido que 'y' sea titular del derecho 'x' [P (Tyx)] (en los términos que establezcan los tratados y la ley)».

De acuerdo con esta interpretación se hace depender tanto la titularidad como las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros de lo que disponga el legislador (los tratados y la ley). Pero esto no equivale a la desconstitucionalización total del derecho, pues una vez reconocido por el legislador el derecho a los extranjeros, el derecho goza de las mismas garantías constitucionales que tiene para los españoles.

Esta interpretación es acogida tanto por la jurisprudencia constitucional(9) como por alguna parte de la doctrina. Sin embargo, choca con la dicción literal del artículo 13.1 CE, el cual no dice «los extranjeros *podrán gozar*», sino «los extranjeros *gozarán*». El operador deóntico no es una permisión sino una obligación, que extiende a los extranjeros la titularidad de los derechos del Título I (con la excepción prevista en el 13.2 CE, regla R5). Es decir, el legislador no puede disponer de la *titularidad*, por parte de los extranjeros, de los derechos comprendidos en el Título I, aunque sí, en principio, de las condiciones de ejercicio («en los términos que establezcan los tratados y la ley»).

La regla interpretativa R4a entra en contradicción también con los derechos del Título I que son universales, a los que se le aplica la regla R1, y por tanto, su titularidad por parte de los extranjeros no es disponible por el legislador.

Para salvar este escollo se dice que el enunciado del artículo 13.1 CE (conforme a la regla R4a), no es aplicable a los derechos universales, sino sólo a los reconocidos literalmente por la Constitución a los españoles o a los ciudadanos. Así, la STC 72/2005, de 4 de abril (FJ 5), dice que el artículo 13.1 CE «no recoge todos sus derechos fundamentales [de los extranjeros] sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles —los de los arts. 19, 23, etc.—, el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás —derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.— corresponden a aquéllos sin necesidad de la *extensión* que opera el art. 13.1 CE, es decir, *sin necesidad de tratado o ley que lo establezca* ».

(9) Así, la STC 107/1984, al clasificar los derechos fundamentales de los extranjeros en el Título I CE declara: «existen otros [derechos] 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» (STC 107/1984, FJ 4). Salvo indicación en contrario, a lo largo de este trabajo las cursivas que aparecen en un texto entre comillas no son del original.

En este sentido, VIDAL FUEYO considera que el art. 13.1 CE «vendría a constituir una habilitación al Estado para, mediante el tratado y la ley, y desde una plena libertad de configuración, extender a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce expresamente, pero que tampoco les niega» (10). Sin embargo, a nuestro juicio, esta interpretación contradice el tenor literal del art. 13.1 CE, que se refiere a todas las libertades públicas (derechos fundamentales) del Título I, y por tanto, debe ser aplicado también a los derechos universales, y no sólo a los reconocidos literalmente a los españoles o a los ciudadanos.

Además, la extensión de la titularidad de los derechos del Título I a los extranjeros no la realiza el tratado o la ley, sino el propio art. 13.1 CE, como se desprende de su tenor literal («gozarán»), por lo que se trata de derechos fundamentales de los extranjeros y no meramente legales (11). Lo único que autoriza el art. 13.1 CE es que el legislador establezca *condiciones de ejercicio* diferentes para los extranjeros («en los términos que establezcan los tratados y la ley») respecto de determinados derechos.

Por último, y fijándonos solamente en los derechos reconocidos literalmente por la Constitución a los españoles o a los ciudadanos, la regla interpretativa R4a permite al legislador disponer enteramente de su titularidad por parte de los extranjeros. El legislador podría interpretar que algunos de esos derechos son exclusivos y excluyentes de los españoles (regla R3), o interpretarlos conforme a la regla R2 y extenderlos, si lo desea, a los extranjeros. Pero esto convertiría la regla del art. 13.1 CE en superflua, pues lo mismo podría conseguirse, en ausencia del artículo 13.1 CE, interpretando los derechos de los españoles conforme a las reglas R2 o R3.

Por las razones aducidas, descartamos la regla interpretativa R4a. Vamos a proponer una interpretación del artículo 13 CE que intenta distinguir entre titularidad del derecho («Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas [derechos] que garantiza el presente Título»), y condiciones de ejercicio del mismo («en los términos [es decir, en las condiciones] que establezcan los tratados y la ley»). Entonces, el enun-

---

(10) VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 71; asimismo en: «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España», *Teoría y realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 429-441, especialmente páginas 439-440.

(11) En cambio, en consonancia con su hipótesis, VIDAL FUEYO sostiene que no estamos ante derechos fundamentales: «De suerte que un derecho fundamental inicialmente no reconocido para los extranjeros se convierte, tras la mediación de la ley o del tratado, y en los términos que ellos establezcan, en derecho de los no nacionales. Estos derechos van a contar con la eficacia y la tutela propia de los derechos fundamentales pero, al ser disponibles para el legislador, no pueden llamarse propiamente fundamentales» (VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y extranjería*, cit., pág. 71).

ciado del artículo 13.1 CE se interpreta de acuerdo con la regla R4b, la cual viene a decir que:

$$R4b: (Ix \wedge (\sim E) z \wedge \epsilon yz) \rightarrow O(Tyx).$$

Esto es: «Si 'x' es uno de los derechos del Título I [Ix] y 'z' es la categoría de los extranjeros, esto es, de los no-españoles  $[(\sim E) z]$  e 'y' es alguien que pertenece a la categoría 'z'  $[\epsilon yz]$ , entonces es obligatorio que 'y' sea titular del derecho 'x'  $[O(Tyx)]$  (en los términos que establezcan los tratados y la ley)»

Aunque hemos añadido entre paréntesis la coletilla «en los términos que establezcan los tratados y la ley», tal coletilla no es imprescindible, pues debe entenderse referida a las *condiciones de ejercicio del derecho, no a su titularidad*. En este sentido, esta regla, como se puede comprobar, es muy parecida a la regla R2. Realmente es una especificación de la regla R2, pero referida solo a los derechos del Título I de la Constitución y solo a la categoría de los extranjeros.

Podemos intentar compatibilizar estas reglas constitucionales (R4b y R5) para los derechos del Título I de la Constitución, con las reglas generales sobre derechos de las personas físicas. La regla R1 no ofrece ninguna dificultad: obviamente, si un derecho es universal y se reconoce a todas las personas físicas, *se debe* reconocer también a los extranjeros. En efecto, no hay ninguna contradicción, por ejemplo, entre el enunciado del artículo 15 CE: «Todos tienen derecho a la vida» (o dicho de otro modo: «Si alguien es una persona física, entonces tiene —debe tener— derecho a la vida») y el enunciado que obtenemos de aplicar la regla R4b del artículo 13.1 CE al derecho a la vida: «Si alguien es extranjero, entonces tiene (debe tener) derecho a la vida».

Respecto de los derechos literalmente atribuidos por la Constitución, en sus respectivos preceptos, a «los españoles» o a los «ciudadanos», debemos descartar la aplicación a estos derechos de la regla R3, es decir, interpretarlos como derechos exclusivos y excluyentes de los españoles, porque esa interpretación entra en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 13.1 CE, entendido en el sentido dado al mismo por la regla R4b, pues la regla R3 está prohibiendo a los extranjeros que *puedan* tener esos derechos por tratados o por ley. La única prohibición expresa de derechos de los extranjeros es la operada por el artículo 13.2 CE, respecto de los derechos del art. 23 CE (regla R5), y con la salvedad allí prevista para las elecciones municipales.

Como comprobaremos al analizar los derechos del art. 19 CE, el TC solo ha aplicado la interpretación estricta y excluyente de la regla R3 (al margen de lo dispuesto en el art. 13.2 CE) a las libertades de circulación y



de residencia, y lo hizo en una primera jurisprudencia, que cambió a partir de 1993, aplicándoles desde entonces la regla R2 (12).

Por tanto, debemos a aplicar a los derechos atribuidos literalmente por la Constitución a «los españoles» o a «los ciudadanos» la regla R2, salvo lo dispuesto en el art. 13.2 CE para los derechos del art 23 CE (regla R5). En principio, la regla R2 deja abierta la titularidad de los derechos por los extranjeros. Pero esta posibilidad es cerrada por el artículo 13.1 CE, que, de acuerdo con la regla interpretativa R4b, reconoce a los extranjeros la *titularidad* de todos los demás derechos fundamentales del Título I, tanto de los derechos ya de por sí universales ( a los que se aplica la regla R1), como de los atribuidos literalmente a los españoles o a los ciudadanos. Lo que marca la diferencia entre ambas categorías de derechos, son las *condiciones de ejercicio*, que serán las que establezcan los tratados y la ley. Respecto de los derechos universales, dichas condiciones de ejercicio deberán ser las mismas para españoles y extranjeros, sin que quepan diferencias de trato. Para los derechos atribuidos literalmente a los españoles, el legislador, en principio, podrá establecer condiciones de ejercicio diferentes para los extranjeros, incluso privando del ejercicio de los mismos a los que se hallen en situación irregular, siempre que se respeten los límites constitucionales al regular el derecho, entre ellos el principio de proporcionalidad. Esto puede resultar paradójico, porque es el propio legislador el que crea la categoría del «extranjero en situación irregular», al establecer determinadas condiciones para el ejercicio del derecho; autorización de estancia o residencia, de trabajo, etc. Nótese que, en estos casos, la privación del ejercicio del derecho no es por ser extranjero (ello va contra la regla R4b del artículo 13.1 CE, que extiende la titularidad de estos derechos también a los extranjeros) sino por hallarse en España en situación irregular, es decir, sin cumplir las *condiciones* exigidas a los extranjeros por los tratados o la ley *para el ejercicio* del derecho.

---

(12) Parte de la doctrina ha interpretado de modo restrictivo los derechos reconocidos por la CE a los españoles o a los ciudadanos: CRUZ VILLALÓN considera que son «derechos vinculados a la nacionalidad» no solo los del art. 23, sino también los de los arts. 19, 29, 30.1, 35 y 41 y 47 (CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 63-93, especialmente páginas 71 y 72). FREIXES y REMOTTI interpretan que los derechos atribuidos por preceptos singularizados del Título I a los españoles o ciudadanos, son derechos exclusivos de los españoles (FREIXES, Teresa. y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «Los derechos de los extranjeros en la constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, págs. 103-141, especialmente página 113. En especial se refieren a los derechos de los arts. 14, 19, 23, 29, 35 y 47). Asimismo, CANO BUESO opina que los derechos reconocidos por la CE a los españoles o a los ciudadanos son derechos exclusivos de los españoles, y que el art. 13.1 CE se aplica a los demás derechos (CANO BUESO, Juan, «Los derechos fundamentales de los extranjeros en España: Una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Político*, número 57, 2003, págs. 11-30, especialmente páginas 21 y 22). Todas estas interpretaciones entran en contradicción con el art. 13.1 CE (regla R4b).

Sin embargo, esta posibilidad de diferencia de trato entre españoles y extranjeros no podemos aplicarla de forma indiscriminada a todos los derechos que los diversos enunciados del Título I reconozcan literalmente a «los españoles» o a «los ciudadanos», sino solo a algunos de ellos que por su propia naturaleza o contenido estén vinculados de algún modo a la *nacionalidad española*. La literalidad del enunciado normativo puede ser indicativa al respecto, pero debe haber algo en la naturaleza o contenido de estos derechos que permita realizar tal vinculación.

Por el contrario, respecto de aquellos derechos reconocidos literalmente por la Constitución a los «españoles» o a los «ciudadanos» en sentido estricto, pero que no se hallan vinculados a la nacionalidad, debemos entender que no cabe diferencia de trato entre españoles y extranjeros, sino que se asimilan en cuanto a las condiciones de ejercicio a los derechos universales. La exigencia de autorización de estancia o residencia para el ejercicio de estos derechos, y en consecuencia, la privación o limitación de los mismos a los extranjeros que se hallen en situación irregular en España es discriminatoria, o al menos, sospechosa de discriminación. Es preciso, pues, examinar esos derechos uno por uno para determinar cuáles están vinculados a la nacionalidad española y cuáles no. Aquí cobra relevancia, en virtud del art. 10.2 CE, lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, respecto de la titularidad de estos derechos(13). Así, si un derecho atribuido literalmente por la Constitución a los españoles, tiene un carácter universal en los tratados, debemos entender que no admite diferencia de trato entre españoles y extranjeros.

## 1.2. EXAMEN DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS LITERALMENTE A LOS «ESPAÑOLES» O A LOS «CIUDADANOS»

### 1.2.1. *El derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación*

En la Sentencia 107/1984, el TC parece aplicar la regla R3 al derecho de igualdad ante la ley, y así dice que: «Cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a 'los españoles'. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, 'son iguales ante la ley', y no existe prescripción ninguna

(13) En este sentido, VIANA GARCÉS, Andrée, «El derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña», en AJA, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 529-556, especialmente página 532; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., pág. 41.

que extienda tal igualdad a los extranjeros» (STC 107/1984, FJ 3) (14). Pero ya hemos visto que el art. 13.1, conforme a la regla interpretativa R4b, extiende a los extranjeros la titularidad de todos los derechos del Título I, por tanto también del derecho a la igualdad.

Pero, además, la interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional no es admisible, porque no hay nada en la naturaleza del derecho a la igualdad (derecho relacional) que vincule este derecho exclusivamente a los ciudadanos en sentido estricto, esto es, a los españoles. No es posible aplicar la interpretación restrictiva del derecho a la igualdad, por ejemplo, en relación con derechos universales. Luego, la igualdad ante la ley, tanto en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley como de igualdad en el contenido de la ley, no es un derecho exclusivo y excluyente de los españoles (no se aplica al art. 14 CE la regla R3), sino que se le aplica la regla R2, y en virtud del artículo 13.1 (regla R4b), debe corresponder también a los extranjeros (15). Esta interpretación viene reforzada por el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que reconocen el derecho de igualdad ante la ley a *todas las personas*.

Obviamente, la determinación de la titularidad de un derecho concreto por parte de los extranjeros es una cuestión previa a la igualdad, que solo puede darse respecto de las condiciones de ejercicio de derechos de los que ya son titulares los extranjeros (16). El reconocimiento de

---

(14) También realizan esta interpretación restrictiva de la titularidad del derecho a la igualdad: DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 192; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 15 ed, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 205; asimismo, siguiendo la jurisprudencia constitucional, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 121; DE LUCAS, Javier, «Artículo 13.1 y 2», en PÉREZ TREMP, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 307-316, especialmente página 308, aunque este autor se muestra partidario de revisar la dicotomía entre ciudadano y extranjero y «la atribución de derechos en los términos clásicos de esa dicotomía» (pág. 313). Por el contrario, GARCÍA VÁZQUEZ critica la STC 107/1984, por la exclusión absoluta del derecho a la igualdad del régimen de la extranjería, lo que considera «el colmo del despropósito» (GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 44).

(15) De hecho el TC realiza una reflexión similar a la aquí sostenida, pero de modo contradictorio, pues ya antes había reservado la igualdad ante la ley exclusivamente a los españoles: «La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.» (STC 107/1984. FJ 3).

(16) En este sentido, VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 164.

la titularidad del derecho a la igualdad, en virtud de su carácter relacional(17), también a los extranjeros, es relevante para el examen posterior de «las condiciones de ejercicio» de los derechos del Título I por parte de los extranjeros, y para el examen de las diferencias de trato respecto de los españoles, o entre extranjeros.

Por otro lado, el TC ha reconocido *el derecho a la no discriminación* a todas las personas, por tanto, también a los extranjeros (STC 236/2007, FJ 4). Una interpretación del art. 14 CE, que prohíbe la discriminación por «cualquier otra causa condición o circunstancia personal o social», desde los tratados internacionales que prohíben la discriminación por razones de «origen nacional», nos llevaría a la conclusión de que la Constitución española también prohíbe este tipo de discriminación. Así, prohíben la discriminación por razones de «origen nacional»: el art. 2 DUDH(18); art. 2.1 PIDCP, respecto de los derechos del Pacto; art. 2.2 PIDESC, respecto de los derechos del Pacto(19); art. 14 CEDH, respecto de los derechos del Convenio; y el artículo 1 del Protocolo Adicional Número 12 al CEDH, de 4 de noviembre de 2000 (ratificado por España el 25 de enero de 2008(20)).

Por tanto, la nacionalidad podríamos entenderla incluida entre los motivos de discriminación especialmente prohibidos por el art. 14 CE, y en

(17) Sobre el carácter relacional del derecho a la igualdad, podemos citar, entre otras, las SSTC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 4; 106/1994, de 11 de abril, FJ 2; 71/2016, de 14 de abril, FJ 3; 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 4.

(18) GÓMEZ FERNÁNDEZ deduce de este precepto que: «Por lo tanto, y al menos como declaración de partida, los derechos humanos básicos recogidos en la Declaración deben ser garantizados en el orden interno, por todos los Estados, a todos aquellos que estén en su territorio, por tanto a todos los nacionales y a todos los extranjeros, se encuentren estos en situación regular o irregular» (GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, cit., pág. 99).

(19) En el apartado 3 del mismo artículo se dice que: «los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos». Pero España no se considera un país en vías de desarrollo, por lo que no le es aplicable dicho precepto.

(20) ESTEVE GARCÍA sostiene que este segundo apartado de este precepto «previsiblemente permitirá que el TEDH extienda el ámbito de aplicación del artículo 14 CEDH a nuevas situaciones, pues parece claro que dicha prohibición se impone directamente a todos los poderes públicos» (ESTEVE GARCÍA, Francina, «Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos», en AJA, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 51-90, especialmente página 59). También cabe citar el artículo 1 del Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965, ratificado por España el 13 de diciembre de 1968. GÓMEZ FERNÁNDEZ considera que este artículo 1 «es un límite inequívoco, entre otras a la práctica, habitual por otro lado, de denegación de visados en función del particular origen nacional del solicitante» (GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos*, cit., pág.100). En cambio, FERNÁNDEZ PÉREZ opina que esta convención «es confusa en su protección de los inmigrantes» (FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España. Una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 86).

consecuencia aplicar la jurisprudencia del TC en el sentido de que: «los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8...) si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación» (STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4, letra a).

Esto implica que, respecto de derechos no vinculados a la nacionalidad española, cualquier diferencia de trato de los extranjeros respecto de los españoles, efectuada por el legislador, puede ser considerada discriminatoria o, al menos, sospechosa de discriminación, y debe ser sometida al test del escrutinio estricto. Pero incluso respecto de derechos vinculados a la nacionalidad española, podría alegarse que la diferencia de trato, no ya entre españoles y extranjeros, sino entre extranjeros de distintas nacionalidades, es también sospechosa de discriminación por razones de origen nacional y debe ser objeto de un estricto escrutinio.

### 1.2.2. *Los derechos del artículo 19 CE*

En una primera jurisprudencia, hasta marzo de 1993, el TC no admitió a trámite los recursos formulados por los extranjeros por vulneración de los derechos del art. 19 CE, por entender que esos derechos correspondían exclusivamente a los españoles(21). Es decir, se aplicaba a los derechos del art 19 la regla R3, sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 13.1 CE, o sin realizar una interpretación sistemática desde el mismo. No obstante, a partir de 1993 se produce un cambio en la línea jurisprudencial(22). El TC realiza una interpretación sistemática del artículo 19 desde los artículos 13.1 y 13.2 CE(23). Respecto del artículo 13.1 declara que:

---

(21) Véase ATC 182/1985, de 13 de marzo; STC 99/85, de 30 de septiembre, FJ 3. Seguimos en esto a VIDAL FUEYO, María del Camino, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril...», *cit.*, pág. 436; asimismo, en *Constitución y Extranjería*, págs. 197 y ss.

(22) VIDAL FUEYO, María del Camino, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril...», *cit.*, págs. 434-435.

(23) Esta interpretación sistemática es llevada a cabo también por PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 125. En el mismo sentido, GOIZUETA considera que el art. 19 CE no excluye a los extranjeros (GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «Artículo 19», en PÉREZ TREMPES, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 455-463, especialmente página 456).

«Su apartado primero dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, *aún cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la ley.*» (STC 94/1993, FJ2). La locución que hemos subrayado en cursiva parece dar a entender que el TC va a interpretar el art. 13.1 CE de acuerdo con la regla R4b (es decir, el art. 13.1 atribuye a los extranjeros la titularidad de las libertades de circulación y residencia en España, mientras que las *condiciones de ejercicio* serán las que establezcan los tratados y la ley). Pero la conclusión final a la que llega es la siguiente: «Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros *pueden ser* titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19». Como se desprende de las palabras que hemos subrayado en cursiva, también se hace depender de los tratados o la ley la *titularidad* de estos derechos por los extranjeros, y no solo las condiciones de ejercicio (24). Es decir, aplica la regla interpretativa R4a, que hemos descartado por las razones arriba expuestas.

Por lo que se refiere a los derechos a entrar en España, y a residir y circular libremente por su territorio, estamos ante unos derechos vinculados a la nacionalidad española (25), como deja claro el TC en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia 1994/1993 (26).

Esta interpretación viene avalada por la regla interpretativa del art. 10.2 CE. Así, aunque el art. 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), de 1948, reconoce estos derechos a *todas las personas*, el más específico artículo 12.1 del PIDCP solo lo reconoce a toda persona que se halle *legalmente* en el territorio de un Estado. Y lo mismo establece el artículo 2.1 del Protocolo adicional número 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 16 de septiembre de 1963, ratificado por España en 2009 (27).

(24) La exigencia de realizar una interpretación sistemática de los derechos del artículo 19 desde lo dispuesto en el artículo 13 también se recoge en las SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 a) y 72, 2005, de 4 de abril FJ, 5.

(25) En el mismo sentido, VIDAL FUEYO considera que son derechos vinculados al principio de soberanía territorial del Estado (VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 186).

(26) Dice el TC: «La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E., y STC 107/1984, fundamento jurídico 3º), *ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano*. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la *nacionalidad* de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella».

(27) En este sentido, GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «El derecho de entrada y circulación», en Aja, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91-120, especialmente páginas 94-95.

En consecuencia, de acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, los extranjeros tienen derecho a entrar en España en los términos previstos en los tratados y la ley, y los que se hallen legalmente en España (es decir, en las condiciones previstas en los tratados y la ley) tienen las libertades de circulación y residencia en el territorio español (28).

Sin embargo, respecto del derecho constitucional a *entrar* en España, la STC 72/2005 vuelve a dar un viraje, negándolo a los extranjeros (29). El TC deduce que los extranjeros no tienen el derecho a entrar en España, porque no se *hallan en España*, y el artículo 13.1 CE literalmente solo reconoce derechos a los extranjeros «en España» (FJ. 6).

El TC refuerza el argumentos de la interpretación literal con el argumento de la interpretación sistemática desde los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE). El artículo 13.2 de la DUDH reconoce el derecho «a regresar a su país». No reconoce el derecho de entrada a los extranjeros. Asimismo, el art. 12.4 del PIDCP, de 1966, dispone que: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». No dice nada de los extranjeros. Y lo mismo declara el Protocolo número 4 al CEDH (art. 3.2). Concluye el TC que el derecho de los extranjeros a entrar en España es un derecho legal, pero no un derecho fundamental (FJ 7) (30).

Pero si el derecho a entrar en España fuera un derecho fundamental exclusivo y excluyente de los españoles, conforme a la regla R3, eso significaría que la propia Constitución lo prohíbe a los extranjeros. La única excepción a esta prohibición sería el derecho de asilo (art. 13.4 CE). En consecuencia, salvo esta excepción prevista en la CE, el legislador no podría extender el derecho (por tratado o por ley) a los extranjeros.

---

(28) GOIZUETA resalta que existe una evidente conexión entre el derecho a entrar en España, y el derecho a circular por el territorio nacional (GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «El derecho de entrada y circulación», *cit.*, pág. 92).

(29) VIDAL FUEYO critica que el TC se aparte aquí de su jurisprudencia anterior en la interpretación del artículo 13.1 CE (VIDAL FUEYO, María del Camino, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril...», *cit.*, págs. 430 y 434). La autora sostiene que los extranjeros no tienen el derecho fundamental a entrar en España, pero una vez reconocido por tratado o por ley, ese derecho queda protegido por la Constitución en virtud del art. 13.1 CE (VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, *cit.* págs. 194 y 195). En el mismo sentido, GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, *cit.*, pág. 99; MARÍN GÁMEZ, J. A., «Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, págs. 37-78, especialmente página 57. Por su parte, para GÓMEZ FERNÁNDEZ el derecho a entrar en España es el único derecho cuya limitación a los extranjeros se justifica en la política de control de fronteras. «Los demás derechos fundamentales no tienen que ver con el acceso al territorio, esto es, no están directamente vinculados a la política de control de flujos, sino a la política de integración» (GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, *cit.*, pág. 189).

(30) En el mismo sentido, GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, *cit.*, pág. 18; GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «El derecho de entrada y circulación», *cit.*, pág. 105.

Sin embargo, el TC pretende limitar su conclusión a los extranjeros extracomunitarios que aspiran a entrar en territorio español y que no se hallen previamente en España (el caso concreto se refiere a un ciudadano marroquí), excluyendo expresamente otros supuestos (FJ 6), y no argumenta por qué habrían de excluirse esos otros supuestos. En efecto, en el FJ 4, al que se remite el FJ 6, excluye de sus conclusiones sobre la ausencia de un derecho constitucional de los extranjeros a entrar en España los siguientes supuestos:

- «El régimen jurídico del derecho de asilo (objeto de la específica regulación contenida en el art. 13.4 CE)». En este caso, se trata de una excepción contemplada en la propia Constitución.
- «El derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, regulado por tratados internacionales y por otras normas que lo separan sustancialmente del régimen aplicable a los demás extranjeros». Sin embargo, se trata de un derecho a entrar en España establecido en «tratados», pero *no contemplado (según el propio TC) por la propia Constitución* para los extranjeros, con lo cual sería un supuesto de contradicción entre la Constitución y los tratados, debiendo garantizarse la supremacía de aquella (incluso según la Declaración del TC 1/2004, que distingue sutilmente entre primacía y supremacía)(31).
- «La situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente, situación ésta que no es la que plantea la demanda de amparo». Pero a estos extranjeros la residencia legal en España no los convierte en ciudadanos españoles y, una vez que se hallen fuera de España, seguirían careciendo del derecho *constitucional* a entrar en el país.
- «Y los supuestos de reagrupación familiar, también ajenos al caso objeto de este proceso constitucional». El derecho de reagrupación familiar no viene reconocido expresamente en la Constitución, y por esta razón, difícilmente puede constituirse en excepción al no reconocimiento constitucional a los extranjeros del derecho a entrar en España.

En definitiva, salvo el primero de los supuestos exceptuados, que tiene su apoyo en el art. 13.4 CE, los demás carecen de fundamento constitucional y solo tienen su base en los tratados o en la ley, que en ningún caso pueden contradecir la Constitución, ni crear derechos fundamentales nuevos para los extranjeros.

En consecuencia, nos parece más acertada la jurisprudencia constitucional anterior a la STC 72/2005, en el sentido de que el derecho a entrar

---

(31) Según la Declaración del TC 1/1992, de 1 de julio, el art. 93.1 CE no habilita para modificar la Constitución al margen del procedimiento de reforma previsto en su Título X.



en España se halla vinculado a la nacionalidad, y debemos entenderlo reconocido por la Constitución a los extranjeros en las condiciones que establezcan los tratados o la ley, de modo que si se infringe la regulación del derecho contenida en éstos, se considera vulnerado el derecho constitucional.

No obstante, aunque, como interpreta el TC, se entendiera, literalmente, que el art. 13.1 CE no es aplicable al derecho a entrar en España, todavía podría entenderse este derecho conforme a la regla R2, no necesariamente con carácter excluyente (regla R3), por lo que el legislador podría extenderlo a los extranjeros por tratado o por ley. Pero desde el momento en que el legislador, como intérprete y desarrollador de la Constitución, extiende el derecho a entrar en España a los extranjeros, éste será un derecho constitucional para este colectivo, susceptible de recurso de amparo ante el TC. El legislador puede exigirles condiciones no requeridas a los españoles, pero las diferencias de trato entre extranjeros, por razones de origen nacional, en cuanto al ejercicio del derecho, pueden reputarse como discriminatorias, o sospechosas de discriminación, y deben ser sometidas al test del escrutinio estricto. Por ejemplo, las diferencias de trato entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios podrían justificarse, en último término, en el artículo 93 CE.

En cambio, el derecho a salir libremente de España, y a pesar de la dicción literal del art. 19 CE no debe entenderse como un derecho vinculado a la nacionalidad española. Esto se deduce de los tratados internacionales que han reconocido el derecho. El artículo 13.2 de la DUDH y el art. 12.2 del PIDCP reconocen este derecho a «cualquier persona». Y el Protocolo adicional número 4 al CEDH dispone que: «Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo» (art. 2.2).

### 1.2.3. *Los derechos del artículo 23 CE*

El artículo 23.1 CE emplea el término «ciudadanos». Esta expresión es ambigua: puede entenderse en sentido estricto, y por tanto, referida solo a las personas físicas (con exclusión de las jurídicas) y nacionales de un país (los españoles en nuestro caso), e incluso mayores de edad; y también puede ser entendida en sentido amplio, incluyendo a todas las personas físicas, e incluso, en algunos casos, a las jurídicas (tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la tutela judicial efectiva en el llamado «amparo judicial» (art. 53.2 CE) (32).

---

(32) Sobre el carácter no unívoco del término «ciudadanos» en la Constitución española de 1978, véase: IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, págs. 133 ss.

En cambio, el término «ciudadanos» del artículo 23. 1 CE debe ser interpretado en sentido estricto, pues se trata de un derecho que se halla tradicionalmente vinculado a la ciudadanía en el sentido más estricto de la palabra(33), esto es, a la pertenencia al Estado-nación: el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), es decir, los derechos de participación política en sentido estricto(34).

Ahora bien, en principio, que un término se interprete de forma estricta, no significa que también deba interpretarse de modo estricto (de acuerdo con la regla R3) el enunciado que lo contiene. En efecto, el enunciado: «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos», puede ser interpretado como: «Los españoles tienen derecho a participar en los asuntos públicos», (regla R2) pero no necesariamente, de forma restrictiva, como: «Solo los españoles tienen derecho a participar en los asuntos públicos», conforme a la regla R3, prohibiendo tal derecho a los extranjeros. Puede entenderse, tal como hace el TC (Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 3, letra B), que la prohibición expresa viene dada por el artículo 13.2 CE, que dispone: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23», con la salvedad allí indicada para las elecciones municipales. Esta regla (R5) diferencia claramente el derecho de participación política de otros derechos vinculados a la nacionalidad, y es que por su mandato expreso no se podrá reconocer este derecho a los extranjeros, por tratado o ley, salvo para las elecciones municipales en las condiciones establecidas en el propio precepto.

Si unimos los enunciados del artículo 23.1 CE y del artículo 13.2 CE (incluida la excepción en él contenida), obtenemos el siguiente enunciado: «Solamente los españoles (y los extranjeros en las condiciones del artículo 13.2 CE), tienen derecho a participar en los asuntos públicos (...)». Como se pueda apreciar, la excepción del artículo 13.2 CE ha operado una ruptura (aunque parcial, solo para el ámbito municipal) del concepto estricto de ciudadanía, ligado tradicionalmente a la nacionalidad(35). Puesto que se trata de una excepción a una prohibición de un derecho vinculado a la nacionalidad, el legislador, o el tratado, a la hora

(33) Sobre el concepto de ciudadanía: IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, *El derecho constitucional a participar...*, cit., págs. 125 y ss, y los autores allí citados; PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, págs. 72 y ss., y los autores allí citados.

(34) Sobre el ámbito objetivo del derecho del art. 23.1 CE, IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, *El derecho constitucional a participar...*, cit., págs. 72 y ss.; PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos...*, cit., págs. 35 y ss.

(35) Sobre esto, véase: IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, *El derecho constitucional a participar...*, cit., págs. 36 y 37). Por su parte, AGUDO ZAMORA aboga por un concepto amplio de ciudadanía que incluya a los extranjeros (AGUDO ZAMORA, Miguel J., «Vías de constitucionales para el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones autonómicas españolas a los extranjeros residentes», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, págs. 309-328, especialmente página 326).

de regular el derecho para las elecciones municipales, puede regular las condiciones de ejercicio de forma diferente para los extranjeros, exigiendo, por ejemplo, no hallarse en situación irregular en España, o que se reúna un período mínimo de residencia para tener derecho de sufragio activo o pasivo.

El art. 23.2 reconoce, asimismo, el acceso a las «funciones y cargos públicos» en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) «viene haciendo una interpretación muy restrictiva del concepto de Administración pública, exigiendo que se trate de empleos que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y que las funciones que se desarrollen persigan la salvaguarda de los intereses del Estado o de otros entes públicos (Sentencia de 17 de diciembre de 1980, *Comisión c. Bélgica*)» (36). El artículo 57.3 de la LO 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, llega a extender tal posibilidad de acceso al funcionariado incluso a los ciudadanos no comunitarios pero que sean beneficiarios de la libertad de circulación de trabajadores en virtud de tratado ratificado por España. Se ha interpretado el art. 23.2 CE desde la jurisprudencia del TJUE, pero tal interpretación puede plantear dudas de inconstitucionalidad frente a la prohibición expresa del art. 13.2 CE en relación en el art. 23.2 CE, precepto que no distingue entre clases de «funciones públicas».

#### 1.2.4. *El derecho de petición*

El artículo 29.1 CE dispone que: «Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva» (...). No hay nada en el contenido o la naturaleza de este derecho que lo vincule necesariamente a la nacionalidad (37). Por tanto, no cabe diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio de este derecho, ni puede privarse del mismo a los extranjeros en virtud de su situación administrativa en España (por

---

(36) GÓMEZ MONTORO, Ángel J., «Titularidad de derechos fundamentales», *cit.*, págs. 51-52.

(37) En el mismo sentido, BELDA considera que no hay nada que vincule este derecho a la soberanía (BELDA, Enrique, «Artículo 29», en Pablo Pérez Tremps y Alejandro Sáiz Arnáiz (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 661-670, especialmente página 666). Por su parte, el artículo 44 de la CDFUE, reconoce, dentro de los derechos de ciudadanía, el derecho de petición ante el parlamento Europeo en los siguientes términos: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo». Como se observa, la titularidad del derecho se reconoce en sentido amplio, no sólo a los ciudadanos de la Unión. En todo caso, tal precepto no puede ser empleado para realizar una interpretación restrictiva del derecho de petición del art. 29 CE, según se desprende del art. 53 CDFUE.

ejemplo, extranjeros en situación irregular). Este derecho se asimila a los derechos universales, a los que se aplica la regla interpretativa R1. Consecuentemente, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, reconoce el derecho a «toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad» (art. 1.1).

#### 1.2.5. *El derecho de defender España y la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio*

En cuanto al artículo 30.1 CE, su enunciado dispone que: «los españoles tienen el derecho (...) de defender España». Estamos aquí ante un derecho (y a la vez deber) tradicionalmente vinculado a la nacionalidad, porque lo que le es aplicable la regla R4b del art. 13.1 CE, en relación con la regla R2 del correspondiente precepto. Es decir, el legislador, en virtud de lo dispuesto en el art. 13.1 CE, y la ausencia de prohibición expresa en el artículo 13.2 CE, *debe* extender este derecho a los extranjeros en las condiciones previstas en los tratados y la ley. De modo que la privación de la titularidad del derecho a los extranjeros que no cumplan las referidas condiciones legales (por ejemplo, extranjeros en situación irregular) no vulnera la Constitución.

Ahora bien, como el instrumento básico para la defensa de España es la pertenencia a las Fuerzas Armadas, podría pensarse que los extranjeros no pueden pertenecer a las mismas. Esta exclusión no vendría dada por el art. 19 CE sino por el art. 23.2 interpretado desde el art. 13.2 CE (regla R5). No obstante, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, ha resuelto esta cuestión en el sentido de que los extranjeros con residencia legal en España no pueden vincularse a las Fuerzas Armadas como militares de carrera, pero sí «con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y como militares de complemento de acuerdo con lo previsto en esta ley» (art. 3.5).

Por lo que se refiere al derecho de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (art. 30.2 CE), puesto que el mismo solo se impone a los españoles, son estos los que tienen el derecho a la objeción de conciencia<sup>(38)</sup>. La objeción de conciencia es una causa de exención al cumplimiento de un deber constitucional (el servicio militar obligatorio) que solo corresponde a los españoles. Aunque el servicio militar obligatorio

---

(38) Véase el artículo 1.2 de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.

ha sido suspendido, el derecho a la objeción de conciencia se mantiene para los reservistas obligatorios, que deben ser españoles (39).

### 1.2.6. *El derecho al trabajo*

El derecho al trabajo es reconocido por la CE en los siguientes términos: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

En cuanto al contenido de este derecho, el TC ha declarado que:

«El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto, individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8).

De la jurisprudencia del TC parece deducirse que el derecho al trabajo es un derecho vinculado a la nacionalidad, por tanto, de acuerdo con esto, habría que aplicarle la regla R4b del art. 13.1 en relación con la regla R2 del art. 35 CE. Así, en la Sentencia 107/1984 el TC dice que «la propia Constitución solo reconoce el derecho al trabajo para los españoles»

---

(39) Véase la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, arts. 122 y 138. Sobre la objeción de conciencia sobrevenida, véase: BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, «El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia sobrevenida», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1988, págs. 487-500; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, «Regulación constitucional de los derechos fundamentales y objeción de conciencia sobrevenida», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21, 1998, págs. 301-314; ALENDA SALINAS, Manuel, «La imposibilidad legal de «objeción sobrevenida»: una vieja carencia en la nueva Ley de objeción de conciencia», en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Vol. 1, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, págs. 33-49. .

y que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros —incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia ninguna en favor de ellos— y los españoles en materia de acceso al trabajo». Concluye el TC que «en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato». (STC 107/1984, FJ 4. En el mismo sentido, Sentencia 150/1994, de 23 de mayo, FJ 2).

En ningún momento se dice en la referida Sentencia por qué ha de estar vinculado este derecho a la nacionalidad, como se da a entender. Solo se parte de una interpretación literal y restrictiva del enunciado del art. 35 CE en relación con el enunciado del art. 13.1 CE.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva no está suficientemente motivada (más que en la literalidad de lo dispuesto en el art. 35 CE) y contrasta con algunos tratados sobre derechos humanos ratificados por España, que reconocen el derecho a trabajar a todas las personas (art. 23.1 DUDH(40); art. 6.1 PIDESC(41)). Por otro lado, España no ha ratificado el Convenio de la OIT número 143, de 1975, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de trabajadores migrantes, y que proclama una igualdad de trato en el acceso al trabajo con respecto a los trabajadores nacionales(42).

(40) El art. 22 DUDH dispone que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, *habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado*, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». GOIG MARTÍNEZ ha querido ver en este precepto, especialmente en la expresión en cursiva, las posibilidades de que el Estado limite el derecho al trabajo de los extranjeros (GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., pág. 106).

(41) Por su parte, el art. 2 PIDESC dispone: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos./2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social./3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.» GOIG MARTÍNEZ justifica en los art. 2.1 y 2.3 del PIDESC las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a un puesto de trabajo (GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., pág. 106), pero no menciona precisamente el art. 2.2, que prohíbe toda discriminación por razones de origen nacional; y, además, el art. 2.3 se refiere a «países en desarrollo».

(42) Véase, al respecto: VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 277; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., pág. 106.

Asimismo, gran parte de la doctrina ha realizado una interpretación restrictiva del derecho al trabajo, y lo han vinculado a la nacionalidad o a la soberanía territorial del Estado (43).

Entre las razones doctrinales aducidas está la consideración del trabajo como «bien escaso», por lo que hay que proteger el mercado nacional de trabajo, dando preferencia en su acceso a los españoles frente a los extranjeros (44). También se ha argumentado para esta preferencia de los españoles el art. 40.1 CE, el cual dispone que los poderes públicos «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo» (45), aunque este precepto no menciona a los españoles como destinatarios —menos todavía exclusivos— de la política de pleno empleo. Asimismo, la diferencia de trato de los extranjeros en el derecho en el acceso al trabajo, se ha justificado en que se trata de un derecho de configuración legal, que permite su mayor o menor extensión en cuanto a titularidad o ejercicio para los extranjeros (46). Sin embargo, en nuestra opinión, el carácter de derecho de configuración legal de un derecho puede afectar a su contenido, pero no a su titularidad, que debe venir determinada por una interpretación sistemática de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por España.

No obstante, la interpretación restrictiva del derecho al trabajo para los extranjeros no se aplica a los derechos laborales, una vez producida la contratación o el acceso al puesto de trabajo. Como señala el propio TC: «no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo —lo hay para la

---

(43) Véase, entre otros, VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 301; DíEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 486; NOGUEIRA, Magdalena, «Artículo 35», en M. E. CASAS, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 932-933; TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pág. 329, aunque este autor pone de manifiesto la falta de consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen el derecho a todas las personas.

(44) Véase, en este sentido, GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., pág. 106; RAMOS QUINTANA, Margarita, «El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social», en AJA, E. (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 349 y ss.; GIL Y GIL, José Luis, «Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 949-1015, especialmente página 992.

(45) En este sentido, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Capítulo XVIII. Inmigrantes», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 1955-2046, especialmente página 2029; y en *El derecho a tener derechos...*, cit., pág. 165.

(46) TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, cit., pág. 333. En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, Margarita, «El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social», cit., págs. 354-355.

*titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones—*» (47).

### 1.2.7. *El derecho a las prestaciones de la Seguridad Social*

El art. 41 CE dispone que: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de la Seguridad Social para *todos los ciudadanos* ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Incluso aunque se interpretara el término «ciudadanos» en sentido estricto, como equivalente a «españoles», todavía sería posible dar una interpretación no restrictiva del derecho para los extranjeros (incluso en situación irregular) desde el art. 13.1 CE, interpretado de acuerdo con la regla R4b.

En este caso, la interpretación desde los tratados internacionales no contribuye a determinar la titularidad del derecho, pues unos reconocen el derecho a todas las personas, y otros supeditan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros a acuerdos bilaterales o multilaterales, o exigen la residencia legal en el territorio del Estado (48).

El TC aplica a las prestación por desempleo la misma doctrina que asignó al derecho al trabajo, subordinando su existencia para los extranjeros y sus condiciones de ejercicio a lo que dispongan los tratados y la ley (STC 130/1995, FJ 2), entendiéndose, pues, que no estamos ante un derecho universal sino vinculado a la nacionalidad. Parece evidente la conexión entre, por un lado, el derecho de «todos los españoles» al trabajo y «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», y , por otro lado, el derecho de los «ciudadanos» a la prestación por desempleo.

(47) STC 107/1984, FJ 4. Sobre la igualdad de condiciones en el trabajo entre nacionales y extranjeros, véase: VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., págs. 287 y ss; TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, págs. 344-345; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España*, cit., pág. 21.

(48) Así, el art. 22 DUDH dispone que «toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social; el art. 9 PIDESC reconoce el derecho a la Seguridad Social y al seguro social a «toda persona». Por el contrario, según el art. 12. 4 de la Carta Social Europea, las partes contratantes se comprometen, «a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: // a) La *igualdad de trato* entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de la Seguridad Social (...)» Y, salvo lo dispuesto en el art. 12.4, el Anexo de la Carta Social restringe su ámbito de aplicación a «los extranjeros que , siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada». Por su parte, el art. 34.2 CDFUE dispone que «*Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión* tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y *con las legislaciones y prácticas nacionales*».



No obstante, sería precipitado deducir de esta jurisprudencia que el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, con carácter general, se halla vinculado a la nacionalidad española(49). Esta vinculación general podría justificarse en la naturaleza prestacional del derecho y en la necesidad de distribuir recursos limitados, o como parece sugerir el propio TC, en «el mantenimiento del sistema público de la Seguridad Social»(50). Sin embargo, no podemos inferir dicha vinculación a la nacionalidad del hecho que estemos ante un derecho «de configuración legal»(51), porque de esta expresión entrecomillada podemos deducir que el legislador debe configurar su contenido (las concretas prestaciones en que consiste), pero no necesariamente su titularidad, que debe colegirse de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por España, atendiendo a la naturaleza constitucional del derecho(52).

Ahora bien, aunque llegara a concluirse que el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social se halla vinculado, con carácter general, a la nacionalidad, sin embargo hay concretas prestaciones de la Seguridad Social que deben ser universales, por su conexión con los derechos a la vida o a la integridad física y moral, o porque así se desprende de específicos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. GÓMEZ FERNANDEZ cita en este sentido «la prestación por accidente de trabajo y enfermedad profesional, viudedad y orfandad en el caso de que un trabajador fallecido en accidente laboral haya dejado viuda/o y descendencia (STSJ, Sala 4a, de Madrid, de 11 de octubre de 2004); la prestación por incapacidad temporal (Sentencias de los TSJ de

---

(49) En este sentido, VIDAL FUEYO considera que este derecho se encuentra vinculado a la soberanía territorial del Estado (VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 300).

(50) En efecto, el TC llega a decir: «Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

(51) Al respecto, el TC declara: «Salvada esta indisponible limitación [la garantía institucional del sistema público de la Seguridad Social], el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 63/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras).» (STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 7).

(52) En contra, TRIGUERO MARTÍNEZ sostiene que para las personas extranjeras los derechos sociales de prestación son de configuración legal, y que de su configuración jurídico-constitucional «no se puede desprender la universalidad de su titularidad y ejercicio» (TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, págs. 262-263).

Aragón, 1 de abril de 2004; Madrid de 5 de septiembre de 2002) o la prestación por incapacidad permanente (STSJ Castilla y León de 30 de julio de 2004)» (53).

#### 1.2.8. *El derecho a la vivienda*

El art. 47 CE dispone que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», precepto a la que se le aplica la regla interpretativa R2 y que, por tanto, no excluye a los extranjeros de la titularidad del derecho (54), sino que, en virtud de la regla interpretativa R4b del artículo 13.1 CE, se extiende también a los extranjeros. ¿Pero en qué condiciones de ejercicio?

El art. 25 de la DUDH no reconoce propiamente un derecho a la vivienda, sino el derecho de toda persona «a un *nivel de vida* que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, *la vivienda*, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». Asimismo, el art. 11.1 del PIDESC establece que: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a *un nivel de vida adecuado* para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia». Literalmente no podemos deducir de estas disposiciones un derecho de todas las personas, incluidos los extranjeros en situación irregular, a las *ayudas públicas* para el alquiler o la compra de viviendas. Por su parte, el artículo 34.3. CDFUE prescribe: «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a *una ayuda de vivienda* para garantizar una existencia digna a *todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes*, según las *modalidades establecidas* por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». En este precepto sí parece reconocerse el derecho a ayuda a la vivienda a «*todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes*», y se remite al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales para establecer las modalidades de ayuda, no para determinar su titularidad. Ahora bien, hay que tener presente que el ámbito de aplicación de la Carta es limitado: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidia-

(53) GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Capítulo XVIII. Inmigrantes», *cit.*, pág. 2031; asimismo, en *El derecho a tener derechos...*, *cit.*, pág. 168. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España...*, *cit.*, pág. 98.

(54) En este sentido, PISARELLO, Gerardo, «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, págs. 1-13, especialmente página 6.

riedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Por tanto, ¿el derecho a las ayudas públicas a la vivienda es un derecho vinculado a la nacionalidad? La única justificación que tiene considerarlo de este modo, aparte de la dicción literal del art. 47 CE, es que se trata de un derecho de prestación, en cuya virtud se distribuyen recursos escasos. Solo desde esta perspectiva se comprende que el legislador orgánico haya privado de este derecho a los extranjeros en situación irregular. En efecto, el artículo 13 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la LO 2/2009, establece que «Los *extranjeros residentes* tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los *extranjeros residentes de larga duración* tienen derecho a dichas ayudas en las *mismas condiciones que los españoles*».

Como se observa, el derecho a las ayudas en materia de vivienda no se reconoce a los extranjeros no residentes, solo a los residentes (no se dice si en condiciones equivalentes a los españoles), y solo se asegura la igualdad de condiciones con los españoles respecto de los extranjeros residentes de larga duración. Solo si se considera que estamos ante un derecho vinculado a la nacionalidad es posible salvar la constitucionalidad de tal precepto (55).

### 1.2.9. Especial consideración del derecho a la protección de la salud

De acuerdo con la dicción literal del artículo 43 CE, que utiliza expresiones genéricas como «se reconoce» (art. 43.1 CE) y «todos» (art. 43.2 CE), el derecho a la protección de la salud es un derecho universal (56), que, en

---

(55) ESCOBAR ROCA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ ofrecen la siguiente justificación de la constitucionalidad del art. 13 de la LO 4/2000: «la opción del artículo 13 parece razonable, pues ciertamente resultaría contradictorio que quienes carecen de autorización para residir en España tuvieran derecho a acceder a ayudas públicas para el alquiler o la compra de una vivienda, lo que en definitiva equivale a otorgar carta de naturaleza a su permanencia en España. No es lo mismo prestar servicios educativos o sanitarios a los inmigrantes, mientras se encuentren en España, que otorgarles una prestación que parece orientada a consolidar su permanencia» (ESCOBAR ROCA, Guillermo y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Beatriz, «Capítulo XI. El derecho a la vivienda», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, págs. 1271-1391, especialmente página 1333).

(56) En este sentido: BORRAJO DACRUZ, Efrén, «Artículo 43. Protección de la salud», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 165-198, especialmente página 181; GARCÍA VAZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., pág. 162; ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud», en Guillermo ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 1073-1178, especialmente página 1138; TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, pág. 309;

consecuencia, no admite diferencias de trato entre extranjeros y españoles, u otras categorías de personas, y del que no puede privarse a los extranjeros en situación irregular (Se les debe aplicar la regla interpretativa R1).

En cambio, en la Sentencia 139/2016, de 21 de julio (FJ 10)(57), el TC menciona la clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros (STC 107/1984, FJ4) para encuadrar el derecho a la salud en la tercera categoría de derechos, de acuerdo con la jurisprudencia anterior (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3 y STC 236/2007, FJ 4); es decir, en «aquellos derechos 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» (FJ 10)(58). Sin embargo, la inclusión del derecho a la protección de la salud en esta categoría es problemática, por cuanto en ningún caso el artículo 43 CE utiliza las expresiones «los ciudadanos» o «los españoles» para referirse a los sujetos titulares de este derecho.

La única justificación que ofrece el TC es que «es un derecho de configuración legal», es decir, «un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros (STC 236/2007, FJ 4, con cita de otras).» (STC 139/2016, FJ 10). En consecuencia, «conforme a nuestra doctrina, el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será de-

---

JIMENA QUESADA, Luis, «Artículo 43», en PÉREZ TREMP, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 829-842, especialmente página 837. En cambio, GÓMEZ FERNÁNDEZ opina que la titularidad del derecho a la protección de la salud está indeterminada en la Constitución: «El artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, sin establecer mayores precisiones en cuanto a su titularidad» (GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Capítulo XVIII. Inmigrantes», *cit.*, pág. 2011. Asimismo, en *El derecho a tener derechos...*, *cit.*, pág. 170).

(57) En esta Sentencia se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y, específicamente, contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2 y disposición transitoria primera; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera. Este decreto, por su carácter regresivo, ha sido objeto de crítica doctrinal. Véase, entre otros: SOBRINO GUIJARRO, Irene: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», en *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, vol. 3, 2013, págs. 127-158; SOLANES CORELLA, Ángeles: «La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica», *Derechos y Libertades*, núm. 31, época II, junio 2014, págs. 127-161; LEMA AÑÓN, Carlos, «La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 31, mayo 2014, págs. 3-16; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril», *Revista de Estudios Políticos*, núm 163, 2014, págs. 189-231; AGUADO I CUDOLÁ, Viçens y PRADO PÉREZ, Raquel, «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm 99-100, 2014, págs. 87-110.

(58) Este encuadre del derecho a la protección de la salud no es cuestionado por los votos particulares de la STC 139/2016. Véase el Voto particular que formula el Magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RÉ, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela ASUA BATARRITA, y el que formula el Magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS.

terminado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. *El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España*, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que «por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español» (FJ 10).

Sin embargo, que un derecho sea de configuración legal en cuanto a su contenido, no significa que el legislador no tenga límites constitucionales a la hora de regularlo. Es claro que si, de acuerdo con la dicción literal del artículo 43 CE, la titularidad del derecho es universal, entonces el legislador no podrá privar del mismo a los extranjeros en situación irregular, o establecer diferencias de trato entre extranjeros según tengan o no autorización de residencia en España, o incluso respecto de los españoles, sin ofrecer al menos una justificación objetiva y razonable, que deberá ser examinada con un especial rigor (test de escrutinio estricto) (59).

Más allá de la interpretación literal del art. 43 CE, acudir a los tratados internacionales para determinar la titularidad del derecho no sirve de gran ayuda en el caso, como éste, de derechos considerados literalmente universales según la Constitución. Porque o bien tales tratados reconocen el derecho a todas las personas, en cuyo caso vienen a confirmar lo dispuesto por la Constitución, o bien limitan la titularidad del derecho a los que se hallen legalmente en el territorio del Estado, en cuyo caso no pueden prevalecer sobre la literalidad de lo establecido en la Constitución misma, al constituir los tratados un estándar mínimo de protección en cuya virtud no se pueden limitar los derechos constitucionales (60).

---

(59) EL Real Decreto-ley 16/2012 no llegó a privar completamente a los extranjeros en situación irregular del derecho de asistencia sanitaria, pues su art. 1.3 disponía que: «los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». Pero se establecía una clara diferencia de trato respecto de los extranjeros que sí tienen autorización de residencia en España, diferencia que carece de justificación objetiva y razonable.

(60) De este modo, el art. 25.1 DUDH dispone que «toda persona tienen el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)»; y el art. 12 del PIDESC reconoce el derecho a la salud a todas las personas, y obliga a los Estados partes a adoptar medidas para la efectividad del derecho, pero en ningún caso se habla del derecho a una asistencia sanitaria pública. El art. 35. CDFUE establece que «Toda persona tienen derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana». Es decir, reconoce el derecho de asistencia sanitaria a todas las personas, pero se remite a «las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Por su parte, la Carta Social Europea (CSE) reconoce en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica. En el apartado 4 de dicho precepto las Partes se comprometen a aplicar este derecho en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las res-

No obstante lo que llevamos dicho, una forma de encuadrar el derecho a la protección de la salud en el grupo de los derechos vinculados a la nacionalidad consiste en realizar una interpretación sistemática del art. 43 CE desde el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE)(61). El legislador puede, de este modo, vincular la prestación de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social(62). Pero ello implica partir de dos premisas dudosas: primera, que el término «ciudadanos» del art. 41 CE debe ser interpretado en sentido estricto, como equivalente a «españoles»; y segunda, que el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social sea, a su vez, un derecho vinculado a la nacionalidad española.

En estos supuestos, de acuerdo con esta interpretación conjunta de los derechos de los artículos 41 y 43 CE, pueden establecerse diferencias de trato entre españoles y extranjeros, o entre extranjeros con y sin autorización de residencia, en cuanto a las prestaciones de asistencia sanitaria. Pero la limitación de la asistencia sanitaria a los extranjeros debe respetar los límites constitucionales, entre ellos el principio de proporcionalidad (STC 236/2007, FJ 4)(63).

---

tantes Partes contratantes «que se encuentren legalmente en su territorio». Además, el anexo a la Carta Social, al establecer su ámbito de aplicación, estipula que «sin perjuicio de lo dispuesto (...) en el art. 13.4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 (...) solo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residen legalmente o trabajan habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada (...) Esta interpretación no excluye extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las partes».

(61) Pone de manifiesto esta conexión entre los derechos de los artículos 41 y 43, por ejemplo, TRIQUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, pág. 312.

(62) Así lo hace, con carácter regresivo, el Real Decreto-Ley 16/2012. El TC constata que: «La norma cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la *conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación*. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social.» (STC 139/2016, FJ 8).

(63) Así, a juicio de los Votos particulares a la STC 139/2016, la privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones de asistencia sanitaria efectuada por el Real Decreto-ley 16/2012 (salvo las excepciones previstas en su art. 1.3), es desproporcionada respecto de la finalidad perseguida: el sostenimiento del sistema sanitario público en una situación de crisis económica. Asimismo, sobre la necesidad de realizar un test de proporcionalidad para la limitación del derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, véase: ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud», *cit.*, pág. 1141, aunque el autor parte de la premisa de que el derecho a la protección a la salud es universal (pág. 1138). Véase, asimismo, sobre la exigencia de realizar un test de proporcionalidad, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, *cit.*, pág. 176; GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. «El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-II, Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 171-194, especialmente página 193.

Recapitulando sobre el análisis de los derechos reconocidos literalmente por la Constitución a los ciudadanos o a los españoles, por su naturaleza, algunos de ellos no están vinculados a la nacionalidad: el derecho de igualdad ante la ley (art. 14 CE), el derecho de petición (art. 29), y el derecho a salir libremente de España (art. 19 CE). Otros sí están vinculados claramente a la nacionalidad: como los derechos del artículo 23 CE, el derecho de defender España y la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (arts. 30.1 y 30.2 CE), el derecho a entrar libremente en territorio español y, por conexión con el mismo, las libertades de circulación y residencia por el territorio español (art. 19 CE). En cambio, otros derechos han sido vinculados a la nacionalidad española de forma más dudosa, ya sea por referirse a un bien escaso que hay que proteger (el derecho al trabajo del art. 35 CE), ya por referirse a derechos de prestación de bienes o servicios escasos: derecho a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), y derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 45 CE). Por último, el derecho a la protección de la salud no viene atribuido literalmente por la Constitución a los españoles o a los ciudadanos sino a «todos» (art. 43.2 CE), pero puede ser vinculado a la nacionalidad española por su conexión, a su vez, con el sistema público de las prestaciones de la Seguridad Social.

### 1.3. CRÍTICA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la Sentencia 107/1984, al interpretar el art. 13.1 CE, el TC declara que los derechos de los extranjeros «son *todos ellos* sin excepción en cuanto a su *contenido* derechos de configuración legal» (FJ 3). No podemos compartir esta opinión. Para saber si un concreto derecho es de configuración legal, o no lo es, tendremos que estar a la naturaleza o contenido del derecho (64). Además, como señala VIDAL FUEYO, ningún derecho es completamente de configuración legal, sino que el legislador debe respetar su contenido constitucional (65). De la supuesta configuración legal de estos derechos el TC deduce que el legislador puede introducir, o no hacerlo, la nacionalidad como «dato relevante para modular

(64) Sobre el concepto de «derecho de configuración legal, véase, entre otros: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, (1995) «Derechos de configuración legal» (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 2385 y ss; PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas (un estudio del art. 23.2 CE)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 58.

(65) VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería, cit.*, pág. 62. En el mismo sentido, GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, *cit.*, págs. 41 y 85; TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, pág. 209.

el ejercicio del derecho» (FJ. 3). Sin embargo, en nuestra opinión, tratándose de derechos universales a los que se aplica la regla R1, el legislador no solo *puede*, sino que *debe* prescindir, a la hora de regularlos, de atender a la nacionalidad del titular, lo contrario sería discriminatorio. Respecto de estos derechos universales, el legislador *no puede* introducir la nacionalidad como factor de diferenciación en cuanto a titularidad y condiciones de ejercicio del derecho (regla R1). Solo en los derechos vinculados a la nacionalidad española, como hemos dicho más arriba, puede el legislador introducir diferencias de trato entre españoles y extranjeros en cuanto a las *condiciones de ejercicio* del derecho, pero no en cuanto a la titularidad.

La STC 236/2007 viene a recapitular y precisar toda la jurisprudencia anterior sobre los derechos fundamentales de los extranjeros. El TC parte de la idea de la libertad de configuración del legislador respecto de los derechos de los extranjeros, pero luego la limita en virtud de lo dispuesto en los preceptos constitucionales: «(...) el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «términos» en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, *se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE en los términos que seguidamente se expondrán.*» (FJ 3). Se recogen aquí dos límites: el primero se refiere a los derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana»(art. 10.1 CE)(66). Dado el carácter impreciso del concepto «dignidad humana», preferimos hablar de «derechos universales», a los que se aplica la regla R1, de acuerdo con una interpretación literal de la Constitución y/o los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. El otro límite es el criterio interpretativo del art. 10.2 CE: habrá que estar a lo dispuesto en los tratados internacionales para concretar la titularidad y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros(67).

La primera clasificación de los derechos de los extranjeros es la realizada en la STC 107/1984, y es tripartita:

«Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución,

(66) Idea está ya recogida en la STC 107/1984. Véase al respecto VIDAL FUEYO, María del Camino, «Derechos constitucionales de los extranjeros», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDEO, C., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 58-67, especialmente página 61.

(67) A la interpretación del art. 10.2 CE la STC 236/2007 dedica el FJ 5.



según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); 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» (STC 107/1984, FJ 4).

Esta conocida clasificación es sencilla, pero demasiado imprecisa (68), pues no aporta criterios claros para distinguir los derechos de los grupos primero y tercero. Además, es criticable lo que dice respecto del tercer grupo de derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratado y las leyes». Ya hemos dicho que el art. 13.1 CE, conforme a la regla interpretativa R4b, extiende a los extranjeros la titularidad de todos los derechos del Título I (salvo la excepción prevista en el art. 13.2 CE), y por tanto, los tratados y la ley no podrán privar de estos derechos (los vinculados a la nacionalidad española) a los extranjeros por el mero hecho de ser extranjeros, aunque podrán establecer una condiciones de ejercicio diferentes a las de los españoles.

Posteriormente, en la Sentencia 236/2007, FFJJ 3 y 4, el TC clasifica los derechos de los extranjeros en cuatro grupos:

*1) Derechos que no pueden ejercitar los extranjeros, porque lo prohíbe expresamente el art. 13.2 CE.*

Es decir, los derechos del art. 23.1 CE (STC 236/2007, FJ 3). En este caso, se aplica la regla R5. Los derechos del artículo 23 CE ya han sido analizados en cuanto a su titularidad.

*2) Derechos que se tienen en cuanto persona física y no como ciudadano, y que, por tanto, los extranjeros los tienen en condiciones equiparables a los españoles.*

Son derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana» (STC 236/2007, FJ. 3). El TC ha incluido, entre estos derechos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. «Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes

---

(68) Para VIDAL FUEYO esta clasificación tripartita plantea problemas de seguridad jurídica debido a su «gran flexibilidad» (VIDAL FUEYO, María del Camino, «Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española», *cit.*, pág. 41; y en «Derechos Constitucionales de los extranjeros», *cit.*, pág. 62).

a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva» (STC 236/2007, FJ 3).

A estos derechos se les debe aplicar, sencillamente, la regla R1. Es decir, son derechos que son *universales* de acuerdo con la dicción literal de la Constitución y/o con la de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, y, por tanto, su titularidad corresponde a todas las personas físicas por igual. La introducción de diferencias de trato entre españoles y extranjeros, o cualquier otra categoría de personas, es discriminatoria, o cuando menos, sospechosa de discriminación. «La consecuencia inmediata es que se produce, en relación con los derechos ubicados en este grupo, una completa igualdad entre españoles y extranjeros» (69).

En nuestra opinión, para determinar cuáles son los derechos comprendidos en este grupo, basta con observar la dicción literal de los enunciados normativos de la Constitución y/o de los tratados que los contemplan: si se refieren a todas las personas, o tienen un sujeto indeterminado, son derechos universales, pertenecientes a todas las personas físicas. No es necesario acudir al criterio de la mayor o menor vinculación del derecho con la «dignidad humana». Se trata de un concepto jurídico indeterminado que introduce un innecesario factor de incertidumbre a la hora de identificar los derechos a incluir en esta categoría (70).

(69) GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, cit., pág. 125. Nótese que entre estos derechos el TC cita expresamente la prohibición de discriminación del artículo 14 CE (STC 236/2007, FJ 3). Sobre esto, véase lo dicho más arriba, al analizar la titularidad del derecho a la igualdad.

(70) En este sentido, VIDAL FUEYO considera que el criterio de la mayor o menor vinculación de un derecho a la dignidad de la persona es «extremadamente arriesgado», «subjetivo» y «peligroso» (VIDAL FUEYO, María del Camino, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 29, núm. 85, 2009, págs. 353-379, especialmente páginas 359 y 363; también, en el mismo sentido, en *Constitución y Extranjería*, cit., págs. 57-58; en «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril...», cit., pág. 438; en «Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española», cit., pág. 41; y en «Derechos Constitucionales de los extranjeros», cit., pág. 62). Véase, en el mismo sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena «Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: las SSTC 236/2007 y 259/2007 como reconstrucción de una doctrina constitucional confusa», en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, págs. 1-38, especialmente página 8; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, págs. 1 a 52, especialmente página 40; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, cit., págs. 122 y 130). Asimismo, el Magistrado VALDÉS DAL-RÉ, en voto particular a la Sentencia 139/2016, de 21 de julio (al que se adhiere la Magistrada dona Adela ASÚA BATARRITA) critica: «la idea presente en la STC 236/2007 y repetida hasta la saciedad después, de que cabe una gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana (art. 10 CE) que justifica la mayor o menor injerencia legal en los mismos: en particular cuando se trata de configurar su titularidad por parte de los extranjeros. Esa gradación es sencillamente imposible y no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones».

El propio Tribunal Constitucional reconoce que: «la aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto *todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana*» (STC 236/2007, FJ 3).

A la hora de precisar qué derechos están más vinculados que otros con la dignidad de la persona humana, el TC establece el siguiente criterio: «El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su *contenido y naturaleza*, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, *siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE*»(71). Lo curioso es que el TC, para determinar el grado de vinculación de un derecho a la dignidad humana, acude, en último término, a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE). Hubiera resultado más sencillo y seguro dejar al margen la idea de dignidad humana (y la mayor o menor conexión de un derecho con la misma) y tener en cuenta la dicción literal de la Constitución y/o de los tratados para establecer si un derecho es universal o no (72).

### 3) *Derechos que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros.*

Respecto de este grupo, el TC ha dicho que: «El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que, según hemos declarado, «la Constitución reconoce directamente a los extranjeros» (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación» (STC 236/2007, FJ 4). Y que: «Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien «ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales...» (STC 236/2007, FJ 4).

Podemos llamar a esta contradictoria categoría «derechos universales, pero no tanto». Para la identificación de estos derechos, «debe tenerse especialmente en cuenta, entre otros criterios, *la dicción* de los preceptos

---

(71) STC 236/2007, FJ 3 *in fine*.

(72) De hecho, como ha puesto de relieve GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en la Sentencia 99/1985 (FJ 2), para determinar la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC no emplea el criterio de la dignidad de la persona, sino la literalidad de lo dispuesto en la Constitución y los tratados (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», *cit.*, pág. 13).

del Título I reconocedores de derechos, a los que remite el art. 13.1 CE, pues en ellos se hace normalmente referencia a sus titulares utilizando distintas expresiones («todos», «todas las personas», «los españoles», «nadie», «los ciudadanos») o también fórmulas impersonales («se reconoce», «se garantiza».)» (STC 236/2007, FJ 4).

Esta tercera categoría de derechos es desconcertante y no tiene razón de ser. Porque o bien se trata de derechos universales, atribuidos a todas las personas, y entonces se incluyen en el anterior grupo 2)(73), de acuerdo con la regla R1, o bien se trata de derechos atribuidos a «los españoles» o a «los ciudadanos», vinculados a la nacionalidad española, y entonces se incluyen en el grupo 4).

Si estos derechos son universales no es posible que el legislador introduzca «condicionamientos adicionales» para su ejercicio por los extranjeros, pues sería discriminatorio(74). De hecho los dos derechos citados por el TC como pertenecientes a este tercer grupo, el derecho de reunión y el de asociación, están conectados, según el propio TC, con la dignidad humana de acuerdo con la regla interpretativa del art. 10.2 CE (STC 236/2007, FFJJ 6 y 7), por lo que deberían incluirse, entonces, en el segundo grupo de derechos de los extranjeros. No hay ninguna justificación(75), ni el Tribunal Constitucional puede darla, para el establecimiento legislativo de «condicionamientos adicionales» al ejercicio de estos derechos por los extranjeros.

(73) Así lo hacen algunos autores, manteniendo la clasificación tripartita inicial del TC, por ejemplo: GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos...*, *cit.*, pág. 125.

(74) VIDAL FUEYO critica la falta de coherencia y solidez de esta clasificación de derechos realizada por el Tribunal Constitucional (VIDAL FUEYO, María del Camino, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», *cit.*, pág. 361). GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ considera que la distinción entre lo que las categorías de derechos que nosotros clasificamos como 2) y 3) pierde nitidez al entrar a examinar el TC los derechos concretos implicados (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», *cit.*, pag. 40). Por su parte, NOGUEIRA manifiesta su «perplejidad» por posibilidad de diferencia de trato en un derecho vinculado a la dignidad de la persona (NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena «Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros...», *cit.*, pág. 19). Asimismo GONZÁLEZ BEILFUSS opina que «esta sentencia parece introducir un cuarto grupo de derechos que no hace más que complicar la tradicional clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros» (GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración», en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 40, 2010, págs. 1-12, especialmente página 7). Concluye el autor que: «Con carácter general puede afirmarse, pues, que los criterios generales explicitados al inicio de la STC 236/2007 para determinar cuál es el margen del legislador a la hora de desarrollar los derechos de los extranjeros no son claros desde una perspectiva dogmática, y que las conclusiones a las que llega el Tribunal en cada caso tienen un grado de voluntarismo excesivo» (*ibidem*, pág. 8).

(75) En este sentido, VIDAL FUEYO, María del Camino, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», *cit.*, págs. 368-369).

4) *Derechos que la Constitución no reconoce directamente a los extranjeros, sino que se reconocen a los españoles o a los ciudadanos.*

Es decir, derechos que, de acuerdo con la literalidad del precepto, no se atribuyen a todas las personas (incluidos los extranjeros). El TC no lo dice expresamente pero, por descarte, se trata de derechos que se refieren a colectivos concretos, como los españoles o los ciudadanos. A ello parece referirse el TC al decir que se trata de derechos que «no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que *el legislador puede extender a los no nacionales* aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

Entre los derechos comprendidos en este grupo el TC incluye los siguientes: el derecho al trabajo, el derecho a la protección de la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo, y también, con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España (STC 236/2007, FJ 4). El TC no se pronuncia sobre otros derechos, como el derecho a la vivienda, a la cultura o al medio ambiente.

A los derechos de este grupo, en nuestra opinión, se les debe aplicar la regla R2, en combinación con la regla del artículo 13.1 (regla R4b), y entonces los extranjeros son titulares también de estos derechos. Por tanto, el legislador no solo *puede*, sino que *debe* extender estos derechos a los extranjeros, porque así lo hace el art. 13.1 CE.

En cuanto a las condiciones de ejercicio de los derechos de este grupo, el TC dice que:

«(...). *Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia* ya que puede modular las condiciones de ejercicio “en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, si bien aquella libertad “no es en modo alguno absoluta” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3)» (STC 236/2007, FJ 4). Por tanto, el legislador podrá establecer, en los derechos de esta categoría, diferencias de trato entre españoles y extranjeros, lo que en la práctica puede conllevar la exclusión de los extranjeros en situación irregular (76).

El TC no realiza el esfuerzo argumental de distinguir, dentro de los derechos atribuidos literalmente por la Constitución a los españoles o a los ciudadanos, entre aquellos vinculados a la nacionalidad española, a los que se les aplica las consecuencias jurídicas de esta categoría (es decir, las reglas R2 en relación con la regla interpretativa R4 del art. 13.1 CE), y derechos no vinculados a la nacionalidad, los cuales quedan asimilados a los derechos universales en cuanto a las posibilidades de configuración por el legislador.

---

(76) En este sentido, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derecho...*, cit., pág. 131.

Respecto de este cuarto grupo de derechos, que debería circunscribirse solo a los derechos vinculados a la nacionalidad, la libertad de configuración de legislador no es completa, sino que encuentra dos límites, según el TC: en primer lugar, el legislador deberá respetar «el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales» (77); y en segundo lugar, «las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (STC 236/2007, FJ 4). El establecimiento de estos límites debe ser señalado como positivo.

#### 1.4. NUESTRA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS COMPRENDIDOS EN EL TÍTULO I

En definitiva, de acuerdo con las reglas que venimos aplicando, por su *titularidad* los derechos de los extranjeros, comprendidos en el Título I de la Constitución, podemos clasificarlos en dos grupos (78):

- A) Derechos de los que los extranjeros no son titulares, por aplicación de la regla contenida en el art. 13.2 CE (regla R5): los derechos del artículo 23 CE, con la salvedad contenida en el art. 13.2 CE para las elecciones municipales.
- B) Derechos reconocidos a los extranjeros: todos los demás, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 13.1 CE (regla R4b). Dentro de este segundo grupo, hay que distinguir a su vez tres subgrupos, según las *condiciones de ejercicio* del derecho y su posible diferencia de trato respecto de los españoles:
  - a) Derechos universales, que la Constitución y/o los tratados sobre derechos humanos ratificados por España reconocen a todas las personas físicas (regla R1). En estos derechos, cualquier diferencia

(77) El respecto del contenido constitucional del derecho ya había sido establecido por la STC 115/1987. Véase al respecto: GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., pág. 47.

(78) Esta clasificación es, pues, bipartita. Otras clasificaciones bipartitas son las de GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España...*, cit., págs. 89 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Artículo 10», en CASAS BAAMONDE, M.<sup>º</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 186; DONAIRE VILLA, Francisco Javier, «Derechos y libertades de los extranjeros», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 85 y ss. Otros autores han propuesto una clasificación tripartita. Véase, al respecto, TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, pág. 297

de trato introducida por el legislador, atendiendo a la nacionalidad, es, en principio, discriminatoria, sencillamente porque contradice su carácter universal. Así, para estos derechos, establecer el requisito o condición de hallarse legalmente en España introduce dos nuevas categorías de personas: extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular. La diferencia de trato entre ambas categorías de personas es discriminatoria porque atenta contra la universalidad de tales derechos, y priva del derecho a determinada categoría de extranjeros. Toda diferencia de trato basado en el «origen nacional» es en principio, discriminatoria, y debe, en último término, superar el test del escrutinio estricto (79).

Al contrario de lo que declara la jurisprudencia constitucional para algunos de estos derechos, en principio el legislador no podrá establecer «condicionamientos adicionales» para el ejercicio de estos derechos por los extranjeros.

Incluimos entre estos derechos los considerados por el TC como pertenecientes al segundo grupo de su clasificación cuatripartita: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, entre otros. Pero también los pertenecientes al tercer grupo de la clasificación del Alto Tribunal: derechos de reunión (STC 236/2007, FJ 6), de asociación (STC 236/2007, FJ 7), de sindicación (STC 236/2007, FJ 9), de huelga (STC 259/2007, FJ 7), derecho a la educación (STC 236/2007, FJ 8). Para el ejercicio de estos derechos el legislador no puede introducir requisitos como la autorización de estancia o residencia, o el permiso de trabajo, sencillamente porque se trata de derechos universales, que se reconocen a todas las personas físicas, por tanto a todos los extranjeros, se hallen en situación regular o irregular en España.

También debemos incluir en este subgrupo algunos de los derechos encuadrados por el TC en el cuarto grupo de su clasificación cuatripartita, es decir, derechos reconocidos expresamente por los específicos enunciados constitucionales a los «españoles» o a los «ciudadanos». En especial, nos referimos a aquellos derechos que por su naturaleza o contenido no se hallan vinculados a la nacionalidad española, y a cuyos enunciados normativos se

---

(79) En este sentido, VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., págs. 167 y 175.

aplica la regla R2 en relación con la regla R4b del art. 13.1 CE. Estos derechos son: el derecho de igualdad ante la ley (art. 14), el derecho de petición (art. 29 CE) y el derecho a salir libremente de España (art. 19 CE). Estos derechos se asimilan, en cuanto a las condiciones de ejercicio, a los derechos universales.

- b) Derechos vinculados a la nacionalidad española, a cuyos enunciados normativos se aplica la regla interpretativa R2 en relación con la regla R4b del art. 13.1 CE.

Vienen a coincidir con el cuarto grupo de derechos de la clasificación del TC (excluidos los derechos no vinculados a la nacionalidad).

Para los derechos de este subgrupo, el legislador podrá introducir diferencias de trato entre españoles y extranjeros, o establecer como requisito la residencia legal en España, siempre que se respete el contenido del derecho establecido en la Constitución y en los tratados y el principio de proporcionalidad. Ahora bien, en este grupo de derechos, toda diferencia de trato entre extranjeros por razones de origen nacional es, en principio, discriminatoria, o al menos, sospechosa de discriminación, y entonces deberá superar el test del escrutinio estricto. (80)

Dentro de esta categoría, tienen una clara vinculación con la nacionalidad (además de los derechos del artículo 23 CE), el derecho a entrar en España, y por conexión, las libertades de circulación y residencia en territorio español (art. 19 CE), el derecho a defender España y la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (art. 30, apartados 1 y 2). Es más dudosa, en cambio, la inclusión en esta categoría de los derechos al trabajo (art. 35 CE), el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, especialmente a la prestación por desempleo (el artículo 41 CE); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). En cambio, el derecho a la protección de salud es, en principio, universal, y solo podría ser incluido en este subgrupo si la prestación de la asistencia sanitaria se vincula a la Seguridad Social.

- c) Derechos reconocidos exclusivamente a los extranjeros en virtud de la regla R3. Aquí solo hemos hallado el derecho de asilo (art. 13.4 CE) (81).

(80) Por el contrario, VIDAL FUEYO considera que los derechos de esta categoría son legales pero no fundamentales, por lo que el legislador puede establecer diferencias de trato entre extranjeros sin necesidad de una justificación objetiva y razonable (VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, cit., pág. 175).

(81) En el mismo sentido: CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», cit., pág. 67; NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena «Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros...», cit., pág. 4.



## 2. Derechos que se hallan fuera del Título I de la CE

Para determinar la titularidad por los extranjeros de los derechos que se hallan fuera del Título I nos bastan las reglas interpretativas R1 a R3.

### 2.1. DERECHOS UNIVERSALES, A LOS QUE SE APLICA LA REGLA INTERPRETATIVA R1

Fuera del Título primero hay derechos universales, predicables de todas las personas físicas, en consecuencia también los extranjeros son titulares de estos derechos. Por ejemplo, el derecho de los «particulares» a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE); algunos derechos encuadrables dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, como: la obligación de cumplir y (por tanto, el derecho a que se cumplan) las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales (art. 119 CE); la gratuidad de la justicia (art. 118 CE); la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE); la oralidad del procedimiento (art. 120.2 CE), la motivación de las sentencias (art. 120.3 CE); y el derecho a indemnización por los daños causados por error judicial y por funcionamiento anormal de la administración de justicia (art. 121 CE). Respecto de estos derechos, cualquier diferencia de trato entre españoles y extranjeros sería discriminatoria.

También debemos incluir en esta categoría aquellos derechos reconocidos por la Constitución a los «ciudadanos», pero entendiendo la expresión en sentido amplio, como equivalente a «persona física», o incluso a «persona». Así, los apartados a) y b) del art. 105 CE reconocen a los ciudadanos, respectivamente, los derechos de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y de acceso a los archivos y registros administrativos (82). Pero no hay nada en la naturaleza de estos derechos que excluya de su titularidad a los extranjeros. Otros supuestos de interpretación amplia del término ciudadanos son los de los artículos 86.1 (los Decretos leyes no podrán afectar a «los derechos, de-

---

(82) El artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, reconoce el derecho de acceso a la información pública a «todas las personas». El artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, regula en el apartado 2, la consulta pública, en el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de las normas reglamentarias, en la que «se recabará la opinión de los sujetos afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas». A los mismos sujetos se refiere el artículo 133, sobre «participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos», de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicho precepto ha sido declarado inconstitucional, contrario al orden de competencias, por la STC 55/2018, de 24 de mayo, conforme al FJ 7, letras b) y c).

beres y libertades de los *ciudadanos* regulados en el Título I») y 124.1 («El Ministerio Fiscal (...) tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa (...) de los derechos de los *ciudadanos*»).

En cuanto a las condiciones de ejercicio de este grupo de derechos, toda diferencia de trato entre españoles y extranjeros es discriminatoria, o sospechosa de discriminación.

## 2.2. DERECHOS DE LOS ESPAÑOLES O CIUDADANOS A LOS QUE SE APLICA LA REGLA INTERPRETATIVA R2

También hay derechos que aunque se predicen de los españoles o de los ciudadanos (en el sentido estricto de la palabra), no parecen vinculados a la idea de pertenencia al Estado-nación, y no deben ser interpretados con carácter excluyente de los extranjeros. En virtud de la regla R2, el legislador podrá extender estos derechos a los extranjeros, aunque no necesariamente en las mismas condiciones que a los españoles. Entre estos derechos podría estar el de participación de los interesados en la Seguridad Social (art. 129.1 CE). Este derecho hay que ponerlo en relación con el derecho a participar en las prestaciones de la Seguridad Social, que el artículo 41 reconoce a los ciudadanos. También debemos incluir en este grupo el derecho de igualdad del artículo 139 CE: «Todos los *españoles* tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Este precepto debe ser puesto en relación con el derecho de igualdad del artículo 14 CE, por lo que no excluye a los extranjeros. Por último, el artículo 139.2 CE se refiere a la libertad de circulación y establecimiento de las personas, derecho que el art. 19 CE reconoce a los españoles, pero que puede extenderse (en virtud de la regla interpretativa R4b del art. 13.1 CE) a los extranjeros.

Un caso especial lo representa el derecho a usar el castellano (art. 3.1 CE). Este precepto dispone: «Todos los españoles tienen el deber de conocerla [la lengua española] y el derecho a usarla». Esta frase contiene dos enunciados normativos distintos unidos por la conjunción «y». Aunque el sujeto de ambos enunciados es el mismo «Todos los españoles», sin embargo el primer enunciado referido al deber de conocer la lengua española puede interpretarse en forma restrictiva, de forma que afecta a los españoles pero excluye a los extranjeros; y en cambio, el segundo enunciado, referido al derecho a usar la lengua española, no tiene por qué ser interpretado en sentido restrictivo, de modo que el legislador puede extender a los extranjeros la titularidad y ejercicio de este derecho.

En cuanto a las condiciones de ejercicio de este grupo de derechos, el legislador *podrá* extender estos derechos a los extranjeros pero no

necesariamente en las mismas condiciones de ejercicio que a los españoles. En todo caso, consideramos que legislador, al limitar estos derechos, deberá respetar su contenido tal como se contiene en la Constitución y los tratados (según su dicción literal, la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE es aplicable a los derechos *de toda la Constitución* y no solo del Título I), así como el principio de proporcionalidad.

### 2.3. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS O ESPAÑOLES A LOS QUE SE APLICA LA REGLA INTERPRETATIVA R3

Hay derechos, sin embargo, que solo pueden tener los españoles, con exclusión de los extranjeros. Es decir, se les aplica la regla restrictiva R3. El artículo 92 CE regula el referéndum consultivo de todos los ciudadanos, precepto que debe ser puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 23.1 CE para la participación política en sentido estricto, y con el artículo 13.2 (Regla R5).

Es más difícil determinar la regla aplicable a los derechos de los ciudadanos del art. 125 CE. El derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado se ha interpretado de forma restrictiva por el legislador (en el sentido de la regla R3), reconociéndolo tan solo a los españoles mayores de edad (art. 18.1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado). Esto tiene sentido, puesto que se trata de un derecho a participar en la formación de la voluntad estatal (no política en este caso, sino judicial). Por su parte, el derecho a ejercer la acción popular lo ha reconocido el legislador solo a los ciudadanos españoles (art. 19.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Es decir, el legislador ha realizado una interpretación estricta, que excluye a los extranjeros. Esta idea parece ser conforme con el concepto de «acción popular», que puede vincularse a la pertenencia al «pueblo español» (art. 1.2 CE). No obstante, el TC ha extendido a las personas jurídicas el derecho al ejercicio de acción popular (Entre otras, 241/1992, FJ 4; 34/1994, FJ. 3; 129/2001, FJ 4; 67/2011, FJ 2). Se da la circunstancia, entonces, de que en nuestro ordenamiento la acción popular se extiende a las personas jurídicas, y no a los extranjeros. Pero esto no es coherente con el término «ciudadanos» en sentido amplio, como equivalente a «persona», ni con el concepto estricto de ciudadanía, como sinónimo de «personas físicas de nacionalidad española».

## V. Bibliografía

- AGUADO I CUDOLÀ, Viçens y PRADO PÉREZ, Raquel, «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, págs. 87-110.
- AGUDO ZAMORA, Miguel J., «Vías de constitucionales para el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones autonómicas españolas a los extranjeros residentes», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, págs. 309-328.
- ALENDASALINAS, Manuel, «La imposibilidad legal de «objeción sobrevenida»: una vieja carencia en la nueva Ley de objeción de conciencia», en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls, Vol. 1*, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, págs. 33-49.
- BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, «El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia sobrevenida», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1988, págs. 487-500.
- BELDA, Enrique, «Artículo 29», en Pablo Pérez Tremps y Alejandro Sáiz Arnáiz (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 661-670.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, «Artículo 43. Protección de la salud», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 165-198.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, «El status constitucional de los extranjeros», *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje a García de Enterría)*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991.
- CANO BUESO, Juan, «Los derechos fundamentales de los extranjeros en España: Una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Político*, número 57, 2003, págs. 11-30.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 63-93.
- DE LUCAS, Javier, «Artículo 13.1 y 2», en PÉREZ TREMPAS, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 307-316.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, págs. 189-231.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.<sup>a</sup> Edición, Editorial Aranzadi, 2005.

- DONAIRE VILLA, Francisco Javier, «Derechos y libertades de los extranjeros», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 85 y ss.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud», en Guillermo ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 1073-1178.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Beatriz, «Capítulo XI. El derecho a la vivienda», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, págs. 1271-1391.
- ESTEVE GARCÍA, Francina, «Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos», en AJA, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 51-90.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España. Una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FREIXES, Teresa. y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, págs. 103-141.
- GARCÍA VAZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GIL Y GIL, José Luis, «Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 949-1015.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Ed. Universitat Internacional, Madrid, 2004.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «El derecho de entrada y circulación», en Aja, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91-120.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. «El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-II, Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 171-194.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, «Artículo 19», en PÉREZ TREMP, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 455-463.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «Capítulo XVIII. Inmigrantes», en ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 1955-2046.

- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J. , «Titularidad de derechos fundamentales», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 40-58.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración», en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 40, 2010, págs. 1-12.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, págs. 1 a 52.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.
- JIMENA QUESADA, Luis, «Artículo 43», en PÉREZ TREMPES, P. y SÁIZ ARNÁIZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 829-842.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Artículo 10», en CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2009.
- LEMA AÑÓN, Carlos, «La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 31, mayo 2014, págs. 3-16.
- MARÍN GÁMEZ, J. A., «Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, págs. 37-78.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena «Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: las SSTC 236/2007 y 259/2007 como reconstrucción de una doctrina constitucional confusa», en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, págs. 1-38.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Artículo 35», en M. E. CASAS, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 932-933.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 15 ed, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PISARELLO, Gerardo, «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, págs. 1-13.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

- PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas (un estudio del art. 23.2 CE)*, Civitas, Madrid, 1992.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, «Artículo 10.2», en PÉREZ TREMPES, Pablo y SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro (Directores), *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 277-286.
- RAMOS QUINTANA, Margarita, «El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social», en AJA, E. (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 349 y ss.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, (1995) «Derechos de configuración legal» (voz), en *Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II*, Civitas, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, «Regulación constitucional de los derechos fundamentales y objeción de conciencia sobrevenida», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21, 1998, págs. 301-314.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio, *Estudios sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- SOBRINO GUIJARRO, Irene: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», en *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, vol. 3, 2013, págs. 127-158.
- SOLANES CORELLA, Ángeles «La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica», *Derechos y Libertades*, núm. 31, época II, junio 2014, págs. 127-161.
- TAJADURA TEJADA, Javier, «Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8, 2004, págs. 875-908.
- TRIGUERO-MARTÍNEZ, Luis A., *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.
- VIANA GARCÉS, Andrée, «El derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña», en AJA, E. (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 529-556.
- VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- VIDAL FUEYO, María del Camino, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España», *Teoría y realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 429-441.
- VIDAL FUEYO, María del Camino, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 29, núm. 85, 2009, págs. 353-379.
- VIDAL FUEYO, María del Camino, «Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española», en AJA, A. (coord.). *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25-49.

VIDAL FUEYO, María del Camino, «Derechos constitucionales de los extranjeros», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 58-67.



# La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos

## Evolution of the constitutional court doctrine on regional referendums

Daniel López Rubio

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.04>

**LABURPENA:** Konstituzio Auzitegiko jurisprudentziak azken hamarkadan erreferendum autonomikoaren gainean izan duen bilakaera aztertu nahi du artikulu honek. Horretarako, gaiaren gaineko epai nagusiak berrikusi dira; hau da, Ibarretxe kasu ospetsua ebatzi zuen 103/2008 epaitik hasi eta oraintsuagokoa den Kataluniako 51/2017 epaira arte, zeinak erreferendum bidez egindako herri-kontsultei buruzko Kataluniako Legea indargabetu baitzuen. Epai horien oinarritzko argudioak kritikoki aztertu ditu egileak, eta berariaz azpimarratu ditu Auzitegiaren doktrinak izan dituen aldaketak. Erkidegoek hertsiki beren eskumenekoak diren gaietan herritarrei kontsultak egiteko erreferendum propioak arautu ahal izatearen aldeko argudioak azaldu ditu egileak. Azkenik, egungo konstituzio-esparruan sezesio-erreferendum bat deitzeko dauden eragozpen nagusiak azaldu dira.

**HITZ GAKOAK:** Erreferendum autonomikoa. Zuzeneko demokrazia. Herritarren parte-hartzea. Herri-kontsultak. Autodeterminazioa. Sezesioa.

**ABSTRACT:** This article analyses the evolution of the Spanish Constitutional Court case law in relation to regional referendums throughout the last decade. The main rulings on this issue are considered here, from the 103/2008, on the notorious Ibarretxe case, to the recent one 51/2017, which annuls the Catalan Law on popular consultation processes adopting the form of referendums. The writer critically examines the arguments on which these rulings are based, paying special attention to the changes that the Constitutional Court doctrine has experienced and arguing in favour of the Autonomous Communities ruling over referendums by which they can gather the opinion of the population on matters within their competences. Finally, essential drawbacks of calling for a secession referendum under the current constitutional law are also discussed.

**KEYWORDS:** Regional referendum. Direct democracy. Citizen engagement. Popular consultation. Self-determination. Secession.

**RESUMEN:** El presente artículo pretende analizar el modo en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado en materia de referéndum autonómico a lo largo de la última década. Se realiza, pues, una revisión de las

principales sentencias al respecto, que van desde la 103/2008, resolutive del célebre caso Ibarretxe, hasta la más reciente 51/2017, anulatoria de la Ley catalana de consultas populares por vía de referéndum. El autor realiza una revisión crítica de los argumentos en que se basan estas sentencias, haciendo hincapié en los virajes que ha experimentado la doctrina del Tribunal y argumentando en favor de la posibilidad de que las Comunidades regulen referendos propios con los que consultar a su ciudadanía en materias de su estricta competencia. Finalmente, se exponen los inconvenientes esenciales para la convocatoria de un referéndum de secesión bajo el actual marco constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** Referéndum autonómico. Democracia directa. Participación ciudadana. Consultas populares. Autodeterminación. Secesión.

Trabajo recibido el 23 de marzo de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

# La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos

Evolution of the constitutional court doctrine on regional referendums

Daniel López Rubio

**Sumario:** I. Introducción. La institución referendaria en la Constitución de 1978.—II. La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referéndum autonómico. 1. Vía libre: la sentencia 103/2008. 2. Prohibido el paso: las sentencias 31/2010 y 31/2015. 3. Se abre un pequeño carril: las sentencias 137/2015 y 51/2017.—III. En favor de la apertura: revisión crítica de la argumentación del Tribunal Constitucional.—IV. Nota al margen: sobre los referendos de secesión.—V. Conclusiones.

## I. Introducción. La institución referendaria en la Constitución de 1978

Tras casi cuarenta años de dictadura, España recuperaba con la Constitución de 1978 la democracia. El texto supremo otorgaba la soberanía nacional al pueblo español, «del que emanan todos los poderes del Estado» (artículo 1.2) y declaraba su voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada» (preámbulo). España quedaba configurada como «Estado social y democrático de Derecho» (artículo 1.1.).

En sintonía con lo anterior, el catálogo de derechos recogido en el Título I incluirá el de participación política, confiriéndole, además, la máxima protección a través de su consideración como derecho fundamental. En efecto, el artículo 23 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, y ello tanto en los procesos de decisión directa como a través de la elección de representantes. El Tribunal Constitucional afirmó en su sentencia 119/1995 que los procesos de decisión directa a través de los cuales se manifiesta el derecho de participación política son únicamente tres: el referéndum, la iniciativa legislativa popular y el concejo abierto.

Pues bien, de los dos cauces que habilitan la participación política, la Constitución decidió primar el representativo. La institución referendaria sufre, así, un tratamiento sumamente restrictivo que la reduce a unos pocos supuestos: i) consulta ante decisiones políticas de especial trascendencia (artículo 92); ii) aprobación y reforma de los Estatutos aprobados vía artículo 151 CE; iii) reforma constitucional (artículos 167 y 168); y iv) incorporación de Navarra al País Vasco (Disposición transitoria cuarta). Ello contrasta de manera extraordinaria con la generosa previsión que los siete ponentes realizaron al respecto en el Anteproyecto constitucional. Si acudimos al artículo 85 del mismo (germen del actual artículo 92) podremos comprobar que, además del referéndum consultivo sobre decisiones políticas relevantes, aparecían un referéndum derogatorio de corte italiano y otro suspensivo.

¿Qué motivó el recorte de estos otros supuestos de referéndum? Durante los debates celebrados en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados, el comunista Solé Tura presentó una enmienda *in voce* en la que defendió la rebaja en el alcance del referéndum con el ánimo de preservar la soberanía del Parlamento (1). Tuvo en contra en su postura al diputado Fraga Iribarne, para el que resultaba esencial una robusta previsión del referéndum como mecanismo para evitar una peligrosa «partitocracia» (2). La argumentación de Solé Tura, finalmente victoriosa, negaba tal riesgo, afirmando que

«el tema de la partitocracia se presta a muchísimas deformaciones; pero en un país donde precisamente no ha sido éste el mal fundamental, sino precisamente la negación de la existencia de los partidos, creo que en este momento contemplar o denunciar el mal de la partitocracia es un mal servicio a la causa de la consolidación de la democracia que intentamos llevar adelante. Aquí el problema que tenemos hoy no es la partitocracia, sino conseguir que los partidos funcionen, conseguir que los partidos sean representativos, que los partidos tengan fuerza (...)» (3).

En opinión de Oliver Araujo, junto con el ánimo de asentar el incipiente sistema de partidos (4), pueden enunciarse tres razones esen-

(1) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas n.º 81, 6 de junio de 1978, pág. 2937.

(2) *Ibid.* 2941.

(3) *Ibid.* 2942.

(4) Coincide AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y

ciales (5) detrás de la restricción emprendida: i) la tortuosa experiencia del referéndum abrogativo en Italia (6); ii) el uso del referéndum con fines de legitimación carismática en los primeros años de la V República francesa (7); y iii) su instrumentalización por parte de la dictadura franquista para tratar de legitimar el sistema (8). Sea como fuere, lo cierto es que el alcance del instrumento referendario quedó relegado a cuatro únicos supuestos. Entre ellos solo aparecen dos de ámbito infra-estatal: el de aprobación y reforma de Estatutos de Autonomía y el relativo a la incorporación de Navarra al País Vasco.

Ello no obstante, el artículo 149.1.32 de la Constitución realizó una crucial afirmación: es competencia exclusiva del Estado la autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum. Parece razonable entender que el artículo solo cobra sentido bajo la consideración de que la Constitución deja abierta la posibilidad de que se produzcan otros referendos de ámbito inferior al conjunto del Estado (9). De lo contrario la previsión resultaría totalmente injustificada.

---

GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, pág. 77, en que el motivo crucial de este recorte radicaba en «la clara opción del constituyente español por consolidar un sistema de partidos fuerte como base imprescindible para la naciente democracia española».

(5) OLIVER ARAUJO, Joan, «El referéndum en el sistema constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, n.º 29, 1989, págs. 141-142.

(6) El diputado socialista Peces-Barba llegó a referirse a esta experiencia en sede parlamentaria. Su apunte parecía hacer referencia al reciente conjunto de referendos «antisistema» con el que el Partido Radical italiano trató de articular un programa político eludiendo los cauces de la democracia representativa. Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas n.º 81, 6 de junio de 1978, pág. 2943.

(7) Una interesante exposición al respecto se encuentra en PÉREZ SOLA, Nicolás, «Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República francesa», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 78, 1992, págs. 336-354.

(8) No coincide en esta apreciación VÍRGALA FORURIA, Eduardo: «Crisis de la representación y democracia directa en España», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2013, pág. 19, que entiende que «ni su utilización fue lo que mantuvo al régimen franquista en el poder ni tampoco fue un mecanismo utilizado de forma continuada (hay que recordar que Franco solo convocó dos referenda: 1947 Ley de Sucesión; 1966 LOE)».

(9) El propio Tribunal Constitucional ha afirmado, en su sentencia 137/2015, que la posibilidad de que las Comunidades Autónomas intervengan en la materia «está latente, en cierto modo, como tal eventualidad, en el propio art. 149.1.32». Coincide AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Referéndum y Estado autonómico» en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José, (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 1842: «Lo que parece incuestionable es que el artículo 149.1.32 CE (...) constitucionaliza la institución referendaria en el ámbito de las instituciones autonómicas». De la misma opinión es SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España*. Marcial Pons. Madrid, 2018, pág. 45, para quien «la admisibilidad general del referéndum autonómico podría deducirse de la exigencia de autorización del Estado para la convocatoria de referendos (art. 149.1.32)». El precepto, en su opinión, no puede estar orientado a los referendos recogidos expresamente en el texto supremo, pues en todos ellos el procedimiento es cerrado.

Este es el contexto constitucional en el que debemos encuadrar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de referendos autonómicos. Dedicaremos el segundo apartado a abordar la evolución de esta jurisprudencia, mientras que en el tercero nos detendremos en las incongruencias e interrogantes que, puesta en perspectiva, puede llegar a arrojar. Vale la pena remarcar que todas estas reflexiones estarán centradas en la figura genérica del referéndum autonómico, pese a que muchas de las resoluciones del Tribunal fueron adoptadas con la cuestión secesionista como telón de fondo. En aras de una mayor claridad expositiva, y pretendiendo no contaminar la argumentación, dedicaremos un apartado específico, el cuarto, a la cuestión del referéndum de secesión.

## **II. La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referéndum autonómico**

No puede decirse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de referendos autonómicos haya sido estable. Aunque el Tribunal nunca ha negado la posibilidad de su existencia, la determinación del sujeto competente para su creación ha sido oscilante. Así, encontramos una primera fase en la que el Tribunal entiende que las Comunidades Autónomas podrían configurar sus propias consultas referendarias; una segunda en que se cierra radicalmente esta posibilidad; y una tercera en la que, si bien la creación del mecanismo se deja en manos del Estado, se abre la posibilidad de una cierta intervención normativa de las Comunidades. A continuación, se analizan en detalle estas fases.

### **1. Vía libre: la sentencia 103/2008**

La primera sentencia en que el Tribunal Constitucional afronta la cuestión de los referendos autonómicos es la 103/2008, que vino a resolver el célebre *caso Ibarretxe*. El año 2008, como es de sobra conocido, el entonces Lehendakari, Juan José Ibarretxe, presentó ante el Parlamento Vasco un proyecto de ley para regular y convocar una consulta a la ciudadanía vasca cuyo objeto consistía en la apertura de negociaciones entre la Comunidad Autónoma y el Estado para lograr una nueva relación entre ambos. La Asamblea autonómica respaldó la iniciativa gubernamental, aprobando la Ley 9/2008, de 27 de junio, cuya exposición de motivos afirmaba pretender «recabar la opinión de los ciudadanos y ciudadanas vascas con derecho de sufragio activo sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política». Igualmente, se subrayaba que la consulta no poseía naturaleza referendaria, al no te-

ner efectos vinculantes, por lo que no resultaría de aplicación a la misma la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum ni sería preciso contar con la previa autorización del Estado exigida en el artículo 149.1.32 de la Constitución.

El Gobierno de la Nación decidió interponer recurso de inconstitucionalidad, siendo éste resuelto en pocos meses. La resolución del Alto Tribunal tuvo tres ejes fundamentales: competencial, sustantivo y procedimental. Nos centraremos en los dos primeros, por ser los esenciales en la evolución jurisprudencial aquí tratada.

En el aspecto competencial el debate residía en dos grandes pilares: la invasión de la competencia estatal de autorización de la convocatoria de todas las consultas populares a celebrar por vía de referéndum, y la ausencia de competencias explícitas en materia de referéndum por parte de la Comunidad Autónoma vasca.

En cuanto al primer elemento, resultó imprescindible para el Tribunal delimitar la frontera entre consultas populares por vía de referéndum y resto de consultas populares. Dicho de otro modo, se necesitaba precisar qué es y qué no es un referéndum, para así poder determinar de qué lado caía la consulta convocada por el Parlamento vasco. El Tribunal Constitucional entendió que el referéndum no es más que una especie dentro del género consulta popular. Con el referéndum «no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos», sino que «su objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral, conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral (...), siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos, constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23». Por consiguiente, para poder resolver si una determinada consulta posee o no naturaleza referendaria debe interrogarse fundamentalmente por el sujeto consultado y la técnica de expresión. En el supuesto de que el primero sea el cuerpo electoral y la segunda el procedimiento electoral, deberá concluirse el carácter referendario de la consulta<sup>(10)</sup>. Así pues, en opinión del Tribunal «la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante», frente a lo que alegaban las autoridades vascas.

---

(10) AGUADO RENEDO, César, «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 116, recalca que «es la seguridad jurídica que ofrece el referéndum, con las fundamentales consecuencias que de ello se deriva para el procedimiento consultivo, lo que le diferencia esencialmente, desde la perspectiva jurídico-constitucional, de otras formas de consulta popular».

La aplicación de tal doctrina al supuesto enjuiciado resultó sencilla, pues la propia norma afirmaba que su objeto consistía en «recabar la opinión de los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio», remitiéndose para ello al engranaje procedimental contemplado en la Ley reguladora de las elecciones en la Comunidad Autónoma. La norma, pues, regulaba y convocaba un genuino referéndum. Al hacerlo prescindiendo de la autorización previa por parte del Estado, la consecuencia resultaba ya cristalina.

En lo relativo a la segunda cuestión, el Tribunal enfatiza el hecho de que ningún título competencial previsto en el Estatuto de Autonomía vasco permitía expresamente a la Comunidad configurar consultas populares de índole referendaria. Parlamento y Gobierno vascos alegaron, frente a esta evidencia, que existían dos elementos en el Estatuto que ampararían la aprobación de una normativa de este tipo: la competencia en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (artículo 10.2), y el mandato de promover la participación ciudadana en los asuntos públicos (artículo 9.2 e)). En opinión del Tribunal, sin embargo, la convocatoria realizada «no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente caso con la que al Estado atribuye el art. 149.1.32 CE». Asimismo, y haciendo exclusiva referencia al citado mandato del artículo 9.2 e) del Estatuto, el Tribunal expresa que éste «se limita a subrayar una obligación que deben observar todos los poderes públicos, centrales y autonómicos, en el ejercicio de las atribuciones que a cada uno de ellos reconoce el ordenamiento jurídico». En definitiva, de tal previsión estatutaria no puede derivarse asunción competencial alguna.

El Tribunal concluye el capítulo competencial recalcando que, dada la preeminencia que en el sistema constitucional español posee la democracia representativa, no cabe en materia de referéndum «ninguna competencia implícita». Así, añade, «solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución». Resulta obligatorio reparar en este último inciso, pues el Tribunal está validando la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía configuren nuevos referendos de ámbito autonómico(11). La única exigencia al respecto parece ser la de que su previsión posea carácter expreso.

(11) En esta línea se expresan MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía: especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *España Jurídico*, vol. 14, n.º 3, 2013, pág. 125, o PÉREZ ALBERDI, María Reyes, «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, pág. 112.



Resuelta la cuestión competencial —en sentido claramente desfavorable para la Ley vasca—, el Tribunal afronta la sustantiva. El representante procesal del Gobierno de la Nación alegaba la lesión de los artículos 1.2 y 2 de la Constitución, en relación con el 168. Y ello por la constatación de que la Ley partía de la existencia de un «derecho a decidir» en el pueblo vasco, que permitiría determinar los términos de una nueva relación entre el Estado y la Comunidad Autónoma. El Tribunal entenderá que la decisión del Parlamento Vasco supone «la apertura de un proceso de reconsideración del orden constituido», siendo evidente que para ello no hay más cauce válido «que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del art. 168 CE, es decir, con la doble participación de las Cortes Generales (...) y del propio titular de la soberanía, directamente, a través del preceptivo referéndum de ratificación». La doctrina vertida por el Tribunal, pues, es muy clara: no cabe someter a consulta de una concreta Comunidad Autónoma «cuestiones fundamentales resueltas por el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos».

En definitiva, de la sentencia 103/2008 pueden extraerse dos conclusiones básicas en materia de referéndum autonómico. Primero: la previsión de un referéndum que tenga por ámbito el conjunto de una Comunidad Autónoma debe realizarse a través de normas estatales, incluyendo en éstas los Estatutos de Autonomía. Segundo: el hipotético referéndum autonómico que pudiera llegar a preverse tendría siempre una limitación material evidente, al no poder plantear cuestiones que afecten al orden constituido. Mientras que la segunda conclusión, como no podía ser de otra manera, se ha mantenido estable a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal, la primera ha sido objeto de oscilaciones y matices constantes. Indagaremos en ellos en los próximos apartados.

## 2. Prohibido el paso: las sentencias 31/2010 y 31/2015

En el año 2006, y tras su paso por las Cortes Generales, los ciudadanos catalanes aprueban en referéndum la reforma de su Estatuto de Autonomía. Noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados interponen recurso de inconstitucionalidad contra, entre otros muchos, el artículo 122 de ese Estatuto. En él se dice que Cataluña posee competencia exclusiva «para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución».

Si recordamos que, según la sentencia 103/2008, el referéndum es un tipo de consulta popular, el artículo estatutario parece querer conferir competencia al respecto a través del inciso «cualquier otro instrumento de consulta popular». De hecho, solo así tendría sentido la referencia realizada al artículo 149.1.32, que prevé la competencia estatal para autorizar la convocatoria de cualquier referéndum. Pese a todo, y como ha escrito Castellà, tres eran las maneras principales(12) en que podía interpretarse el artículo 122: i) una amplia, que supondría reconocer a Cataluña competencia sobre cualquier tipo de consulta popular, incluyendo el referéndum. El único límite a la hora de operar sobre las consultas referendarias sería la necesidad de que el Estado autorizara siempre su convocatoria; ii) una intermedia, en virtud de la cual Cataluña podría aprobar normas en materia de referéndum, por tratarse de un tipo de consulta popular, pero debiendo respetar no solo la necesidad de autorización estatal previa, sino también la competencia estatal relativa al régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, y las reservas de ley orgánica aplicables (la derivada del hecho de estarse desarrollando un derecho fundamental, y la exigida por el artículo 92.3 de la Constitución para la regulación de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución); y iii) una restrictiva, que descarta poder incluir el referéndum entre los tipos de consulta popular sobre los que Cataluña poseería competencia, al presentar una naturaleza completamente diferente al de aquellos contemplados expresamente en el artículo (audiencias, foros de participación y encuestas)(13).

De las tres posibles interpretaciones el Tribunal Constitucional escogió la más restrictiva, considerando que el artículo 122 del Estatuto no abarca el referéndum. Cerrando la vía abierta por la sentencia 103/2008 en favor de que los Estatutos pudieran prever nuevos referendos, el Tribunal entiende que «la entera disciplina» de la institución debe corresponder al Estado, sin que las Comunidades tengan margen alguno de actuación en la materia(14). En base a una interpretación ciertamente discutible de la expresión «con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Consti-

(12) Véase CASTELLÀ ANDREU, Josep María, «La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista catalana de dret public*, n.º extra 1, 2010, págs. 308-309.

(13) Defiende este argumento LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n.º 9, 2009, pág. 221: «la forma implícita no puede tener una naturaleza y una trascendencia significativamente distinta a la de las formas contempladas de forma explícita».

(14) Denuncia el viraje en relación con la jurisprudencia precedente MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Comentario a la Sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (Art. 122)», en *Revista catalana de dret public*, n.º extra 1, 2010, pág. 319.

tución», se entiende que tal excepción no queda limitada a la necesaria autorización previa de la convocatoria, sino a su completa configuración, es decir, a su establecimiento y regulación. El Tribunal asienta su postura sobre la constatación de que «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 CE».

En consecuencia, se afirma no sólo que el artículo 122 del Estatuto catalán no abarca la figura del referéndum, sino que tampoco podría hacerlo. El Tribunal entiende que el Estado ostenta competencia exclusiva en materia de referéndum, sin que las Comunidades puedan decir nada al respecto. Su capacidad normativa queda limitada, pues, a aquellas consultas populares que se materialicen por vías diferentes a la referendaria.

De manera previa al dictado de esta sentencia, la Comunidad Autónoma de Cataluña había implementado la competencia prevista en el artículo 122 del Estatuto aprobando la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, y ello bajo la interpretación de que tal artículo sí incluía la figura del referéndum. La norma fue objeto de recurso por el Gobierno de la Nación en diciembre de 2010, y quedó inicialmente suspendida tras admitirse a trámite el recurso en febrero de 2011. Aunque la suspensión fue levantada pocos meses más tarde, en junio del mismo año, la norma nunca fue empleada por las autoridades catalanas para convocar un referéndum de ámbito autonómico, pues eran conscientes de que con la jurisprudencia asentada por el Tribunal en la sentencia 31/2010, cualquier convocatoria estaba llamada a ser recurrida, suspendida y finalmente anulada.

Asumiendo, pues, que el cerrojo creado por el Tribunal les impedía adoptar normas en materia de referéndum, las autoridades catalanas trataron de dar cobertura legal a la convocatoria de una consulta secesionista mediante la aprobación de una nueva Ley, la 10/2014, pretendidamente centrada en la regulación de consultas populares no referendarias. Al día siguiente de su publicación oficial, el Presidente de la Generalitat, Artur Mas, aprobaba el decreto de convocatoria de una consulta «sobre el futuro político de Cataluña», que habría de celebrarse el 9 de noviembre<sup>(15)</sup>. Según el artículo 3 del Decreto, se sustanciaría a través de dos preguntas sucesivas, cuyo tenor era:

---

(15) Decreto 129/2014, de 27 de septiembre.

- «a) ¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?  
En caso afirmativo:  
b) ¿Quiere que este Estado sea independiente?»

El Gobierno de la Nación recurrió de inmediato tanto la Ley de consultas como el Decreto de convocatoria, haciendo expresa invocación de lo previsto en el artículo 161.2 de la Constitución, con el fin de que ambos textos quedaran automáticamente suspendidos. Antes de exponer la resolución del Tribunal, se impone enunciar los elementos básicos de la regulación recurrida.

La Ley 10/2014 configura dos grandes tipos de procesos. Por un lado, su Título II prevé las llamadas consultas populares «no referendarias». Por otro, el Título III regula procesos de participación ciudadana, esto es, foros de participación, audiencias, encuestas, etc. Poniendo el foco en las primeras, el artículo 3 de la norma las define como la convocatoria a las personas legitimadas «para que manifiesten su opinión sobre una determinada actuación, decisión o política pública, mediante votación». Las consultas, según el mismo artículo, podrían ser generales o meramente sectoriales. En las primeras la capacidad de participar se extiende a: i) cualquier ciudadano catalán mayor de dieciséis años; ii) ciudadanos de la Unión Europea que sean mayores de dieciséis años y hayan residido en Cataluña al menos los doce meses previos a la convocatoria; y iii) otros extranjeros mayores de dieciséis años con residencia legal en Cataluña al menos los tres años previos a la convocatoria. Nótese que, en relación a una convocatoria electoral ordinaria, la norma llama a participar a ciudadanos menores de edad, pero mayores de dieciséis años, y a personas extranjeras. En cuanto a las consultas sectoriales, solo permiten intervenir a un determinado colectivo de personas.

Además, la Ley creaba un procedimiento específico para la implementación de estas consultas populares, recurriendo a un sistema orgánico alternativo al propio del proceso electoral (se instaura una Comisión de Control, Comisiones de Seguimiento, Mesas de Consulta...). El propósito, pues, de la norma era evidente. Recordando que el Tribunal Constitucional había caracterizado los referendos como aquellas consultas en que el cuerpo electoral era cuestionado a través del procedimiento electoral, la Ley crea un conjunto de participantes habilitados que desborda el cuerpo electoral, y forja un conglomerado de órganos y garantías distinto al empleado en las elecciones. Todo orientado a encajar competencialmente la norma en el único margen que el Tribunal había conferido a las Comunidades: el de regular consultas populares de carácter no referendario.

El Tribunal, sin embargo, no admitirá la finta del legislador catalán. La sentencia 31/2015 parte de una definición más exhaustiva de los dos elementos que, desde la sentencia 103/2008, se entienden definitorios de los

referendos, y que acabamos de recordar. Así, el Tribunal subraya que el referéndum supone un «llamamiento del poder público a la ciudadanía para ejercer el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos reconocido en el art. 23.1 CE», es decir, una habilitación para participar en tanto ciudadano (*uti cives*), no a título individual (*uti singulus*) o como miembro de un determinado colectivo (*uti socius*).

En lo relativo al segundo elemento, el Tribunal insiste en que, frente a otros tipos de consultas, el referéndum se caracteriza por recabar la opinión de la ciudadanía a través de un procedimiento de tipo electoral, y ello en aras «de que el resultado de la consulta pueda jurídicamente imputarse a la voluntad general de la correspondiente comunidad política». Es decir, se articula en torno a herramientas institucionales capaces de «garantizar la realidad y veracidad del juicio emitido por el cuerpo electoral».

Hechas estas precisiones, la sentencia aplica la definición de referéndum a los dos tipos de consultas regulados por la ley impugnada. De este modo, queda claro para el Tribunal que las consultas sectoriales, en tanto en cuanto no suponen llamamiento a toda la ciudadanía sino únicamente a un determinado colectivo de personas, no constituyen auténticos referendos. No ocurrirá lo mismo con las consultas generales. Por más que se permita participar en ellas a personas que por regla general no pueden intervenir en los procesos de participación política —mayores de 16 años y ciertos extranjeros—, para el Tribunal es evidente que el sujeto consultado coincide fundamentalmente con el cuerpo electoral (16). Igualmente, aunque la norma apela a un procedimiento técnicamente distinto del previsto para la contienda electoral, el hecho de que adquiera un nivel de formalización similar a éste evidencia que se encuentra presente el intento de garantizar la plena fiabilidad del resultado, elemento crucial del referéndum (17).

Afirmado el carácter referendario de estas consultas, y reiterando la doctrina construida en la sentencia 31/2010 sobre la necesidad de que «la entera disciplina» del referéndum sea realizada por el Estado, el Tribunal

---

(16) «En ese cuerpo electoral *sui generis* (artículo 5.1) está sin duda comprendido o integrado el electorado, estatutario y legal, de Cataluña (artículo 56.3 EAC y artículo 2 LOREG). (...) Es, por tanto, un llamamiento a un cuerpo electoral más amplio que el configurado por la legislación electoral general, pero que no por ello deja de ser una verdadera *apellatio ad populum*» (STC 31/2015, FJ 8).

(17) «Toda esta regulación pormenorizada viene a configurar así un procedimiento que tiene la naturaleza de electoral en la medida en que a través del mismo se canaliza el ejercicio del derecho al sufragio activo de las personas convocadas, mediante la emisión del voto. Lo relevante, pues, no es que el procedimiento y las garantías no sean idénticos a los previstos en la legislación electoral estatal, sino que comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral. De lo contrario, sería posible eludir la competencia estatal en materia de referéndum con la sola introducción de variantes en alguno de los elementos del procedimiento electoral» (STC 31/2015, FJ 8).

declara inconstitucionales los artículos de la Ley encargados de su regulación. Misma suerte corrió, dada su apoyatura en los preceptos anulados, el Decreto de convocatoria de la consulta general del 9 de noviembre de 2014. La sentencia encargada de su anulación fue la 32/2015.

### 3. Se abre un pequeño carril: las sentencias 137/2015 y 51/2017

Cataluña no fue, sin embargo, la única Comunidad Autónoma que trató de regular consultas materialmente referendarias circunvalando la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, el año 2014 el Gobierno canario aprobaba el Reglamento de consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>(18)</sup>. La norma buscaba desarrollar la Ley 5/2010, de 21 de junio, de fomento a la participación ciudadana, y cuyo artículo 20 prevé la posibilidad de que el Gobierno autonómico, a instancias de su Presidente, recabe la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica, mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana.

El Reglamento aprobado contempla un procedimiento de consulta a través de «preguntas directas». Empleando términos ciertamente vagos, el artículo 9 de la norma indicaba que la opinión popular podría recabarse «mediante la formulación de una o varias preguntas directas a la ciudadanía, con el objeto de que los llamados a participar en la consulta manifiesten su parecer de forma afirmativa o negativa». Al igual que en el intento catalán, se ampliaba la posibilidad de participar a los menores de edad que superaran los 16 años, así como a los extranjeros con residencia legal en la Comunidad Autónoma, incorporando además a las personas jurídicas que se inscribieran en el Registro habilitado al efecto (artículos 3 y 12 del Reglamento). También se construía un procedimiento con alto nivel de formalización, tratando de garantizar lo más posible el rigor y transparencia en la expresión de la voluntad ciudadana (en este punto destaca la Comisión de Control, configurada en el artículo 22).

Impugnado el Decreto por el Gobierno de la Nación, la resolución del Tribunal llegará a través de la sentencia 137/2015. En ella se afirma que la primera condición para poder hablar de referéndum, esto es, la apelación al cuerpo electoral, se cumple de modo evidente, sin que a ello resulte óbice el hecho de que éste pueda ser acrecido por sujetos menores de edad y mayores de 16 años o personas extranjeras. En definitiva, afirma el Tribunal, «el cuerpo electoral conformado por los artículos 3 b)

---

(18) Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014.

y 12 del Reglamento abarca, aunque pueda desbordarlo, al conjunto de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Canarias (...), cuyos sufragios no exteriorizarían, entonces, meras voluntades particulares o de colectivos determinados, sino una voluntad general *uti cives* [STC 31/2015. FJ 8 a)]».

A la misma conclusión se llega en relación con el empleo de un procedimiento electoral, segundo rasgo distintivo del referéndum. La sentencia considera que la norma impugnada crea una suerte de Administración electoral, así como un completo engranaje de garantías para otorgar fiabilidad a sus resultados. El grado de formalización del procedimiento es, pues, similar al del dispositivo electoral previsto con carácter ordinario, no siendo dudoso su carácter análogo.

Verificada la existencia de ambos elementos, el Tribunal subraya que «las normas relativas a las consultas mediante ‘preguntas directas’ del capítulo III del Reglamento permitirían convocar inequívocas consultas populares de carácter referendario». A partir de aquí, la sentencia se encarga de reiterar su doctrina sobre el reparto competencial en materia de referéndum. Se recuerda, en este sentido, que el régimen jurídico de la institución está sometido a una doble reserva de ley orgánica. Por un lado, la derivada del desarrollo del derecho fundamental de participación política. Por otro, la exigida en el artículo 92.3 de la Constitución para la regulación de las diversas modalidades de referéndum previstas en el texto supremo. Ambas reservas, insiste el Tribunal, deben unirse a la competencia que el Estado ostenta en exclusiva en materia de autorización de la convocatoria de cualquier referéndum, lo que supone que la «entera disciplina» de estas consultas corresponde al Estado.

Hasta este punto no hay especial novedad. El Tribunal no hace más que aplicar la jurisprudencia asentada en los pronunciamientos previos. La sentencia, no obstante, introduce dos innovaciones de interés. La primera consiste en detallar por vez primera el haz de facultades que corresponden al Estado bajo el concepto «entera disciplina». Hasta el momento el Tribunal se limitaba a incluir dentro del mismo «el establecimiento y regulación» del referéndum. Pues bien, en esta ocasión se da un paso más, precisando que «solo mediante normas estatales pueden preverse (...) los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías, y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular».

La segunda innovación adquiere mayor relevancia aún. Inmediatamente después de detallar el abanico de cuestiones cuya configuración corresponde en todo caso al Estado, el Tribunal corrige su jurisprudencia precedente afirmando que los Estatutos de Autonomía sí pueden intervenir de algún modo en la materia referendaria. Así, se dice, las Comuni-

dades Autónomas pueden asumir en sus normas institucionales básicas competencia en «algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen (...) unas u otras figuras de referéndum». Se pasa, pues, del cerrojo expresado en las sentencias 31/2010 y 31/2015 a la apertura de un pequeño carril para que los Estatutos puedan circular en terreno referendario. La única condición impuesta por el Tribunal a esta capacidad —absolutamente lógica dentro de un Estado políticamente descentralizado como es el español— consiste en la obligación de que las consultas reguladas versen sobre asuntos de la propia competencia de la Comunidad Autónoma.

En síntesis, la sentencia 137/2015 entiende que las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos competencia en materia de referéndum, siempre que ésta se limite a la labor de «complementar o integrar en aspectos accesorios la entera disciplina de esta institución». Comprobando que el Reglamento canario fue dictado con total desconocimiento de las competencias estatales y de las reservas de ley orgánica, el Tribunal concluye su inconstitucionalidad en relación con las preguntas directas (19).

La rectificación del Tribunal en lo relativo a permitir que los Estatutos intervengan en materia referendaria, cuya suficiencia será más adelante analizada, queda confirmada en la sentencia 51/2017. En ella el supremo intérprete de la Constitución resolvió el recurso que en su día el Gobierno de la Nación interpuso contra la Ley catalana 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, y a la que nos referimos *supra*. Es oportuno subrayar en este punto que la norma en cuestión afirmaba expresamente pretender regular un auténtico referéndum, a diferencia de las dos experiencias recién expuestas. Nótese, de hecho, que estamos ante la primera ley autonómica de regulación global del referéndum de ámbito autonómico, pues la Ley vasca 9/2008 suponía la configuración y convocatoria de una concreta y exclusiva consulta referendaria.

Así pues, el primer paso del Tribunal será confirmar la inequívoca naturaleza referendaria de las consultas reguladas. El artículo 3 de la

---

(19) La sentencia 147/2015 declaró igualmente la inconstitucionalidad del Decreto del Presidente del Gobierno de Canarias 107/2014, de 2 de octubre, a través del cual se convocaba una consulta ciudadana mediante pregunta directa para conocer la opinión de los ciudadanos sobre las operaciones relacionadas con la investigación, exploración y explotación de hidrocarburos. El tenor literal de la pregunta proyectada hacía referencia a si Canarias «debe cambiar su modelo medioambiental y turístico por las prospecciones de gas o petróleo». El Tribunal Constitucional consideró que en la convocatoria latía «la misma e inequívoca condición referendaria» que fue apreciada en el Reglamento de consultas anulado por la sentencia 137/2015. La convocatoria, sostiene, «se dirige ahora a un cuerpo electoral (apartado 3.1) que, no por atípico o irregular en su conformación, deja de ser tal y en el que queda integrado, desde luego, el propio cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma, que se pronunciaría a través de una votación (pues no otra cosa es la llamada «emisión de respuestas») que habría de discurrir y verificarse a través de los procedimientos y con las garantías, materialmente electorales, ordenados en aquel Reglamento».



norma definía las consultas creadas como «un instrumento de participación directa para determinar la *voluntad del cuerpo electoral* sobre cuestiones políticas de especial trascendencia *con las garantías propias del procedimiento electoral*». Los dos elementos definitorios de la institución referendaria aparecen de manera indisimulada. «Las normas impugnadas instituyen y regulan, pues, un genuino referéndum», certifica el Tribunal.

Igual de evidente resulta, continúa el Tribunal, que el referéndum autonómico consultivo que prevé la Ley no está recogido ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica 2/1980. Hablaríamos, así, de un nuevo tipo de referéndum, «y ello tanto por referencia al ordenamiento de la propia Comunidad Autónoma de Cataluña como en lo que hace al ordenamiento jurídico español en su conjunto». La pregunta que marcará la resolución es clara: ¿permite la actual distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas que un Parlamento autonómico instaure nuevos tipos o modalidades de referéndum?

De manera previa a su resolución, el Tribunal decide apuntar brevemente cómo se resuelve la cuestión en algunos Estados de nuestro entorno. Parte la sentencia de reconocer que los referendos de ámbito infraestatal «no son en absoluto desconocidos en los Estados descentralizados de nuestro entorno —tanto en los modelos federales como en los regionales». A continuación, se exponen los casos alemán, suizo e italiano. En los tres modelos, afirma el Tribunal, los entes territoriales —länder, cantones y regiones— tienen capacidad para regular y establecer sus propias modalidades referendarias a través de sus normas fundantes básicas —constituciones en el caso de los länder alemanes y los cantones suizos, estatutos en el caso de las regiones italianas. Sin embargo, existe una limitación común a los tres casos. En todos ellos las entidades infraestatales están obligadas a circunscribir las consultas referendarias creadas a ámbitos materiales sobre los que jurídicamente posean competencia para actuar.

La apelación a la experiencia de estos países resulta, en nuestra opinión, ciertamente sorprendente. Y ello porque se muestran tres casos en los que la respuesta al gran interrogante planteado resulta positiva, mientras que la conclusión del Tribunal será —como venía siendo en resoluciones anteriores— negativa. La sensación es la de que el Tribunal hace aflorar estos ejemplos para subrayar la exigencia de que las consultas de ámbito infra-estatal no versen sobre materias sobre las que el ente convocante no posea legítima competencia, pero para ello paga el peaje de reconocer como habitual la capacidad de que las entidades territoriales de los estados descentralizados de nuestro entorno prevean sus propios mecanismos de consulta referendaria. Cuando se parte del recordatorio de que la ley impugnada no pretendía más que dar una regulación gené-

rica al referéndum autonómico, sin estar enfocada a la convocatoria de consultas sobre cuestiones ajenas al ámbito competencial de Cataluña, podría concluirse que el peaje pagado resulta excesivo. Al fin y al cabo, la propia Ley enjuiciada reconocía de manera expresa la vigencia de este evidente límite (artículos 1, 2 y 6).

¿Qué sentido tiene, pues, que el Tribunal dedique un Fundamento Jurídico entero a mostrar cómo opera tal exigencia en los tres países, si ello conllevaba semejante losa para sus argumentos sobre el régimen de distribución de competencias en la materia? La explicación muy probablemente se encuentre en el contexto en que fue dictada la sentencia: junio del año 2017, prácticamente a las puertas del desafío soberanista que llevó a las autoridades catalanas a convocar un referéndum de secesión primero, y a declarar unilateralmente la independencia de la Comunidad Autónoma después (20).

Sea como fuere, tras el repaso comparado el Tribunal recuerda que sobre la cuestión ya existe una consolidada jurisprudencia, y pasa a apuntar sus líneas fundamentales, a saber:

1. La competencia que el artículo 149.1.32 de la Constitución reconoce en favor del Estado no se limita a la autorización de la convocatoria de las consultas a celebrar por vía de referéndum, sino que se extiende al «establecimiento y regulación» de la institución, y ello por precisar de desarrollo a través de ley orgánica por exigencia de los artículos 81 y 92.3 de la Constitución.
2. El concepto de «establecimiento y regulación» abarca un amplio espectro de facultades en favor del Estado, y que, como vimos, fueron detalladas por la sentencia 137/2015. Así pues, al Estado corresponderá en todo caso el establecimiento de «los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular». Este conjunto de facultades estatales deberá entenderse sin perjuicio de que las Comunidades puedan asumir en sus Estatutos «algún género de intervención «en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum».
3. Es perfectamente posible crear modalidades de referéndum distintas a las contempladas expresamente por la Constitución, pero ello

(20) SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España, op. cit.*, pág. 55, coincide en la evidencia de que la posición del Tribunal «solo se explica por los referendos que se pretendían llevar a cabo de carácter secesionista».

se considera facultad exclusiva del legislador orgánico. Dicho de otro modo, el Tribunal considera indiscutible que la creación legislativa de nuevas formas de referéndum queda incluida en la noción de «desarrollo» del derecho fundamental de participación política. Por consiguiente, habrá de ser la Ley Orgánica 2/1980 la encargada de prever la figura del referéndum autonómico.

4. Si la modalidad de referéndum autonómico fuera instaurada por las Cortes Generales, debería quedar circunscrita a cuestiones sobre las que las Comunidades Autónomas convocantes posean competencia. De este modo, jamás podría pronunciarse el electorado de una Comunidad sobre asuntos que pertenezcan «al ámbito competencial privativo del Estado ni [sobre] cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos».

Realizado el recordatorio de estos ejes esenciales en la distribución de competencias en la materia, el Tribunal se interroga sobre el papel del artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, puesto que la Ley dice apoyarse en el título competencial en él recogido. Se subraya que el artículo fue objeto de una interpretación conforme en la sentencia 31/2010, que fijó que su inciso final («con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 CE») no debía entenderse limitado a la autorización estatal de la convocatoria de referendos, sino a la entera disciplina de éstos. En consecuencia, afirma el Tribunal, el artículo 122 no supone una apoyatura válida para que la Comunidad Autónoma catalana introduzca nuevas modalidades de referéndum, y tan solo permitiría que ésta tuviera «algún género de intervención en el complemento normativo, para aspectos accesorios, de los preceptos estatales que disciplinen unas u otras figuras de referéndum».

El Tribunal trata, de esta manera, de hacer compatible la doctrina defendida en la sentencia 31/2010 con el cierto viraje emprendido en la 137/2015. Nótese, sin embargo, que el intento lleva al Tribunal a enterrar buena parte de las posiciones mantenidas en la primera. La sentencia 31/2010, además de interpretar el contenido de la competencia estatal derivada del artículo 149.1.32 CE, establecía que la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» empleada por el artículo 122 EAC no incluye bajo ningún concepto el referéndum. Pese a ello, la sentencia 51/2017 indica que en virtud de este artículo la Comunidad Autónoma catalana sí posee ciertas facultades normativas y de ejecución en materia de referéndum. Es decir, la sentencia 51/2017 da el paso de reconocer que Cataluña puede actuar, en los términos expuestos, en la cuestión referendaria pese a haber afirmado la sentencia 31/2010 que el artículo 122 de su Estatuto se refiere únicamente a consultas populares de carácter no referendario. La corrección, como puede comprobarse, no es menor.

La última de las reflexiones emprendidas en la sentencia retoma alegaciones en su día ya realizadas al hilo del proceso sobre el Plan Ibarretxe. En efecto, el Abogado de la Generalitat y el Letrado del Parlamento de Cataluña defendieron la posibilidad de sustentar la norma impugnada en competencias o potestades implícitas, vinculadas a la capacidad de autoorganización institucional de la Comunidad o los derechos de participación contemplados en su Estatuto. Los segundos, recuerda con acierto el Tribunal, no son fuente de competencia alguna (cuestión, por lo demás, que ya indicó en su día en la sentencia 103/2008). En cuanto a la primera, la resolución argumenta que no aporta nada a la cuestión debatida, no solo porque en presencia de un título específico (artículo 122 EAC) nada puede hacer uno más genérico, sino por negar la posibilidad de que el referéndum consultivo pueda considerarse «institución» de autogobierno en el sentido del artículo 148.1.1 CE.

Realizadas todas estas consideraciones, la conclusión del Tribunal resultaba palmaria: la Ley 4/2010, en tanto creaba una nueva modalidad de referéndum ajena a las previstas en la Constitución y en la Ley Orgánica 2/1980, era inconstitucional y debía ser anulada.

### **III. En favor de la apertura: revisión crítica de la argumentación del Tribunal Constitucional**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de celebrar referendos autonómicos distintos a los expresamente recogidos en el texto constitucional, y cuyos elementos nucleares son sistematizados por la sentencia 51/2017 recién comentada, es tajante: este nuevo tipo de referendos solo podría ser creado por el legislador orgánico, quedando reservada la actuación de los Parlamentos autonómicos al mero complemento normativo y/o ejecución de las disposiciones estatales. Los argumentos en que apoya el Tribunal esta conclusión nos parecen susceptibles de algunas críticas de no menor importancia, y a su exposición dedicaremos el presente apartado.

El Tribunal ha interpretado, a nuestro juicio de manera muy expansiva, las facultades que corresponden al Estado en materia de referéndum, reduciendo al mínimo la capacidad de influencia al respecto de los Estatutos de Autonomía. Así, la jurisprudencia insiste en que la competencia estatal derivada del artículo 149.1.32 de la Constitución («autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum») no puede entenderse limitada a la simple autorización, sino que se extiende al «establecimiento y regulación» de la institución, dada la existencia de dos claras reservas en favor del Estado: i) la derivada del desarrollo del derecho fundamental de participación política (artículo 81 de la Constitución);

y ii) la recogida en el artículo 92.3 de la Constitución para la regulación de las modalidades de referéndum previstas en el texto supremo. La reflexión, sin embargo, nos parece problemática. No solo resulta difícil estirar los términos con que tan claramente se expresa el artículo 149.1.32, que se refiere estrictamente a «autorización de la convocatoria», sino que no se entiende cómo las reservas de ley orgánica pueden operar sobre el mismo una transformación tal. Pero vayamos por partes.

Empezaremos analizando en detalle el título competencial del 149.1.32 CE. Obviando la lógica general del sistema de distribución competencial, que suele pivotar en torno a los conceptos de legislación y ejecución, el artículo recoge un dispositivo de salvaguarda —podría hablarse de auténtica «bala de plata»— frente a posibles referendos con afectación a los intereses generales del Estado(21). Cuando se pone el foco en el tenor literal del artículo, la cuestión parece clara: no se está otorgando competencia normativa alguna al Estado, salvo en lo que pueda ser necesario para configurar el procedimiento de concesión de la citada autorización. En consecuencia, ello haría de la capacidad regulatoria del referéndum un asunto susceptible de asunción autonómica(22), siempre sin olvidar las limitaciones derivadas de otros artículos. De hecho, esta parecía ser la interpretación del Tribunal Constitucional en un primer momento, pues la sentencia 103/2008 afirmaba con rotundidad que «solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, *incluidos los Estatutos de Autonomía*, de conformidad con la Constitución».

En efecto, la cláusula en cuestión parece responder a la necesidad de conferir al Estado un escudo frente a un eventual uso inadecuado del referéndum por parte de algunas Comunidades(23). Con mucha probabilidad, el temor a que pudieran ser convocados referendos con fines se-

---

(21) Véanse al respecto, PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, pág. 272, o MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Comentario a la sentencia sobre el Estatuto...», *op. cit.*, pág. 318.

(22) Esta posición mantiene notable apoyo en la doctrina. Véanse, entre otros, AGUADO RENEDO, César, «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», *op. cit.*, pág. 102; ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, «Las consultas populares por vía de referéndum de las comunidades autónomas. Un comentario sobre la STC 51/2017, de 10 de mayo: por una reforma de la Ley Orgánica de modalidades de referéndum para posibilitar estas consultas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2017, pág. 7; IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, «Los referendos regional y local en el Estado autonómico. Sus bases y límites constitucionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013, pág. 121; MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Notas sobre el referéndum autonómico en España», en CAPPUCIO, Laura y CORRETTJA TORRENS, Mercè (eds.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 2014, pág. 86; o PÉREZ SOLA, Nicolás «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, pág. 445.

(23) Véase al respecto MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Notas sobre el referéndum autonómico en España», *op. cit.*, pág. 85.

cesionistas estaría detrás de su previsión por el constituyente. Es de esta opinión el profesor Aguiar de Luque, que observa como motor claro de su previsión «la potencialidad centrífuga que esta institución podría desempeñar en alguna zona del país» (24). Misma posición mantiene Reyes Pérez, que entiende la cláusula como una clara «garantía de la unidad política del Estado», sin otra finalidad que la de evitar que referendos convocados exclusivamente por las autonomías «puedan condicionar la voluntad general a través del pronunciamiento de una fracción del pueblo español» (25).

Una vez conocida la estricta naturaleza de la cláusula en cuestión, resulta igualmente útil a nuestros fines analizar el modo en que puede ser empleada por el Estado. Al respecto podemos formular dos consideraciones. La primera tiene que ver con la institución capacitada para su ejercicio. Según el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 2/1980, corresponde al Gobierno, a propuesta de su Presidente, decidir sobre su concesión. La segunda cuestión plantea el margen de maniobra de que dispone el Gobierno a la hora de adoptar su posición. A este respecto la Ley Orgánica no realiza precisión alguna. En su Dictamen 943/1994, el Consejo de Estado, refiriéndose a consultas de ámbito local, afirmó que esta autorización suponía un simple «control de legalidad en materia de Régimen Local», deduciéndose que no cabría negativa gubernamental allí donde se satisficieran los requisitos mínimos de estas consultas. Años más tarde, sin embargo, el Tribunal Constitucional negó esta interpretación. A través del Auto 87/2011, por el que el Tribunal precisamente levantaba la suspensión sobre la Ley catalana 4/2010, consideró evidente que al Gobierno «le corresponde decidir, con entera libertad, acerca de la conveniencia de otorgar o no la mencionada autorización». De esta forma, el ejecutivo central ostenta un gran margen de maniobra a la hora de adoptar su posición.

Realizadas las reflexiones anteriores sobre el título competencial del artículo 149.1.32 de la Constitución, debemos adentrarnos en la lógica subyacente al otro gran pilar de la argumentación del Tribunal en su potente restricción a las capacidades normativas de las Comunidades Autónomas en materia de referéndum. Hablamos de las reservas de ley orgánica con-

---

(24) AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales», en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, 1986, pág. 13. En términos similares se expresa AGUADO RENEDO, César, «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», *op. cit.*, pág. 118, que subraya que «tal cláusula constituye una salvaguarda para el Estado respecto de consultas referendarias que pudieran proponerse desde unidades territoriales intermedias (o inferiores) y que pudieran incidir en el interés general..., comenzando por el más lógico, que es el de su propia subsistencia como tal Estado, esto es, en su integridad».

(25) PÉREZ ALBERDI, María Reyes, «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico...», *op. cit.*, pág. 113.

tenidas en los artículos 81 y 92.3 de la Constitución, en cuya conjunción hace reposar el Tribunal la afirmación de que es la Ley Orgánica 2/1980 «la única ley constitucionalmente adecuada» para la regulación y el establecimiento de los diferentes tipos de referéndum. Es decir, solo la norma en cuestión tendría la capacidad de regular «los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que pueda haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular». ¿Es razonable extraer semejante conclusión de dos reservas de ley orgánica? A nuestro juicio, son tres los argumentos que obligan a ofrecer una respuesta negativa al interrogante.

Primeramente, creemos que la propia jurisprudencia constitucional sobre la generalidad de reservas de ley orgánica impide aceptar el alcance que otorga el Tribunal a las dos aquí consideradas. En efecto, por un lado, el Tribunal ha exigido siempre la interpretación estricta de este tipo de reservas, evitando así una excesiva petrificación del ordenamiento jurídico (sentencias 5/1981 o 76/1983). El maestro De Otto afirmaba, en este sentido, la conveniencia de restringir lo más posible su contenido, dejando un espacio razonable a la ley ordinaria. De no hacerse así, se estaría incrementando el sector sustraído «a la mayoría a la que corresponde legislar» (26). En consecuencia, el empleo del artículo 81 de la Constitución —y del resto de artículos instauradores de reservas específicas de ley orgánica— debe ser de carácter extraordinario o excepcional (sentencias 76/1983 o 160/1987), debiendo ser restrictiva la interpretación de las materias enumeradas en ellos (sentencias 160/1987, 142/1993 o 53/2002).

Por otro lado, la misma jurisprudencia ha considerado que «en el estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, solo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente» (sentencia 173/1998, con referencia a las precedentes 37/1981 y 137/1986). Si aceptamos ambos elementos la cuestión es clara: la capacidad normativa que confieren ambas reservas al Estado debe hacerse compatible con el sistema de normas específicamente orientado a la distribución de competencias entre éste y las Comunidades Autónomas. Y si recordamos que la única norma al respecto —el artículo 149.1.32 de la Constitución— se limita a reservar al Estado la autorización de la convocatoria de las consultas, resulta palmario que las reservas aquí consideradas no deben anular —o reducir al mínimo— la capacidad normativa de las Comunidades.

---

(26) DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 10ª reimp., Ariel. Barcelona, 2007, pág. 116.

En segundo lugar, debemos detenernos en la extensión concreta de la reserva contemplada en el artículo 92.3 de la Constitución. Su literalidad indica que «las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución» deberán ser reguladas por ley orgánica. Pues bien, dejando al margen aquellos referendos previstos para la iniciativa autonómica y para la elaboración de los Estatutos de Autonomía de «vía agravada», es evidente que la Constitución no contempla referéndum autonómico alguno(27). Ocurre lo mismo con los referendos de ámbito municipal, siendo esta la razón que llevó a la Ley Orgánica 2/1980 a remitir su regulación concreta a la legislación en materia de régimen local(28). Y, en efecto, es el artículo 71 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local el que ha operado su configuración, sin que se haya producido por ello contestación alguna en torno a su constitucionalidad. ¿Qué sentido tiene, por consiguiente, que la jurisprudencia del Tribunal insista en que debe ser la Ley 2/1980 la que se encargue de establecer y regular los nuevos referendos autonómicos?

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, la experiencia de los referendos municipales tiene una significación diferente —y a nuestro juicio difícilmente sostenible. En efecto, insiste el Tribunal en la sentencia 51/2017 en que «es a la Ley Orgánica a la que remite el artículo 92.3, por tanto, a la que correspondería (...) la previsión, genérica o en abstracto, de consultas referendarias distintas a las contempladas de manera expresa en la norma fundamental. (...). Así hizo el legislador para los *referenda* municipales (...)». No parece, sin embargo, que la apreciación sea certera. Lo que realmente hizo la Ley 2/1980 en relación con los referendos municipales fue excluirlos de su regulación, remitiendo para ello a la específica normativa sobre la materia local. Carece de sentido, pues, que una manifiesta exclusión pueda considerarse «previsión».

La argumentación del Tribunal se tambalea igualmente cuando se recuerda que algunas Comunidades Autónomas distintas a aquellas que lograron su autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución han instaurado, a través de sus Estatutos, nuevas modalidades de referéndum. Efectivamente, Aragón, Extremadura y Comunitat Valenciana han pre-

(27) ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, «Las consultas populares por vía de referéndum de las comunidades autónomas...», *op. cit.*, pág. 6, considera palmario que «la Constitución remite a una ley orgánica la regulación de las modalidades de referéndum que ella misma contempla y no obliga a que en ella se contengan todas las posibles modalidades de referéndum que puedan darse y que convoquen autoridades autonómicas o locales para asuntos de su competencia y de un claro interés menor que el interés constitucional o superior del Estado en su conjunto».

(28) Disposición Adicional de la Ley Orgánica 2/1980: «Las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».



visto la culminación del proceso de reforma de sus respectivos Estatutos con un referéndum —facultativo en los dos primeros casos(29), obligatorio en el tercero(30). Lo significativo es que fue el propio Tribunal Constitucional el que, a través de su sentencia 31/2010, admitió la perfecta constitucionalidad de estas previsiones estatutarias(31), sin exigir que esta nueva modalidad de referéndum fuera contemplada previamente por la Ley Orgánica 2/1980.

También es ajena a la tipología de referendos prevista en la Constitución la posibilidad contemplada en los Estatutos vasco (artículo 8) y castellanoleonés (Disposición Transitoria 3.ª) de celebrar consultas sobre la agregación/segregación de municipios enclavados en sus respectivos territorios. Una vez más, estamos ante normas estatutarias que prevén nuevas modalidades de referéndum sin una previa estipulación en normas estatales, y sin que ello haya generado conflicto constitucional alguno.

Pasemos ya, en tercer lugar, a reflexionar sobre el alcance que debe atribuirse a la reserva de ley orgánica derivada del desarrollo del derecho fundamental de participación política. Recordando que, en efecto, el referéndum constituye un procedimiento que vehicula el derecho contemplado en el artículo 23 de la Constitución (sentencia 119/1995), debemos preguntarnos por el sentido que debe darse a la expresión «desarrollo» prevista en el artículo 81 de la Constitución. Una visión sistemática del texto supremo genera alguna pauta global sobre qué debemos entender por tal. Si acudimos al artículo 53 comprobaremos que se llama a la ley ordinaria a ejercer la «regulación» de los derechos incluidos en el Capítulo II del Título I. Así pues, y como afirma De Otto, por «desarrollo» debemos entender algo distinto a la «regulación del ejercicio». Del mismo modo, «no cabe atribuir a la ley orgánica todo lo que ‘afecte’ al derecho, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio, sino algo menos» (32).

---

(29) El artículo 115.7 del Estatuto aragonés y el 91.2 del extremeño prevén la posibilidad de celebrar referéndum de ratificación si así lo acuerda la respectiva Asamblea legislativa con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

(30) El artículo 81.5 del Estatuto de la Comunitat Valenciana estipula que la Generalitat convocará, previa autorización del Estado, referéndum de ratificación en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales.

(31) El Tribunal afirmó, en el Fundamento Jurídico 147 de la sentencia, que la posibilidad de exigir un referéndum de ratificación como culminación del proceso de reforma estatutaria cabía perfectamente dentro del «amplio margen de consideración» que el artículo 147.3 de la Constitución contempla («La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica»).

(32) DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., pág. 117. Comparte esta posición ALZAGA, Óscar, *Derecho Político español, según la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1997, pág. 364. Del mismo modo, PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, op. cit., pág. 63, argumenta que cuando

La jurisprudencia constitucional coincide con esta argumentación, insistiendo con frecuencia en que el legislador orgánico debe limitarse al desarrollo directo del derecho (33), esto es, «a la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho», lo que abarcaría «lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (...), a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, (...) los límites (...) en atención de otros derechos y libertades» (sentencia 173/1998). Por consiguiente, como explica Ibáñez, el legislador orgánico sería el encargado de resolver los siguientes puntos: qué ciudadanos tienen el derecho a participar vía referéndum; qué requisitos es preciso cumplir para su ejercicio; y qué mecanismos deben fijarse para garantizar los caracteres básicos del sufragio (libre, igual, secreto, directo y personal), lo que incluiría no sólo los dispositivos de votación, escrutinio y proclamación de resultados, sino también una organización administrativa electoral (34). La ley orgánica, pues, no se extendería a la regulación de las modalidades de ejercicio del derecho, como también ha afirmado el Tribunal Constitucional (sentencia 127/1994).

Sorprende, sin embargo, comprobar que las sentencias 137/2015 y 51/2017 han estirado más allá de estos límites el horizonte normativo del legislador orgánico. Como vimos *supra*, el Tribunal ha afirmado que la normativa estatal sobre referéndum debe también extenderse a elementos como los supuestos de referéndum, sus ámbitos territoriales o los efectos jurídicos del pronunciamiento popular. Todos ellos, nos parece, desbordan la estricta comprensión del concepto «desarrollo directo del derecho», constituyendo más bien piezas que debería configurar el legislador ordinario —ya sea de ámbito estatal, ya sea de ámbito autonómico, en función de cómo se entienda resuelta la previa e independiente cuestión del reparto competencial en la materia.

El otro gran instituto a través del cual se actualiza el derecho de participación política, es decir, las elecciones, ofrecen un buen ejemplo en este sentido. Pese a que el artículo 81 de la Constitución exige doblemente que

---

el texto constitucional llama al legislador a desarrollar un derecho «le está pidiendo que configure ese derecho, esto es, que concrete las abstractas previsiones de la Constitución fijando los elementos esenciales del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de una tarea de delimitación o definición de los contornos del derecho fundamental en cuestión».

(33) Como afirma BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La Ley Orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*. Atelier. Barcelona, 2004, pág. 58, «la noción de 'desarrollo directo' es un concepto utilizado desde muy pronto por la jurisprudencia constitucional justamente para intentar reducir la vis expansiva que las posiciones formalistas atribuían a la reserva de ley orgánica».

(34) IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, «Los referendos regional y local en el Estado autonómico...», *op. cit.*, pág. 127. Misma postura mantiene PÉREZ ALBERDI, María Reyes, «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico...», *op. cit.*, pág. 124.

la materia electoral sea regulada por ley orgánica —pues resulta aplicable tanto la apelación al desarrollo del derecho fundamental de participación política como la relativa al régimen electoral general—, ello no ha sido óbice para que los Estatutos de Autonomía recojan previsiones propias en la materia. Es más, muchas de las Comunidades Autónomas han desarrollado tales previsiones en leyes electorales específicas. De esta manera, las normas estatales se encargan de la determinación de los titulares del derecho y de su contenido y garantías genéricas, pero cada Comunidad procede a fijar los supuestos de ejercicio (estipulando la duración del mandato parlamentario, y por tanto la periodicidad concreta del proceso electoral, así como la posibilidad o imposibilidad de disolución anticipada de la Asamblea). No se entiende por qué lo que es válido para el ámbito electoral no puede serlo para el referéndum, siendo ambos mecanismos de decisión que suponen ejercicio del mismo derecho fundamental.

El conjunto de reflexiones anteriores nos lleva a afirmar que ni las reservas derivadas de los artículos 81 y 92.3 de la Constitución, ni la competencia estatal prevista en su artículo 149.1.32 permiten sostener que al Estado deba corresponder la «entera disciplina» en materia de referéndum. Tampoco resulta útil, en este sentido, la apelación al artículo 149.1.1, que acoge la competencia del Estado para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos». Y ello en cuanto es, de nuevo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto la que descarta que pueda emplearse para otorgar una tan extensa capacidad normativa al Estado. En efecto, la sentencia 61/1997 subrayó que «las condiciones básicas que garantizan la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. (...) con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico». Lo contrario implicaría, en palabras del propio Tribunal, «suprimir la diversidad que nace de la autonomía» (sentencia 75/1990).

Así pues, la evolución en la jurisprudencia del Tribunal sobre los referendos autonómicos se antojaba imprescindible. El viraje comenzó con la sentencia 137/2015, en la que el Tribunal habla por vez primera de la posibilidad de que las Comunidades participen de algún modo de la acción normativa y ejecutiva en la materia. Curiosamente, sin embargo, el Tribunal seguía empleando la expresión «entera disciplina» para referirse a la capacidad regulatoria del Estado. La sentencia 51/2017, que vino a confirmar el espacio abierto a la configuración complementaria de las Comunidades, acertó al desterrar el empleo de tal expresión, que choca frontalmente con el reconocimiento del mismo.

El actual estado de las cosas indica, pues, que las Comunidades pueden intervenir en materia de referéndum a través de una labor de com-

plemento normativo y/o de ejecución. El avance respecto de la situación en que se vetaba toda intervención autonómica resulta un acierto, pero no parece que, a la luz de las reflexiones previas, pueda calificarse de suficiente. La opción más respetuosa con el alcance estricto de las competencias y reservas de ley orgánica que operan en favor del Estado sería que éste limitara su actividad a la configuración esencial del derecho de participación política directa, dejando suficiente margen para que las Comunidades pudieran crear nuevos tipos de referéndum.

Además, la actual jurisprudencia parece exigir, para que las Comunidades puedan operar tal reducida capacidad en la materia, que sus Estatutos prevean expresamente tal facultad. Como expresó la sentencia 103/2008, en este ámbito no es posible la apelación a competencias implícitas. Creemos, de nuevo, que esta afirmación es susceptible de debate. El referéndum es un mecanismo relevante de cualquier engranaje institucional, ya sea estatal o infra-estatal, de manera que la competencia autonómica sobre organización de las propias instituciones de autogobierno (148.1.1 de la Constitución) nos parece cobertura más que suficiente al respecto<sup>(35)</sup>. Nótese, en efecto, que el procedimiento referendario puede desempeñar diversas funciones vinculadas al funcionamiento de las instituciones de autogobierno, como la de control de los cargos electos (a través de la derogación de leyes; del revocatorio; o de la ilustración de la acción de los representantes mediante opiniones consultivas, etc.), la resolución de conflictos entre distintos órganos (sometimiento a votación popular de un proyecto de ley del Gobierno rechazado por el poder legislativo; a la inversa, sometimiento a votación de una norma aprobada por el Parlamento y que cuenta con el rechazo gubernamental), etc.

Estos argumentos no parecen haber convencido, sin embargo, al Tribunal. En el caso Ibarretxe las autoridades vascas alegaron ostentar competencia en materia de referéndum haciendo referencia a dos elementos diversos: i) la citada competencia en materia de organización de las propias instituciones de autogobierno (recogida en el artículo 10.2 de su Estatuto); y ii) la obligación de los poderes públicos vascos de facilitar la participación ciudadana en el ámbito político (artículo 9.2 e) del Estatuto). El Tribunal no entró a valorar el alcance del primero de los elementos, refiriéndose exclusivamente al segundo para subrayar que de tal genérica obligación no cabía derivar competencia autonómica alguna.

---

(35) Así lo entienden DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, «Los límites constitucionales a las consultas populares referendarias autonómicas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 25, 2017, pág. 18, IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio «Los referendos regional y local en el Estado autonómico...», *op. cit.*, pág. 111, o RIDAO I MARTÍN, Joan, «La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del 'derecho a decidir' un nuevo marco político para Cataluña», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, pág. 2577.

La alegación de ambos elementos como apoyatura para la capacidad autonómica en materia de referéndum volvió a ser planteada en el proceso constitucional sustanciado frente a la Ley 4/2010. El Tribunal negó, una vez más, su utilidad a este respecto, destacando que ambos resultan incompatibles con la constatación de que el referéndum constituye una figura excepcional o extraordinaria en nuestro ordenamiento. De manera novedosa en relación con la sentencia 103/2008, el Tribunal sí entró aquí a valorar la virtualidad del título competencial del 148.1.1 de la Constitución, si bien de un modo muy superficial. La sentencia se limita a expresar su convencimiento de que el referéndum consultivo no puede considerarse, a efectos competenciales, una institución de autogobierno.

Ninguna de estas consideraciones resulta convincente. Así, en primer lugar, la excepcionalidad del referéndum frente a la democracia representativa no aporta nada a la reflexión aquí emprendida. También en países como Alemania e Italia, o incluso en Suiza, el referéndum es un mecanismo de empleo extraordinario frente a los habituales y predominantes procesos representativos. Ello no ha sido obstáculo para que, como la propia sentencia 51/2017 recuerda, *länder*, regiones y cantones dispongan de la capacidad de contemplar nuevas modalidades de referéndum en sus normas institucionales básicas. En segundo lugar, la evidencia de que el referéndum no es estrictamente hablando una institución de autogobierno (como el Gobierno o el Parlamento) no impide afirmar que sus repercusiones en ellas son múltiples e intensas.

La práctica seguida en relación con la otra gran figura de democracia semidirecta en España, la iniciativa legislativa popular, avala el grueso de los argumentos anteriores. En su sentencia 119/1995 el Tribunal constató que este mecanismo supone, al igual que el referéndum y el concejo abierto, ejercicio del derecho fundamental de participación política. De este modo, sería aplicable la genérica reserva de ley orgánica derivada del artículo 81 de la Constitución. Además, y de manera análoga al artículo 92.3 que rige para el referéndum, el artículo 87.3 exige que una ley orgánica regule sus condiciones de ejercicio. Nada de ello ha sido impedimento para que las Comunidades Autónomas, sin despertar conflicto constitucional alguno, hayan recogido la figura en sus Estatutos y desarrollado normas legales sobre el instrumento. El conjunto de las previsiones estatutarias al respecto se ha realizado no en los títulos dedicados a la asunción competencial sino en aquellos referidos a las instituciones de autogobierno, dadas sus palmarias conexiones con las mismas. Lo más relevante a nuestros efectos es, no obstante, la constatación de que esta actividad autonómica en la materia se ha realizado sin necesidad de que la Ley Orgánica 3/1984, reguladora de la iniciativa legislativa popular a nivel estatal, haya tenido que contemplar de manera previa una nueva modalidad autonómica de iniciativa.

El Tribunal, sin embargo, se ha mostrado impermeable ante este tipo de reflexión. Las autoridades catalanas alegaron el ejemplo de la iniciativa legislativa popular en el curso del proceso contra la Ley 51/2017, con escaso éxito. Una vez más, el Tribunal descarta una consistente vía de argumentación a través de afirmaciones superficiales e inconexas. Así, en primer lugar se afirma que las dos herramientas no son susceptibles de equiparación, pues las iniciativas populares «no son, a diferencia del referéndum, cauce para la manifestación directa, excepcional en nuestro Derecho, de la voluntad popular, sino instrumento, más bien, para que una fracción del electorado propicie un pronunciamiento de los representantes del pueblo sobre determinada propuesta legislativa». Pese al reconocimiento de las diferencias existentes entre ambas figuras, no se entiende qué aportan en los asuntos aquí debatidos. Sus diferencias de funcionamiento no pueden empañar la inequívoca realidad de que en ambas se ejercita el derecho fundamental de participación política, careciendo de sentido otorgar alcances distintos a una doble reserva de ley orgánica absolutamente simétrica.

En segundo lugar, el Tribunal vuelve a apelar como argumento para desechar el ejemplo de las iniciativas populares al carácter extraordinario del referéndum en nuestro sistema institucional. Según la sentencia es esta excepcionalidad la que impide que el legislador ordinario pueda articular libremente modalidades del mismo, correspondiendo ello al ámbito de la ley orgánica. Debemos insistir en que la constatación de que la democracia representativa es la predominante en nuestro sistema no aporta nada al debate, y ello por tres motivos: i) como ya hemos dicho, incluso en sistemas con un amplio uso del referéndum, como el suizo o el italiano, el mecanismo es extraordinario frente a los cauces representativos; ii) también la iniciativa legislativa popular supone una figura de uso excepcional frente a los ordinarios métodos de arranque del procedimiento legislativo; iii) finalmente, no se entiende por qué el hecho de que la figura objeto de regulación sea más o menos habitual frente a otros sistemas de decisión provoca una mayor extensión en las reservas de ley orgánica aplicable. Si lo que pretende decirse es algo así como que de su parca regulación a nivel estatal se deduce que el constituyente quiso que la figura fuera residual en todos los niveles territoriales, de nuevo el derecho comparado juega en contra: existen modelos como el estadounidense o el alemán donde el destierro del referéndum a nivel federal no ha sido óbice para su florecimiento a nivel de las entidades territoriales.

En conclusión, creemos que existen poderosos argumentos para defender una mayor capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en materia de referéndum. Nos encontramos ante una figura de relevancia para el sistema institucional autonómico, debiendo pues incluirse en

la competencia sobre autoorganización interna. Además, la estricta consideración de las reservas de ley orgánica, aplicando la doctrina general del propio Tribunal al respecto, lleva a desterrar toda opción de interpretarlas en un sentido tan expansivo como el hasta ahora visto.

#### **IV. Nota al margen: sobre los referendos de secesión**

Merece la pena subrayar que el conjunto de argumentos ofrecido en favor de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas prevean nuevas modalidades de referéndum se realiza de manera completamente aislada del interrogante sobre si son o no posibles referendos de secesión en el marco jurídico español. Es frecuente, por desgracia, que el debate sobre la virtualidad del referéndum autonómico venga contaminado por esta cuestión, que desde hace ya algunos años marca buena parte de la agenda política del país. Resulta erróneo, sin embargo, vincular ambos elementos. Debería ser posible reflexionar —ya sea a favor o en contra— de la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía instauraran nuevos supuestos de referéndum sin que pase a inferirse de ello una determinada posición en el debate sobre las consultas secesionistas. Así pues, en este apartado focalizaremos nuestra atención en la viabilidad jurídica de éstas.

Bajo el marco de la jurisprudencia constitucional actual, ya hemos dicho que solo el legislador orgánico puede crear nuevos tipos de referéndum autonómico. Supongamos que, finalmente, las Cortes Generales dieran el paso y crearan un referéndum consultivo de ámbito estrictamente autonómico. Sin entrar ahora en la dudosa cuestión de cuáles son los límites de la actuación autonómica de complemento de esa normativa, la pregunta sería si esa consulta podría o no tener cualquier objeto. O más concretamente: ¿podría preguntarse a los ciudadanos de una Comunidad si desean separarse del conjunto de España para formar un Estado independiente?

La sentencia 103/2008 adelantaba ya la solución al interrogante: radicalmente no. Aunque el referéndum proyectado por la Ley vasca 9/2008 no preguntaba directamente por la independencia del País Vasco, sí presuponia la existencia de un sujeto soberano, el pueblo vasco, titular de un derecho a decidir y capaz de negociar con el Estado una nueva relación entre éste y la Comunidad Autónoma. En definitiva, pretendía abrir un procedimiento de reconsideración del conjunto del edificio constitucional, orientado a forjar un nuevo estatus de la Comunidad. Es indiscutible, sentenció el Tribunal, que este tipo de consultas afecta «al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional». Esta afectación es perfectamente legítima bajo nuestro actual modelo jurídico, en

tanto es posible alterar cualquiera de los contenidos del texto supremo siempre que ello se realice por el procedimiento reglado. En conclusión, la sentencia recalca que el único referéndum que podría celebrarse sobre un objeto de este tipo sería el previsto en el artículo 168 de la Constitución.

El Tribunal vino a reiterar estos postulados en su sentencia 114/2017, sobre la Ley catalana 19/2017, denominada «del referéndum de autodeterminación». En esta ocasión las autoridades autonómicas sí que pretendían preguntar directamente sobre la secesión de un territorio del conjunto del Estado. Tras afirmar que el pueblo de Cataluña es «un sujeto político soberano» (artículo 2), la norma convocaba a la ciudadanía a «decidir el futuro político de Cataluña» mediante la celebración de un referéndum con la siguiente pregunta: «¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de república?» (artículo 4, puntos 1 y 2). La Ley declaraba la consulta vinculante, y afirmaba que en caso de contarse más votos afirmativos que negativos, ello supondría la independencia de Cataluña (artículo 4, puntos 3 y 4).

La sentencia del Tribunal será rotunda al afirmar que los españoles —todos ellos—, como ciudadanos libres e iguales en derechos, «son los únicos que, en hipótesis, podrían ser llamados a decidir sobre la permanencia y el destino del Estado común (art. 168 CE), sin que el poder constituyente del que son titulares únicos siguiera mereciendo ese nombre en el supuesto de que tal decisión se atribuyera a solo una fracción del pueblo español, como pretende la Ley 19/2017». Insistiendo, una vez más, en que la Constitución puede reformarse sin límite material alguno, el Tribunal recuerda que para la culminación de una operación de este tipo es imprescindible el respeto al marco procedimental configurado en la propia Constitución. La conclusión de todo ello será evidente: la Ley incurría en una inconstitucionalidad absoluta (36).

Cuando repasábamos los principales ejes de la sentencia 51/2017 nos detuvimos en el marco comparado ofrecido por el Tribunal, preguntándonos qué sentido tenía poner encima de la mesa ejemplos de países que permiten que sus entidades territoriales regulen y convoquen sus propios referendos solo para señalar que su objeto jamás podría ser extraño al marco de competencias de tales entidades. La respuesta que apuntábamos entonces se hace más evidente en el actual punto de nuestro trabajo. El Tribunal insistía, a pocos meses de que el desafío soberanista catalán cristalizara en la Ley 19/2017, en la lógica indiscutible que subyace a la necesidad de que el ente convocante de un referéndum posea compe-

---

(36) Misma suerte corrió el Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña, anulado por la STC 122/2017. La sentencia realiza, obviamente, una remisión *in totum* a la argumentación ofrecida en la 114/2017.



tencia en la materia sobre la que pregunta a sus ciudadanos(37). Una Comunidad Autónoma, obviamente, no posee competencia para alterar el orden constituido.

Una última reflexión merece ser planteada. La sentencia 114/2017 recuerda, en su reiteración del ineludible cumplimiento del proceso de revisión constitucional para alterar el conjunto del modelo constitucional, que las Comunidades Autónomas tienen atribuida la facultad de promover una reforma del texto supremo (artículo 166 en conexión con el 87.2 de la Constitución). Este recordatorio —que parece serlo también del hecho de que las autoridades independentistas jamás recurrieron a esta posibilidad— nos obliga a preguntarnos si sería posible plantear un referéndum autonómico en el que se pregunte a los ciudadanos si están o no de acuerdo con iniciar un proceso de reforma constitucional a través de una proposición del Parlamento autonómico.

Autores como Vintró o Aguiar de Luque, partiendo de un entendimiento amplio de la noción de competencia, se posicionan a favor de esta posibilidad(38). El referéndum podría servir para conocer la posi-

---

(37) Esta premisa se encuentra presente en la regulación estatal básica sobre el referéndum municipal. Así, el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen local se refiere a la posibilidad de preguntar sobre «asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local». Igualmente, la ley catalana 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, indicaba en su artículo 10 que «el objeto de las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña son las cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de las competencias de la Generalidad».

(38) VINTRÓ I CASTELLS, Joan, «Legalidad y consulta soberanista en Cataluña», en *Blog del Instituto de Derecho Público*, 23 de octubre de 2012, disponible en: <http://idpbarcelona.net/legalidad-y-consulta-soberanista-en-cataluna/> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2019), sostiene que el concepto «ámbito de competencias» debe interpretarse «de manera que el objeto de las consultas pueda incluir, además de cuestiones sobre el elenco estatutario de materias competenciales, también preguntas relativas a las facultades de la Generalidad reconocidas por la Constitución y el Estatuto entre las que se encuentra el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional como se desprende de los artículos 166 y 87 del texto constitucional». Igualmente, AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Referéndum y Estado autonómico» en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José, (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 1856, argumenta que «la posibilidad de que la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma acuerde elaborar una proposición de reforma constitucional y que con carácter previo a la aprobación de su remisión a las Cortes someta tal propuesta a una consulta popular por vía de referéndum en el ámbito de la propia Comunidad Autónoma respectiva y con efectos meramente consultivos, no parece que pueda a título de principio suscitar grandes reparos de inconstitucionalidad». No opina de este modo CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria, «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, y SOUTO GALVÁN, Clara, *El Estado autonómico en la perspectiva de 2020*. Instituto de Derecho Público – Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2013, pág. 198, para quien «una interpretación tan amplia del alcance del término ‘competencia’ es discutible, puesto que vacía completamente el significado preciso que la doctrina iuspublicista, en España y en los Estados políticamente compuestos, ha atribuido a la competencia como conjunto de facultades jurídicas que ostenta un ente público sobre una materia determinada». El autor insiste en la imposibilidad de alterar el genuino proceso de reforma constitucional con «aditivos anteriores o simultáneos (como lo sería una iniciativa popular o un referéndum para activar el procedimiento de reforma)» en CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria, «Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión en Cataluña», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, op. cit., pág. 141.

ción de la ciudadanía de la Comunidad en torno a la opción de elevar a las Cortes Generales una proposición de reforma constitucional. El planteamiento enfrenta, sin embargo, algunas dificultades. La primera pasa por la necesidad de recalcar que quien tiene atribuida la facultad de elevar proposición de reforma a las Cortes Generales es exclusivamente la Asamblea autonómica. De hecho, debe recordarse que el constituyente descartó la posibilidad de incluir la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional(39). Por ello, todo intento de presionar a la Asamblea para que ejercita su facultad podría entenderse como ilícita. En este punto sería posible argumentar que la convocatoria de un referéndum meramente consultivo lograría salvar el reparo, de manera que la última palabra seguiría en manos de los diputados autonómicos. La cuestión, en realidad, radica en si realmente existen los referendos consultivos, pues suele entenderse que todo pronunciamiento popular adquiere una cierta vinculatoriedad, siquiera política(40). Esta línea de reflexión, que excedería con mucho los límites de este trabajo si pretendiera agotarse, resulta clave(41).

En segundo lugar, la sentencia 103/2008 afirmó que en materia de reforma constitucional «la consulta popular solo es posible para la ratificación de la reforma una vez aprobada ésta por las Cortes Generales». El

(39) Esta exclusión constitucional de la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional lleva a CASTELLÀ ANDREU, Josep María, «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación», *op. cit.*, pág. 198 a considerar la propuesta una «opción forzada».

(40) En esta línea, ALZAGA, Óscar, *Comentarios a la Constitución*. Ediciones del Foro. Madrid, 1980, pág. 587, subraya que, desde el prisma del realismo político, no es probable que las autoridades representativas puedan ignorar el dictamen ofrecido por el pueblo si éste se pronuncia en términos muy claros. Posición similar la de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Comentario al artículo 92 de la Constitución española», en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid, 2001, pág. 1453, que sostiene que «denominar consultivo a un referéndum no deja de ser un eufemismo, pues resulta impensable que quien hubiese de adoptar la decisión consultada lo hiciese en un sentido contrario al pronunciamiento neto y rotundo de la voluntad popular».

(41) En mayo de 2010 una Comisión Promotora, acogiéndose a la entonces vigente Ley catalana 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, presentó una solicitud de propuesta de consulta popular con el siguiente tenor literal: «A fin de que el Parlamento de Cataluña lleve a cabo las iniciativas necesarias para hacer efectiva la voluntad popular, ¿Está de acuerdo en que la Nación Catalana pase a ser un Estado de Derecho, independiente, democrático y social integrado en la Unión Europea?» A solicitud de dos grupos de diputados, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.4 de la norma, el Consell de Garanties Estatutàries emitió dictamen (15/2010) sobre la adecuación constitucional y estatutaria de la propuesta. En él el Consell subrayaba que la parte estrictamente interrogativa de la propuesta se situaba «claramente fuera de la competencia autonómica». Pero, además, recalca que pese a que el Parlamento catalán pueda plantear a las Cortes Generales una proposición de reforma constitucional, los promotores de una iniciativa «no pueden forzar al Parlamento a hacer uso de sus prerrogativas (aunque el referéndum formalmente sea de carácter consultivo, art. 12 LCR) y, por lo tanto, la actividad de los promotores debe ceñirse al ámbito estricto de las competencias de la Generalitat, que, con carácter general, están establecidas en el precitado título IV del Estatuto». De esta manera el Consell parecía descartar la posibilidad no solo de preguntar directamente por la independencia, sino también de sondear sobre el eventual ejercicio de una propuesta de reforma de la Constitución.

Tribunal insistía, pues, en la necesidad de cumplir estrictamente los pasos del proceso de reforma constitucional, advirtiendo de que «tratar de sortear, eludir, o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE)». Con estas premisas, podría argumentarse que la incardinación de una consulta autonómica previa al ejercicio de la iniciativa de reforma por parte de las autoridades autonómicas resultaría ilícita. Creo, sin embargo, que una conclusión tal sería excesiva. Si creemos que realmente existen los referendos consultivos, carentes de fuerza de obligar, su celebración no afectaría en nada al procedimiento de reforma tal y como aparece configurado por la Constitución. Los dos Parlamentos, el autonómico y el estatal, seguirían siendo totalmente libres a la hora de ejercer sus facultades —de iniciativa el primero, de decisión el segundo. Que los ciudadanos de una Comunidad se muestren favorables a elevar una determinada propuesta de reforma no debería entenderse como un intento de circunvalación de las atribuciones parlamentarias, pues las Cámaras seguirán ostentando la última palabra.

De esta manera, y siguiendo con nuestra hipótesis, cualquier intento de emplear un resultado positivo en un eventual referéndum previo para avanzar en el proyecto independentista ignorando el debido proceso de reforma, debería censurarse como operación contraria a Derecho. Pero este tipo de estrategias torticeras poco tiene que ver con lo aquí planteado, que no es más que la posibilidad de que un Parlamento consulte a sus ciudadanos sobre el mejor modo de ejercer su capacidad de propuesta. Una vez más, la reflexión que debe acometerse es la relativa a la existencia de auténticos referendos no vinculantes. La respuesta marcará el destino de las tesis aquí sugeridas.

## V. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han defendido los principales argumentos que conducen a una consideración negativa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la (im)posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen referendos para consultar a sus ciudadanos asuntos de su competencia. Singular peso ostentan, nos parece, aquellos que inciden en la insuficiencia de los artículos 149.1.32, 81 y 92.3 de la Constitución para fundamentar que el Estado deba encargarse de la práctica totalidad de la regulación de la institución referendaria.

El artículo 149.1.32 no fue pensado con ánimo alguno de repartir facultades normativas, sino como simple cláusula de seguridad con la que evitar una posible convocatoria de referendos territoriales perjudiciales para

los intereses generales. Una cláusula, por cierto, cuya utilidad sigue hoy muy vigente.

Ninguna de las reservas de ley orgánica contempladas en los artículos 81 y 92.3 permiten fundar la necesidad de que el Estado agote la normativa en la materia. No solo por la fuerza de sus respectivos tenores literales, sino también por la obligación de interpretar toda reserva de ley orgánica de manera restrictiva, tal y como exige habitualmente la propia jurisprudencia constitucional. No es de extrañar, pues, que el Tribunal corrigiera paulatinamente su afirmación de que al Estado corresponde «la entera disciplina» de la institución, abriendo un hueco a la capacidad normativa autonómica. Se ha intentado mostrar, no obstante, la insuficiencia de esta corrección, que persiste en el mantenimiento de un dominio casi absoluto del legislador estatal en la materia.

No resultan convincentes las voces que señalan la parquedad con que el constituyente de 1978 reguló el referéndum en el ámbito estatal como argumento crucial a la hora de defender una excepcionalidad similar de la figura en el terreno autonómico. De relevancia resulta, en este punto, atender a los casos estadounidense o alemán, donde el destierro del referéndum en el ámbito federal no ha sido obstáculo para su florecimiento a nivel estatal. De hecho, y como suele señalarse, tiene especial sentido que en los niveles territoriales más cercanos al ciudadano la institución sea de empleo más extenso.

Se ha dicho, y coincidimos en esta visión, que el Tribunal ha sido tan restrictivo en su doctrina sobre el referéndum autonómico —frente a la otra gran herramienta de democracia semidirecta, la iniciativa legislativa popular—, por el temor a su empleo con fines secesionistas en Cataluña. Pero creemos que el temor resulta infundado, pues por más que se reconociera a las Comunidades la posibilidad de regular sus propias consultas referendarias, el Estado mantendría dos garantías esenciales para evitar un desempeño de este tipo. La primera, imbatible, consiste en la libertad que mantiene el Gobierno de la Nación a la hora de conceder o no la autorización para la convocatoria de cualquier referéndum. La segunda, en la que insiste el Tribunal y que resulta evidente en la lógica de cualquier estado descentralizado, radica en la obviedad de que una Comunidad solo podría someter a consulta decisiones que afecten a materias de su estricta competencia. Vigentes ambos elementos, ¿qué sentido tiene negar que una Comunidad pueda regular el modo en que consulta a sus ciudadanos? El cerrojo actual, pese a su reciente pero ligera apertura, lleva a una paradoja de no fácil digestión: un Ayuntamiento puede preguntar en referéndum a sus vecinos acerca del mejor modo de acometer sus propias responsabilidades. Una Comunidad Autónoma, no.

## Bibliografía

- AGUADO RENEDO, César, «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 99-128.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales», en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, 1986, págs. 5-16.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, págs. 67-96.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Referéndum y Estado autonómico» en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José, (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 1831-1858.
- ALZAGA, Óscar, *Comentarios a la Constitución*. Ediciones del Foro. Madrid, 1980.
- ALZAGA, Óscar, *Derecho Político español, según la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1997.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, *La Ley Orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*. Atelier. Barcelona, 2004.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep María, «La competencia en materia de consultar populares por la vía de referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista catalana de dret públic*, n.º extra 1, 2010, págs. 308-315.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep María., «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, y SOUTO GALVÁN, Clara, *El Estado autonómico en la perspectiva de 2020*. Instituto de Derecho Público – Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2013, págs. 171-212.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep María, «Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión en Cataluña», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 129-154.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, «Los límites constitucionales a las consultas populares referendarias autonómicas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 25, 2017.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 10.ª reimp., Ariel. Barcelona, 2007.

- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, «Las consultas populares por vía de referéndum de las comunidades autónomas. Un comentario sobre la STC 51/2017, de 10 de mayo: por una reforma de la Ley Orgánica de modalidades de referéndum para posibilitar estas consultas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2017, págs. 113-133.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio, «Los referendos regional y local en el Estado autonómico. Sus bases y límites constitucionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013, págs. 97-138.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d'Estudis Autònemics i Federals*, n.º 9, 2009, págs. 202-240.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Comentario a la Sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (Art. 122)», en *Revista catalana de dret public*, n.º extra 1, 2010, págs. 316-321.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía: especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Espaço Jurídico*, vol. 14, n.º 3, 2013, págs. 113-132.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «Notas sobre el referéndum autonómico en España», en CAPPUCIO, Laura y CORRETJA TORRENS, Mercè (eds.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònemics. Barcelona, 2014, págs. 77-95.
- OLIVER ARAUJO, Joan, «El referéndum en el sistema constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, n.º 29, 1989, págs. 115-184.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2013.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes, «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, pág. 101-132.
- PÉREZ SOLA, Nicolás, «Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República francesa», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 78, 1992, págs. 331-360.
- PÉREZ SOLA, Nicolás «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, págs. 433-454.
- RIDAO I MARTÍN, Joan, «La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del "derecho a decidir" un nuevo marco político para Cataluña», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, págs. 2547-2580.
- SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España*. Marcial Pons. Madrid, 2018.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Comentario al artículo 92 de la Constitución española», en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid, 1980, págs. 1448-1461.

VINTRÓ I CASTELLS, Joan, «Legalidad y consulta soberanista en Cataluña», en Blog del Instituto de Derecho Público, 23 de octubre de 2012, disponible en: <http://idpbarcelona.net/legalidad-y-consulta-soberanista-en-cataluna/> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018),

VÍRGALA FORURIA, Eduardo: «Crisis de la representación y democracia directa en España», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2013, págs. 11-25.





# Renta básica y Constitución en el Estado Social alemán (De la renta básica universal a la renta básica colectiva)

Basic income and Constitution in the German Social State  
(from the universal to the collective basic income)

Janire Mimentza Martin

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.05>

**LABURPENA:** Gaur egun, enplegu prekarioek ez dute gutxieneko bizitza ziurtatzen, eta etorkizunerako «lana amaitzea» aurreikusten da. Gainera, ongizate sistemen akatsen eta mugen aurrean, beharrezkoa da gizarte-babeserako sistema beraztertzea: oinarrizko errenta unibertsala aukera popularrena dela dirudi. Oinarrizko errenta gizarte-erreformaren ideiarekin bat etortzen den arren, ikerketa honen perzeptzioak aurrerapen txikien politika gidatu behar dela ezartzea du, azken batean, Gizarte Segurantzako sistema bateratze partzial bat lortuz, eta ez bera desagitea. Gaur egun, ezaugarri hauei dagozkien adibideak daude, gizarteko talde zehatzetarako (esate baterako, alemaniar adingabekoei) oinarrizko errenta bat ematen zaie. Zalantzarik gabe, adibide hau aurrerapauso handi bat da, pentsioetan belaunaldien banaketaren sistema eredu jarraitzen duten ordenamendu guztien eredu —beraien artean espainola— izan daitekeelako.

**HITZ GAKOAK:** Laneko prekaritatea. Robotika. Gizarte Segurantza. Belaunaldien arteko kontratua. Adingabeen babes soziala.

**ABSTRACT:** At present, the precarious jobs do not assure the subsistence level, and the future forecasts «the end of work». In addition, because of the defects and limits of the welfare systems, a rethinking of the social protection system is necessary: universal basic income seems to be the most popular option. Although the basic income is usually based on the idea of social reform, the perception of this study is that its implementation should be guided by a policy of small advances, which ultimately make possible a partial reform of the Social Security system, not its dismantling. There are currently examples with these characteristics, for specific groups (e.g. minors in Germany) to which a basic income is being granted. Without a doubt, it is a big step in that direction, which can serve as a model to be followed by all legal systems —among them Spanish one— that follow a system of generational distribution (pay-as-you-go system) in pensions.

**KEYWORDS:** Job precariousness. Robotics. Social Security. Generational contract. Social protection of minors.

**RESUMEN:** En la actualidad, los empleos precarios no aseguran el mínimo vital, y para el futuro se pronostica el «fin del trabajo». Además, ante los defectos y límites de los sistemas asistenciales es necesario un replanteamiento del sistema de protección social: la renta básica universal parece ser la opción más popular. Aunque normalmente la RB se basa en la idea de una reforma social, la percepción de este estudio es que su implementación debe ir dirigida por una política de pequeños avances, que al final posibiliten una reforma parcial del sistema de Seguridad Social, no su desmantelamiento. Existen en la actualidad ejemplos con estas características, para colectivos específicos (ej. menores en Alemania) a los que —en la práctica— se les está otorgando una RB. Sin duda, es un gran paso en esa dirección, que puede servir como modelo a seguir por los ordenamientos jurídicos —entre ellos el español— que siguen un sistema de reparto generacional en pensiones.

**PALABRAS CLAVE:** Precariedad laboral. Robótica. Seguridad Social. Contrato generacional. Protección social de menores.

Trabajo recibido el 9 de octubre de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

# Renta básica y Constitución en el Estado Social alemán (De la renta básica universal a la renta básica colectiva)

Basic income and Constitution in the German Social State  
(from the universal to the collective basic income)

Janire Mimentza Martin

**Sumario:** I. Transformaciones socioeconómicas, desigualdad y precariedad laboral.—II. Definición de la renta básica y sus alternativas. 1. Características y rasgos de la renta básica. 2. La ventaja de la incondicionalidad de la RB frente a la clásica renta mínima de inserción. 3. El ambiguo significado del término «básico» y sus diferentes concepciones.—III. Examen de dudosa constitucionalidad de la renta básica universal en la era de la robótica. 1. Crítica a dos teorías sobre la cuarta revolución industrial: fin del trabajo y necesidad de una RB universal. 2. La inconstitucionalidad de la implantación de una RB universal.—IV. Legitimidad constitucional de la renta básica colectiva ante los problemas derivados del incumplimiento del contrato generacional. 1. RB para garantizar el contrato generacional. 2. Constitucionalidad de una RB al menor.—V. Conclusiones.

## I. Transformaciones socioeconómicas, desigualdad y precariedad laboral

Nos encontramos lejos de cumplir los objetivos relacionados con la pobreza del proyecto Desarrollo del Milenio propuesto por las Naciones Unidas en el 2000 (1). Muestra de ello es que en el 2013 se dieron recomendaciones para finalizar con la pobreza mediante la garantía de una vida digna para todos (2), dado que cada vez hay más personas que pertenecen al grupo del precariado. Además, un reciente informe de la

---

(1) Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General, Millennium Development Goals (MDGs), A/RES/55/2, <http://www.un.org> (a fecha: 13.9.2000).

(2) Informe de la Secretaría General de la Naciones Unidas, sobre «una vida digna para todos» en *We can end poverty. Millennium Development Goals and Beyond 2015*, <http://www.un.org>. (a fecha: 25.9.2013).

misma organización revela el aumento de hambre en el mundo(3). Lo alarmante es que incluso ni siquiera los Estados de bienestar europeos han podido salvarse de la tendencia del aumento de la desigualdad entre pobres y ricos: en 2016 había 118 millones de personas en riesgo de pobreza(4).

Desde comienzos de la crisis hasta el 2013 el número de personas que pasan privaciones materiales severas ha subido en 7,5 millones de personas(5). El problema es aún más agudo respecto a los niños, ya que en el 2016, más de una cuarta parte de ellos estaba en riesgo de pobreza o exclusión social, según la oficina de estadísticas de la Unión Europea (Eurostat).

Un ejemplo: el país con la tasa más baja de pobreza infantil —Dinamarca— tiene el 13,8% de niños que sufren riesgo de pobreza, lo que demuestra el gran problema al que se enfrentan incluso los países ricos(6). Como su pobreza deriva principalmente de la situación económica de sus progenitores(7), y no de su empleo, este grupo se estudiará más adelante (bajo el título IV.2 sobre la Constitucionalidad de una renta básica al menor), una vez se haya descartado la posibilidad de implementar una renta básica universal.

En el contexto —como también propone las Naciones Unidas— se ha abierto la discusión de si todos los ciudadanos tienen derecho a un mínimo vital que garantice su subsistencia(8), que tradicionalmente fue posible mediante un empleo(9). Así, durante siglo xx, con la pro-

(3) El hambre en el mundo continúa en aumento, alcanzando los 821 millones en el año 2017 (una de cada nueve personas). *Vid.* Informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura sobre el estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2018, <http://www.fao.org> (a fecha 11.9.2018).

(4) EUROSTAT database, <http://ec.europa.eu/Eurostat>, (a fecha: 9.9.2018).

(5) Uno de cada cuatro europeos, en riesgo de pobreza o exclusión, <http://www.europapress.es> (a fecha: 9.9.2015).

(6) Mientras la media europea de pobreza infantil en el año 2016 se sitúa en 26,4%, los datos varían significativamente dependiendo del país en cuestión: por ejemplo, la media alemana es de 19,3% frente a la española de 32,9%. Para ver más datos sobre Europa *vid.* <https://ec.europa.eu/eurostat> (a fecha: 25.9.2018); datos sobre España: la pobreza infantil afecta a uno de cada tres niños según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en base a la Encuesta de Condiciones de Vida, <http://www.ine.es> (a fecha: 29.9.2018); *vid.* CANTÓ SANCHEZ, Olga, AYALA CAÑÓN, Luis, *Políticas públicas para reducir la pobreza infantil en España: análisis de impacto*, editorial Huygen, Madrid, 2014.

(7) En este contexto hay que mencionar la influencia de las prestaciones sociales asistenciales.

(8) *Vid.* CARMONA CUENCA, Encarna, «El Derecho a un mínimo vital, los Estatutos de Autonomía y las rentas mínimas de inserción», en TEROL BECERRA, Manuel José, *El Estado Social y sus exigencias Constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

(9) Sigue la órbita ideológica del constitucionalismo contemporáneo que garantiza la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 de la Constitución Española, en adelante CE) y una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador (Art. 50 CE) y se fija un salario mínimo interprofesional.

tección social basada en un modelo laboral de economía industrial, se consiguió un buen equilibrio. Es conocido, que el Estado del bienestar de entonces intentó reducir ciertos riesgos de contingencias (como enfermedad, accidentes laborales, la discapacidad, el desempleo) con programas de protección contributivos. La probabilidad de que estos riesgos podían ser estimados estadísticamente, posibilitó la construcción de una Seguridad Social que funcionó razonablemente para una gran mayoría (10).

Sin embargo, en la práctica, nunca ha existido un pleno empleo de verdad. Es decir, siempre hubo una parte de la población sin un empleo con cotizaciones a la seguridad social (11). En este contexto, es paradójico que la preocupación por la escasez de trabajo se haya vuelto relevante —hasta el punto de plantear la renta básica (en adelante RB)— cuando siempre ha existido población no empleada. Los pronósticos apuntan a que el empleo a tiempo completo —como lo hemos conocido hasta ahora— va a ser un bien escaso. Como consecuencia, en los últimos años la discusión sobre la necesidad de una renta básica ha ido tomando protagonismo, hasta el punto de que hoy muchos la ven como una alternativa viable y urgente para paliar las miserias originadas por la precariedad laboral (12).

La RB es un ingreso incondicional para todos los ciudadanos sin que sea necesario demostrar un estado de necesidad, ni tomar parte en políticas activas de empleo. Es de destacar que la crisis ha sido solamente la gota que colmó el vaso.

---

(10) STANDING, Guy, *La Renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, pág. 77.

(11) Sobre todo, un elevado número de ciudadanas han realizado tareas de cuidado a tiempo completo sin percibir un salario a cambio (por ejemplo, el cuidado de hijos, ancianos, demás familiares...). Occidente ya a finales de la década de los 70 empezó a padecer el problema del fin de la política del pleno empleo. Los intentos de las políticas públicas de restablecer el pleno empleo a los niveles de 1950 y 1960 fracasaron. SCHÖNHERR-MANN, Hans-Martin, «Zur Genealogie des bedingungslosen Grundeinkommens — Perspektiven der politischen Philosophie», en *Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pág. 23; MOSS, Peter, *Cuidado de los hijos e igualdad de oportunidades. Red europea de formas de atención a la infancia*, Dossier Documentación, 1990, pág. 83.

(12) REY PÉREZ, José Luis, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2007, págs. 198 y ss.; STANDING, G., *La renta...*, op. cit.; VAN PARIJS, Philippe, VANDERBORGHT, Yannick, *Ingreso Básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, Libros Grano de Sal, S.A, Ciudad de México, 2017; CASASSAS, David, DE WISPELAERE, Jurgen, «Renta básica y emancipación social: principios, diseños y coaliciones», en CASASSAS, David, RAVENTÓS, Daniel (ed.), *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Editorial Montesinos, Barcelona, 2011, págs. 111 y ss.; ZUBERO, Imanol, *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, Ediciones Hoac, Madrid, 2000; RAVENTÓS, Daniel, «La renta básica como derecho humano emergente y ante la crisis económica actual», en RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, CAMPOY CERVERA, Ignacio, REY PÉREZ, José Luis (Ed.) *Desafíos actuales a los derechos humanos: La renta básica y el futuro del Estado social*, Editorial DYKINSON, S.L, Madrid, 2012, págs. 95 y ss.

El debate sobre la renta básica no es nuevo, el origen de la idea se remonta al siglo XVI con Tomás Moro (13) y sus seguidores (Juan Luis Vives). La idea de un ingreso básico incondicional empezó a aparecer con fugaz protagonismo en Europa a finales del siglo XVIII (14). La RB se volvió tema de efímeros debates públicos en el Reino Unido, en USA y Canadá a finales de la década de 1960. En los años 80 resurgió en diversos países europeos, donde creció poco a poco hasta convertirse en el tema de debate internacional desde el punto de vista filosófico, económico y jurídico (15).

La formulación que se está debatiendo actualmente —que explicaremos en la II parte de este texto— es bastante reciente, tiene poco menos de 20 años (16). Ahora bien, aceptando que nunca existió un «pleno empleo» de verdad ¿por qué ahora nos alarmamos hasta el punto de querer implantar la renta básica?

Para responder a esta pregunta hay que hacer referencia al contexto global, en el que el modelo de Estado de bienestar se ha desgastado y ha propiciado el aumento de la pobreza: desaparición del comunismo y auge del neoliberalismo, incremento de la automatización en la producción (17), políticas de austeridad y de flexibilidad de los mercados, revolución tecnológica asociada con la globalización, cambio demográfico etc. Debido a estos cambios de finales del siglo XX y principios del XXI, el sistema de distribución de renta colapsó y el empleo ya no es garantía de un salario seguro (18). Con lo que la frase «el trabajo dignifica» ha quedado obsoleto para una gran parte de la población, entre ellos los más jóvenes.

(13) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 19.

(14) Paine proponía un programa radicalmente diferente a la asistencia pública como de la Seguridad Social. «Crear un fondo nacional del cual a toda persona se le pagará, al llegar a la edad de 21 años, la cantidad de 15 libras esterlinas como una compensación en parte, por la pérdida de su herencia por la introducción del sistema de latifundios, y también la cantidad de 10 libras por año, de por vida, a toda persona de 50 años, y a todas las demás conforme alcancen esa edad.» PAINE, Thomas, «Agrarian Justice», en *Common Sense and Other Writings*, Barnes & Noble, Nueva York, [1975] 2005, págs. 321-345.

(15) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, págs. 99-133; REY PÉREZ, J.L., *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 251-254.

(16) BERTOMEU, María Julia, RAVENTÓS, Daniel, «El Derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía: una justificación republicana», en PISARELLO, Gerardo, DE CABO DE LA VEGA, Antonio (Ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Colección estructuras y procesos serie derecho, Editorial Trotta S.A, Madrid, 2006, pág. 22.

(17) Vid. «A future that works: Automation, Employment, and Productivity», en *Mckinsey Global Institute*, Mckinsey & Company, <http://www.mckinsey.com> (enero 2017).

(18) REY PÉREZ, J.L., *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 143 y ss.; MIRAVET, Pablo, «La filosofía normativa neo-empleocentrista: derechos, condiciones, representaciones», en RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, CAMPOY CERVERA, Ignacio, REY PÉREZ, José Luis (Ed.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: La renta básica y el futuro del Estado Social*, Editorial DYKINSON, S.L, Madrid, 2012, pág. 145.

Hoy, la economía principalmente terciaria de servicios —caracterizada por empleos temporales y sin remuneración de horas extras— no garantiza una seguridad básica, ni dignas contribuciones a la Seguridad Social (19). Como consecuencia, la inseguridad económica hoy es distinta estructuralmente de la del siglo xx. Actualmente, la precariedad crea una inseguridad crónica caracterizada por la incertidumbre, que según los economistas se trata de algo distinto al riesgo, que no puede ser cubierto por el sistema de Seguridad Social clásico de protección de contingencias (20).

Como colofón, en las últimas décadas se han intensificado diversas tendencias que potencian la precariedad: estas son principalmente el avance de la robótica y el envejecimiento de la población rompiendo el contrato generacional. Se pronostica que con ello los grandes retos del futuro, como la precariedad laboral y el déficit del sistema de protección social, aumentarán (21).

En este contexto se cree que una RB proporcionará una seguridad universal que no ofrecen los actuales programas de seguridad social creados por Sir William Beveridge y el canciller Otto von Bismarck. Sobre todo, las últimas fallan a la hora de cubrir el creciente número del precariado, que se caracteriza por no desarrollar unos registros de contributivos adecuados y tener ingresos inseguros. Posiblemente, una RB mejoraría la seguridad más eficazmente que los programas condicionales actuales. Hay que subrayar que estos hacen que el beneficiario caiga en la trampa de la pobreza, dado que para acceder a ellos se debe renunciar al empleo (22).

Finalmente, la reivindicación clásica de la renta básica es que puede reducir la pobreza porque es el instrumento que mejor garantiza la justicia social, la libertad, la igualdad y la seguridad económica. Aunque nunca pueda eliminar la pobreza del todo, se reducirá su amenaza, que no es baladí (23). En este contexto, es importante destacar que las prestaciones asistenciales tradicionales van dirigidas a los pobres, y no al ciudadano que está cerca de pertenecer al precariado. En otras palabras, la

---

(19) REY PÉREZ, J.L., *El derecho...*, op. cit., págs. 467-470.

(20) «La incertidumbre tiene que ver con *desconocer lo desconocido* y mina la resiliencia. Nadie puede estar seguro sobre sus propios intereses o que es lo mejor a hacer si se plantea un resultado adverso». STANDING, G., *La renta...*, op. cit., págs. 74-78; *vid.* RAVENTÓS, D., «La renta básica...», op. cit., pág. 100.

(21) LIZOAIN, David, «La seguridad económica para la época post-carbono», en <http://www.sinpermiso.info> (a fecha: 1.2.2015); ZUBERO, I., *El derecho a vivir con dignidad...op. cit.*, págs. 186-190.

(22) STANDING, G., *La renta...*, op. cit., pág. 78; SEGURA ALASTRUÉ, Mario, «Los robots en el derecho financiero y tributario», en *La Ley Actualidad*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2018, pág. 182.; REY PÉREZ, J.L., *El derecho...*, op. cit., págs. 369 y ss.

(23) RAVENTÓS, D., «La renta básica...», op. cit., págs. 102-103.

RB bien diseñada tiene el importante potencial de prevenir la precariedad y con ello la pobreza (24).

Este trabajo defiende la tesis de que una RB debe de estar bien diseñada y debe de ser compatible con el modelo de Estado Social actual. Puesto que existen diferentes concepciones(25) sobre la RB (neoliberales, republicanas, emancipadoras etc.) no sirve un debate sobre la RB en abstracto, dadas las nefastas consecuencias que pudiera ocasionar(26). El instrumento tiene la flexibilidad para adaptarse a la política de cada contexto y momento histórico.

No existe un modelo único de RB. Cada uno de los diversos modelos de RB responde a una ideología y perfil político y, por consiguiente, persiguen diferentes objetivos sociales y políticos. Es decir, en este estudio es necesario concretar y limitar tanto el monto como el territorio en el que se aplica la RB. Lo contrario carecería de sentido.

Por ejemplo al elaborar el argumento a favor o en contra del ingreso básico en el contexto de un país específico, es necesario tener en cuenta su actual PIB per cápita nacional (27). Para ello seguiremos el ejemplo de un país económicamente rico en Europa, que desde el punto de vista, financiero, y constitucional permita la implantación de una RB. Lo que significa, que el país permite hoy dicha prestación desde el punto de vista legal y económico. Por lo tanto, procede preguntar sí el actual sistema de protección social presenta tales enlaces o puntos de partida con la RB.

Hoy es sabido que existen rentas básicas para colectivos específicos de población. El caso más conocido es el de la renta universal para todos los pensionistas en Suecia (renta de garantías) (28), que garantiza un mínimo en la vejez independientemente de que hayan cotizado o no (29). Algo menos conocido, pero por ello no menos interesante, es el caso de la renta universal para menores en Alemania (*Kindergeld*). Esta prestación infantil no es más que un ingreso básico mensual que se concede incondicionalmente a todos los niños (30).

(24) RAVENTÓS, D., «La renta básica...», *op. cit.*, págs. 79 -82.

(25) BERTOMEU, M.J., RAVENTÓS, D., «El Derecho...», *op. cit.*, pág. 19 y ss.

(26) IKEBE, Shannon, «The wrong Kind of UBI. Without the right design, a UBI would do little to advance radical change», en <http://www.jacobinmag.com> (a fecha: 6.7.2018).

(27) VAN PARIJS, P., VANDERBORGH, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, pág. 27.

(28) LETZNER, Peggy, «Die Reform der Alterssicherung in Schweden», en *Deutsche Rentenversicherung*, año 59, cuaderno 8, 2003, págs. 501-515.

(29) STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, «Schritt für Schritt ins Paradies», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 81-94

(30) MERINO, Patricia, *Maternidad, Igualdad y Fraternidad*, Clave Intelectual, S.L., Madrid, pág. 448.



Aunque todavía no está definida oficialmente como una RB, en la práctica funciona como tal, y algunos definen sus fundamentos legales como RB(31). Por destinarse solo a un grupo de ciudadanos con unas características —y no universal— es una renta básica colectiva. Por lo tanto, por razones de peso mencionados y ante la imposibilidad de estudiar el establecimiento de la RB en todos los ordenamientos jurídicos europeos, este trabajo se concentrará en uno en especial: la República Federal de Alemania. El ejemplo de la prestación de *Kindergeld* en Alemania, puede servir como modelo a seguir por todos los ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, que siguen un sistema de reparto generacional de pensiones.

Además, el derecho constitucional alemán tiene características por las que procede estudiar la RB en el contexto de su ordenamiento jurídico. Es de destacar que la Ley Fundamental no obliga al ciudadano a trabajar(32). Al contrario que en la Carta Magna Española, donde si lo hace en su art. 35 CE, la Ley Fundamental(33) lo descarta en su artículo 12 GG(34). En base a una interpretación en sentido muy amplio, significa que la obligación de trabajar del art. 35 CE, podría impedir liberar al ciudadano del trabajo como persigue la versión emancipadora de izquierdas de la RB. Lo que nos llevaría a descartar la visión de este estudio y nos obligaría a limitarnos a la versión neoliberal de RB(35). El estudio de la implantación de la RB en el ordenamiento jurídico germano nos permite estudiar las dos visiones.

Una vez definido el ámbito de aplicación de la posible RB —ordenamiento jurídico alemán— podemos proceder al análisis de si existen fundamentos jurídicos constitucionales suficientes o no para introducir una RB universal o colectiva en el ordenamiento jurídico actual.

---

(31) HAUSER, Richard, BECKER, Irene, «Soziale Gerechtigkeit — ein magisches Viereck. Zieldimensionen, Politikanalysen und empirische Befunde», en *Hans-Blöcker-Stiftung*, Edition Sigma, Düsseldorf, 2009.

(32) HOLZNER, Thomas, «Bedingungsloses Grundeinkommen im Lichte des deutschen Staats- und Verfassungsrechts», en *Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pág. 190.

(33) Según el art. 2 GG (principio del libre desarrollo de la personalidad) en relación al art. 12.II GG no se puede obligar a trabajar a ninguna persona que pueda vivir de rentas de intereses o un premio de la lotería. Un deber de trabajar como preveía la Constitución de Weimar sería hoy incompatible con la Ley Fundamental.

(34) Art. 12.II GG: Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado salvo en el marco de un deber público de prestación que sea habitual, general e igual para todos.

(35) Tal y como se explicó anteriormente, la versión neoliberal es la ideología política que defiende la RB como un monto económico mínimo de subsistencia aliviando la precariedad, pero sin liberarnos del trabajo. Al mismo tiempo que propone el desmantelamiento del Estado Social. Es una versión que va en contra de la idea que persigue este trabajo, ya que independientemente del monto, se quiere conservar el Estado Social.

Para ello, es necesario concretar la cantidad y definir los destinatarios de esta renta.

Las siguientes páginas intentarán localizar y redefinir un modelo de RB que se integre en el modelo de estado social marcado por la Constitución. Es definitiva, se tratará de justificar jurídicamente la validez de un determinado modelo: la RB universal al menor, al mismo tiempo que se descarta la posibilidad de la implementar una renta básica universal para todos.

## II. Definición de la renta básica y sus alternativas

La renta básica es una herramienta de garantía de ingresos básicos, que ha recibido muchos nombres a lo largo del tiempo. Actualmente se utilizan las siguientes fórmulas para referirse al mismo concepto: ingreso de subsistencia, renta básica, renta básica universal, renta básica incondicional, ingreso garantizado, renta básica ciudadana y subsidio universal garantizado(36). En este trabajo nos decantamos por la denominación de renta básica, por su simplicidad.

### 1. Características y rasgos de la RB

Antes de adentrarnos en el estudio del modelo de RB compatible con el Estado social actual, conviene definir qué es la renta básica. A pesar de que existen muchas variantes posibles, una RB puede ser definida como una cantidad pecuniaria modesta pagada sin ningún tipo de condicionalidad a todos los individuos de una forma regular(37), sin consideración de su situación económica o familiar.

Algunos autores destacan que la RB es abonada con el propósito fundamental de incrementar la «libertad» del individuo(38). Así, la RB posibilitaría que las personas autónomas y responsables una vez liberadas de la obligación de trabajar se auto realicen(39), o consiguen más ingresos mediante la realización de un empleo libremente(40). Al mismo tiempo,

---

(36) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, op. cit., págs. 22-23; STANDING, G., *La renta...*, op. cit., pág. 26; RALLO, Juan Ramón, *Contra la renta básica. Por qué la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos empobrece a todos*, Ediciones Deusto Centro de libros PAPP S.L.U., Barcelona, 2015, págs. 415-424.

(37) STANDING, G., *La renta...*, op. cit., pág. 13.

(38) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, op. cit., pág. 17.

(39) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», op. cit., pág. 186; GÖTZ, Werner, «Hartz IV löst nur leid aus», en *Tageszeitung*, <http://www.taz.de> (a fecha: 27.11.2006).

(40) Los resultados variarían dependiendo del modelo del diseño de la RB. HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», op. cit., pág. 186

se consigue eliminar la estigmatización de los desempleados, aumentar los sueldos de los empleos mal pagados, reducir de la burocracia en la Administración, y aumentar la innovación en la sociedad(41).

Un rasgo que caracteriza a la RB es su *universalidad*. Lo que significa que una RB sería pagada a cada residente habitual de una región determinada o país(42). Es decir, los beneficiarios deberían de ser miembros de una comunidad en concreto, siguiendo el principio de territorialidad(43).

Sin duda, debería de tratarse de una renta *individual*. Sería así pagada a cada individuo, sin consideración de su estatus marital, familiar o doméstico. Al contrario de muchas otras prestaciones actuales, no se trataría de una renta por hogar. Si la renta básica se entregara por familia, uno de los miembros podría controlar y distribuirla a su libre albedrío, sometiendo al resto a su dominio(44). La RB rompería así con la presunción de reparto automático de la renta en el interior del hogar. Sería pagada igualmente a cada adulto, cualesquiera que fueren sus circunstancias. La mayoría de los partidarios de la renta defienden que se pague una cantidad menor a los niños, transfiriendo el ingreso básico infantil probablemente a la madre(45).

La asignación de la renta básica debería de ser *regular*, por ejemplo, con una periodicidad mensual. A diferencia de la mayoría de prestaciones públicas, la RB estaría garantizada y se conocería con antelación. Esta predictibilidad es un elemento fundamental de la seguridad y subsistencia(46).

El ingreso de la renta sería en *efectivo*. Debemos de confiar en que los ciudadanos saben administrar su economía doméstica. Está demostrado que una distribución económica eficiente, requiere mucha menos burocracia que una distribución de alimentos, ropa y vivienda. Un claro ejemplo de ingreso básico suministrado en especie es el que se usa en las cárceles(47), modelo que no es deseable seguir.

Todos sus partidarios están de acuerdo en que la prestación se debería pagar *sin ningún tipo de condicionalidad*. Por lo tanto, al ser la RB incondicional se pagaría a todos los individuos por el mero hecho de pertenecer a un territorio especificado con anterioridad. Se conoce ya el

---

(41) GÖTZ, W., «Hartz IV...», *op. cit.*, pág. 80 y ss.

(42) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, págs. 32-38

(43) *Ibid.*, pág. 23.

(44) RALLO, J.R., *Contra...*, *op. cit.*, págs. 22-23.

(45) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 15; VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, pág. 29.

(46) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 16.

(47) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, págs. 27-29.

volumen de trabajo y costos que genera comprobar el cumplimiento o no de los condicionamientos establecidos por la administración. En primer lugar, es necesario que no se haga una comprobación de recursos y rentas. En segundo lugar, la RB se pagaría sin restricciones o controles de cómo y cuándo se gaste la prestación. En tercer y último lugar, no habría condiciones de comportamiento o de aceptación de determinados empleos(48). Para expresarlo de forma simple, y diferenciarla de otras prestaciones asistenciales, para percibir la RB no es necesario demostrar un estado de necesidad, ni haber cotizado en un seguro estatal, ni tampoco estar desempleado involuntariamente. Esta característica es la que permite diferenciar la RB de otros programas estatales como las *rentas mínimas de inserción*(49), que se explicarán a continuación.

## 2. La ventaja de la incondicionalidad de la RB frente a la clásica renta mínima de inserción

Para la correcta comprensión del tema de este trabajo, además de definir las características de la RB hay que diferenciarla de otras prestaciones. Para ello es necesario esbozar el ordenamiento del derecho social alemán actual. El Estado social significa básicamente la existencia de una distribución económica solidaria obligatoria de recursos económicos entre ciudadanos de alto y bajo rendimiento. Representa la función fiscal más relevante del Estado alemán, dado que abarca el 50% del presupuesto(50). Una explicación más detallada de las normas, necesita básicamente una diferenciación basada en derecho comunitario: por un lado, existe un sistema de Seguridad Social financiado por contribuciones y, por otro, un sistema de ventajas sociales financiado por impuestos(51).

El sistema de seguros sociales (*Soziale Sicherung*) está compuesto por los siguientes seguros de contingencias profesionales: vejez, sanidad, dependencia, desempleo y accidentes. Se denominan seguros dado que el acceso a ellos es mediante el adelanto de cotizaciones. Demostrar un estado de necesidad no es una condición a su otorgamiento. Como la RB

(48) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, op. cit., págs. 38-41; STANDING, G., *La renta...*, op. cit., págs. 15-16.

(49) RALLO, J.R., *Contra...*, op. cit., pág. 23.

(50) MERK, Kurt-Peter, *Europäisches und internationales Recht für soziale Berufe*, Wochenschau Verlag, 2004, pág. 200.

(51) MERK, Kurt-Peter, «Ein bedingungsloses Grundeinkommen in Deutschland für Kinder und Jugendliche in sozialrechtlicher und familienpolitischer Sicht», en OSTERKAMP, Rigmar (Ed.), *Auf dem Prüfstand: Ein bedingungsloses Grundeinkommen für Deutschland? Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pág. 77 y ss.; OPPERMANN, Thomas, CLASSEN, Claus Dieter, NETTESHEIM, Martin, *Europarecht*, C.H. Beck Verlag, 4. edición, Munich, 2009, págs. 533 y ss.

no se enfoca principalmente en los intereses de los trabajadores, sino que atiende más a la emancipación de los desfavorecidos, examinaremos las prestaciones que exigen tener necesidad. Estos son los beneficios sociales que se conocen como «prestaciones sociales en sentido estricto» (52), que son financiados por impuestos: asistencia social (*Sozialhilfe*) en el doceavo libro de la Ley de la Seguridad Social (SGB XII) y el subsidio de desempleo (*Arbeitslosengeld II*) del segundo libro de la Ley de la Seguridad Social (SGB II). A estos se les añaden las siguientes ayudas a los jóvenes del libro octavo de la Ley de la Seguridad Social (SGB I) y todos las demás beneficios recogidos en el § 68 del primer libro de la Ley de la Seguridad Social (SGB I): becas al estudio (*Bärfog*), vivienda, pensión alimenticia, subvención a las personas que se hacen cargo del cuidado de los niños en el hogar, prestación para niños (*Kindergeld*), excedencias parentales pagadas y etc. (53).

El volumen total de las prestaciones sociales en sentido estricto —financiadas por impuestos— asciende anualmente a unos 147.000 millones de euros. Por ejemplo, durante el año 2012 tenemos las siguientes cifras en millones: subsidio de desempleo (SGB II) 46.400, ayuda social (SGB XII) 25.000, vivienda 2000; excedencia parental pagada 4.700, niños y jóvenes (SGB VIII) 25.000; becas estudio (*Bärfog*) 2.200, subsidio cuidado hijos en casa 1.100, y finalmente la prestación para niños (*Kindergeld*) 41.000 millones. En definitiva, el gasto de las prestaciones en sentido estricto son solo un 19% de todas las prestaciones sociales totales que son de unos 760.500 millones de euros (54).

Actualmente, existen otras modalidades alternativas de transferencia de renta por parte del Estado cuyas características en parte se solapan con la RB, y que, debido a ello, suelen confundirse con la misma. Por ello conviene clarificar en qué se parece y en qué se diferencia la renta básica de otros programas estatales (55). Sobre todo, la renta mínima y la renta básica representan dos fórmulas distintas pero que en ocasiones se con-

---

(52) El sistema de los seguros sociales se llama «sistema del Estado del bienestar». MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 200.

(53) EICHENHOFER, Eberhard, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Erich Schmidt Verlag, 4 edición, Berlin, 2010, págs. 188 y ss.; MERINO, P., *Maternidad...*, *op. cit.*, pág. 448.

(54) Oficina Federal de Estadísticas de Alemania (*Statistisches Bundesamt*), *Statistisches Jahrbuch Bundesanzeiger Berlin 2012*; MERK, K-P., «Ein bedingungsloses ...», *op. cit.*, pág. 201.

(55) En este contexto cabe mencionar: el seguro y subsidio de desempleo, las pensiones contributivas y no contributivas, el trabajo garantizado, comida subvencionada y cupones, créditos fiscales, la renta participativa, los impuestos negativos sobre la renta, y por último las rentas mínimas de inserción. En este estudio —por la similitud del término y brevedad del artículo— procede estudiar únicamente las últimas. Para conocer más sobre las semejanzas y diferencias entre la renta básica y otros programas estatales, *vid.* RALLO, J.R., *Contra...*, *op. cit.*, págs. 415-424; STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, págs. 151-173.

funden. En primer lugar, es necesario abordar el tema de las rentas mínimas condicionadas.

Las *rentas mínimas* son prestaciones que están dirigidas a personas que han perdido el derecho al cobro de cualquier tipo de percepción y constituyen una red de protección de última instancia cuyo objeto es garantizar la subsistencia. Son programas condicionados con los que el Estado garantiza a los pobres algunos ingresos si estos son capaces de demostrar su estado de necesidad.

Esta herramienta amplía el viejo modelo de asistencia pública surgido en el siglo XVI y que hoy se expresa en los programas de ingreso mínimo garantizado sujetos a ciertas condiciones. El programa ayuda a completar los ingresos que los hogares pobres obtienen directa o indirectamente del trabajo, cuando lo hay, hasta que alcanzan determinado límite socialmente fijado. Los beneficiarios tienen derecho a una prestación monetaria constante siempre y cuando permanezcan en la pobreza en contra de su voluntad.

Esta prestación se «abona a aquellos individuos que no alcancen un umbral mínimo de renta para así garantizar su subsistencia, hallándose condicionada al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio de inserción(56) que debe suscribir el receptor para percibir la renta (obligaciones que incluyen el integrarse en la sociedad, buscar empleo, agotar sus bienes y ahorros o recibir formación de reciclaje).

Este programa de asistencia social se diferencia de la RB tanto por su condicionalidad a nivel de ingresos como por la obligación de trabajar o haber trabajado(57). En Europa las cuantías difieren sustancialmente entre unos países y otros, debido a las diferencias respecto al coste de la vida y poder adquisitivo(58).

Aunque esta herramienta ayuda a garantizar la subsistencia de sus perceptores, también presenta unas desventajas que la ponen en cuestión: los estigmatiza, humilla, condiciona al beneficiario a una espiral de la pobreza de la que es difícil salir(59). En definitiva, aunque ayuda a pa-

(56) «La renta mínima se halla en el extremo opuesto a la renta básica y en cierta medida constituye su antítesis: no tiene un carácter universal (sino limitado a quienes se hallen al filo de la subsistencia), no tiene un carácter incondicional (sino que se está sujeta a la búsqueda de empleo o al cumplimiento de otras obligaciones conducentes a la reinserción social), no tiene un carácter prioritario sino subsidiario (subsidiario a otras ayudas públicas o privadas que puedan recibirse) y su importe no se añade sino que complementa a otros ingresos que pueda obtener el receptor (es decir, si se establece que una persona necesita poseer 500 euros mensuales para sobrevivir, la renta mínima de inserción no paga 500 euros mensuales a cada persona en situación de necesidad, sino la diferencia entre los otros ingresos que perciba y los 500 euros mensuales)». RALLO, J.R., *Contra...*, op. cit., pág. 416.

(57) *Ibid.*, pág. 423.

(58) El sistema de rentas mínimas en España es complejo y fragmentado, debido a que su gestión es competencia de las Comunidades Autónomas.

(59) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, op. cit., pág. 27.

liar la difícil situación de pobreza en la que se encuentra la persona, esta renta no ayuda a salir de esa situación, sino que la perpetua: es conocida como la «trampa de pobreza». Es decir, en la práctica desincentiva al empleo. En otras palabras, además de desanimar al beneficiario a la búsqueda activa de trabajo (justo lo contrario de lo que se pretendía con la ayuda asistencial), es un medio ineficaz para terminar con la desigualdad y la pobreza (60).

Además, dejan fuera de su cobertura a: menores (perpetuando la pobreza infantil), parados de larga duración (61) y amas de casa. Incluso muchas familias no solicitan la prestación para no ser estigmatizados, evitar que el Estado controle su vida y limite aún más su escasa libertad mediante programas de activación.

Un reciente estudio (62) ha mostrado que actualmente hay más niños pobres en Alemania (4,4 millones) de los que se había estimado. Según las cifras oficiales del gobierno, hay tres millones de niños que viven en pobreza. Sin embargo, esta cifra solo cuenta a las familias receptoras de ayudas sociales. En cambio, según el estudio existen 1,4 millones de menores pobres que viven en familias que no han solicitado ayudas sociales, porque sus padres no desean seguir la burocracia, pautas y estigmatización que esto conllevaría. No es una decisión banal, ya que para demostrar un estado de necesidad primero hay que agotar los ahorros y vender los bienes de toda una vida.

Por lo tanto, la experiencia nos enseña que la renta mínima será un instrumento ineficaz e insuficiente para garantizar la asistencia de la enorme bolsa de parados que soportará la sociedad en un futuro cercano. Hoy sabemos que los dos tipos de rentas son importantes para paliar la pobreza, pero una renta incondicional va más allá que el ingreso mínimo condicional. El propósito de la RB no es aliviar la pobreza sino liberarnos de ella (63).

### 3. El ambiguo significado del término «básico» y sus diferentes concepciones

El objetivo del término *básico* es proporcionar una seguridad básica, y no una seguridad total que no sería viable ni deseable. Existen diferentes

---

(60) SEGBERS, Franz, «Grundeinkommen-Voraussetzung für Selbstverwirklichung und Teilhabe?», en pág. 6, <https://www.franz-segbers.de> (a fecha: 1.3.2018).

(61) *Ibid.*, pág.1.

(62) Estudio de la Federación Alemana para la protección de los niños (*Deutsche Kinderschutzbund Bundesverband e.V.*), <https://www.tagesschau.de> (a fecha: 22.8.2018).

(63) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso básico...*, op. cit., págs. 20-21.

opiniones de en qué podría consistir una RB. Según la teoría de la «buena sociedad» esta renta debería garantizar el tener suficiente para comer y tener un lugar donde vivir, acceso a la asistencia sanitaria y oportunidades de formación. Otros argumentan de forma abstracta e imprecisa que debería bastar para asegurar la «participación en la sociedad» (64), lo que prepara y posiciona al individuo en la sociedad como ciudadano de igual estatus (65).

Encontramos también varias posiciones, a veces incluso contrapuestas respecto a lo elevada que debería de ser la renta. En definitiva, la RB se ha convertido en parte del panorama político, social y económico en los últimos años, con partidarios tanto entre los socialdemócratas como entre los liberales, que lo ven como una solución a los problemas y desequilibrios generados por la crisis y la globalización (66).

Sin embargo, hay que subrayar que hoy la RB en sí, no es una medida de izquierdas ni liberal. No tiene un origen socialista, como uno esperaría, sino liberal. Su comienzos se remontan a la idea de un impuesto negativo propuesto en Estados Unidos, que incluso se llegó a discutir en el seno del gobierno del Presidente liberal Valery Giscard d'Estaing (67).

Tal y como se aclaró con anterioridad, la RB tiene flexibilidad para adaptarse a la política de cada contexto y momento histórico. No existe un modelo único de RB y cada modelo responde a una ideología y perfil político que persigue diferentes objetivos. Las propuestas se diferencian mucho respecto a la cantidad económica de la prestación, su financiación, reformas en los sistemas sociales y fiscales junto con su relación respecto al empleo (68). La introducción de una RB podría conllevar unos cambios impositivos que podrían plantear dudas constitucionales, que no se profundizaran en este trabajo (69). Por lo que defender la RB en abstracto además de carecer de sentido, es peligroso por sus consecuencias.

---

(64) En línea con el constitucionalismo actual del art. 9.2. CE y el art. 3.2. de la Constitución Italiana. Vid. RESCIGNO, Giuseppe Ugo, «Il progetto consegnato nel comma secondo dell'art. 3 della Costituzione italiana», en *Revista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> (a fecha: 11.7.2008); CARAVITA, Beniamino, «Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della costituzione», en *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1984, págs. 175-195; PRIETO SANCHÍS, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del centro de estudios constitucionales*, N.º 22, 1995, págs. 9-57.

(65) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, págs. 13-14.

(66) En este contexto se podrían mencionar también a los ecologistas, las feministas etc.

(67) SCHÖNHERR-MANN, H.-M., «Zur Genealogie...», *op. cit.*, pág. 23.

(68) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 185; SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.*, pág. 2.

(69) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 195.



En principio se pueden diferenciar dos grandes tendencias: los neoliberales y la corriente emancipadora socialdemócrata.

La *versión neoliberal de derechos* defiende que la RB tenga un nivel alto sostenible, y que se trate de una cantidad por encima del umbral de la pobreza. Además, suele argumentar que la RB podría reemplazar todos los servicios y prestaciones sociales estatales (70). Es decir, los partidarios del libre mercado, abogan por la idea de una RB generosa, pero bajo la condición de que los servicios públicos se privatizen, lo que significaría un retroceso en las conquistas sociales de generaciones anteriores y el desmantelamiento del Estado de bienestar (71). La RB no se introduciría por razones de justicia social, sino para ahorrar costes en las contribuciones sociales y librar a la economía de mercados social de la presión del pleno empleo (72). Esta herramienta, más que potenciar revoluciones, las frena (73).

Por otro lado, la *corriente emancipadora de izquierdas*, defiende una distribución de rentas de arriba abajo (cargando más impuestos a los que más tienen) que garantice un nivel mínimo de existencia y participación en la sociedad, como una extensión de la red de la Seguridad Social (74). Queda claro, que al margen de su monto, la RB no debería servir como argumento para desmantelar los logros del Estado social (75). En otras palabras, el Estado debería seguir garantizando el Estado de bienestar (76). Por lo tanto, la segunda variante de modelo de RB sería más acorde con la percepción de este trabajo admitiendo sin embargo su carácter utópico y a riesgo de romper demasiado con el sistema de Seguridad Social actual, llegando a un resultado más dañino que útil (77). Hay que recordar que hasta ahora el sistema ha funcionado bajo el principio de justicia de compensación a cambio de algo. La nueva versión debería tratar de no distanciarse demasiado de

---

(70) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 14; SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robos...», *op. cit.*, pág. 180.

(71) Vid. STRAUBHAAR, Thomas, *Radikal Gerech, wie das Bedingungslose Grundeinkommen den Sozialstaat revolutioniert*, Körber-Stiftung, Hamburgo, 2017; REY PEREZ, J.L., *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 274 y ss.

(72) SCHÖNHERR-MANN, H.-M., «Zur Genealogie...», *op.cit.*, pág. 30; SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.* pág. 2.

(73) SCHÖNHERR-MANN, H.-M., «Zur Genealogie...», *op.cit.*, pág. 31.

(74) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robos...», *op. cit.*, pág. 180; CASASSAS, D., DE WISPELAERE, J., «Renta básica y emancipación...», *op. cit.*, págs. 111 y ss.

(75) Vid. STRAUBHAAR, T., *Radikal Gerech...*, *op. cit.*

(76) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 14.

(77) SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.*, pág. 4; LÓPEZ, CASANOVAS, Guillem, «Cuidado con la renta básica», en <http://www.elpais.com> (a fecha: 2.9.2018).

este principio, de lo contrario perdería aceptación por parte de la ciudadanía (78).

Aunque normalmente la RB se basa en la idea de una reforma social, la percepción de este estudio es que la RB se debe de implementar desarrollando el sistema de Seguridad Social actual, no mediante su desmantelamiento (79).

La pregunta clave es si el actual sistema de protección social presenta enlaces o puntos de partida con la RB. En todo caso, se debe tener en cuenta que una renta básica mal diseñada o implementada podría dejar a la ciudadanía en peor situación que bajo los programas de protección social actualmente existentes (80). Este trabajo entiende que los objetivos emancipadores de una RB serán realistas si mejoran, fortalecen y legitiman el actual Estado Social. Es más, su implementación debe ir dirigida por una política de pequeños avances que, al final, posibiliten una reforma parcial del sistema de Seguridad Social (81).

Existen en la actualidad ejemplos con estas características. En contraste con la RB universal para todos —que todavía es una utopía (82)—, hay ya grupos específicos de población en concreto (menores en Alemania y renta para pensionistas en Suecia (83)) a los que se les está otorgando una RB (84). Cada una de estas rentas responde a diferentes problemas y retos sociales.

---

(78) Propone que en tiempos de precariedad laboral el trabajo es más que un empleo. Por lo que propone que se amplie la definición del término de trabajo en la Seguridad Social para así posibilitar a más población disfrutar la cobertura y protección en la Seguridad Social. SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.* pág.8.

(79) *Ibid.*, pág. 4.

(80) STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 65; LÓPEZ, CASANOVAS, Guillem, «Cuidado...», *op. cit.*

(81) SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.* pág. 5; para conocer más sobre la introducción de una RB por partes *vid.* HERMANN, Ulrike, «Das Grundeinkommen im Jahr 2025», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 71-74; STRENGMANN-KUHN, W., «Schritt für...», *op. cit.*, Berlin, 2012, págs. 81-94; SEGBERS, Franz, «Übergänge in ein Bedingungsloses Grundeinkommen», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 95-107.

(82) *Vid.* BAUER, Max, *Ubi Utopia? Verfassungsrecht und Grundeinkommen*, Lit Verlag, Münster, 2016.

(83) STRENGMANN-KUHN, W., «Schritt für...», *op. cit.*, págs. 81-94

(84) LETZNER, P., «Die Reform ...», *op. cit.*, págs. 501-515.

### III. Examen de dudosa constitucionalidad de la renta básica universal en la era de la robótica

#### 1. Crítica a dos teorías sobre la cuarta revolución industrial: del fin del trabajo y necesidad RB universal

El hecho que hayamos vivido una crisis, no es razón suficiente para justificar ahora con la RB un cambio en el modelo de protección social. Sin duda, siempre hemos vivido en crisis en menor o mayor medida. ¿Por qué entonces la RB es hoy más popular y urgente que nunca?

Como es sabido actualmente nos encontramos en la tercera revolución industrial (85) y ya a las puertas de la cuarta, conocida como la de tecnología digital (86). Este concepto no es todavía una realidad (87), pero sin duda marcará importantes cambios sociales en los próximos años (88). A raíz de los cambios en el mercado de trabajo en esta fase, existe una preocupación por la cantidad de trabajadores que quedarán sin empleo (89). Según los pronósticos, el desempleo de larga duración será tan elevado —posiblemente mitad de los empleos en Europa— (90) que hará necesario la implantación de una RB para garantizar la paz social y una mínima capacidad de consumo de la población. Ante ello, es necesario proponer soluciones para paliar la carencia de ingresos producidos por la escasez de trabajo. La expectativa lleva a muchos a

---

(85) La tercera Revolución Industrial también conocida como la revolución científico-tecnológica o revolución de la inteligencia, trata de la conjunción de la tecnología de comunicación de Internet y las energías renovables en el siglo XXI. *Vid.* RIFKIN, Jeremy, *La tercera revolución industrial, cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Editorial Pairós, Barcelona, 2011.

(86) BRYNJOLFSSON, Erik, MCAFEE, Andrew, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton, Nueva York, 2014.

(87) Durante la Primera Revolución Industrial «se vivió el mayor conjunto de transformaciones económicas, tecnológicas y sociales de la historia de la humanidad desde el Neolítico, que vio el paso desde una economía rural basada fundamentalmente en la agricultura y el comercio a una economía de carácter urbano, industrializada y mecanizada». La Segunda Revolución Industrial son el conjunto de transformaciones socio-económicas producidas entre 1890 hasta 1938. CHAVES PALACIOS, Julián, «Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial», en la *Revista de Historia*, vol. 17, págs. 93-109.

(88) Para conocer más sobre los cambios que se avecinan para el 2050, *vid.* NOAH HARARI, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2008.

(89) «Según las proyecciones procedentes del informe *The future of Jobs*, publicado en 2016 por el Foro Económico Mundial, entre 2015 y 2020 se van a destruir unos siete millones de empleos en el mundo, la gran mayoría en los trabajos de oficina, rutinarios, de tipo administrativo. En paralelo, apenas se crearán dos nuevos millones de empleos en el área STEM (por sus siglas en inglés Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas), con lo que en el balance neto del avance de la Revolución Digital en este lustro será la pérdida de unos cuatro millones de empleos.» SEGURA ALAS-TRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 177.

(90) SEGBERS, F., «Grundeinkommen ...», *op. cit.*, pág.1.

la convicción de que a la creciente población desempleada se le debe ofrecer algún medio de sustento(91). La RB parece ser la opción más popular(92).

En concreto, la preocupación se centra en el estereotipo de trabajador a pleno empleo hasta su jubilación. Es aceptado que este tipo de trabajador va a ser cada vez más escaso(93). Como sabemos, con ello no solo se pone en riesgo la subsistencia del ciudadano, sino el mismo sistema de pensiones que se financia por medio de sus contribuciones. Por lo tanto, nos encontramos ante un problema complejo que abarca tanto el empleo como la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

En este contexto hay que recordar que desde la revolución industrial el temor de que muchos empleos fueran sustituidos por máquinas ha sido constante. Es decir, el miedo a la desaparición del empleo por los avances de la tecnología es un tema recurrente y políticamente rentable en épocas de fuerte desempleo.

Este temor se ha plasmado también en corrientes filosóficas como el ludismo que dio lugar a violentas acciones de destrucción de máquinas, se caracterizó por la oposición a la introducción de maquinaria moderna en el proceso productivo en el siglo XIX y llamaba que las máquinas dejarían a los obreros sin empleo(94). Incluso a principios del siglo pasado, importantes economistas(95) plantearon soluciones para la sostenibilidad del empleo ante la automatización. Más adelante, en la era de internet y la globalización —en las décadas de los 80 y 90(96)— aparecen los mismos temores pronosticando el fin del trabajo(97). Y sin embargo, la historia demuestra que no ha sido así(98).

Considerando los efectos de las anteriores revoluciones con seguridad a corto plazo solo se aprecia la desaparición de empleos poco cualificados. Sin embargo, a largo plazo no ha perjudicado al empleo, sino más

(91) VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y., *Ingreso...*, *op. cit.*, pág. 20.

(92) NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág. 58.

(93) ANSELL, Maddalaine, «Jobs for life are a thing of the past. Bring on lifelong learning», en *The Guardian*, <http://www.theguardian.com> (a fecha: 31.5.2016); MIRAVET, P., «La filosofía normativa...», *op. cit.*, pág. 145.

(94) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, págs. 170-173.

(95) MEDINA MILTIMORE, Stuart, *El leviatán desencadenado*, Editorial LB, Madrid, 2016; KEYNES, John Maynard, *Economic possibilities for our grandchildren*, Macmillan, London, 1930.

(96) RIFKIN, Jeremy, «El fin del trabajo», en *El Robot persigue tu empleo*, *New York Times*, G. P. Putnam's Sons, Nueva York, 1995, 1980.

(97) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, págs. 170-171.

(98) NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág. 38; SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 170; SEUBERT, Harald, «Das bedingungslose Grundeinkommen in rechtsphilosophischer und theologischer Perspektive», en *Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pág. 176.

bien se ha conseguido que los trabajadores disfruten de más tiempo libre, salarios más elevados, tareas menos tediosas y peligrosas. Además se ha beneficiado de la caída general en el nivel de precios(99), con lo que ha aumentado el poder adquisitivo. En definitiva, el nivel de vida del trabajador ha aumentado de manera espectacular(100).

Curiosamente los datos demuestran que los países más robotizados —como Alemania— tienen tasas de desempleo más bajas (5%), que los menos robotizados como España (2017 era de 16,55%)(101). Además, teniendo en cuenta que Alemania se ha recuperado antes de la crisis, podemos llegar a la conclusión de que el desempleo se debe a otras causas y no a la tecnología(102).

En definitiva, es fácil que desde sectores ideológicos populistas —de izquierdas y de derechas— se justifique el aumento del desempleo con la tecnología, postulando una RB para que los excluidos no protesten(103). La pérdida de trabajo debido a la robótica podría ser la excusa perfecta para la implementación de una RB(104).

No cabe duda de que es muy difícil poder hacer un buen pronóstico sobre el futuro de los sistemas de producción y del mercado de trabajo(105). Pero sería imprudente precipitarnos a modificar o eliminar el sistema de protección social mediante la RB basados en meras especulaciones(106). Por lo tanto, considerando todo lo anterior, se puede afirmar que el temor a la desaparición de industrias enteras a corto(107) y medio plazo por la robótica es infundado. Por lo que no es un argumento justificativo que legitime una RB.

---

(99) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 171.

(100) WOIROL R., Gregory, *The technological unemployment and structural unemployment debates*, Westport, Greenwood Press, 1996, págs. 18-20; BIX, Amy Sue, *Inventing ourselves out of Jobs? America's debate over technological unemployment 1929-1981*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2001, págs. 1-8; MOKYR, Joe, *The gifts of Athena: Historical origins of the knowledge economy*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2002, págs. 255-257; ARNTZ, Melanie, GREGORY, Terry, ZIERAHN, Ulrich, «The risk of automation for Jobs in OECD countries», en *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* 89, 2016; PIVA, Mariacristina, VIVARELLI, Marx, «Technological change and employment: were Ricardo and Marx right?», en *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper N° 10471, 2017.

(101) *Vid.* IFR para la densidad robótica; *vid.* Eurostat para datos desempleo en países europeos.

(102) «En el caso español en concreto fue la insuficiente demanda agregada motivada por el fin de la burbuja inmobiliaria que habrían financiado los bancos». SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 172.

(103) *Ibid.*

(104) *Ibid.*, pág. 183.

(105) Más sobre pronósticos del futuro *vid.* NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág. 44.

(106) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 186; sobre especulaciones *vid.* NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág. 53.

(107) NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág. 44.

## 2. La inconstitucionalidad de la implantación de una RB universal

A pesar de la gran popularidad que la RB ha adquirido en los últimos años en amplios grupos de la sociedad, todavía sufre constantes objeciones. Es conocido que toda gran idea sobre políticas sociales es atacada inicialmente con tres argumentos: no funcionará, tendrá consecuencias imprevistas no deseadas y pondrá en peligro otros objetivos (riesgo)(108). En el caso de una RB en concreto se añaden las siguientes(109): su financiación no sería viable, es utópica, fomentará el parasitismo(110) (los beneficiarios abandonarían su trabajo), son mejores los subsidios condicionados dirigidos a personas en estado de necesidad, llevaría a dismantelar el estado de bienestar, rompería con la política del pleno empleo, reduciría el trabajo, bajaría los salarios, sería inflacionaria e incentivaría a la inmigración.

Es importante estudiar algunos de estos argumentos en relación a su legalidad. En el caso de la implementación de una RB universal, desde un punto de vista de *legalidad formal*, la principal cuestión a aclarar sería si el gobierno federal tiene la competencia exclusiva para introducir una RB en base al art. 74 I 12 GG(111). Existen dudas sobre si la RB es competencia del gobierno federal en el área de desempleo y bienestar social. Esta sería una de las primeras cuestiones legales a aclarar en relación a la RB que no procede profundizar (112), dado que este trabajo se centra sobre todo en conceptos relacionados con la *legalidad material*.

La disponibilidad de prestaciones sin prueba de necesidad ni condicionamientos no se deriva de la Constitución(113). Por lo tanto, el legislador no viola su libertad de configuración legal al condicionar la protección social a la falta de otros medios para garantizar la subsistencia(114). Igualmente son lícitos los diferentes requisitos del proceso de solicitud de las

(108) HIRSCHMANN, Albert O., *Denken gegen die Zukunft. Die Rhetorik der Reaktion*, Carl Hansa Verlag GmbH, Munich, 1992.

(109) BERTOMEU, M.J., RAVENTÓS, D., «El Derecho...», *op. cit.* págs. 22-27; STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, págs. 93-105.

(110) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 190.

(111) Art. 74 I 12 GG Rama de la Seguridad Social incluyendo el seguro de desempleo: el Derecho laboral con inclusión del régimen orgánico de las empresas, la protección laboral y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro de desempleo.

(112) Para conocer más sobre las condiciones de su legalidad formal, *vid.* Deutsche Bundestag BT-262/16, *Rechtliche Voraussetzungen für die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens in Deutschland*, págs. 3-5.

(113) BVerfG, NJW 2010, págs. 2866-2867.

(114) BVerfG, NJW 2010, págs. 2866-2867; NJW 2010, págs. 505 y 507 (núm. marg. 134).

ayudas. Por lo tanto, estos no violan el derecho a la dignidad humana, incluso ni en los casos en que se desmotive al interesado a presentar la solicitud. En este sentido, la constitución no reivindica ni requiere un otorgamiento incondicional de la RB (115).

Nadie pone en cuestión que el monto económico de la prestación debe asegurar el mínimo vital de subsistencia a la persona. Ahora bien, ¿qué se entiende por un mínimo vital? Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) la cantidad debe de orientarse al principio de la dignidad humana (art. 1 GG) y el Estado Social (art. 18 y 20 GG) (116). Como consecuencia, el Estado debe de proveer las condiciones mínimas necesarias para garantizar una existencia digna a todos los miembros de la sociedad (117). Con ello se debe evitar que la persona viva bajo condiciones económicas insuficientes. En este contexto asegura lo suficiente para una existencia material mínima (118), por la cual se proporcionará únicamente lo necesario físicamente (119); alimentos, ropa, menaje, alojamiento, calefacción y asistencia médica (120).

Sin embargo, como la Constitución no concreta el nivel obligatorio de la prestación, el Tribunal Constitucional alemán prescribe seguir la referencia orientativa de la ayuda social asistencial (*Sozialhilfe*), lo que equivale a una renta mínima de inserción. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico sigue la referencia de la ayuda social asistencial que (121) fija (122) el legislador siguiendo el principio de la dignidad humana (123). En este sentido, este debe tener en cuenta el consenso so-

(115) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 188.

(116) *Ibid.*, pág. 186.

(117) BVerfGE, 121 (133); 44, 353 (375); 48, 346 (361); 82, 60 (80, 85); 84, 133 ss.; 89, 346 (353); 125, 175 (222); 132, 134 (159 núm. marg 62 ss.); HERDEGEN, Matthias, «art. 1 núm. marg 121», en MAUNZ, Theodor, DÜRIG, Günter, *Grundgesetz*, Munich, 2010; SARTORIOUS, Ulrich, *Das Existenzminimum im Recht*, Baden-Baden, 2000.

(118) Es decir, mientras que del principio del Estado Social deriva una obligación objetiva del Estado, el derecho fundamental de la dignidad humana crea un derecho subjetivo por el que se debe de garantizar una existencia digna. BVerwGE, 1, 159 (161 y ss.); 48, 237 (238 y ss.); 62, 261 (265 y ss.). WALLERATH, Maximilian, «Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums», en *Juristenzeitung*, vol. 63, Mohr Siebeck Verlag GmbH & Co. KG, Tübingen, 2008, págs. 157-168.

(119) BVerfGE 125, 175 (223); BVerwGE 35, 178 (180);

(120) BVerfGE 120, 125 (155 y ss.); 132, 134 (159 núm. marg. 64); BVerwGE 14, 294 (296 y ss.); 87, 212 (214).

(121) BVerfGE 99, 246 (259).

(122) MARTÍNEZ SORIA, José, «Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums», en *Juristenzeitung*, N.º 13, Mohr Siebeck Verlag GmbH & Co. KG, Tübingen, 2005, págs. 644 y ss.

(123) BVerfGE 22, 180 (204); 125, 175 (224 y ss.); BSGE 97, 265 núm. marg 51; 100, 221 núm. marg 31.

cial del momento que prevé un mínimo vital que permita la participación socio-cultural (124).

Por lo tanto la RB, que se sigue la referencia de la ayuda social (*Sozialhilfe*), se regirá según el principio del estado de necesidad (125), que se cubre mediante el importe mínimo de la ayuda social (126). El resto de necesidades especiales adicionales se investigaría y cubriría en cada caso individual siguiendo el principio de la individualización (127). Sin embargo, como en la RB no es condición ni se hace una prueba de necesidad individual, en ocasiones el monto se quedará por debajo de lo exigido constitucionalmente (128). En definitiva, se puede afirmar que el monto básico de la RB no garantizaría el mínimo vital que prevé la constitución, dado que al ser una prestación universal e incondicional se inaplica el *principio de individualización*.

Una RB que garantizara un mínimo vital real podría tener dos efectos: Por un lado, la posibilidad de escoger un empleo en libertad sin ningún tipo de presión económica (129). En este caso, se cumpliría con la imagen del individuo de la constitución (*Menschenbild*) (130).

Por otro lado, sin una obligación o presión a trabajar, se correría el peligro de que el individuo se retirase por completo del mercado laboral (131). Esto ocurriría, sobre todo, en los casos en que el monto de la RB superara los ingresos por el trabajo. Como consecuencia, el Estado sería responsable de desmotivar el trabajo y crear dependencia a prestaciones asistenciales (132). Con lo que el individuo pasaría de tener dependencia de un empleo a ser dependiente de prestaciones sociales asistenciales.

La dignidad de la persona (133) (art. 1.1 GG) no prevé la obligación a trabajar, más bien prevé un derecho inviolable que garantice un mínimo

(124) BVerfGE 125, 175 (223); 132, 134 (159 núm. marg 64, 66 y ss.); BVerwGE 14, 294 (296 y ss.); 25, 307 (317 y ss.); 107, 234 (234 (236)); HERDEGEN, Matthias, «art. 1 núm. marg, 114», en MAUNZ, T., DÜRIG, G, *op. cit.*; STARCK, Christian, «art. 1 I núm. marg. 24», en MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich, STARCK, Christian, *Grundgesetz*, Munich, 2010.

(125) BVerwGE 108, 47 (53).

(126) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 187.

(127) BVerfGE 132, 134 (159 núm. mag. 62).

(128) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 188.

(129) GÖTZ, W., «Hartz I...», *op. cit.*

(130) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 190.

(131) HORST, Siebert, «Gegen die bedingungslosen Grundeinkommen», en *FA*, <http://www.FAZ.de> (a fecha: 27.6.2007)

(132) *Ibid.*; MARTÍNEZ SORIA, J., «Das Recht...», *op. cit.*, págs. 644 y ss.

(133) La imagen humana (*Menschenbild*) del individuo relacionado y encuadrado en sociedad que se deriva del derecho a la dignidad humana es la idea dominante a la hora de interpretar los derechos fundamentales. Sin embargo, normalmente de él no se derivan declaraciones concretas más allá de



vital a la persona(134). Pero en este contexto hay que tener en cuenta que relacionar el art. 1.1 GG con otros derechos fundamentales crea una imagen concreta de la persona (*Menschenbild*): la del individuo responsable y soberano que desarrolla su personalidad, y con ello se realiza(135). Una parte esencial que posibilita esta vida autónoma, responsable y de autorrealización es la posibilidad de trabajar.

Se entiende que un empleo(136) proporciona la independencia mediante una base económica y el reconocimiento social(137). Queda claro con la especial protección del derecho al trabajo en el art. 12 I GG(138).

En este contexto hay que recordar que la función integradora del trabajo junto con la subsidiariedad de las prestaciones estatales, no solo son esenciales para el individuo, sino también para la sociedad. Así, el sistema de protección social se basa principalmente en la propia responsabilidad y capacidad de producción del ciudadano, que va a generar los ingresos para pagar las prestaciones. Por ello, el Estado social exige que cada individuo coopere en base a sus posibilidades y haga efectiva su aportación a la sociedad(139). De este modo se combina la libertad con la responsabilidad. Sin embargo, la solidaridad tiene que ser subsidiaria(140) y debe ayudar a que el beneficiario salga de la pobreza por su propio esfuerzo para reducir los costes sociales lo máximo posible. Pero la incondicionalidad de la RB estimula que la persona se retire a costa de la sociedad(141). Con ello, no solo se elimina la función integradora del Estado Social(142), sino que pone en peligro su financiación(143).

---

las relacionadas con los derechos fundamentales. Por lo tanto, no puede derivar un derecho a la autorrealización de la persona a la sociedad. Con lo que la imagen del individuo que persigue la Ley Fundamental no sigue ni protege la idea de la RB. HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 189.

(134) GÖTZ, W., «Hartz IV...», *op. cit.*, págs. 59 y ss.

(135) BVerfGE 4, 7 (15); 41, 29 (50); 45, 187 (227); 108, 282 (300); 115, 118 (158); 221, 69 (92).

(136) Según dijo Kant, «El individuo no tiene un derecho a hacer nada». KANT, Emmanuel, *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (núm. Marg, 6), 1797, pág. 447.

(137) BVerfGE 50, 290 (362); 81, 242 (254); BVerwGE 67, 1 (5). Más al respecto *vid.* SCHNEIDER, Hans-Peter, «Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *VVDStRL* 43 (1985), págs. 7-15.

(138) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 190.

(139) Por esta razón, por ejemplo, la Constitución Bávara regula en su art. 166 III una obligación de trabajar.

(140) BVerwGE 23, 149 (153); 47, 103 (106 y ss.); 67, 163 (168).

(141) HORST, S., «Gegen...», *op. cit.*

(142) STAPP-FINÉ, Heinz, «Ein Grundeinkommen sprengt unser Sozialsystem. Bedarfsorientierte Grundsicherung ausbauen – und so (Alters-) Armut vermeiden», en *Soziale Sicherheit*, 2007, pág. 257.

(143) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 192.

Esta desvinculación al trabajo (144) no coincide ni con el sentido del derecho a la dignidad de la persona (art. 1.1 GG) ni representa la imagen de la humanidad de la Constitución (*Menschenbild*), que es la de un individuo relacionado e integrado en sociedad mediante el empleo (145).

Es decir, la Constitución no refleja la imagen del individuo aislado e independiente que potencia la RB (146). Mediante la RB para una parte de la población esta socialización será superflua (147).

Finalmente, a nuestro juicio consideramos que la Constitución alemana no requiere esta herramienta, y además el monto de la RB queda por debajo de las garantías constitucionales que aseguran la existencia, dado que no garantiza el mínimo vital individual exigido constitucionalmente. Es decir, sin el condicionamiento de comprobación de necesidad, todos son beneficiarios por igual, no cubriendo necesidades individuales especiales (148).

En este contexto, es de destacar que las prestaciones sociales tienen que entenderse como dice el eslogan «ayuda a la autoayuda» (*Hilfe zur Selbsthilfe*). Es decir, tienen la finalidad de ayudar al individuo a encontrar otro empleo, con lo que la ayuda social tiene un carácter subsidiario (149).

La RB da la vuelta a este principio de excepción, donde la prestación es la regla y el trabajar es voluntario. Precisamente por esta razón, procede concluir con la inconstitucionalidad de este modelo de RB (150). Desde el punto de vista constitucional es posible la ampliación y desarrollo del sistema de seguridad social y fiscal. Sin embargo, existen serias dudas sobre la constitucionalidad de una RB de estas características (151).

(144) BVerwGE, 67, 1 (5f).

(145) BVerfGE 4, 7 (15 y ss.); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 109, 133 (151); 221, 69 (92).

(146) Según la doctrina de *Kant*, el otorgamiento de una RB emancipadora al individuo sería ilegal desde el punto de vista del derecho de la propiedad y no tiene una relación constitucional concreta. SÜCHTING, Gerald, «Die Rechtswidrigkeit des Bedingungslosen Grundeinkommens», en KLESCZEWSKI, Diethelm, MÜLLER-MEZGER, Steffi, NEUHAUS, Frank (Ed.), *Von der Idee des Gemeinbesitzes zum Projekt eines unbedingten Grundeinkommens*, Mentis Verlag, Münster, 2013, págs. 111-132; BT-262/16, *op. cit.*, pág. 7.

(147) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 191.

(148) *Ibid.*, pág. 197.

(149) BVerwGE 23, 149 (153); 27, 58 (63); 67, 1 (5 y ss.); 68, 91 (94); 98, 203 (204).

(150) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 191.

(151) *Ibid.*, pág. 197; sobre la antijuricidad de una RB, *vid.* SÜCHTING, G., «Die Rechtswidrigkeit...», *op. cit.*, págs. 111-132.

#### IV. Legitimidad constitucional de la renta básica colectiva ante los problemas derivados del incumplimiento del contrato generacional

##### 1. RB para garantizar el contrato generacional

Es evidente que entre los graves problemas sobre el futuro de Europa se encuentra la crisis demográfica (152). El continente está envejeciendo a pasos agigantados y los pronósticos estiman que para el año 2035 —exceptuando a Irlanda y Francia— el problema afectará a todos los países miembros. Será difícil que las siguientes generaciones puedan mantener el nivel de vida actual, dado que no se da el relevo generacional (elemento indispensable para el mantenimiento del sistema).

En concreto, dada la baja tasa de natalidad no hay un relevo generacional suficiente que garantice un mantenimiento del sistema de protección social, en especial el de las pensiones. Como es sabido, la mayor partida de los gastos de protección social la componen las pensiones de vejez. Las promesas políticas sobre la sostenibilidad de las pensiones, que ignoran a los demógrafos, han perdido credibilidad. La silenciosa batalla de redistribución entre jóvenes y mayores está amenazando los sistemas. En vez de convertirse en la zona más dinámica y competitiva del mundo, como predijo la estrategia de Lisboa (153), Europa se va a convertir en un hogar de ancianos. El factor demográfico es un problema económico al que el Estado debe de prestar la debida atención (154).

Es de subrayar que el sistema de pensiones, sufre desde sus orígenes una crisis de base. El problema radica en su financiación: a *corto plazo* mediante contribuciones económicas (conocido como «*pay-as-you-go*»), y a *largo plazo* mediante inversión en la generación de capital humano (155). Mientras que las contribuciones las generan los trabajadores mediante cotizaciones, el capital humano depende de la descendencia, que en el futuro financiará las pensiones. Por lo tanto, se puede afirmar que para que el sistema funcione es necesario: altas cotizaciones mediante una coyuntura económica saludable, y varios hijos por ciudadano. Lo que significa, que cuando falle alguno de estos elementos —tal y como ocurre hoy— el sistema entra en crisis.

---

(152) SINN, Hans-Werner, «Europe's demographic deficit. A plea for a child pension system», en *De Economist. Netherlands Economic Review*, N° 153, Springer, 2005, pág. 1.

(153) Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo 2000, <http://www.europarl.europa.eu>.

(154) SINN, H.-W., «Europe's demographic...», *op. cit.*, pág. 1.

(155) *Vid.* SINN, Hans-Werner, «Die Krise der Gesetzlichen Rentenversicherung und Wege zu ihrer Lösung», en *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2000*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2001, págs. 22-41.

Procede recordar que en sus orígenes la provisión en la jubilación tradicionalmente era responsabilidad de la asociación familiar, que durante siglos abastecía las atenciones y alimentos necesarios. La generación activa cuidaba de las generaciones envejecidas en el contexto de una gran familia. Por ello, era importante tener un gran número de hijos. Sin embargo, con el advenimiento de la primera revolución industrial, esta tarea no pudo resolverse dentro de las familias. Por lo que se fueron creando *sistemas de capitalización* de las pensiones estatales. Así, a finales del siglo XIX, en el momento que la familia no pudo responsabilizarse de los cuidados y mantenimiento de sus mayores, la legislación social de Bismarck introdujo una pensión de invalidez junto con una pensión de jubilación.(156) Mediante el nuevo sistema de previsión el pensionista conseguía ser independiente de la ayuda familiar.

Esta pensión pública fue inicialmente creada como un sistema capitalizado. El modelo de este sistema se refleja en la propia Constitución. Así, la Ley Fundamental de Bonn(157) de 1949 protege y garantiza las pensiones(158) en su artículo 14 GG mediante la protección a la propiedad(159). Debido a su origen de base en un sistema capitalizado, trata a las pensiones como propiedad, en vez de con un seguro colectivo (sistema de reparto)(160).

Pero como consecuencia de las dos guerras mundiales en el siglo XX, el capital acumulado en Alemania se perdió y el sistema se modificó. Así, en la década de 1950 debido a la inflación y la crisis económica el sistema de pensiones público se transformó en un *sistema de reparto*

(156) SINN, Hans-Werner, «The pay-as-you-go pension system as fertility insurance and an enforcement device», en *Journal of Public Economics*, N° 88, 2004, Elsevier B.V., Amsterdam, pág. 1336.

(157) Ley Fundamental, de 23 Mayo 1949 (BGBl. pág. 1), modificado por última vez el artículo 1 el 13 Julio 2017 (BGBl. I pág. 2347)

(158) BVerfGE 76, 256 ff. SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, «art. 14 GG núm. marg 4a», en SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, KLEIN, Franz, *Kommentar zum Grundgesetz*, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 9. edición, Neuwied y Kriftel, 1999, pág. 386.

(159) Artículo 14 GG: Propiedad, derecho a la herencia y expropiación. (1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

(160) En definitiva, cada una de las Constituciones refleja el tipo de Constitución de su época. Es decir, por un lado, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es una Constitución previa a la reforma de pensiones de 1957 en la que se introdujo el sistema de reparto. Por lo tanto, el art. 14 protege las pensiones bajo el *sistema de capitalización* mediante garantizando la propiedad. Por otro lado, en art. 50 CE los poderes públicos basados en el principio de solidaridad garantizan unas pensiones adecuadas y actualizadas en base al *sistema de reparto*. Independientemente a su redacción, hoy en el fondo las dos Constituciones defienden el fracasado sistema de reparto intergeneracional.

*intergeneracional*, tendencia que se generalizó entre sus países vecinos (161).

En los tiempos en que el canciller alemán Konrad Adenauer aprobó la reforma del sistema de pensiones (1957), parecía que el relevo generacional estaba garantizado. Muestra de ello es su conocida afirmación «la gente siempre tiene hijos». Sin embargo, está afirmación hoy no se cumple: la relación de los trabajadores en activo frente a los ciudadanos con derecho a una pensión gana distancia, lo que genera problemas de financiación e injusticia intergeneracional. Sin duda, para un sistema de protección de reparto es imprescindible tener suficientes contribuciones y capital humano. En este contexto, las familias aportan una contribución fundamental a la economía, al Estado y a la sociedad. Al contrario de lo que se practica, la contribución de la crianza es un elemento básico del *principio de solidaridad*, y no un elemento extraño al seguro.

Nada más entrar en vigor la reforma de pensiones de 1957 fue criticada por sus inspiradores. Así, Oswald von Nell-Breuning definió la nueva previsión de vejez como «sistema que premia el no tener hijos» (162). También el conocido como «el padre de las rentas dinámicas» (163), Wilfried Schreiber, detectó la misma problemática, y recomendó tener en cuenta el trabajo de la crianza en los derechos de pensión. Así por primera vez planteó la distribución de los ingresos derivados del trabajo en *tres generaciones*: infancia y juventud, fase activa de trabajo y vejez.

Su proyecto de reforma de pensiones, en el que se inspiró Konrad Adenauer, proponía una renta para niños y jóvenes, que finalmente fue descartado. Esta renta se contemplaba como un «crédito de inversión en la próxima generación», que se saldaba con la crianza de los hijos —en caso de tenerlos— o de forma pecuniaria —en caso de no tenerlos—. De esta forma, la población sin hijos también aportaría a las futuras generaciones, y se saldaría la deuda de su infancia.

---

(161) Un buen ejemplo lo representa el art. 50 de la Constitución Española que indica que „los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». El actual art. 50 CE anhela el modelo de pensión de vejez aprobada por el canciller alemán cristianodemócrata (Konrad Adenauer) mediante la reforma de 1957. Por primera vez se introdujo un *sistema de reparto de solidaridad intergeneracional* en base a la idea de «rentas dinámicas» que se actualizan en el tiempo. El seguro deja de ser un contrato de ahorro individual como el seguro de vida, para pasar a ser un seguro colectivo.

(162) SINN, H.-W., «Europe's demographic...», *op. cit.*, pág. 2.

(163) SCHREIBER, Wilfried, «Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft. Vorschläge des Bundes Katholischer Unternehmer zur Reform der Sozialversicherungen», en *Schriftenreihe des Bundes Katholischer Unternehmer*, Volumen 3, J.P. Bachem, 1955, Colonia.

Sin embargo, la versión final de la reforma de Adenauer solo tuvo en cuenta *dos generaciones*: la población activa y la vejez, considerando la crianza como un asunto privado, dejando toda la carga y responsabilidad de los hijos únicamente en manos de sus progenitores, y descuidando gravemente con ello la garantía del relevo generacional. El sistema de pensiones se sostiene sobre la expectativa de que en el futuro habrá suficientes trabajadores en activo para financiar las pensiones. Desafortunadamente, tal sistema requiere una consecución de generaciones intacta, que hoy no se da.

Por lo tanto, se puede afirmar que en el sistema de pensiones público al no tener en cuenta la contribución a la crianza, subyace un error de diseño desde sus orígenes. La paradoja que está detrás es la siguiente: la pensión depende en exclusiva de las contribuciones aportadas, con el efecto (indeseado) de que a las parejas sin hijos (en adelante *DINK*, «*dual income, no kids*») les corresponde una pensión más alta que a otras que debido a la crianza y a una vida laboral más corta ha aportado menos cotizaciones a la Seguridad Social, a pesar de que precisamente estos hijos pagarán las altas pensiones de las parejas *DINK* y las bajas de sus progenitores. Es evidente que las condiciones del sistema de reparto intergeneracional hoy no se dan. Las principales razones son la falta de relevo generacional y la longevidad de la población.

Aunque el relevo se garantiza mediante descendencia, hoy en Europa los niños han pasado a ser un elemento molesto. Así, el factor económico juega un papel muy importante a la hora de decidirse a aumentar la familia. Es un hecho que los ingresos per cápita de una familia con dos salarios y sin hijos son cinco veces lo que serían con un ingreso y tres hijos. Es evidente que el mantenimiento de un hijo es costoso, y aumenta el riesgo de pobreza y exclusión social de la familia. Además, no solamente cuestan dinero, sino que restringen las opciones laborales, de consumo y de tiempo del individuo (164). Como consecuencia, la vida de soltero o de pareja sin hijos es muy atractiva y se generaliza (165). Sobre todo, en los países del sur de Europa, las parejas que deciden tener descendencia muchas veces se decantan solamente por uno.

Este trabajo quiere proponer una medida prestacional apoye a las familias y la natalidad, al mismo tiempo que reduce la pobreza infantil: una RB al menor.

---

(164) Vid. MOSS, P., *Cuidado de los ...*, op. cit., págs. 48 y ss.

(165) SINN, H.-W., «Europe's demographic...», op. cit., pág. 2.

## 2. Constitucionalidad de una RB al menor

Como se ha explicado, carece de sentido tener en cuenta un modelo de RB en abstracto. Aunque la mayoría encuadra la RB en un nuevo sistema (166), este trabajo lo quiere implementar en el sistema existente.

En este contexto tiene sentido analizar la propuesta de la RB desde el ordenamiento jurídico actual, cuestionando si las estructuras normativas actuales permiten la introducción de una RB sin quiebra del sistema. En especial, si el ordenamiento jurídico social prevé ya una prestación social con las características de la RB incondicional sin demostrar el estado de necesidad (167).

En caso positivo, la RB podría relacionarse sistemáticamente con esa prestación existente (*lege data*). Tal y como se prevé en el art. 20.1 GG la RB debe de tener base constitucional (168). Sin embargo, la formulación del principio del Estado social previsto en el art. 20 GG es muy amplia y poco concreta, dejando mucho margen de configuración para repartir los recursos (169).

Puestos a ello, no es difícil encontrar una prestación —financiada por impuestos— que cuadra con las condiciones de una RB: se trata de la prestación anteriormente mencionada *Kindergeld* que literalmente significa «dinero de niño», recogido en el apartado X de la Ley de impuestos sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*, en adelante EStG). Esta prestación existe en el sistema actual desde hace décadas y la reciben incondicionalmente todas las personas con hijos a cargo.

Según el § 31 EStG la asignación por hijo sirve para la promoción de la familia y garantizar su mínimo vital incluyendo su cuidado, educación y formación. Por lo tanto, la prestación del niño según el § 31 EStG se trata de un derecho a una renta básica que cubre el mínimo vital del menor. Como consecuencia, se puede afirmar que, desde hace décadas, existe ya una base legal para una RB que hoy se demanda como nueva (170). Así, la pregunta inicial puede responderse positivamente: existe ya una RB de *lege data*, aunque está limitada a personas jóvenes y sus familias en base al SGB VIII (171).

---

(166) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses ...», *op. cit.*, pág. 201.

(167) § 9 I Ley de la Seguridad Social, Prestación para desempleados (*Sozialgesetzbuch*, en adelante SGB II).

(168) Art. 20.1. GG: La República Federal de Alemania es un Estado Federal democrático y Social.

(169) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 200.

(170) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 206.

(171) Sozialgesetzbuch, SGB VIII: niños y jóvenes.

En este contexto, resulta inevitable preguntarse por qué entonces desde hace décadas este grupo social es el más amenazado por la pobreza. Evidentemente se trata de una cuestión que requiere una respuesta cuantitativa y no cualitativa. El legislador en base al § 66.1 EStG ha fijado la cuantía para el primer y segundo hijo en 194€, y 225€ para el cuarto y sucesivos hijos. Está claro que es una equivocación esperar que con estas cuantías se cubra la necesidad vital real de un niño, tal y como define el § 31 EStG. En definitiva, se trata de simplemente una ficción de política simbólica, con la que se da la impresión de dar importancia social a los jóvenes y a sus familias. Por ello el § 31 EStG lleva el título de «compensación familiar» (172). Este precepto, algo confuso, pretende distraer la discusión política sobre la discriminación a las familias y a los menores. No hay duda de que para hablar de una compensación familiar efectiva y real se tendría que ampliar el monto económico hasta llegar a cubrir las necesidades reales mínimas del menor. Con ello se cumpliría con la exigencia del § 31 EStG que exige garantizar un mínimo vital del joven incluyendo los cuidados y la formación.

La mayoría de los investigadores de la pobreza, especialmente cuando se trata de niños, utilizan un concepto más amplio de pobreza en lugar de uno puramente material. Al menos en los países industrializados, muy pocos niños sufren dificultades materiales que amenacen su existencia. Por lo general, no tienen que morir de hambre o congelarse. Las consecuencias de la pobreza a menudo no son visibles a primera vista. Por ejemplo, la pobreza puede significar la falta de participación social y cultural. Los niños que crecen en familias pobres pueden no poder permitirse una visita al cine, aprender a tocar un instrumento, no obtener tutoría o invitar a amigos a una fiesta de cumpleaños porque sería demasiado caro. En muchos casos, estos niños tienen menos confianza en sí mismos, no encuentran amigos tan fácilmente, y de adultos no explotan su potencial en el trabajo. Como consecuencia, ganan relativamente poco y «transmiten» la pobreza a sus propios hijos (173). Es decir, tal y como demuestran los datos la pobreza se hereda y perpetúa en las siguientes generaciones.

El reciente estudio de *Bertelsmann* sobre la pobreza infantil en Alemania de octubre de 2017 lo confirma: «uno de cada cinco niños vive en la pobreza durante mucho tiempo y, a menudo, permanece atrapado allí y muy pocas familias podrán liberarse de la pobreza» (174).

---

(172) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses ...», *op. cit.*, pág. 206; MERINO, P., *Maternidad...*, *op. cit.*, pág. 448.

(173) HASSELBACH, Christoph, «Kreislauf der Kinderarmut durchbrechen», en <http://www.dw.com> (a fecha: 2.2.2018), REY PÉREZ, J.L., *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 200-201.

(174) <http://www.bertelsmann.de> (a fecha: 2.9.2018).



Según el último informe del *Bundestag*(175), la prestación al menor (*Kindergeld*) tendría que ser de un mínimo de 619€ para garantizar el derecho a un mínimo vital del niño recogido en el § 31 EStG, y de una manera justa «llamarlo compensación familiar». Con ello se aseguraría la existencia física (399€) además de la participación social que incluye la formación y tutorías (220€)(176).

En este contexto de nuevo se plantea la pregunta sobre la financiación y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social para «futuras generaciones». La buena noticia es que para su financiación no sería necesaria una subida de impuestos, sino que para cubrirlo bastaría realizar unas modificaciones en el sistema de protección actual. Hoy todavía existen muchos beneficios sociales y fiscales alrededor de la institución del matrimonio porque representa una figura que el Estado debe proteger con especial interés ya que «se protege a la familia y su descendencia».

Los tiempos han cambiado y hoy muchas parejas se casan para disfrutar las exenciones fiscales u otros beneficios sociales sin tener intención de tener descendencia. Por lo tanto, estas medidas son anacrónicas y discriminatorias para las familias no casadas con hijos. En consecuencia, sería legítimo limitar estos privilegios a la protección de la familia al periodo de la crianza de los hijos. Mediante estas medidas más justas y más actualizadas a los tiempos, se podrían ahorrar unos 30.000 millones de euros que podrían destinarse a la RB que garantice el mínimo vital real del menor(177). Como consecuencia, habría también un ahorro en las *rentas mínimas de inserción* (SGB II Hartz IV y SGB XII)(178), como efecto beneficioso de la RB al menor. Es decir, muchas familias mejorarían su situación económica pudiendo prescindir de estas ayudas sociales estigmatizadoras(179).

---

(175) Deutsche Bundestag Drucksache 18/10220, 2.11.2016, pág. 11. Existenzminimumbericht die verfassungsrechtlich notwendige Höhe.

(176) Sobre renta básica al menor *Kindergrundsicherung* vid. <http://www.kinderarmut-hat-folgen.de> (febrero 2018).

(177) Por ejemplo, el seguro social incondicional de la esposa o del esposo en el matrimonio se podría limitar al tiempo de crianza de los hijos. Así se eliminaría este privilegio a las parejas sin hijos, y se ahorrarían unos 15.000 millones de euros. Además, se podría limitar también ahora privilegio fiscal de la división del matrimonio «*Ehegattensplitting*» a la época de crianza de hijos, al mismo tiempo que se elimina para parejas sin hijos. Con ello se ahorrarían otros 15.000 millones y recauzamiento de este capital a una verdadera protección de la familia con hijos. No hay duda de que el matrimonio hoy no es garantía de descendencia, por lo que solo se justifica su especial protección en cuanto la pareja haya contribuido con hijos a la sociedad. MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 207.

(178) SGB II es la ayuda social de los que buscan trabajo (conocido como Hartz VI) y SGB XII la ayuda social al resto.

(179) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 210.

Lo que demuestra que su implantación tiene que ver con prioridades políticas. Es decir, el grupo de población aquí protegido —niños y jóvenes— al tener una importancia electoral reducida por su falta de derecho a voto, no tiene la representación pública suficiente para exigir este derecho. Se observa que tanto en Alemania como en el resto de Europa, el grupo de los mayores es el que ejerce más protagonismo a la hora de reivindicar sus derechos. Por ello no nos debe sorprender que existan ya herramientas RB universales que garantizan la existencia de un mínimo vital para personas de la tercera edad (caso de Suecia), pero no para los menores. Por el momento no hay ningún partido político que plantee dicha protección. Hay que admitir que sin un aumento de la representación política será difícil eliminar la discriminación económica por edad que existe a los niños y sus familias (180).

Es de destacar, que el principal problema radica en la falta de incentivos para invertir en capital humano. El *sistema de pensiones de reparto intergeneracional* no valora la descendencia ni su crianza, sino todo lo contrario, indirectamente la penaliza y grava. Como consecuencia, tener y criar hijos pierde atractivo (181). Este efecto ocurre en casi todos los países europeos, donde algunos, ya conscientes de la problemática, han tomado medidas para incentivar la natalidad.

Finalmente, se puede concluir que con la prestación «al niño» (Kindergeld) existe en el derecho social alemán una herramienta que cumple con los requisitos de una RB colectiva, pero que, sin embargo, cuantitativamente todavía no es económicamente suficiente para garantizar su subsistencia real (182).

## V. Conclusiones

Este trabajo ha mostrado que la sociedad, el mercado laboral, la Constitución, y el Estado Social alemán actualmente no están preparados ni necesitados de una RB universal, pero sí sería viable la implantación de una RB colectiva a un determinado grupo de individuos.

Al igual que en las anteriores revoluciones industriales, también la próxima en robótica va acompañada del miedo al «fin del trabajo». Sin embargo, los hechos demuestran que a lo largo de la historia no ha ocurrido así, sino todo lo contrario. En estos momentos los países más robotizados, como Alemania, han salido de la crisis económica mucho antes

---

(180) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 209.

(181) SINN, H.-W., «The pay-as-you-go...», *op. cit.*, pág. 1336.

(182) MERK, K-P., «Ein bedingungsloses ...», *op. cit.*, pág. 209.

que países menos robotizados como España. Por lo tanto, esto demuestra que hay otros factores coyunturales —ajenos a la tecnología y automoción— que crean desempleo.

Es hora de dejar a un lado el miedo a la tecnología, ya que esta además de imparable, es a la larga beneficiosa para el mercado de trabajo (183). Por lo tanto, al contrario de lo propuesto (por las corrientes neoliberal y la emancipadora), no hay base que justifique la necesidad de una RB para paliar la pérdida de empleo por la robótica (184). Es hora de que dejen de distraernos con peligros ficticios (185) y se invierta el esfuerzo en el reciclaje de trabajadores (186). En definitiva, deberíamos de centrarnos en el trabajo de calidad (187) para conseguir una buena convivencia en vez de buscar la emancipación del trabajo mediante una RB. Es más, la pérdida de puestos de trabajo a causa de la robótica como defiende la corriente neoliberal de derechas podría valer de excusa perfecta para la implementación de una RB para desmontar el Estado Social (188).

Teniendo en cuenta que la RB tiene el potencial de emancipar al individuo del empleo asalariado (189), se rompe con los esquemas del mercado: donde se invierte el modelo y el ciudadano gana «libertad respecto al trabajo», y no «por medio del trabajo». Este cambio de paradigma puede representar un reto para el modelo de Estado Social hoy basado en la ética del trabajo. Además, hay que tener en cuenta que la implementación de una RB universal para todos podría reabrir conflictos de clase, culturales y de racismo, lo que beneficiaría a partidos políticos populistas (190). Esta medida dividiría la sociedad en dos clases: la de los que trabajan y las de los receptores de rentas. Esta profunda diferencia potencialmente podría generar conflictos creando una brecha social (191).

---

(183) WOIROL R., G., *The technological...*, *op. cit.*, págs. 18-20; BIX, A.S., *Inventing...*, *op. cit.*, págs. 1-8; MOKYR, J., *The gifts...*, *op. cit.*, págs. 255-257; ARNTZ, M., GREGORY, T., ZIERAHN, U., «The risk...», *op. cit.*; PIVA, M., VIVARELLI, M., «Technological change...» *op. cit.*

(184) *Vid.* NOAH HARARI, Y., *21 lecciones...*, *op. cit.*, pág., 44.

(185) SEUBERT, H., «Das bedingungslose Grundeinkommen ...», *op. cit.*, pág., 182

(186) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág., 185.

(187) HAUS, M., «Das bedingungslose...», *op. cit.*, pág. 55.

(188) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 183.

(189) *Vid.* CASASSAS, D., DE WISPELAERE, J., «Renta básica y emancipación...», *op. cit.*, págs. 105 y ss.

(190) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, pág. 181; Acertadamente el autor advierte «adoptar una medida como la RB universal tiene muchas variables, y hay que verlas todas antes de decidir». *Vid.* STANDING, G., *La renta...*, *op. cit.*, pág. 65; LÓPEZ, CASANOVAS, G., «Cuidado...», *op. cit.*

(191) SEGURA ALASTRUÉ, M., «Los robots...», *op. cit.*, págs. 184.

Además, desincentivaría a trabajadores a trabajar, desestabilizando aún más el Estado Social.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, se ha demostrado que una RB universal al no aplicar el *principio de la individualidad* a la hora de calcular las necesidades, no llega a garantizar el mínimo vital establecido en la Ley Fundamental. Por lo tanto, existen flagrantes dudas sobre la constitucionalidad de una RB universal incondicional (192). Sin embargo, es constitucionalmente viable el desarrollo del sistema social (193) y tributario orientado a las necesidades individuales.

Es decir, este estudio muestra que dentro del sistema existen otras alternativas más seguras a una RB incondicional que mantienen la cohesión social. Como hemos explicado, es posible desarrollar el sistema social mediante la implantación de una RB colectiva a la infancia. Para ello, existe ya una prestación mensual que se otorga incondicionalmente a cada menor. Además, mediante esta renta colectiva, se eliminan todos los problemas y dudas emancipadoras relacionadas con el trabajo y la renta básica universal, dado que los menores no trabajan.

Resumiendo, no está demostrado que el desempleo del futuro genere tanta desigualdad como para quebrantar la cohesión social. Pero no cabe duda de que la falta de cotizantes a la Seguridad Social lo va a hacer poniendo en peligro la sostenibilidad del sistema. Hoy por hoy, la sociedad no ha llegado a ese punto, por lo que no se ve la necesidad de implementar una RB universal, pero sí una RB colectiva.

En definitiva, los defectos, carencias y límites de los actuales sistemas asistenciales de protección social hacen necesario un replanteamiento del sistema de protección social. Sin embargo, no es razón para implantar una renta básica universal para todos y así ha quedado justificado en estas páginas. Sin duda, la solución más viable y sostenible para el actual Estado Social es la renta básica colectiva al menor.

En su configuración actual el sistema de la Seguridad Social —a pesar de los avances— todavía refleja carencias en el valor de la infancia y familia para el Estado y la sociedad. En este contexto debemos de abogar por la promoción de los incentivos a la crianza para garantizar el contrato generacional (194). Nos lo deberíamos permitir, dado que es deber del Estado contribuir a la sostenibilidad del sistema. Ante el inmenso gasto que

---

(192) HOLZNER, T., «Bedingungsloses...», *op. cit.*, pág. 197.

(193) Por ejemplo, como alternativa y dada la precariedad laboral actual, sería interesante ampliar la definición del término de trabajo en la Seguridad Social, para así posibilitar a más población disfrutar la cobertura y protección en la Seguridad Social. SEGBERS, F., «Grundeinkommen...», *op. cit.*, pág. 8.

(194) *Vid.* SINN, H.-W., «Europe's demographic...», *op. cit.*, pág. 2.; SINN, H.-W., «The pay-as-you-go...», *op. cit.*, pág. 1337.

suponen las pensiones en el sistema de Seguridad Social, es lícito invertir en una renta básica a menores, dado que serán los futuros cotizantes que garantizarán esas pensiones.

El ejemplo de la prestación de «dinero del niño» (*Kindergeld*) en Alemania, es sin duda un gran paso en esa dirección, que puede servir como modelo a seguir por los ordenamientos jurídicos con un *sistema de reparto generacional en pensiones* (entre ellos el español). La prestación al que nos hemos referido (*Kindergeld*) cumple desde el punto de vista *cualitativo* con todos los requisitos para ser una renta incondicional al menor garantizando el mínimo vital establecido constitucionalmente. Sin embargo, desde el punto de vista *cuantitativo* —su monto económico—, presenta todavía importantes carencias y el Estado debería actuar para garantizar lo legalmente establecido y aceptado por el consenso social (§ 31 EStG).

## Bibliografía

- ARNTZ, Melanie, GREGORY, Terry, ZIERAHN, Ulrich, «The risk of automation for Jobs in OECD countries», en *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* 89, 2016.
- BAUER, Max, *Ubi Utopia? Verfassungsrecht und Grundeinkommen*, Lit Verlag, Münster, 2016.
- BERTOMEU, María Julia, RAVENTÓS, Daniel, «El Derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía: una justificación republicana», en PISARELLO, Gerardo, DE CABO DE LA VEGA, Antonio (Ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Colección estructuras y procesos serie derecho, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.
- BIX, Amy Sue, *Inventing ourselves out of Jobs? America's debate over technological unemployment 1929-1981*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2001.
- BRYNJOLFSSON, Erik, MCAFEE, Andrew, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton, Nueva York, 2014.
- CANTÓ SANCHEZ, Olga, AYALA CAÑÓN, Luis, *Políticas públicas para reducir la pobreza infantil en España: análisis de impacto*, editorial Huygen, Madrid, 2014.
- CARAVITA, Beniamino, «Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della costituzione», en *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1984, págs. 175-195.
- CARMONA CUENCA, Encarna, «El Derecho a un mínimo vital, los Estatutos de Autonomía y las rentas mínimas de inserción», en TEROL BECERRA, Manuel José, *El Estado Social y sus exigencias Constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

- CASASSAS, David, DE WISPELAERE, Jurgen, «Renta básica y emancipación social: principios, diseños y coaliciones», en CASASSAS, David, RAVEN-TÓS, Daniel (Ed.), *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Editorial Montesinos, Barcelona, 2011.
- CHAVES PALACIOS, Julián, «Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial», en la *Revista de Historia*, vol. 17, págs. 93-109.
- EICHENHOFER, Eberhard, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Erich Schmidt Verlag, 4 edición, Berlin, 2010.
- HAUSER, Richard, BECKER, Irene, «Soziale Gerechtigkeit – ein magisches Viereck. Zieldimensionen, Politikanalysen und empirische Befunde», en *Hans-Blöcker-Stiftung*, Edition Sigma, Düsseldorf, 2009.
- HERMANN, Ulrike, «Das Grundeinkommen im Jahr 2025», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 71-73.
- HIRSCHMANN, Albert O., *Denken gegen die Zukunft. Die Rhetorik der Reaktion*, Carl Hansa Verlag GmbH, Munich, 1992.
- HOLZNER, Thomas, «Bedingungsloses Grundeinkommen im Lichte des deutschen Staats- und Verfassungsrechts», en *Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.
- KANT, Emmanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre (núm. Marg, 6), 1797.
- KEYNES, John Maynard, *Economic possibilities for our grandchildren*, Macmillan, London, 1930.
- LETZNER, Peggy, «Die Reform der Alterssicherung in Schweden», en *Deutsche Rentenversicherung*, año 59, cuaderno 8, 2003, págs. 501-515.
- MARTÍNEZ SORIA, José, «Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums», en *Juristenzeitung*, N.º 13, Mohr Siebeck Verlag GmbH & Co. KG, Tübingen, 2005, págs. 644 y ss.
- MAUNZ, Theodor, DÜRIG, Günter, *Grundgesetz. Loseblattsammlung Kommentar seit 1958*, C.H. Beck Verlag, vol. 1, Munich, 2010.
- MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich, STARCK, Christian, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, vol. 1, 6 edición, Verlag Franz Vahlen GmbH, Munich, 2010.
- MEDINA MILTIMORE, Stuart, *El leviatán desencadenado*, Editorial LB, Madrid, 2016.
- MERINO, Patricia, *Maternidad, Igualdad y Fraternidad*, Clave Intelectual S.L., Madrid.
- MERK, Kurt-Peter, «Ein bedingungsloses Grundeinkommen in Deutschland für Kinder und Jugendliche in sozialrechtlicher und familienpolitischer Sicht», en OSTERKAMP, Rigmar (Ed.), *Auf dem Prüfstand: Ein bedingungsloses Grundeinkommen für Deutschland? Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pág. 77 y ss.
- MERK, Kurt-Peter, *Europäisches und internationales Recht für soziale Berufe*, Wochenschau Verlag, 2004.

- MIRAVET, Pablo, «La filosofía normativa neo-empleocentrista: derechos, condiciones, representaciones», en RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, CAMPOY CERVERA, Ignacio, REY PÉREZ, José Luis (Ed.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: La renta básica y el futuro del Estado Social*, Editorial DYKINSON, S.L, Madrid, 2012.
- MOKYR, Joe, *The gifts of Athena: Historical origins of the knowledge economy*, Princeton, Princeton University Press, Oxford, 2002.
- MOSS, Peter, *Cuidado de los hijos e igualdad de oportunidades: Red europea de formas de atención a la infancia (1988-1989)*, Centro de Estudios del Menor, Dossier Documentación 1, Madrid, 1990.
- NOAH HARARI, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2008.
- OPPERMANN, Thomas, CLASSEN, Claus Dieter, NETTESHEIM, Martin, *Euro-parecht*, C.H. Beck Verlag, 4.ª edición, Munich, 2009.
- PAINE, Thomas, «Agrarian Justice», en *Common Sense and Other Writings*, Barnes & Noble, Nueva York, [1975] 2005, págs. 321-345.
- PIVA, Mariacristina, VIVARELLI, Marx, «Technological change and employment: were Ricardo and Marx right?», en *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper N.º 10471, 2017.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del centro de estudios constitucionales*, N.º 22, 1995, págs. 9-57.
- RALLO, Juan Ramón, *Contra la renta básica. Por qué la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos empobrece a todos*, Ediciones Deusto Centro de libros PAFP S.L.U., Barcelona, 2015.
- RAVENTÓS, Daniel, «La renta básica como derecho humano emergente y ante la crisis económica actual», en RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, CAMPOY CERVERA, Ignacio, REY PÉREZ, José Luis (Ed.) *Desafíos actuales a los derechos humanos: La renta básica y el futuro del Estado social*, Editorial DYKINSON S.L, Madrid, 2012.
- REY PEREZ, José Luis, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 2007.
- RIFKIN, Jeremy, «El fin del trabajo», en *El Robot persigue tu empleo*, *New York Times*, G. P. Putnam's Sons, Nueva York, 1995, 1980.
- RIFKIN, Jeremy, *La tercera revolución industrial, cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Editorial Pairós, Barcelona, 2011.
- SARTORIOUS, Ulrich, *Das Existenzminimum im Recht*, Baden-Baden, 2000.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, KLEIN, Franz, *Kommentar zum Grundgesetz*, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 9. edición, Neuwied y Kriftel, 1999.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, «Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», en *VVDStRL*, 43, 1985, págs. 7-15.
- SCHÖNHERR-MANN, Hans-Martin, «Zur Genealogie des bedingungslosen Grundeinkommens – Perspektiven der politischen Philosophie», en *Zeit-*

- schrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, págs. 23-37.
- SCHREIBER, Wilfried, «Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft. Vorschläge des Bundes Katholischer Unternehmer zur Reform der Sozialversicherungen», en *Schriftenreihe des Bundes Katholischer Unternehmer*, Volumen 3, J.P. Bachem, Colonia, 1955.
- SEGBERS, Franz, «Übergänge in ein Bedingungsloses Grundeinkommen», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang (Ed.), *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 95-107.
- SEGURA ALASTRUÉ, Mario, «Los robots en el derecho financiero y tributario», en *La Ley Actualidad*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2018, págs. 167-188.
- SEUBERT, Harald, «Das bedingungslose Grundeinkommen in rechtsphilosophischer und theologischer Perspektive», en *Zeitschrift für Politik*, Volumen especial 7, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, págs. 171-183.
- SINN, Hans-Werner, «Die Krise der Gesetzlichen Rentenversicherung und Wege zu ihrer Lösung», en *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2000*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2001, págs. 22-42.
- SINN, Hans-Werner, «Europe's demographic deficit. A plea for a child pension system», en *De Economist. Netherlands Economic Review*, N° 153, Springer, 2005, págs. 1-45.
- SINN, Hans-Werner, «The pay-as-you-go pension system as fertility insurance and an enforcement device», en *Journal of Public Economics*, N° 88, Elsevier B.V., Amsterdam, 2004, págs. 1335-1357.
- STANDING, Guy, *La Renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018.
- STAPF-FINÉ, Heinz, «Ein Grundeinkommen sprengt unser Sozialsystem. Bedarfsorientierte Grundsicherung ausbauen – und so (Alters-)Armut vermeiden», en *Soziale Sicherheit*, 2007, págs. 251-257.
- STRAUBHAAR, Thomas, *Radikal Gerech, wie das Bedingungslose Grundeinkommen den Sozialstaat revolutioniert*, Körber-Stiftung, Hamburgo, 2017.
- STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, «Schritt für Schritt ins Paradies», en JACOBI, Dirk, STRENGMANN-KUHN, Wolfgang, *Wege zum Grundeinkommen*, Bildungswerk Berlin der Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012, págs. 81-94.
- SÜCHTING, Gerald, «Die Rechtswidrigkeit des Bedingungslosen Grundeinkommens», en KLESCZEWSKI, Diethelm, MÜLLER-MEZGER, Steffi, NEUHAUS, Frank (Ed.), *Von der Idee des Gemeinbesitzes zum Projekt eines unbedingten Grundeinkommens*, Mentis Verlag, Münster, 2013.
- VAN PARIJS, Philippe, VANDERBORGHT, Yannick, *Ingreso Básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, Libros Grano de Sal, S.A, Ciudad de México, 2017.
- WALLERATH, Maximilian, «Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums», en *Juristenzeitung*, vol. 63, Mohr Siebeck Verlag GmbH & Co. KG, Tübingen, 2008, págs. 157-168.



- WOIROL R., Gregory, *The technological unemployment and structural unemployment debates*, Westport, Greenwood Press, 1996.
- ZUBERO, Imanol, *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, Ediciones Hoac, Madrid, 2000.

### Enlaces de internet

- ANSELL, Maddalaine, «Jobs for life are a thing of the past. Bring on life-long learning», en *The Guardian*, <http://www.theguardian.com> (a fecha: 31.5.2016).
- BERTELSMANN, <http://www.bertelsmann.de> (a fecha: 2.9.2018).
- ESTUDIO de la Federación Alemana para la protección de los niños (*Deutsche Kinderschutzbund Bundesverband e.V.*), <https://www.tagesschau.de> (a fecha: 22.8.2018).
- EUROPAPRESS, Uno de cada cuatro europeos, en riesgo de pobreza o exclusión, <http://www.europapress.es> (a fecha: 9.9.2015).
- EUROSTAT database, <http://ec.europa.eu/Eurostat>, (a fecha: 9.9.2018).
- GÖTZ, Werner, «Hartz IV löst nur leid aus», en *Tageszeitung*, <http://www.taz.de> (a fecha: 27.11.2006).
- HASSELBACH, Christoph, «Kreislauf der Kinderarmut durchbrechen», en <http://www.dw.com> (a fecha: 2.2.2018).
- HORST, Siebert, «Gegen die bedingungslosen Grundeinkommen», en *FA*, <http://www.FAZ.de> (a fecha: 27.6.2007).
- IKEBE, Shannon, «The wrong Kind of UBI. Without the right design, a UBI would do little to advance radical change», en <http://www.jacobinmag.com> (a fecha: 6.7.2018).
- INFORME DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS para la Alimentación y la Agricultura sobre el estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2018, <http://www.fao.org> (a fecha 11.9.2018).
- INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, sobre «una vida digna para todos» en We can end poverty. Millennium Development Goals and Beyond 2015, <http://www.un.org>. (a fecha: 25.9.2013).
- KINDERGRUNDSICHERUNG sobre renta básica al menor *vid.* <http://www.kinderarmut-hat-folgen.de>. (febrero 2018).
- LIZOAIN, David, «La seguridad económica para la época post-carbono», en <http://www.sinpermiso.info> (a fecha: 1.2.2015).
- LÓPEZ, CASANOVAS, Guillem, «Cuidado con la renta básica», en <http://www.elpais.com> (a fecha: 2.9.2018).
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, «A future that works: Automation, Employment, and Productivity», en Mckinsey & Company, <http://www.mckinsey.com> (a fecha: 15.1.2017).
- NACIONES UNIDAS, Resolución aprobada por la Asamblea General, Millennium Development Goals (MDGs), A/RES/55/2, <http://www.un.org> (a fecha: 13.9.2000).

Oficina Federal de Estadísticas de Alemania (*Statistisches Bundesamt*), *Statistisches Jahrbuch Bundesanzeiger* Berlin 2012, <https://www.destatis.de> (a fecha: 4.11.2018).

RESCIGNO, Giuseppe Ugo, «Il progetto consegnato nel comma secondo dell'art. 3 della Costituzione italiana», en *Revista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> (a fecha: 11.7.2008).

SEGBERS, Franz, «Grundeinkommen-Voraussetzung für Selbstverwirklichung und Teilhabe?», en pág. 6, <https://www.franz-segbers.de> (a fecha: 1.3.2018).

## Abreviaturas

|            |  |
|------------|--|
| BVerfGE    | Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts/decisión del Tribunal Constitucional alemán   |
| BVerwGE    | Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts/decisión del Tribunal administrativo Federal  |
| BSGE       | Bundessozialgericht/Tribunal Social Federal  |
| BT         | Deutsche Bundestag/Parlamento alemán   |
| CE         | Constitución Española  |
| DINK       | Dual income, no kids   |
| EstG       | Einkommensteuergesetz/Impuesto sobre la renta  |
| FAZ        | Periódico Franfurter Allgemeine Zeitung  |
| GG         | Grundgesetz/Ley Fundamental de Bonn  |
| JZ         | Juristenzeitung/Periódico de juristas  |
| Núm. marg. | Número marginal  |
| PIB        | Producto interior bruto  |
| RB         | Renta básica   |
| RMI        | Renta mínima de inserción  |
| TAZ        | Periódico Tageszeitung   |
| VVDStrL    | Revista Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen staatsrechtslehrer/Publicaciones de la Asociación de Profesores de Derecho Constitucional |
| ZfP        | Zeitschrift für Politik/Revista para la política   |

# **Jurisprudencia**



## ¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019

End of the right to severance payment for termination of employment for the temporary staff in the Administrations?  
The Supreme Court judgment (social section) of March 13th 2019

José Cabrera Rodríguez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.06>

**LABURPENA:** Administrazio Publikoaren lan-kontratupeko bitarteko langileek beren lanpostua utzi beharragatik kalte-ordaina automatikoki jasotzeko eskubidearen aukera ireki zuen Diego Porras kasu entzutetsuak. Auzitegi Gorenak judizio aurreko bigarren gai bat planteatzean eta kasazioan gaiari emandako azken ebazpenean, hala ere, aukera hori hutsaldu egin da, eta, hala, bitarteko lan-kontratuen kalte-ordainerako araubidearen gainekoa gaizki-ulertu bat izan zela berretsi da. Hala ere, kasazioan emandako epaia adi irakurriz gero, argi ikusten da adierazpeneko alderdirik esanguratsuenak ez direla itxiztat jotzen dituen gai juridikoak, bai-zik eta zabalik uzten dituenak. Hala nola, bitarteko langile baten lanpostu-uzte *irregularrak* izango lituzkeen ondorioak edo langile «ez finko mugagabetzat» jo den langilearen kalte-ordainerako eskubideak.

**HITZ GAKOAK:** Kontratua amaitzeagatiko kalte-ordaina. Iraupen zehatzeko kontratua. Arrazoi objektiboak. Lan-baldintzak. Diskriminazioaren debekua.

**ABSTRACT:** The notorious case Diego Porras opened a path to an automatic right to severance payment on termination of employment for the temporary staff in the Administrations. The second reference for a preliminary ruling by the Supreme Court and the final ruling on the case in appeal has denied that possibility and rectified what it seemed to be just a misconception of the compensation regime for provisional contracts. Nevertheless, a detailed reading of the judgment on appeal shows that the most relevant part of the ruling are not the issues settled but those left open. Among them, the consequences arising from an irregular termination of employment of a temporary employee and the rights to compensation of that worker that is considered not permanent but with an open-ended contract.

**KEYWORDS:** Severance payment for termination of contract. Fixed-term contract. Objective reasons. Labour conditions. Prohibition of discrimination.

**RESUMEN:** El célebre asunto Diego Porras abrió la posibilidad de un derecho indemnizatorio automático por cese al personal laboral interino de la Administración pública. El planteamiento de una segunda cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo y la resolución final del asunto en casación han desmentido esta posibilidad y han rectificado lo que pareció ser un malentendido inicial sobre el régimen indemnizatorio del contrato de interinidad. Sin embargo, una lectura detenida de la sentencia dictada en casación demuestra que lo más relevante del pronunciamiento no son las cuestiones jurídicas que zanja, sino las que deja abiertas. Entre ellas, las consecuencias que tendría el cese *irregular* de un trabajador interino y la de los derechos indemnizatorios del declarado «indefinido no fijo».

**PALABRAS CLAVE:** Indemnización por finalización de contrato. Contrato de duración determinada. Razones objetivas. Condiciones de trabajo. Prohibición de discriminación.

Trabajo recibido el 11 de abril de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

## ¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019

End of the right to severance payment for termination of employment for the temporary staff in the Administrations?  
The Supreme Court judgment (social section) of March 13th 2019

José Cabrera Rodríguez

**Sumario:** I. Introducción. 1. Antecedentes del caso «Diego Porras». 2. La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la UE: Diego Porras 1. 3. La segunda sentencia del Tribunal de Justicia de la UE: Diego Porras 2. 4. La resolución en casación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. a) Improcedencia de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET. b) Improcedencia de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET 5. Voto particular.—II. Cuestiones imprejuzgadas por la sentencia de casación. 1. Aspectos procesales que condicionaron el pronunciamiento. 2. Subsistencia de la doctrina sentada en la STS (Social) de 28-3-2017 y derecho indemnizatorio en relaciones temporales anómalas o irregulares. a) Indemnización de «indefinido no fijo» y/o «interino de larga duración». b) Indemnización por cese irregular del trabajador interino por sustitución. 3. Excusatio non petita... ¿Inconstitucionalidad del artículo 49.1.c) ET? III. La cláusula 8 de la Directiva: prohibición de regresión. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

### I. Introducción

Sólo un par de años atrás, pronosticaba el profesor C. MOLINA NAVARRETE que «ha llegado la hora ... en [la] que la equiparación de los derechos subjetivos indemnizatorios por ceses objetivos creadores de daños indemnizables análogos aparece ya asumido como un auténtico derecho fundamental, sea cual sea la suerte final de la doctrina De Diego Porras» (1).

---

(1) C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnización por cese en el empleo público* [Bommarzo: Albacete, 2017], pág. 65.

El tiempo no le ha dado la razón. El pasado 13 de marzo de 2019, tras elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió finalmente el recurso de casación interpuesto por la Administración en el asunto «Diego Porras».

La sentencia rectifica la jurisprudencia que venía reconociendo, por aplicación analógica de la norma sobre despido objetivo [art. 53.1.b) ET], el derecho de los trabajadores laborales interinos de la Administración a una indemnización por cese de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Y, de paso, también deniega la posibilidad de reconocerles la inferior de doce días prevista para las otras modalidades de contratación temporal [art. 49.1.c) ET], por entender que la de interinidad es una modalidad específica no comparable a aquéllas.

Sin embargo, una lectura detenida de la sentencia demuestra que tal vez lo más relevante no sean las cuestiones jurídicas que resuelve, sino más bien las que deja impregunadas en su pronunciamiento. Entre ellas, la de las consecuencias que tendría el cese *irregular* de un trabajador interino y la de los derechos indemnizatorios del declarado «indefinido no fijo».

## 1. Antecedentes del caso «Diego Porras»

El objeto de la sentencia era la extinción de la relación laboral de una trabajadora temporal que prestó servicios para el Ministerio de Defensa, en virtud de sucesivos contratos de interinidad por sustitución, durante un total de siete años, un mes y trece días. El cese se produjo con motivo de la reincorporación de la trabajadora sustituida, al finalizar su dispensa de trabajo como liberada sindical. La pretensión de la demanda era la declaración del cese como despido nulo o, en su defecto, improcedente.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid desestimó por completo la demanda. En suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre tres puntos concretos. Primero, sobre si la indemnización por finalización de un contrato temporal se incluía entre las «condiciones de trabajo» respecto de las que la Directiva 1999/70/CE prohíbe un trato discriminatorio del trabajador temporal respecto a otro fijo comparable (2). Segundo, sobre si esta prohibición de trato discrimi-

---

(2) De acuerdo con su cláusula 4.1, «[p]or lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».



natorio supondría reconocer al trabajador temporal el derecho a percibir la indemnización reconocida al fijo comparable por un despido objetivo [art. 53.1.b) ET]. Tercero, sobre si la indemnización por cese prevista para las modalidades de contratación temporal distintas de la del interinaje [art. 49.1.c) ET] puede considerarse una transposición de la Directiva 1999/70/CE. Cuarto, sobre si sería una discriminación injustificada limitar el reconocimiento de esta indemnización a las otras modalidades de contratación temporal [art. 49.1.c) ET] y, sin embargo, denegársela al trabajador interino.

## 2. La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la UE: Diego Porras 1

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió a estas cuestiones en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14). Primero, confirmó que la indemnización por la finalización del contrato de trabajo estaba incluida en el concepto de «condiciones de trabajo», en cuanto que trae causa de la relación laboral entre el trabajador y su empresario.

Respecto a la segunda de las cuestiones, el Tribunal consideró que existía una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos «en la medida en que, a diferencia de [estos últimos, fijos], los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados» (3). Sin embargo, rehusó pronunciarse sobre las posibles diferencias de trato entre las diferentes modalidades de contratación temporal por no hallarse comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE.

Para entrar a valorar la licitud de la diferencia de trato, el Tribunal partió de la consideración de que la situación de la trabajadora temporal era comparable a la de un trabajador fijo. En particular, por el propio hecho de que ocupara «durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora» fija remplazada. Y, además, porque la trabajadora temporal «también efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que remplazó» (4).

Presumida la existencia de una situación comparable entre trabajador fijo y temporal, el Tribunal de Justicia vino a dictaminar que «ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden cons-

(3) STJUE de 14-9-2016, asunto Diego Porras 1 (C-596/14), apdo. 36.

(4) STJUE de 14-9-2016, asunto Diego Porras 1 (C-596/14), apdo. 43.

tituir, por sí solas, [las] razones objetivas» que justifiquen el trato diferenciado (5). Conclusión que entiende confirmada por el hecho de que la normativa interna sí que prevea, en cambio, la concesión de una indemnización por finalización del contrato en otras modalidades de contratación temporal.

A la vista de las respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró procedente el despido de la trabajadora interina, pero le reconoció el derecho a una indemnización similar a la prevista para los casos de despido objetivo [art. 53.1.b) ET].

### 3. La segunda sentencia del Tribunal de Justicia de la UE: Diego Porras 2

Recurrido el fallo en casación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide plantear una segunda cuestión prejudicial centrada en tres puntos. Primero, sobre si la prohibición de discriminación del personal temporal era compatible con la normativa interna que, mientras no contempla una indemnización para el trabajador interino cesado por reincorporación del trabajador sustituido, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas. Segundo, sobre si la indemnización prevista para la extinción de las otras modalidades de contratación temporal constituiría una medida preventiva y sancionadora como las exigidas por la Cláusula 5.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE, aun en cuando la contratación temporal se haya limitado a un solo contrato. Tercero, si excluir los contratos de interinaje de esta indemnización, en el supuesto de considerarse una medida preventiva y sancionadora, podría resultar incompatible con la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió a estas cuestiones en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17). Antes de entrar a responder la primera de ellas, el Tribunal consideró necesario señalar que la finalización de contrato de interinidad por la reincorporación del trabajador sustituido se produce «en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas [objetivas] previstas en el artículo 52 del [ET]» (6). En este último supuesto, observa acertadamente el Tribunal, «el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores

---

(5) STJUE de 14-9-2016, asunto Diego Porras 1 (C-596/14), apdo. 50.

(6) STJUE de 21-11-2018, asunto Diego Porras 2 (C-619/17), apdo. 70.

con contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables». Pues, en efecto, el artículo 53.1.b) ET establece la indemnización «con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo» (7). Por lo tanto, las diferencias entre las causas de extinción del artículo 52 ET y la del contrato de interinaje por reincorporación del trabajador sustituido constituirían una razón objetiva que justifica la diferencia de trato.

Respecto a la segunda cuestión planteada, el Tribunal de Justicia elude pronunciarse y declara que corresponde a los tribunales internos apreciar si la indemnización genéricamente prevista para la extinción de las restantes modalidades de contratación temporal distintas del interinaje [art. 49.1.c) ET] constituye una medida preventiva y sancionadora como las exigidas por la Cláusula 5.ª de la Directiva 1999/70/CE. De apreciar que sí lo fuera, concluye el Tribunal de Justicia, la diferencia de trato entre las distintas modalidades de contratación temporal cae fuera del ámbito de la Directiva 1999/70/CE y, por tanto, no determina su eventual ilicitud.

#### **4. La resolución en casación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**

A la vista de la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales planteadas, el Tribunal Supremo plantea el problema de fondo desde la perspectiva de la causalidad de la extinción del contrato de trabajo. Las únicas causas de extinción que afectan exclusivamente a los contratos temporales son las previstas en el artículo 49.1 c) ET. Las restantes causas son aplicables a todo tipo de contrato de trabajo, con independencia de su duración. Entre estas últimas, por cierto, se encuentran las causas objetivas de despido [arts. 52 y 53 ET], aplicables por igual a trabajadores fijos y temporales.

Desde esta perspectiva, la premisa para la solución del problema es clara: «El régimen indemnizatorio de la finalización del contrato de trabajo se establece en atención a cada tipo de causa de extinción del mismo» (8). Entre las distintas causas de extinción que llevan aparejado el pago de una indemnización legal tasada, existen diferencias en su cuantía. Pero estas diferencias «no guardan relación alguna con la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo». Sólo con la causa de la extinción.

---

(7) STJUE de 21-11-2018, asunto Diego Porras 2 (C-619/17), apdo. 73.

(8) [FJ 3º.2].

## a) IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 53.1.B) ET

El artículo 49.1 c) ET enumera las causas de extinción específicas de los contratos temporales que, por lo tanto, únicamente son aplicables a ellos. Entre estas causas de extinción específicas, la ley establece una diferencia de trato entre las distintas modalidades de contrato de trabajo temporal. En efecto, a dos de ellas —eventual [art. 15.1.b) ET] y obra o servicio [art. 15.1.b) ET]— les asocia el artículo 49.1.c) ET una indemnización de doce días de salario por año de trabajo, mientras que a la tercera de modalidad —interinidad por sustitución [art. 15.1.c)]— no le asocia indemnización. Pero esta diferencia de trato es irrelevante bajo la Directiva 1999/70/CE, porque sólo contiene una prohibición de discriminación específica de los trabajadores temporales respecto a «los trabajadores fijos comparables».

Dos conclusiones quedan claras. Primero, que las causas de extinción específicas de los contratos temporales no son aplicables a los fijos. Segundo, que las diferencias indemnizatorias responden a las diferencias entre las causas de extinción del contrato y no a su régimen temporal. En el supuesto concreto de autos, la consecuencia que se colige es clara: «La diferencia de trato [en que se basó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid] no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción» (9).

La norma indemnizatoria del artículo 53.1.b) ET, aplicable a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, no establece discriminación. Es igualmente aplicable a la extinción de contratos temporales y fijos. Como quiera que el artículo 53.1.b) ET no establece una discriminación prohibida por la Directiva 1999/70/CE, tampoco procederá invocar esta última para extender por analogía la aplicación del artículo 53.1.b) ET a supuestos de hecho distintos de los contemplados en la propia norma.

Por el contrario, la norma indemnizatoria del artículo 49.1.c) ET sí que establece un trato discriminatorio. Pero su aplicación no es susceptible de provocar un efecto menos favorable a los trabajadores temporales que a «los trabajadores fijos comparables». Por la sencilla y elemental razón de que el artículo 49.1.c) ET sólo incluye en su ámbito de aplicación las modalidades de contratación temporal y excluye toda contratación fija.

La discriminación que establece el artículo 49.1.c) ET es completamente independiente de la norma indemnizatoria del artículo 53.1.b) ET.

---

(9) [FJ 3º.4].

Los ámbitos *objetivos* de aplicación de estas dos normas no son coextensos(10): el presupuesto de hecho de la norma indemnizatoria del artículo 53.1.b) ET son las causas de extinción del contrato previstas en el artículo 52 ET. Mientras que el presupuesto de hecho del artículo 49.1.c) ET, en cambio, son las causas de extinción del contrato previstas en el artículo 15 ET.

En palabras de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, «cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo». Es decir, «precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición». Mientras que, sin embargo, «[l]a posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido»(11).

En resumen, puesto que la norma indemnizatoria del artículo 53.1.b) ET no contiene ninguna discriminación relevante para la Cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE, ésta última no tiene el efecto de ampliar su ámbito de aplicación a supuestos de hecho distintos de los allí contemplados.

#### b) IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 49.1.c) ET

Negada la posibilidad de aplicación analógica de la indemnización de veinte días por causas objetivas [art. 53.1.b) ET], la sentencia de casación aborda la compatibilidad del trato diferenciado que el artículo 49.1.c) ET establece entre las propias modalidades de contratación temporal. Pero la compatibilidad del artículo 49.1.c) ET con la Directiva 1999/70/CE no se valora ya aquí por contraste con su Cláusula 4.<sup>a</sup>, sobre prohibición de trato discriminatorio del trabajador temporal respecto al fijo. Sino por contraste con su Cláusula 5.<sup>a</sup>, sobre la obligación de adoptar medidas legales que prevengan y sancionen la contratación laboral temporal en fraude de ley.

Recuérdese que el Tribunal de Justicia había eludido pronunciarse sobre esta cuestión. Y, sin embargo, el Tribunal Supremo lo da ya por sentado: «a la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece

---

(10) Sí son parcialmente coextensos los ámbitos *subjetivos* de aplicación de ambas normas: en efecto, los trabajadores temporales que pueden ver finalizado su contrato por las causas del artículo 49.1.c) ET también pueden verlo extinguido, además, por las causas previstas en los artículos 52 y 53.1.b) ET.

(11) [FJ 3<sup>o</sup>.4]

que pueda entenderse que la fijación de la indemnización [del artículo 49.1.c) ET] constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva» (12).

Y de ahí concluye que «la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales [del artículo 49.1.c) ET], no solo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo [...] en tanto que la misma [norma indemnizatoria del artículo 49.1.c) ET], precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento» (13).

Pero todavía añade una razón más el Tribunal Supremo para negar que exista una correspondencia entre la norma indemnizatoria del artículo 49.1.c) ET y la Cláusula 5.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE: el artículo 15.3 ET. Y es que «la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva [1999/70/CE] se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnizaron de 12 días» (14).

Queda así descartada también la posibilidad de extender, *al amparo de la cláusula 5.<sup>a</sup> de la Directiva*, la aplicación de la norma indemnizatoria del artículo 49.1.c) ET a los contratos de interinaje por sustitución cuando su causa de extinción sea precisamente la que les es propia y exclusiva a este tipo concreto de contratos temporales, a saber: la reincorporación del trabajador sustituido con el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Cuestión distinta es la de que, *al margen de la cláusula 5.<sup>a</sup> de la Directiva*, procediera extender la aplicación del artículo 49.1.c) ET por considerar que esta norma incurre en discriminación injustificada de los contratos de interinaje respecto a las restantes modalidades de contratación temporal. Aunque la Sala de lo Social del Tribunal Supremo elude confrontar —al menos, expresamente— el artículo 49.1.c) ET con la prohibición general de discriminación [art. 14 CE], sí deja caer una posible justificación del diferente trato otorgado por el artículo 49.1.c) ET al contrato de interinaje por sustitución frente a las otras modalidades de contratación temporal.

---

(12) [FJ 4.º.3]

(13) [FJ 4.º.3]

(14) [FJ 4.º.3]

«[P]or más que “*a priori*” pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales», dice el Tribunal, «la distinta solución de nuestra norma legal [art. 49.1.c) ET] obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que[,] en el caso de la interinidad por sustitución[,] el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo». Y «dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a». Así, en opinión del Tribunal Supremo, «el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE)» (15). Mientras que «[n]ada de ello ... concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET», ni en la eventual [art. 15.1.b) ET] ni en la de obra o servicio [art. 15.1.a) ET].

Por esta razón, el estímulo que para la empresa pudiera suponer la norma del artículo 49.1.c) ET —mediante la prórroga del contrato temporal o su conversión en fijo— carecería de sentido en el interinaje por sustitución, concluye la Sala, «puesto que el empleo [el puesto de trabajo] permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse» (16).

En suma, el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid —y ésta es la doctrina sentada aquí en casación— «en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad» (17).

## 5. Voto particular

La sentencia viene acompañada del voto particular formulado por el magistrado F. Salinas Molina y al que se adhiere también R. Virolès Piñol. Los magistrados discrepantes están de acuerdo con la Sala en cuanto a que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se basó en una premisa errónea para reconocer el derecho a la indemnización. La de que existía un trato discriminatorio en el despido objetivo entre fijos y temporales. No hay controversia, por lo tanto, en la inaplicación de la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE al caso de autos. Sí la hay, en cambio, en cuanto a la aplicación de su cláusula 5.<sup>a</sup> y las consecuencias que ello debería haber comportado. En concreto, la aplicación de la cláusula 5.<sup>a</sup> ofrecería, según el voto particular, dos posibles soluciones al supuesto de autos.

---

(15) [FJ 4<sup>o</sup>.4]

(16) [FJ 4<sup>o</sup>.4]

(17) [FJ 4<sup>o</sup>.4]

Primero, la de considerar que el contrato de interinaje, pese a su eventual licitud y a la concurrencia de una causa lícita de extinción, presentaba «una duración inusualmente larga» que hacía imprevisible su finalización y, por tanto, debería haberse calificado como relación laboral indefinida.

La segunda posible solución, en defecto de la anterior, pasaría por haber declarado que la exclusión de los interinos del artículo 49.1.c) ET es un trato discriminatorio injustificado y que, por tanto, procedería extenderles su aplicación y reconocerles el derecho a la indemnización allí prevista.

## II. Cuestiones imprejuizadas por la sentencia de casación

### 1. Aspectos procesales que condicionaron el pronunciamiento

La pretensión de la demanda inicial interpuesta por la trabajadora era la declaración del cese como despido nulo o, en su defecto, improcedente. La petición principal de nulidad del despido se fundaba en la eventual falta de autorización de quien comunicó el cese y la indefensión derivada de la escasa información contenida en la comunicación escrita del cese. Nótese que esta pretensión principal fue rechazada en primera instancia por el Juzgado de lo Social y no volvió a ser reproducida en suplicación.

La pretensión subsidiaria de improcedencia del despido se fundamentaba en el argumento de que la relación laboral de la trabajadora debería considerarse indefinida. Por dos razones: la concatenación de contratos temporales sucesivos y el hecho de que la trabajadora interina hubiera prestado servicios en puestos distintos al de la trabajadora sustituida. Dos argumentos con los que afirmar la temporalidad en fraude de ley y pretender la consiguiente conversión de su relación laboral temporal en indefinida.

El primer argumento fue rechazado en primera instancia y no se reiteró en suplicación. En efecto, el Juzgado consideró que sólo debía tomarse en consideración el último de todos los contratos temporales concatenados. Tesis que el Supremo entiende implícitamente aceptada por la trabajadora demandante en cuanto no se opuso a ella en el recurso de suplicación.

El segundo argumento fue rechazado en primera instancia y se reiteró en en suplicación, pero fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En primera instancia, el Juzgado desechó el argumento porque, como se ha dicho, sólo tomó en consideración el último de los contratos. Y en este último contrato, en efecto, la trabajadora interina sí ocupó el mismo puesto de la trabajadora sustituida. En suplicación, el ar-



gumento volvió a rechazarse. Esta vez, por entender el Tribunal Superior de Justicia que las alteraciones del puesto de la trabajadora interina respondían a las facultades de dirección o *ius variandi* de la Administración empleadora.

La trabajadora no reiteró el argumento en casación. Razón por la que el Tribunal Supremo descarta poder pronunciarse ahora sobre este extremo en su sentencia: «[E]n este estado del procedimiento, no se suscita ya la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado indefinida» (18). Y, por tanto, como reconocen expresamente los magistrados en la sentencia, «no se dan aquí elementos que nos obliguen a responder a cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales, como apuntaba la ... STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos — C-677/16)» (19).

Resulta evidente, pues, que esta limitación procesal es determinante para comprender el alcance del pronunciamiento. En particular, en la medida en que excluye del debate casacional las consecuencias de una relación temporal que, por sus irregularidades, degenerara en atípica o anómala.

## **2. Subsistencia de la doctrina sentada en la STS (Social) de 28-3-2017 y derecho indemnizatorio en relaciones temporales anómalas o irregulares**

### **a) INDEMNIZACIÓN DE «INDEFINIDO NO FIJO» Y/O «INTERINO DE LARGA DURACIÓN»**

La conclusión de la sentencia es la de que un empleado público laboral, con contrato de interinidad por sustitución de trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, no tiene derecho a la indemnización por cese del artículo 49.1.c) ET, ni a la del artículo 53.1.b) ET. El fallo se limita específicamente al contrato de interinidad por sustitución, que es la única modalidad de relación laboral temporal sometida al criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las dos cuestiones prejudiciales que se plantearon a lo largo de este proceso. Primero, en suplicación [Diego Porras 1 (C-596/14) (20) y, luego, en casación [Diego Porras 2 (C-619/17) (21)].

---

(18) [FJ 5º.1]

(19) [FJ 5º.1]

(20) STJUE de 14-9-2016, asunto Diego Porras 1 (C-596/14).

(21) STJUE de 21-11-2018, asunto Diego Porras 2 (C-619/17).

Nótese que, por contra, nada dice la sentencia comentada sobre las que podrían denominarse formas atípicas (o anómalas) de relación temporal: la del «interino de larga duración» [Montero Mateos (C-677/16) (22)] y la del «indefinido no fijo» [Huétor Vega (C-86/14) (23), Vernaza Ayovi (C-96/17) (24)]. Ambas categorías son creaciones jurisprudenciales en las que bien puede desembocar cualquier relación temporal típica por sus irregularidades, ya sean iniciales (25) o sobrevenidas (26). También, por descontado, una relación de interinidad por sustitución, como la que es aquí objeto de la sentencia.

No obstante, en el caso de autos, el propio desarrollo procesal impidió a la sentencia de casación considerar la posibilidad de que esta relación temporal típica (o lícita) —interinidad por sustitución— hubiera podido degenerar en otra relación temporal atípica (o anómala), como la del «interino de larga duración» o la del «indefinido no fijo». El propio Tribunal Supremo reconoce expresamente esta limitación en su sentencia, pero no descarta su viabilidad a la vista de las circunstancias del caso (27).

Queda, por tanto, intacta la cuestión de los derechos indemnizatorios por cese de los «interinos de larga duración» y de los «indefinidos no fijos». A este respecto, no puede entenderse derogada la jurisprudencia sentada en la anterior sentencia de 28-3-2017 (28), donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirmó expresamente los derechos indemnizatorios del empleado laboral «indefinido no fijo» al servicio de la Administración pública por el cese derivado de la cobertura reglamentaria de su plaza (29).

(22) STJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16). *Vid.* también STC 240/1999, de 20 de diciembre; STC 203/2000, de 24 de julio.

(23) ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14).

(24) STJUE de 25 de julio de 2018 (C-96/17).

(25) Cuando la causa de la temporalidad sea inicialmente inexistente o defectuosa en su vinculación al contrato de interinidad (p. ej., falta de correspondencia entre el puesto del trabajador sustituido y el asignado al sustituto interino).

(26) Típicamente, supuestos de cesión ilegal de trabajadores o de persistencia anormalmente prolongada en la relación de servicios del trabajador interino, más allá del momento de desaparición de la causa de temporalidad.

(27) *Supra*, notas n.º 18 y n.º 19: «[E]n este estado del procedimiento, no se suscita ya la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado indefinida». Y, por tanto, «no se dan aquí elementos que nos obliguen a responder a cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales, como apuntaba la ... STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos — C-677/16)».

(28) STS (Soc) de 28-3-2017, FJ 3º-4.

(29) Con posterioridad a la redacción de este trabajo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ratificó la interpretación aquí mantenida y confirmó que el trabajador declarado «indefinido no fijo», a diferencia del interino, sí tiene derecho a indemnización por su cese: STS (Soc) de 28-3-2019 (rec. 997/2017).

En concreto, aquella sentencia de 28-3-2017 rectificó la jurisprudencia anterior que le venía reconociendo el derecho a la indemnización del artículo 49.1.c) ET y, por insuficiente, la reemplazó por la prevista en el artículo 53.1.b) ET para el despido por causas objetivas. Las razones que motivaron esta decisión se resumían en tres(30). Primero, por entender que la distinción expresa entre «fijo», «indefinido» y «temporal» [arts. 8.2.c) y 11.1 EBEP] conlleva que el «indefinido no fijo» no sea equiparable al temporal. Segundo, porque el origen de la categoría «indefinido no fijo» responde a la actuación ilegal de un órgano administrativo. Y tercero, «dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación [indemnizatoria] del trabajador «indefinido no fijo» a [l] temporal» (31).

Distinto de la categoría de trabajador «indefinido no fijo» es el concepto de «interino de larga duración», que también queda imprejuizado por la sentencia de 13-3-2019 y, por tanto, inalterado por su pronunciamiento. Se diferencia del «indefinido no fijo» en que no requiere una declaración expresa, administrativa o judicial, que corrobore su condición. Es decir, el «interino de larga duración» lo es por la realidad de los propios hechos y no por una operación jurídica, a diferencia del «indefinido no fijo».

En principio, el concepto y denominación de «interino de larga duración» tienen su origen en la jurisprudencia constitucional interna(32). Pero se entiende perfectamente equiparable, de hecho, a lo que la jurisprudencia europea reciente ha considerado como contratos de trabajo temporales de «duración inusualmente larga»(33) y de finalización «imprevisible»(34). Nótese que, por sus peculiares características, el con-

---

(30) STS (Soc) de 28-3-2017, FJ 3º-4.

(31) STS (Soc) de 28-3-2017, FJ 3º-4.

(32) STC 240/1999, de 20 de diciembre; STC 203/2000, de 24 de julio.

(33) Aunque la referencia a la de «duración inusualmente larga» de la relación temporal viene de la STJUE de 5-6-2018, asunto Montero Mateos (C-677/16), anteriores pronunciamientos del Tribunal de Justicia ya habían hablado también de una «duración anormalmente larga» a efectos de valorar el eventual fraude en la contratación temporal. En la STJUE 15-4-2008, asunto Impact (C-268/02), el Tribunal de Justicia declaró que «una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas, contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva [1999/70/CE] [...] respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada, que consisten en renovar tales contratos por una *duración anormalmente larga* [...] entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a dicha Directiva y la de entrada en vigor de la Ley mediante la que se lleva a cabo dicha adaptación» [ap. 92].

(34) STJUE de 5-6-2018, asunto Montero Mateos (C-677/16), ap. 61-64.

trato de interinidad por sustitución se revela como una modalidad de contratación temporal especialmente propicia para derivar en «interinidad de larga duración».

A diferencia de las otras modalidades de interinidad, la de sustitución carece virtualmente de un límite temporal máximo. En efecto, la duración del contrato de interinidad por sustitución será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo [art. 4.2.b) RD 2720/1998]. Si bien es cierto que no podrá exceder el plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación del trabajador sustituido [8.1.c).2ª RD 2720/1998]. No obstante, cuando la causa del derecho a la reserva de puesto de trabajo se deba al ejercicio de funciones sindicales, como en la sentencia comentada, la ausencia del trabajador sustituido puede prolongarse indefinidamente en el tiempo(35). Circunstancia que responde a la propia configuración legal de este tipo de contrato y que se pone de relieve en el voto particular, tanto en el caso concreto de autos como también(36), de hecho, con carácter general(37).

Sin embargo, la sentencia comentada también deja aquí imprejuizada la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Montero Mateos* (C-677/16). Ya no sólo en cuanto a un eventual derecho indemnizatorio del trabajador cesado. Sino en cuanto allí se encomienda a los órganos jurisdiccionales internos «examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo»(38). Nótese que, de llegar a esta conclusión y haberse producido el cese, procedería calificarlo de ilegal y determinar la indemnización correspondiente. Caso contrario, se incurriría en un trato discriminatorio entre trabajadores fijos.

(35) Véase el artículo 9.1.b) LOLS: «Quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal, en las organizaciones sindicales más representativas, tendrán derecho: [...] A la excedencia forzosa, o a la situación equivalente en el ámbito de la Función Pública, con derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese».

(36) En el caso de la sentencia comentada, «el contrato de interinidad por sustitución [...] alcanzó una duración de 7 años, 1 mes y 13 días (e incluso hipotéticamente pudiera haber tenido una mayor duración de no haber concurrido la situación de crisis económica, plasmada en el RDL 20/2012, que provocó la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida». [apdo. II.2.1]

(37) «[E]xisten en nuestra legislación modalidades contractuales temporales que formalmente permiten unas duraciones inusuales [...], que incluso podría[n] llegar a tener carencia para acceder a la jubilación de un trabajador con base exclusiva [en] las cotizaciones efectuadas durante sus contratos de interinidad». [apdo. II.3.8].

(38) STJUE de 5-6-2018, asunto *Montero Mateos* (C-677/16), ap. 64.

b) INDEMNIZACIÓN POR CESE *IRREGULAR* DEL TRABAJADOR INTERINO POR SUSTITUCIÓN

Tampoco se ha pronunciado la sentencia de 13-3-2019 sobre el derecho indemnizatorio que pudiera corresponder al interino por sustitución que, pese a la regularidad de su relación laboral temporal, fuese objeto de un cese irregular. Recuérdese que el Tribunal Supremo se ha limitado aquí a «negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese *regular* del contrato de interinidad» (39). Al margen, pues, de un eventual cese *irregular*.

El cese será regular cuando obedezca a la causa de extinción propia y específica del contrato de interinidad por sustitución(40). No sólo cuando se produzca la reincorporación del trabajador sustituido con derecho a reserva del puesto de trabajo, como sucede en la sentencia comentada(41). También por el vencimiento del plazo de reserva del puesto de trabajo, legal o convencionalmente establecido, sin producirse la reincorporación del trabajador sustituido(42). O también, en fin, por la desaparición de la causa que haya dado lugar a la reserva del puesto trabajo en cuestión(43), aun cuando tal reserva subsista con fundamento en otra causa nueva(44).

(39) [FJ 4º.4]

(40) J. M. CAMPOS DAROCA, *La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral* [Bosch: Barcelona, 2013], págs. 285-290. J. LÓPEZ GANDÍA / D. TOSCANI GIMÉNEZ, *El personal interino de las Administraciones públicas* [Bomarzo: Albacete, 2010], págs. 117-118.

(41) Artículo 8.1.c) del Real Decreto 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.

(42) Como señala J. M. CAMPOS DAROCA [*La extinción...*, *cit.*, pág. 287]: «la expiración del plazo de reserva del puesto de trabajo sin que el sustituido se reincorpore determina la extinción de la interinidad, sin perjuicio de la existencia de una vacante que dé lugar a un nuevo contrato ahora por vacante».

(43) Por ejemplo, por jubilación o declaración de incapacidad permanente del trabajador sustituido. Una antigua jurisprudencia venía entendiendo que, en estos casos, la relación laboral de interinidad por sustitución se transformaba automáticamente en una de interinidad por vacante o, incluso, en una relación laboral indefinida. El Tribunal Supremo abandonó definitivamente este criterio en la STS (Soc) de 16-5-2005, por entender que carecía de fundamento legal tras la derogación del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada. En concreto, su artículo 4.2.d) establecía expresamente que los contratos de interinidad por sustitución «[s]e considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido o cuando tras la reincorporación continué prestando servicios».

(44) STSJ de Valencia de 11-3-2004 [FJ 3º]: «El dato de que el trabajador sustituido pase a otra situación distinta o no se reincorporara, no puede determinar que continúe el contrato de interinidad, pues se trata de una nueva situación de distinta duración en la que el empresario decidirá libremente si concierta o no un nuevo contrato de interinidad, con la anterior o con otra trabajadora». También las SSTSJ de Andalucía de 11-3-2010 [FJ 2º] y de 19-11-2009 [FJ 1º]. Cuestión específica es la derivada de la aplicación del artículo 48.2 ET, relativo a la subsistencia de la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva derivada la declaración de incapacidad permanente total o absoluta, durante un periodo de dos años a contar desde la declaración de incapacidad permanente. Al respecto, sobre la relevancia para la subsistencia del contrato de interinidad por sustitución, *vid.* J. M. CAMPOS DAROCA, *La extinción...*, *cit.*, págs. 288-289.

El cese será irregular, por el contrario, cuando no se haga efectiva la reincorporación o cuando, pese a hacerse efectiva, estuviera viciada por irregularidades(45). Por ejemplo, cuando exista una discordancia temporal significativa entre la fecha del cese y la de la reincorporación efectiva(46); cuando no hubiera mediado la previa denuncia expresa del contrato(47); o cuando el contrato de interinidad por sustitución, válidamente celebrado, sucede o reemplaza a otro contrato temporal anterior en fraude de ley(48).

En todos estos casos, el cese deberá calificarse de despido improcedente —o, en su caso, nulo—, con el correspondiente derecho indemnizatorio. Sin poder oponerse a ello la naturaleza jurídico-pública del empleador(49). La distinción es clave para comprender el alcance del pronunciamiento, porque el ordenamiento español asocia consecuencias distintas al cese del trabajador temporal en función del carácter *regular* o *irregular* de la extinción(50). Y, sobre este último caso, nada dice la sentencia comentada.

(45) STSJ Castilla-La Mancha (Soc.) de 25-9-2013, FJ 3º: «las peculiaridades de la relación laboral cuando el empleador es la Administración Pública a que se refiere la jurisprudencia referida no alcanzan a la posibilidad de extinguir unilateralmente el contrato de interinidad por sustitución sin sometimiento a las causas previstas en la normativa aplicable».

(46) SSTSJ Andalucía (Soc.) de 19-12-2002 y 14-11-2018. En términos rotundos, STSJ Baleares (Soc.) de 29-1-2010, FJ 10º [confirmada en casación: STS (Soc.) 20-9-2013]: «[L]a duración y extinción del contrato de trabajo de interinaje [...] se deben acomodar a la naturaleza del contrato de trabajo de la persona sustituida, sin que proceda fijar plazos concretos de duración de dichos contratos temporales, ni se puedan extinguir antes de la reincorporación del trabajador sustituido con reserva de puesto de trabajo o se extinga definitivamente su relación laboral, por lo que no es posible que los centros [educativos] concertados limiten la contratación de los sustitutos del personal docente, limitando la duración del interinaje al curso escolar, es decir extinguiendo sus contratos de trabajo el 30 de junio, coincidiendo con la finalización del curso escolar y volverlos a contratar al inicio del nuevo curso a principios de septiembre, sin que el trabajador sustituido con reserva de plaza se halla reincorporado a su puesto de trabajo».

(47) Artículo 8.2 del Real Decreto 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.

(48) STSJ Madrid (Soc) de 5-3-2018. STSJ País Vasco (Soc) de 13-11-2018, FJ 3º-2: «La nulidad de alguno de los contratos de una cadena de contratación temporal afecta a la validez de los celebrados posteriormente, que quedan contaminados, por lo que no es preciso el análisis de todos y cada uno de ellos, pues se entiende que la irregularidad de uno de los contratos de la cadena no puede ser subsanable mediante contratos temporales posteriores ya que, en base al artículo 3.5 ET el trabajador no puede renunciar a la situación jurídica de fijeza que de tal irregularidad se deriva. La irregularidad padecida por un contrato temporal, que inicia la serie de los concertados entre la empresa y el trabajador, tiene por efecto que la relación laboral sea de carácter indefinido desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad».

(49) En efecto, como afirma la STSJ Castilla-La Mancha (Soc.) de 25-9-2013, FJ 3º: «las peculiaridades de la relación laboral cuando el empleador es la Administración Pública [...] no alcanzan a la posibilidad de extinguir unilateralmente el contrato de interinidad por sustitución sin sometimiento a las causas previstas en la normativa aplicable».

(50) A diferencia de otros ordenamientos europeos, como se observa en el estudio comparativo de S. KAMANABROU, «Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 33, n.º 2, 2017, págs. 227-228; *idem*, *Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU* [Mohr Siebeck: Tubinga, 2016], pág. 629.

### 3. *Excusatio non petita*... ¿Inconstitucionalidad del artículo 49.1.c) ET?

Es llamativo que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su cuestión prejudicial, planteara la exclusión de los interinos del artículo 49.1.c) ET únicamente desde la perspectiva de la cláusula 5.<sup>a</sup> de la Directiva y que, en cambio, no la cuestionara también desde la perspectiva del derecho a la igualdad y la prohibición general de discriminación. Recuérdese que ambos, además de en la propia norma constitucional interna [art. 14 CE], también están recogidos en los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también aplicables al caso (51).

De hecho, por ejemplo, en el asunto Vernaza Ayovi (C-96/17), el Juzgado de lo Social que cuestionó el posible trato discriminatorio injustificado del artículo 96.2 EBEP planteó esta misma cuestión anterior, tanto desde la perspectiva de la cláusula 4 de la Directiva, como desde la del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (52).

Las consecuencias de acudir a esta segunda norma de contraste podrían ser bien distintas de las alcanzadas por la sentencia. No sólo porque el principio de igualdad y la prohibición general de discriminación permiten una comparación entre las propias modalidades de contratación temporal y, por consiguiente, un enjuiciamiento directo de su trato indemnizatorio diferenciado en el artículo 49.1.c) ET. Sino también y sobre todo porque, aparte de ampliar el término posible de comparación, el artículo 20 de la Carta comporta un canon de enjuiciamiento del trato diferenciado mucho más estricto que el de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE (53).

(51) Conforme al artículo 51.1 de la Carta, sus disposiciones son aplicables a los Estados Miembros «cuando apliquen el Derecho de la Unión». Al respecto, *vid.* A. AGUILAR CALAHORRO, «La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, págs. 973-1011.

(52) STJUE de 25-7-2018, asunto Vernaza Ayovi (C-96/17), ap. 18; 20: «Procede señalar con carácter preliminar que, en la medida en que la Directiva 1999/70, y en particular la cláusula 4 [...] aplica, en lo que respecta a los trabajadores con contrato de duración determinada, el principio de igualdad jurídica recogido en el artículo 20 de la Carta, la situación objeto del litigio principal debe examinarse a la luz de la Directiva y del Acuerdo marco».

(53) Como acertadamente ha señalado A. NUMHAUSER-HENNING, «Fixed-Term Work in Nordic Labour Law», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, n.º 4, págs. 454-455: «Clause 4 prohibits differential treatment of fixed-term workers *solely* because they have a fixed-term contract – that is it forbids *direct discrimination* and thus not, as it might seem, *indirect discrimination*. Furthermore, unlike what has – at least traditionally – been understood as the view of the ECJ in cases of sex discrimination, *direct discrimination solely on the grounds of the fixed-term contract may be accepted if justified on objective grounds*. These conditions reflect the restricted scope of the Directive/Framework Agreement; or, to put it another way, the ambiguity concerning the use of fixed-term work. The existence of accepted different modes of employment where the most vital employment conditions are concerned – length of and rules on expiry of the employment contract – is a prerequisite for further regulation and differential treatment is as regards other employment conditions, typically supposed to be on occasion objectively justified. This reveals a somewhat limited ambition with respect to the equal treatment principle as well».

Bajo el artículo 20 de la Carta, por ejemplo, tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Supremo podrían haber entrado a valorar el posible efecto desfavorable que comportaría indirectamente para el personal temporal una norma indemnizatoria que, pese a ser igualmente aplicable a fijos y temporales, contiene una forma de cálculo de la indemnización cuya aplicación va en detrimento de los segundos frente a los primeros (54).

Y, sobre todo, el artículo 20 de la Carta habría sido la norma de contraste idónea para valorar la posible aplicación al caso del artículo 49.1.c) ET. Por eso, cuesta entender que el Tribunal Supremo, cuando reconoce la necesidad de abordar «esa diferencia de trato entre interinos y el resto de trabajadores temporales» (55), elija como norma de contraste la cláusula 5. E incluso llega a afirmar que, al plantearlo así en la cuestión prejudicial, pretendía «agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión y despejar las dudas sobre si la ley española [¿el art. 49.1.c) ET?] hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5» (56) de la Directiva 1999/70/CE. ¿Olvida acaso la Sala de lo Social que la norma europea adecuada para enjuiciar la validez de un trato desigual entre trabajadores temporales era el artículo 20 de la Carta?

El razonamiento del Tribunal Supremo parece asumir implícitamente la idea —sin duda, equivocada— de que la única norma antidiscriminatoria europea aplicable al trabajo temporal era la cláusula 4 de la Directiva. Y que, como ésta limita su alcance al contraste de las condiciones de trabajo del personal temporal frente al fijo comparable, entonces la única norma restante para enjuiciar la compatibilidad del artículo 49.1.c) ET con el Derecho de la Unión Europea era la cláusula 5. Es decir, como si no existiera Derecho europeo aplicable al caso más allá de la Directiva...

---

(54) Como sugiere R. GÓMEZ GORDILLO, «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, pág. 247: «La indemnización tampoco está relacionada con la duración del contrato, si bien en la mayoría de supuestos su cuantía se calcula atendiendo a la antigüedad en la empresa, de forma que su monto es directamente proporcional al número de años trabajado. De esta forma, aunque estos preceptos resultan aplicables por igual a la extinción de contratos fijos y temporales, la forma de cálculo perjudica a quienes realizan prestaciones de trabajo de escasa duración, si bien es cierto que en algún supuesto, como el de muerte o jubilación del empleador, la indemnización no es creciente». En todo caso, el efecto desfavorable para los trabajadores temporales de la forma de cálculo de la indemnización sería una *discriminación indirecta*, mientras que la prohibición de la cláusula 4 de la Directiva se restringe a la *discriminación directa* («por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada»). *Vid. infra*, nota n.º 52.

(55) [FJ 4º.1]

(56) [FJ 4º.1]



Por supuesto, al elegir la cláusula 5 como norma de contraste, el debate se desvía inmediatamente de su curso natural. Y, aunque la sentencia se disponía a enjuiciar aquí «esa diferencia de trato entre interinos y el resto de trabajadores temporales» (57), el Tribunal Supremo pasa a disertar sobre el eventual carácter disuasorio y sancionador del artículo 49.1.c) ET. Para negarlo, por cierto, bajo el argumento de que esta norma indemnizatoria presupone «la regularidad de [los] contratos temporales» a los que viene asociada (58). De donde se colegiría, según el Tribunal Supremo, que la prevista en el artículo 49.1.c) ET «se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento» (59) y que, por tanto, no procede tampoco su reconocimiento en el caso de autos (60).

Consciente de que el debate sobre la legitimidad de la diferencia de trato se ha desviado por completo, el Tribunal Supremo parece querer intentar justificarse en el último momento. Y añade entonces el pasaje ya citado (61), donde afirma que el trato diferenciado del consabido artículo 49.1.c) ET se justifica por el hecho de que la interinidad por sustitución, a diferencia de las otras modalidades del artículo 15.1 ET, presupone la existencia de un puesto de trabajo cubierto por otra persona con derecho a su reserva y que pervive tras el cese del trabajador interino. La protección del derecho al trabajo del sustituido [art. 35 CE] sería la justificación constitucional de su temporalidad y lo sería también, concluye la sentencia, de su trato diferenciado respecto a las otras modalidades de contratación temporal.

Como se sugiere en el voto particular, esta justificación es desacertada. Fundamentalmente porque no es cierto que el artículo 49.1.c) ET excluya del derecho indemnizatorio a los interinos por sustitución, como afirma la sentencia. El artículo 49.1.c) ET excepciona «los casos del contrato de interinidad [en general] y de los contratos formativos». Al margen de estos últimos, la exclusión de los contratos interinos no se ciñe a la interinidad *por sustitución*. Aplicada en el ámbito del empleo público, esta exclusión genérica abarcaría las dos (sub)modalidades existentes de interinidad: la de sustitución y la de cobertura temporal de un puesto de

---

(57) [FJ 4º.1]

(58) [FJ 4º.1]

(59) [FJ 4º.1]

(60) La afirmación de que la indemnización del artículo 49.1.c) ET está pensada para los contratos temporales regulares —y no para los fraudulentos— se emplea en la sentencia para justificar su inaplicación al supuesto de autos. Argumento que resulta contradictorio si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo había partido allí de la premisa de que el contrato de interinidad por sustitución de la trabajadora que se estaba enjuiciando era válido y regular. *Vid. supra* [...].

(61) *Supra*, nota n.º 15.

trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (62).

Es evidente que, en este último caso, la exclusión genérica del derecho al percibo de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET no puede justificarse en los términos pretendidos por el Tribunal Supremo. Pues es obvio que la interinidad no obedece aquí a la necesidad de garantizar el derecho de un trabajador sustituido a la reserva de su puesto de trabajo (63).

La sentencia comentada no distingue ambas modalidades de interinidad y, sin embargo, considera justificada la exclusión del artículo 49.1.c) ET. Hasta el punto de «negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad» (64), en términos absolutos. Lo que deja abierta la puerta a cuestionar la constitucionalidad de este precepto. Al menos, respecto a la exclusión de la interinidad en plaza vacante.

### III. La cláusula 8 de la Directiva: prohibición de regresión

No parece claro que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya tenido presente, en su sentencia, la cláusula 8 de la Directiva 1999/70/CE y, en concreto, la prohibición general de regresión que allí se establece.

En su apartado 1, la cláusula 8 permite a los Estados miembros «mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el presente Acuerdo». Según su apartado 3, por el contrario, «[l]a aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel ge-

(62) Prevista en el segundo párrafo del artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada: «El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva».

(63) De hecho, uno de los magistrados que suscribe la sentencia comentada ha criticado expresamente la utilización expansiva del contrato de interinidad por sustitución en el sector público: A.V. SEMPERE NAVARRO, «Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas», en: F.J. GÁRATE CASTRO (coord.), *Las relaciones laborales en las administraciones locales* [Fundación Democracia y Gobierno Local: Madrid, 2004], pág. 96. En opinión del profesor y magistrado, «la interinidad ha de encajarse en supuestos para los que pueda hablarse propiamente de sustituciones; se trata, desde otro punto de vista, de casos en que el trabajador venía obligado a desarrollar su actividad y por cualquier motivo no ha podido hacerlo. Sin obligación de prestar la actividad correspondiente a su jornada ordinaria e inejecución de la misma a cargo de trabajador titular mal puede hablarse de sustitución: cuando los permisos retribuidos o los descansos, o la jornada reducida generen necesidades de trabajo adicional habrá de acudir a expedientes diversos, entre los cuales el contrato eventual ocupa un lugar destacado».

(64) [FJ 4º.4]

neral de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el [Acuerdo]» (65).

Hasta la fecha, todas las ocasiones en que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre esta prohibición de regresión lo han sido con motivo de reformas legislativas. Es decir, con disposiciones de carácter general. Nunca en relación con una determinada doctrina jurisprudencial interna desarrollada por los tribunales nacionales de los Estados Miembros en su interpretación y aplicación —judiciales— de la Directiva 1999/70/CE.

Aunque escasa, la jurisprudencia europea que ha interpretado la cláusula 8.3 de la Directiva 1999/70/CE hasta la fecha permite definir el contenido y alcance de esta prohibición de regresión. De entrada, se ha dicho que la cláusula impone «a los Estados miembros una verdadera obligación de contenido negativo, consistente en no utilizar la adaptación del Derecho interno a las directivas como motivo para reducir la protección que el ordenamiento jurídico nacional ya garantizaba a los trabajadores» (66). O, en otros términos, se excluye que «la aplicación» de la Directiva pueda constituir, por sí sola, «un motivo válido» para efectuar tal reducción (67).

Como se razonará a continuación, no hay elementos de juicio como para entender que una resolución judicial interna, en cuanto tenga por objeto garantizar la consecución de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE, esté exenta de la prohibición de regresión establecida en su cláusula 8.3.

Primero, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta prohibición «no se refiere únicamente a la adaptación inicial del Derecho interno a la Directiva [1999/70/CE] [...], sino también a *cualquier medida nacional* destinada a garantizar que pueda alcanzarse el objetivo perseguido por ella, incluidas las que, con posterioridad a la adaptación propiamente dicha, completen o modifiquen las normas nacionales ya adoptadas» (68).

---

(65) Una prohibición de regreso similar puede encontrarse en el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para salvaguardar el mayor alcance y contenido posible de los derechos fundamentales. Al respecto, L. CORAZZA, «Hard Times for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-Regression Clauses in the Era of Flexicurity», *European Law Journal*, 17, 2011; S. PEERS, «Non-regression Clauses: The Fig Leaf Has Fallen», *Industrial Law Journal*, vol. 39, n.º 4, 2010, págs. 436-443.

(66) AG Tizzano, Conclusiones de 30-6-2005, asunto Mangold (C-144/04), ap. 58.

(67) AG Tizzano, Conclusiones de 30-6-2005, asunto Mangold (C-144/04), ap. 63. Nótese lo elocuente de la interpretación que sugiere aquí el Abogado General [ap. 62]: «En mi opinión, se trata [...] de una *cláusula de transparencia*, es decir, una cláusula que, para evitar abusos, prohíbe a los Estados miembros aprovechar la adaptación del Derecho interno a la Directiva para efectuar, en un ámbito delicado como el de la política social, una reducción de la protección que ya garantiza el propio ordenamiento, atribuyéndola (como desgraciadamente sucede tantas veces) a unas obligaciones comunitarias inexistentes en vez de a una decisión nacional autónoma».

(68) STJUE de 23-4-2009, asunto Angelidaki (C-378/07 a C-380/07), ap. 131.

Nada obsta, en principio, entender incluidas las medidas adoptadas por los tribunales internos en aplicación de la propia Directiva y/o de las normas internas incorporadas como consecuencia de su transposición. Máxime, en el caso de resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro [art. 123.1 CE] y que, como la sentencia comentada, tienen legalmente atribuida la finalidad específica de unificar la doctrina jurisprudencial de los tribunales [arts. 219.1 LRJS (69); 1.6 CC].

Segundo, también ha precisado el Tribunal de Justicia que el alcance de la prohibición de regresión es coextenso con el ámbito cubierto por la Directiva 1999/70/CE y que este último, a su vez, comprende a todos los trabajadores temporales, con independencia de que su vínculo de empleo traiga causa sólo de *uno* o bien de *sucesivos* contratos temporales (70). Nada impide tampoco, por lo tanto, entender incluida una resolución judicial que, como la sentencia reseñada, enjuicie un único contrato temporal (71).

Tercero, la regresión prohibida por la cláusula 8.3 es la que comporte una reducción del nivel *general* de protección de los trabajadores temporales. En palabras del Tribunal de Justicia, «aquella cuyo alcance pueda afectar globalmente a la normativa nacional en materia de contratos de trabajo de duración determinada». Razón por la que, en principio, la cláusula 8.3 no vetaría medidas que implicaran un retroceso en el nivel de protección de determinadas modalidades específicas de contratación temporal. Salvo que, no obstante, estas modalidades específicas de contratación temporal «represent[e]n una parte significativa de los trabajadores con contratos [temporales] en el Estado miembro de que se trate» y no se limiten a «un grupo restringido de trabajadores». Lo que constituye un dato fáctico que, en todo caso, incumbirá apreciar a los respectivos tribunales internos (72).

Baste aquí con adelantar el dato de que, del total de 762.100 trabajadores con contratos temporales al servicio de las Administraciones públicas en el primer trimestre del año 2018, alrededor de unos 331.200 lo eran bajo un contrato de interinidad por sustitución (73). Es decir, el 43,5 % del total.

---

(69) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

(70) STJUE de 24-6-2010, asunto Sorge (C-98/09), ap. 33. En efecto, no debe confundirse el ámbito concreto de aplicación de la cláusula 5 —que presupone la irregularidad en la relación de trabajo temporal— y el de la Directiva en su conjunto, mucho más amplio, en cuanto abarca todas las relaciones de trabajo temporal por cuenta ajena, ya sean lícitas o fraudulentas en su temporalidad.

(71) *Supra* III.1.

(72) STJUE de 24-6-2010, asunto Sorge (C-98/09), ap. 42; donde estaba en juego una normativa aplicable únicamente a los contratos temporales por sustitución.

(73) Encuesta de Población Activa (EPA) 1T-2018, Asalariados del sector público por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Instituto Nacional de Estadística (INE). Disponible en [http://www.ine.es/prensa/epa\\_prensa.htm](http://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm).

En definitiva, como se anticipó, hay elementos de juicio suficientes para sugerir que la Sentencia de 13-3-2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conlleva una reducción en el nivel de protección de una parte significativa de los trabajadores temporales de la Administración pública. Y, en la medida en que se fundamenta precisamente en la interpretación y aplicación de la cláusula 5 de la de la Directiva 1999/70/CE, bien podría considerarse que constituye una regresión prohibida por su cláusula 8.3.

## IV. Conclusiones

### 1. Corrección de la interpretación equívoca de Diego Porras 1

La sentencia comentada rectifica —con buen criterio— la interpretación claramente equívoca que se había producido en el asunto Diego Porras 1 (C-596/14). Como habían reconocido varios autores que se ocuparon de criticar el pronunciamiento, como J. M. CAMPOS DAROCA(74) o J. FONDEVILA ANTOLÍN(75) y sin perjuicio de opiniones discrepantes a su favor(76), lo cierto es que la sentencia recaída en el asunto

---

(74) J.M. CAMPOS DAROCA, *Empleo público y fraude en la contratación temporal* [Wolters Kluwer: Madrid, 2017]: «el desconocimiento de nuestra normativa en materia de relaciones laborales es palmario en la Sentencia recaída en el Asunto *Diego Porras* [pág. 304]. Parece que ya desde el principio existe un error en el planteamiento del órgano remitente, pues los contratos de interinidad sí que pueden ser objeto de una extinción por razones objetivas como los contratos fijos y dar lugar a percibir la indemnización legalmente prevista [pág. 310]. [T]odo el razonamiento está viciado desde el origen [pág. 314]».

(75) J. FONDEVILA ANTOLÍN, «La laboralización y la temporalidad del empleo público», en: *idem*, *Problemas y soluciones al empleo público actual* [CEMCI: Granada, 2018], págs. 232-233: «la extinción por causas objetivas no es equiparable a la extinción por la llegada de un término. Mientras que, en el primer caso, nos hallamos antes un caso de ineficacia contractual sobrevinida, en el otro caso, nos estamos refiriendo a la ineficacia contractual derivada del cumplimiento del contrato [...]. Por consiguiente [...], habría elementos suficientes para entender que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica[,] las situaciones no son comparables».

(76) En contra, C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnización por cese...*, *cit.*, pág. 64: «la extinción de referencia no es [...] asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato [...], sino que lo que son comparables son sus situaciones de necesidad protectora. [...] ¿[N]o es exactamente esto lo que afirma la doctrina De Diego Porras? En esta sentencia nunca se dice que la extinción del contrato temporal por causa predeterminada (llegada del término, condición resolutoria prevista a la firma) sea idéntica a un despido (como erróneamente le imputan sus críticos más furibundos), sino que en ambos casos se da una identidad de razón protectora atendiendo al principio de no discriminación. En definitiva, no hay necesidad de una identidad conceptual, sino mera equivalencia de necesidades o de razones de protección». También R. GÓMEZ GORDILLO, «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, págs. 243-251: sostiene aquí el autor que, tanto en la finalización del contrato de interinidad por sustitución como en las causas objetivas de despido, «nos encontramos ante acontecimientos inciertos conocidos por las partes: unas condiciones resolutorias asumidas en el

Diego Porras 1 (C-596/14) (77) se basó en una premisa errónea: la de que el artículo 53.1.b) ET establecía un trato diferenciado para los contratos fijos y para los temporales (78).

## 2. Cuestiones abiertas

Como se anticipó al inicio, los aspectos más relevantes de la sentencia son las cuestiones que deja imprejuizadas o abiertas. En particular, los derechos indemnizatorios que puedan corresponder al personal temporal unido a la Administración por un contrato de interinidad válidamente celebrado que, sin embargo, pudiera haber degenerado en formas atípicas (o anómalas) de relación temporal, como la del «indefinido no fijo».

## 3. Interpretación de la cláusula 5 y prohibición de regresión

El razonamiento de la sentencia instrumentaliza la cláusula 5 para reducir el nivel de protección de los trabajadores temporales y justificar un trato discriminatorio entre las distintas modalidades de contratación temporal.

No es la primera vez que el Derecho de la Unión Europea opera como justificación normativa para provocar el efecto de «igualar por lo bajo» (79). Tampoco lo es, desde luego, en el ámbito social y laboral (80). Sin embargo, esta forma de aplicación de la cláusula 5 es, cuando menos, controvertida a la luz de la prohibición de regresión que establece la cláusula 8.3.

---

momento de la firma del contrato» y que no operan «de manera automática». De ahí que no le parezca justificado el diferente trato indemnizatorio a ambos «sobre la base del cálculo de probabilidades de actualización de la condición establecida entre los dos supuestos extintivos objeto de comparación»

(77) STJUE de 14-9-2016, asunto Diego Porras 1 (C-596/14).

(78) STJUE de 21-11-2018, asunto Diego Porras 2 (C-6119/17), ap. 73.

(79) J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 38, 2011, págs. 141-171.

(80) J. CABRERA RODRÍGUEZ, «Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario. La jurisprudencia Viking y Laval», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, 2013, págs. 371-428.

## V. Bibliografía

- A. AGUILAR CALAHORRO, «La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, págs. 973-1011.
- J. M. CAMPOS DAROCA, *La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral* [Bosch: Barcelona, 2013].
- L. CORAZZA, «Hard Times for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-Regression Clauses in the Era of Flexicurity», *European Law Journal*, n.º 17, 2011.
- A. ERIKSSON, «European Court of Justice: Broadening the Scope of European Nondiscrimination Law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n.º 4, 2009, págs. 731-753.
- S. KAMANABROU, «Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 33, n.º 2, 2017, págs. 221-240.
- S. KAMANABROU, *Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU* [Mohr Siebeck: Tübinga, 2016].
- J. LÓPEZ GANDÍA, D. Toscani Giménez, *El personal interino de las Administraciones públicas* [Bomarzo: Albacete, 2010].
- A. NUMHAUSER-HENNING, «Fixed-Term Work in Nordic Labour Law», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, n.º 4, págs. 429-458.
- C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnización por cese en el empleo público* [Bomarzo: Albacete, 2017].
- S. PEERS, «Non-regression Clauses: The Fig Leaf Has Fallen», *Industrial Law Journal*, vol. 39, n.º 4, 2010, págs. 436-443.
- C. DE LA PORTE, P. EMMENEGGER, *The Court of Justice of the European Union and fixed-term workers: still fixed, but at least equal* [European Trade Union Institute: Bruselas, 2016].





# Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales

Case law of the European Court of Justice on the religious slaughter of animals

Agustín García Ureta

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.07>

**LABURPENEA:** Iruzkin honek Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren (Sala Nagusia) bi epai aztertzen ditu, gaiari buruzko europar araudiaren arabera, animalien erritu sakrifizioei jarritako murrizketa, hiltegiek bete behar dituzten betekizun eta sakrifizio horietatik lortutako produktu ekologikoen etiketei buruzkoak. Auzitegiak dioenez, erritu sakrifizioak baztertzegatik, europar araudiak ez du erlijio askatasuna murrizten. Ezta Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen 10. artikulua harira, erritu sakrifizioak galarazten duten hiltegiei jarritako betekizun teknikoek ere. Bestetik, aldiz, erritu sakrifizioen ondorioz lortutako produktuek ezin dezakete etiketa ekologikoa izan. Edonola ere, Auzitegiak azpimarratzen du erritu sakrifizioa zilegi dela Europar Batasunean salbuespen gisa soilik eta erlijio askatasunaren begirunea bermatzea duenean helburu.

**HITZ GAKOAK:** Erlijio-askatasuna. Animalien erritu sakrifizioa. Murrizketak. Abeltzaintza ekologikoa.

**ABSTRACT:** This comment examines two judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) (Grand Chamber) regarding the restrictions for the ritual slaughter of animals, in the light of the EU regulations on this matter, the requirements to meet by slaughterhouses and the application of EU rules on organic production and labelling of organic products. According to the Court, EU legislation on the killing of animals does not represent a restriction on religious freedom in so far as it contemplates it. The technical requirements applicable to slaughterhouses do not necessarily impede the ritual slaughter in the light of Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, products obtained after the ritual sacrifice of animals could not benefit from the rules on organic production and labelling. The Court has reaffirmed that the ritual slaughter is authorised only by way of derogation in the EU and solely in order to ensure observance of the freedom of religion.

**KEYWORDS:** Religious freedom. Religious slaughter of animals. Constraints. Ecological labelling.

**RESUMEN:** El presente comentario examina dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Gran Sala) respecto de las restricciones para el sacrificio ritual de animales a la luz de la normativa europea sobre esta materia, los requisitos que deben cumplir los mataderos y la imposibilidad de aplicar la normativa sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos a los obtenidos a partir de tal sacrificio. Según el TJUE, la normativa europea no implica una restricción a la libertad religiosa, al exceptuar el caso de los sacrificios rituales. Tampoco los requisitos técnicos de los mataderos impiden el sacrificio ritual a la luz del artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otra parte, si embargo, los productos obtenidos a partir del sacrificio ritual no se pueden beneficiar de la etiqueta ecológica. En todo caso, el Tribunal recalca que el sacrificio ritual se autoriza en la UE solo con carácter excepcional y con el único fin de garantizar el respeto de la libertad de religión.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad religiosa. Sacrificio ritual de animales. Limitaciones. Ganadería ecológica.

Trabajo recibido el 2 de mayo de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

# Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales

Case law of the European Court of Justice on the religious slaughter of animals

Agustín García Ureta\*

**Sumario:** I. Introducción.—II. El asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*. 1. Hechos. 2. La sentencia del TJUE. 2.1. Sobre la religión. 2.2. Sobre los ritos religiosos. 2.3. La neutralidad de las limitaciones «técnicas» sobre la libertad religiosa. 2.4. El número insuficiente de mataderos como restricción de la libertad religiosa. 2.5. La validez de la normativa de la UE a la luz del art. 13 TFUE. 2.6. Las «otras» conclusiones del Abogado General en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*. 2.7. Comentarios adicionales a la luz del asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*.—III. Sacrificio ritual de animales y compatibilidad con la normativa de la UE en materia de producción ecológica. 1. Hechos del asunto *OABA*. 2. La sentencia del TJUE: El diferente enfoque de la normativa de la UE en materia de sacrificio de animales y de producción y etiquetado de los productos ecológicos.—IV. Comentarios conclusivos.—V. Bibliografía

## I. Introducción

1. El sacrificio de animales para el consumo humano está sujeto a normas que, con el paso del tiempo, han venido atendiendo a la necesidad de que sea lo menos cruento posible(1). El derecho de la Unión Europea (UE) ha ido progresivamente evolucionando hacia un mayor bienestar de los animales, tanto en las fases en las que sean productivos (*v.g.*,

---

\* Agradezco a Luc Lavrysen (juez del Tribunal Constitucional de Bélgica) la información proporcionada para preparar este comentario.

(1) Desde la perspectiva internacional véase COM(2018) 42 final, informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre el impacto de las actividades internacionales en materia de bienestar animal en la competitividad de los ganaderos europeos en un mundo globalizado.

gallinas ponedoras o cerdos)(2), durante su transporte como en el caso particular de su sacrificio. En este sentido, la jurisprudencia ya había afirmado hace tiempo que los objetivos de la política agrícola común no podían perseguirse sin considerar las exigencias de interés general, como la protección de la salud y la vida de los animales, exigencias que las instituciones europeas debían tener en cuenta al ejercer sus competencias(3). El sacrificio de animales no solo suscita cuestiones intrínsecas, sino también otras relacionadas con el ejercicio de derechos y prácticas arraigados por motivos religiosos. De ahí que la Directiva 93/119/CE, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, ya señalase que la autoridad religiosa del Estado miembro, por cuenta de la cual se efectuasen sacrificios, era competente para la ejecución y el control de las disposiciones particulares aplicables al sacrificio conforme a determinados ritos religiosos(4). No obstante, tal autoridad debía actuar bajo la responsabilidad de un veterinario oficial. Aparte de las normas del derecho derivado, que se examinan más adelante, la plasmación de esta posición de la UE se localiza, en particular, en el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (Protocolo núm. 33 (1997) anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) en el que se indica:

«Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

2. El art. 13 TFUE no se refiere expresamente al sacrificio de los animales (de hecho, este término no aparece en la anterior norma). Sin embargo, como se puede colegir con facilidad, el TFUE tiene en cuenta esta circunstancia al aludir a su bienestar y al equilibrio entre este («plenamente») y la vertiente no solo religiosa, sino también cultural o regional. La compatibilidad de la normativa europea en materia de sacrificio de animales con la libertad religiosa no se había planteado hasta

---

(2) Sobre el descanso puede verse el asunto C-469/14, *Masterrind GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

(3) Asunto 131/86, *Reino Unido v. Consejo*, ECLI:EU:C:2016:609, apt. 17.

(4) Art. 2.8.

los dos asuntos que aquí se comentan, cuyas sentencias (ambas de la Gran Sala) se han dictado en el lapso de nueve meses (mayo de 2018-febrero de 2019), a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el que ya había surgido esta cuestión, en particular en el asunto *Chaare Shalom Ve Tsedek* (5). En este caso una asociación de rito israelita recurrió la denegación de las autoridades francesas para que pudiese sacrificar animales de acuerdo con las reglas que requería su rito para el consumo de carne (carne *glatt*, frente a carne *kosher*), prácticas que resultaban más severas que las habituales en la religión judía(6). Las autoridades francesas ya habían autorizado a una comisión rabínica intercomunitaria para que efectuase los sacrificios. El TEDH sostuvo que la circunstancia de que el régimen de excepciones se reservase para los matarifes habilitados por los organismos religiosos autorizados no constituía una injerencia en la libertad de practicar la religión. El interés general justificaba evitar los sacrificios salvajes, practicados en condiciones higiénicas dudosas, por lo que resultaba aceptable que los sacrificios rituales fuesen realizados en mataderos controlados por la autoridad pública. Al haberse concedido la autorización a la comisión rabínica dependiente del Consistorio Central judío («el organismo más representativo de la comunidad judía en Francia») el Estado no había vulnerado en modo alguno la libertad religiosa. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar la religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente el sacrificio condujese a la imposibilidad, para los creyentes ultra ortodoxos, de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia. Sin embargo, como constató el TEDH, esto no sucedía en el caso.

3. Las dos sentencias que se comentan tienen que ver con el sacrificio de animales de acuerdo con ritos religiosos y su compatibilidad con

---

(5) *Chaare Shalom Ve Tsedek v. Francia*, sentencia de 27 de junio de 2000. Sobre esta materia puede verse BRAGE CAMAZANO, Joaquín, «Libertad religiosa, libertad de profesión y matanza de animales: comentario a dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003:12-13, págs. 397-420; FLAUS, Jean François, «Abattage rituel et liberté de religion: le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 45, 2001, págs. 195-207; HAUPT, Claudia, «Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter», *George Washington International Law Review* núm. 39, 2007, págs. 839-886. LERNER, Pablo y RABELLO, Alfredo, «The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities», *Journal of Law and Religion*, núm. 22, 2006, págs. 1-62. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000)», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, págs. 221-238. ZOETHOUT, Carla, «Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter», *Human Rights Quarterly*, núm. 35, 2013, págs. 651-672

(6) La carne *glatt* exige que el animal carezca de defectos, en particular en los pulmones.

la normativa de la UE en la materia, pero también, como sucede en el segundo asunto, con la posibilidad de que la carne de vacuno procedente de animales sacrificados sin aturdimiento previo pudiese acogerse a las disposiciones europeas en materia de producción ecológica. Con todo, estos asuntos no van a suponer el final de los pronunciamientos del TJUE en esta materia, en la medida en que el Tribunal Constitucional Belga ha planteado algunas cuestiones prejudiciales al TJUE a raíz de los distintos asuntos que se están planteando en este Estado miembro y que se mencionan más adelante

## II. El asunto *Liga Van Moskeeën en Islamitische Organisaties*

### 1. Hechos

4. El asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*(7) fue fruto de la evolución del marco jurídico belga sobre el sacrificio de los animales. Inicialmente, los sacrificios prescritos por un rito religioso solo podían llevarse a cabo en mataderos autorizados (permanentes) o en otros de carácter temporal (también autorizados). Posteriormente, al transferirse a las regiones la competencia en la materia, la Región de Flandes manifestó, mediante una decisión adoptada por el ministro de bienestar animal que, a partir de 2015, se dejarían de conceder autorizaciones para mataderos temporales en los que realizar el sacrificio religioso. Este tipo de mataderos había sido tradicionalmente autorizado, ya que el número de los permanentes no era suficiente para responder al aumento de la demanda de carne *halal* durante la Fiesta del Sacrificio (o *Eid al-Adha*, que se celebra unos setenta días después de la finalización del Ramadán)(8). En concreto, había 59 mataderos temporales, de los que sólo dos se convirtieron en mataderos autorizados en 2015 y otros tres en 2016(9).

5. A raíz de las medidas adoptadas por el ministro de Flandes, y a la luz de los arts. 10 CDF,(10) y 13 TFUE, los demandantes en el litigio prin-

(7) Asunto 426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW v. Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2018:335.

(8) En 2019 se celebra desde el 11 de agosto. Puede verse HAMÈS, Constant, «Le Sacrifice animal au regard des textes islamiques canoniques», *Archives de sciences sociales des religions*, núm. 101, 1998, págs. 5-25.

(9) Abogado General, apt. 25, nota a pie 14.

(10) «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.»

cial impugnarón la aplicación del Reglamento 1099/2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, al entender que excluía del mismo el sacrificio de animales durante acontecimientos culturales o deportivos(11). Igualmente, cuestionaron la validez de otra norma, según la cual en el caso de métodos particulares de sacrificio «prescritos por ritos religiosos», no eran de aplicación determinados requisitos, a condición de que el sacrificio se llevase a cabo «en un matadero». Tales requisitos, establecidos en los Reglamentos 1099/2009 (ya citado) y 853/2004 (por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal), consistían en que

- a) los animales debían matarse únicamente previo aturdimiento, con arreglo a los métodos previstos en el anexo I del Reglamento 1099/2009, manteniéndose la pérdida de consciencia y sensibilidad hasta la muerte del animal(12).
- b) los métodos que no provocasen la muerte instantánea («aturdimiento simple») debían ir seguidos «lo más rápidamente posible de un procedimiento que provocase ineluctablemente la muerte, tal como el sangrado, el descabello, la electrocución o la exposición prolongada a la anoxia(13).

6. Hay que añadir a lo anterior que por «aturdimiento», el Reglamento 1099/2009, entiende «todo proceso inducido deliberadamente que cause la pérdida de consciencia y sensibilidad sin dolor, incluido cualquier proceso que provoque la muerte instantánea»(14). La noción de matadero se refiere a todo establecimiento utilizado para el sacrificio de animales terrestres, que entrase en el ámbito del Reglamento 853/2004(15). Finalmente, hay que añadir que ni el Reglamento 1099/2009 ni los Tratados u otras normas del Derecho derivado definen qué es una religión.

7. En este contexto, el juez que planteó la cuestión prejudicial entendía que, al aplicar las normas del Reglamento 1099/2009 (junto con las del Reglamento 853/2004), la normativa belga establecía una limitación a la libertad religiosa, ya que el número de mataderos que podían cum-

---

(11) Art. 1.3.a).iii).

(12) Reglamento 1099/2009, art. 4.1 y Anexo I.

(13) Reglamento 853/2004, art. 4.1 (segundo párrafo).

(14) Art. 2.f). Entre sus considerandos, el Reglamento indicaba que el sacrificio sin aturdimiento exigía degollar con precisión al animal con un cuchillo afilado para reducir al mínimo su sufrimiento. Además, el sangrado en los animales no sujetos mecánicamente después de ser degollados podía hacerse más lento y, en consecuencia, prolongar inútilmente su sufrimiento. Por ello, los rumiantes sacrificados sin aturdimiento debían sujetarse de manera individual y mecánica.

(15) Reglamento 1099/2009, art.

plir tales requisitos no era suficiente para responder al aumento de la demanda de carne *halal* que se producía durante la Fiesta del Sacrificio. Tal limitación no era proporcionada para la consecución de los objetivos de protección del bienestar animal y de la salud pública.

## 2. La sentencia del TJUE

### 2.1. SOBRE LA RELIGIÓN

8. Tras desestimar las alegaciones que cuestionaban la pertinencia de la cuestión prejudicial, el TJUE la encuadró en el contexto general de la protección de los derechos fundamentales en la UE, manifestando que el CEDH (y con él su art. 9) no constituía un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la UE, ya que esta todavía no se había adherido al mismo, a pesar de que ciertamente los derechos fundamentales reconocidos por aquel constituyesen parte de su ordenamiento jurídico como principios generales(16). Esta es una doctrina tradicional, al igual que la que ha afirmado que el Derecho de la UE no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez estatal en caso de conflicto entre los derechos que garantiza el CEDH y una norma de Derecho nacional(17). Lo anterior implicaba que el examen de la normativa relevante de la UE en materia de sacrificio de los animales debía hacerse en el contexto del art. 10 CDF, aunque la sentencia se refirió (por analogía) a la sentencia del TEDH en el asunto *Chaare Shalom Ve Tsedek* sobre el art. 9 CEDH(18). No obstante, hay que tener en cuenta algunas consideraciones. Las explicaciones de la CDF, a las que el TJUE queda sujeto, resultan paralelas a lo señalado en el art. 9 CEDH (y a lo que se desprende de la jurisprudencia del TEDH, que resulta mucho más amplia y variada de lo que, hasta la fecha, ha podido suscitarse en el contexto del derecho de la UE)(19). Respecto del art. 10 CDF, las Explicaciones indican lo siguiente:

---

(16) Art. 6.3 TUE.

(17) Asunto C-571/10, *Kamberaj v. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano*, ECLI:EU:C:2012:233, apt. 62.

(18) En cualquier caso, es factible que fuese tenida en cuenta por el TJUE, aunque tampoco recibió mayor atención por parte del Abogado General.

(19) Puede verse GARCÍA URETA, Agustín, «Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2015, págs. 439-509.



«El derecho garantizado en el apartado 1 corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance. Por lo tanto, las limitaciones deben respetar el apartado 2 de dicho artículo 9, redactado como sigue: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás» (20).

9. De ahí que el TJUE haya indicado que «[d]ado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», (...) procede interpretar que el concepto de «religión» (...) cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa» (21). Tal acepción incluye, por obvios motivos, los ritos que comporte una religión, tal y como reconoció el TJUE por referencia a un anterior caso que había considerado, en particular, la manifestación de una creencia religiosa a través de los signos (v.g., pañuelo islámico) (22). Por tanto, que el sacrificio de animales entrase en el contexto general de la libertad religiosa no planteaba mayores dificultades en la sentencia (23). Otra cuestión diferente era la regulación que había realizado el Derecho de la UE y, su aplicación por parte de las autoridades belgas.

## 2.2. SOBRE LOS RITOS RELIGIOSOS

10. A este respecto, el TJUE analizó si los sacrificios rituales entraban en el ámbito de aplicación del Reglamento 1099/2009. A la luz de la definición que este daba de «rito religioso», esto es, una serie de actos relacionados con el sacrificio de animales, *prescritos por* una religión, la conclusión que se desprendía era que el sacrificio ritual objeto del litigio principal se celebraba cada año por un elevado número de musulmanes practicantes en Bélgica con el fin de cumplir un precepto religioso espe-

(20) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=ES).

(21) Asunto C-157/15, *Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203, apt. 28. En el caso del foro interno, el CEDH otorga una protección absoluta.

(22) Asunto C-157/15, *supra* nota 20.

(23) Asunto C-426/16, apt. 45.

cífico, consistente en la obligación de sacrificar o hacer que se sacrificase un animal, sin aturdimiento previo, para a continuación comer parte de su carne en familia y distribuir parte de ella entre las personas desfavorecidas, los vecinos y los familiares lejanos (24).

11. De la anterior constatación cabe destacar dos aspectos. Por una parte, la referencia al número de practicantes. En sí misma considerada, esta apreciación no resultaba determinante de la manifestación de la religión y, en su caso, del rito. En otras palabras, el hecho de que los practicantes fuesen limitados no impedía incluir tal rito dentro de la libertad religiosa. A este respecto la jurisprudencia del TEDH no ha negado la aplicación del art. 9 CEDH por el hecho de que los practicantes de una determinada «religión» (sin entrar ahora en la definición de este término) sean más o menos numerosos, aunque es cierto que algunas religiones (islamismo, cristianismo o budismo) cuenten con más seguidores. En segundo lugar, el TJUE destacó el hecho de que el sacrificio de los animales derivaba de un «precepto religioso específico», es decir, lo exigía la religión que profesaban quienes lo llevaban a cabo y, en consecuencia, en ese concreto contexto, debía ser objeto de protección por parte del art. 10 CDF (otra cuestión podría ser la realización del sacrificio, sobre la que se vuelve más adelante) (25).

12. La aplicación del art. 10 CDF debía hacerse con independencia de un aspecto destacado por el TJUE, según el cual, existía un debate teológico en el seno de las diferentes corrientes religiosas de la comunidad musulmana acerca de la naturaleza, absoluta o no, de la obligación de realizar el sacrificio sin aturdimiento previo de los animales durante la Fiesta del Sacrificio y, consecuentemente, de posibles alternativas cuando no fuese posible cumplir dicha obligación, en concreto sustituirla por el pago de un donativo (26). Uno de los fenómenos que se produce en el contexto de las religiones es, precisamente, la existencia de diferentes líneas o corrientes, lo que no impide que les sean aplicables las garantías del art. 10 CDF (art. 9 CEDH) pero también que el Estado no deba interferir en tales discrepancias por causa del principio de neutralidad. En el asunto *Chaare Shalom Ve Tsedek* el TEDH hizo mención al hecho de que existían otras corrientes más estrictas en cuanto al estado del animal a los efectos de su consumo. En el asunto que aquí se comenta el TJUE indicó que la existencia de eventuales divergencias teológicas no invali-

---

(24) Asunto C-426/16, apt. 48.

(25) Asunto C-426/16, apts. 48-49.

(26) Véanse las conclusiones del Abogado General, apt. 54.

daba, en sí misma, la calificación como «rito religioso» de la práctica del sacrificio ritual (27). De manera más contundente se había manifestado el Abogado General, que había recomendado al TJUE no pronunciarse «sobre la ortodoxia o heterodoxia de determinadas prescripciones ni de ciertos preceptos religiosos» (28), y abstenerse de pronunciarse sobre si el sacrificio religioso debía realizarse necesariamente, desde un punto de vista teológico, el primer día de celebración de esta fiesta, o si también podía llevarse a cabo en los tres días siguientes. Esta conclusión es obvia, en la medida en que, de otra manera, el TJUE habría ido más allá de su función jurisdiccional, entrando en un terreno que, a la luz del TUE, no le correspondía.

### 2.3. LA NEUTRALIDAD DE LAS LIMITACIONES «TÉCNICAS» SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA

13. La clave del asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* no radicaba tanto en las anteriores consideraciones que, a la luz de una asentada jurisprudencia del TEDH no ofrecían mayores dudas, sino sobre la legitimidad de las limitaciones impuestas por el Reglamento 1099/2009. Como antes se ha indicado, uno de los problemas esenciales era determinar el alcance de la obligación del aturdimiento de los animales, previo a su sacrificio, y si tal requisito podía exceptuarse tratándose de la celebración de un rito religioso. Añadido a lo anterior se encontraba la necesidad de acudir a un matadero, toda vez que la normativa belga había decidido optar solo por los permanentes. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que de acuerdo con el Reglamento 853/2004, por matadero se entiende «el establecimiento donde se sacrifican y faenan animales cuya carne está destinada al consumo humano» (29). Los requisitos técnicos se incluyen en su Anexo III, cuyo capítulo III señala, entre otros, que deben «garantizar la separación, en el espacio y en el tiempo, del aturdimiento y sangrado (30), y que las operaciones de aturdimiento, sangrado, desuello, evisceración y otros trabajos se deben efectuar sin tardanza, y de manera tal que se evite contaminar la carne (31). A la luz de lo dispuesto en el Reglamento 1099/2009, el TJUE no encontró ninguna dificultad para afirmar que la práctica del sacrificio ritual «sin aturdimiento

(27) Asunto C-426/16, apt. 51.

(28) Conclusiones, apt. 57.

(29) Anexo I, apt. 1.16. El Reglamento, art. 2.k) se remite al Reglamento 853/2004, al indicar que por se entiende «todo establecimiento utilizado para el sacrificio de animales terrestres, que entre en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) no 853/2004».

(30) Apt. 2.c.i)

(31) Anexo III; Capítulo IV, apt. 7.

previo» estaba autorizada, «con carácter excepcional», en la UE a condición de que dicho sacrificio se realizase en un establecimiento autorizado por las autoridades estatales competentes, respetando los requisitos técnicos relativos a la construcción, el diseño y el equipamiento que exigía el Reglamento 853/2004.

14. El TJUE constató que el Reglamento 1099/2009 no establecía «ninguna prohibición» de la práctica del sacrificio ritual en la UE. Antes al contrario, manifestaba el «compromiso positivo» del legislador de la UE de permitir la práctica del sacrificio de animales «sin aturdimiento previo a fin de garantizar el respeto efectivo de la libertad de religión», en particular de las prácticas musulmanas, durante la Fiesta del Sacrificio (32). Lo anterior quedaba igualmente confirmado por los considerandos del Reglamento, que señalaban la existencia de una excepción respecto de la obligación general de aturdimiento de los animales antes del sacrificio, precisamente con el fin de garantizar el respeto de la libertad de religión y el derecho a manifestar la religión o las convicciones a través de las prácticas y la observancia de los ritos, de acuerdo con el art. 10 CDF. Para el TJUE la exigencia de que el sacrificio se efectuase en un matadero autorizado tan solo perseguía «organizar y encuadrar, desde un *punto de vista técnico*, el libre ejercicio del sacrificio sin aturdimiento previo con fines religiosos». En consecuencia, tal encuadramiento técnico no implicaba, en sí mismo, una limitación del derecho de libertad de religión de los musulmanes practicantes (33).

«[L]a obligación de utilizar un matadero autorizado, conforme a los requisitos técnicos exigidos por el Reglamento n.º 853/2004, compete de manera *general e indiferenciada* a todos los operadores que lleven a cabo sacrificios de animales, con independencia de la relación que puedan mantener con una religión determinada, de modo que concierne de manera indiscriminada a todos los productores de carne animal en la Unión» (34).

15. En otras palabras, la normativa de la UE tenía un carácter «neutral» en lo relativo a la práctica religiosa. Esta neutralidad, invocada como justificación en la jurisprudencia del TEDH a la hora de aceptar la imposición de obligaciones que afecten a la religión (v.g., el pago de impues-

---

(32) Asunto C-426/16, apt. 56.

(33) Asunto C-426/16, apts. 58-59, cursiva añadida.

(34) Asunto C-426/16, apt. 61, cursiva añadida.

tos por parte de las personas que profesen una religión o por parte de las propias confesiones religiosas, tratándose de tributos de naturaleza urbanística) (35), es la que también sustentó, en el asunto que aquí se comenta, la restricción relativa al sacrificio en mataderos autorizados (36). Ahora bien, tal y como se desprende de la sentencia, esa neutralidad tenía otros fundamentos manifestados en el propio derecho primario. Por una parte, el art. 13 TFUE y, por otra, la protección de la salud humana, reconocida en el art. 35 CDF (a pesar de que no fue citado expresamente en la sentencia). Las normas técnicas, por tanto, perseguían, a través de los requisitos de seguridad alimentaria, que «todos los productos alimenticios de origen animal, *al margen del método de sacrificio elegido*» (37), se produjesen y se comercializasen con arreglo a una serie de normas estrictas que permitiesen garantizar la higiene y la seguridad alimentarias, de modo que se evitasen peligros para la salud humana. Todo ello ponía de manifiesto una ulterior conclusión en el razonamiento del TJUE, a saber, que el legislador había conciliado de manera adecuada el respeto de métodos específicos de sacrificio prescritos por ritos religiosos con las normas esenciales establecidas por los Reglamentos 1099/2009 y 853/2004. En otras palabras, a pesar de la imposición de determinadas restricciones, las mismas entraban dentro de las admisibles a la manifestación de la religión que, a diferencia del fuero interno, sí pueden ser objeto de limitación (38). En este punto hay que indicar que la CDF no recoge, como sí lo hace el art. 9.2 CEDH una referencia particular a posibles limitaciones admisibles a la libertad religiosa, pero estas aparecen de manera general, para todos los derechos reconocidos, en el art. 52 CDF (39).

---

(35) Véanse, por ejemplo, *Bouessel du Bourg v. France*, decisión de admisibilidad de 18 de febrero de 1993; demanda núm. 20747/92, relativa a la negativa a pagar impuestos en el caso de ser destinados a la interrupción voluntaria del embarazo; o *Iglesia Bautista «El Salvador» y José Aquilino Ortega Moratilla v. España*, decisión sobre admisibilidad de 10 de enero de 1992, demanda núm. 17522/1990.

(36) El Abogado General (apt. 78, cursiva en el original) se manifestó de manera más patente que el TJUE al indicar que «la obligación de garantizar que todos los mataderos estén autorizados y respeten, en consecuencia, los requisitos previstos en el Reglamento n.º 853/2004 es completamente *neutra* y afecta a todas las personas que se dedican a sacrificar animales. Pues bien, una normativa que se aplica de manera neutra, *sin ningún tipo de relación con las convicciones religiosas*, no puede, en principio, considerarse una limitación del ejercicio de la libertad de religión».

(37) Apt. 67, cursiva añadida.

(38) El art. 9.2 CEDH dispone que «[l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.»

(39) «1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.»

Todo ello llevó a concluir al TJUE que el Reglamento 1099/2009 no podía constituir en sí mismo ninguna limitación del derecho de libertad de religión de los musulmanes practicantes.

16. El Abogado General expresó de manera adecuada el carácter «técnico» de las condiciones de sacrificio (y la excepción correspondiente por motivos religiosos) señalando que lo dispuesto en el Reglamento 1099/2009 solo podía anularse, desde el punto de vista de la libertad de religión, de considerarse que el mero hecho de recurrir a mataderos autorizados resultase contrario a determinados preceptos religiosos, o incluso de demostrarse que los requisitos previstos por dicha disposición comprometían objetivamente la posibilidad de sacrificar animales conforme a ciertos ritos religiosos. Sin embargo, los demandantes en el procedimiento principal no habían alegado que la obligación de llevar a cabo sacrificios rituales en un matadero fuese *per se* incompatible con sus creencias religiosas(40). De hecho, esta cuestión concreta no ha surgido hasta la fecha en la jurisprudencia del TEDH.

#### 2.4. EL NÚMERO INSUFICIENTE DE MATADEROS COMO RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

17. Una vez despejada una duda, no menor, sobre la imposición de los requisitos técnicos, quedaba otra cuestión de importancia en el asunto, toda vez que, según el juez estatal, los mataderos autorizados en la Región de Flandes, que cumplían con los requisitos del Reglamento 853/2004, antes señalados, no contaban con capacidad suficiente para responder al aumento de la demanda de carne que se producía durante la Fiesta del Sacrificio. Por otra parte, la posible creación, a cargo de la comunidad musulmana, de nuevos mataderos autorizados o la transformación en mataderos autorizados de los temporales que estaban operativos, exigía inversiones económicas excesivamente elevadas. Teniendo en cuenta el carácter temporal de la práctica del sacrificio ritual, el juez indicó que tales inversiones no eran pertinentes ni para evitar el sufrimiento inútil o excesivo de los animales ni para ofrecer mejores garantías en materia de salud pública. Es más, añadió que podían resultar desproporcionadas en relación con el valor añadido en términos de bienestar animal y de salud pública. En otras palabras, se trataba de analizar la posible desproporción de la medida de Flandes por referencia a una celebración concreta(41).

(40) Conclusiones, apts. 75-76.

(41) Como se examina más adelante, estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por el Abogado General en lo que se puede denominar «otras» conclusiones sobre el asunto.

18. El enfoque que siguió el TJUE partió de la distinción entre los efectos generales de la normativa de la UE y la situación particular de los demandantes. Este esquema ya había sido empleado por el Abogado General, que había sostenido que lo importante era que los costes que debían soportarse para establecer mataderos autorizados resultaban ser los mismos, al margen de que dichos mataderos se destinasen o no a sacrificios religiosos. Para el TJUE, la validez de la normativa controvertida debía apreciarse en función de las características propias de esa disposición y no podía depender de las circunstancias particulares de cada caso. En esta comparación entre las cargas generales y particulares, el TJUE observó que la problemática avanzada por el juez estatal concernía únicamente a un número limitado de municipios de la Región de Flandes. Por tanto, dicha problemática no podía considerarse «intrínsecamente vinculada a la aplicación, *en toda la Unión*» (42), de los requisitos del Reglamento 1099/2009. La posible limitación de la libertad de practicar sacrificios rituales en una región de un Estado miembro particular no afectaba a la validez de esa disposición bajo el art. 10 CDF.

19. Aparte de lo anterior, el proceso ante el TJUE había puesto de manifiesto otros elementos que tenían importancia a la hora de aplicar la pauta general-particular en la sentencia. Así, el Abogado General indicó que los demandantes en el asunto principal habían reconocido que el problema residía en que la construcción de nuevos mataderos autorizados para hacer frente «al pico de demanda» de sacrificios rituales con motivo de dicha celebración no era una opción rentable «desde un punto de vista económico *durante el resto del año*» (43). Estas mismas circunstancias fueron consideradas por el TJUE, que observó que los eventuales sobrecostes no habían impedido que, en 2015, dos de los antiguos mataderos temporales de la Región de Flandes y, en 2016, tres establecimientos de este tipo se adecuaran al Reglamento 1099/2009. Tales sobrecostes se debían a «circunstancias coyunturales *puramente internas*» (44).

«Pues bien, ese problema puntual de capacidad de los mataderos en el territorio de una región de un Estado miembro, vinculado al aumento de la demanda de sacrificios rituales durante los días en que se celebra la Fiesta del Sacrificio, es consecuencia de un *cúmulo de circunstancias internas* que no puede afectar a la validez del artículo 4, apartado 4, de di-

---

(42) Asunto 426/16, apt. 73, cursiva añadida.

(43) Conclusiones, apt. 86, cursiva añadida.

(44) Asunto 426/16, apt. 76, cursiva añadida.

cho Reglamento, en relación con el artículo 2, letra k), del mismo» (45).

## 2.5. LA VALIDEZ DE LA NORMATIVA DE LA UE A LA LUZ DEL ART. 13 TFUE

20. Como se ha indicado al inicio de este comentario, el art. 13 TFUE establece que la UE y los Estados miembros deben tener «plenamente» en cuenta las exigencias del bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo «las disposiciones legales y administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional». Sin embargo, según el TJUE, concurría una cuestión de principio, a saber, que no eran claras las disposiciones legislativas o administrativas y las costumbres belgas relativas al rito religioso de la Fiesta del Sacrificio que resultaban del art. 13 TFUE. Lo que sí era evidente era que el sacrificio religioso debía practicarse obligatoriamente en un matadero autorizado de acuerdo con lo dispuesto en la normativa europea. Las únicas disposiciones de Derecho estatal en materia de ritos religiosos que podían verse afectadas por las disposiciones de la UE eran las que habían estado en vigor hasta 2015, fecha de adopción de la normativa controvertida. Puesto que el TJUE había llegado a la conclusión de que las disposiciones de la UE no afectaban a la libertad de religión de los musulmanes, tampoco incurrían en invalidez a la luz del art. 13 TFUE.

## 2.6. LAS «OTRAS» CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN EL ASUNTO *LIGA VAN MOSKEËN EN ISLAMITISCHE ORGANISATIES*

21. Aunque, como se ha podido examinar en los apartados anteriores, el TJUE concluyó que la cuestión prejudicial no había revelado la existencia de ningún elemento que pudiera afectar a la validez de la normativa de la UE, tienen interés unas apreciaciones que realizó el Abogado General para el supuesto (que no sucedió) de que el TJUE hubiese considerado que la obligación de recurrir a mataderos autorizados hubiese constituido una injerencia en la libertad de religión, al impedir a los musulmanes practicantes observar sus obligaciones religiosas durante la Fiesta del Sacrificio. La línea de razonamiento del Abogado General para sostener que podía existir tal injerencia, no justificada en la libertad religiosa, pasó por dos planos esenciales. Por una parte, la circunstancia de

---

(45) Cursiva añadida.



que se estaba ante un evento «muy concreto» (la Fiesta del Sacrificio), aspecto reiterado con frecuencia en sus conclusiones(46). En segundo lugar, la desproporción de la exigencia de los mataderos permanentes frente a la opción de emplear otros temporales que, además, podían adecuarse a las exigencias europeas (aunque no enteramente).

22. El Abogado General afirmó que no concurría ningún objetivo legítimo de interés general que pudiese justificar la existencia de una limitación a dicha libertad. No obstante, era consciente de que esta conclusión podía «sorprender» (47), ya que él mismo había llegado a la conclusión de que la normativa de la UE era respetuosa con la libertad religiosa. En su opinión, considerar que la obligación de recurrir a mataderos autorizados durante la Fiesta del Sacrificio era contraria a la libertad de religión, implicaba llevar a cabo una «ponderación imposible» entre dicha libertad y las obligaciones de protección del bienestar animal, la salud pública y la seguridad alimentaria, al tener que jerarquizar el respeto de la libertad de religión y la necesaria consecución de dichos objetivos legítimos de interés general(48). Esta apreciación resulta cuestionable. Es habitual que el legislador deba compatibilizar bienes jurídicos que puedan resultar contradictorios entre sí, sin que necesariamente esté abocado a realizar ponderaciones «imposibles», sobre todo porque las propias libertades no resultan absolutas, como suele recordar el TJUE (49). Como se desprende de la propia sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, el legislador de la UE había llevado a cabo, en principio, una ponderación adecuada de diferentes bienes jurídicos.

23. Para el Abogado General, si la normativa de la UE constituyese una limitación de la libertad religiosa resultaba difícil determinar cómo podría concluirse que estaba justificada precisamente por los requisitos de bienestar y salud pública «en el contexto particular» de la celebración de la Fiesta del Sacrificio islámica. En otras palabras, como parece desprenderse de sus conclusiones, tal fiesta (concreta) podía quedar exceptuada de los requisitos generales, lo que incluiría, en el caso de Flandes, el de acudir a un matadero permanente. Por otra parte, el Abogado General observó que las comunidades religiosas que defendían el sacrificio

---

(46) Conclusiones, apts. 95, 97, 111, 114 y 126.

(47) Conclusiones, apt. 92.

(48) Conclusiones, apt. 94.

(49) Entre otros muchos, asunto C-358/16, *UBS Europe SE, anteriormente UBS (Luxembourg) SA v. Hondequin*, ECLI:EU:C:2018:715, apt. 62.

del animal sin aturdimiento no hacían caso omiso de su bienestar y, por tanto, no se habían adherido a lo que él calificó como «prácticas arcaicas y bárbaras» que no eran acordes con los principios rectores de las sociedades democráticas modernas(50). De hecho, el sacrificio con aturdimiento realizado en unas condiciones en las que, por motivos evidentes de rentabilidad y a la vista de la importante industrialización del sector de producción de alimentos de origen animal, podía igualmente incrementar el estrés y el sufrimiento de los animales durante su matanza. En conclusión, recurrir a los mataderos autorizados no siempre constituía un mecanismo muy eficaz contra el sufrimiento animal que, por sí solo, justificase una limitación de la libertad de religión. Esta conclusión encontraba, en su opinión, una mayor justificación en el caso «concreto» de la Fiesta del Sacrificio, ya que evitar los sacrificios «salvajes» en condiciones dudosas desde un punto de vista del bienestar animal, no podía llevar a considerar que, en un contexto «tan particular» como la celebración de esa fiesta, tales establecimientos debiesen ser necesariamente mataderos autorizados de acuerdo con la normativa de la UE. En otras palabras, siguiendo lo argumentado por el juez estatal, se trataba de discernir si recurrir a mataderos autorizados durante la celebración de la Fiesta del Sacrificio ofrecía un «valor añadido» en términos de bienestar animal en comparación con un matadero temporal no autorizado(51).

24. Estas apreciaciones sí tienen un mayor peso desde la perspectiva del principio de proporcionalidad que el Abogado General también consideró. Para ello recurrió a la Comisión Europea que, tras evaluar la situación en Bélgica, había llegado a la conclusión de que los mataderos (temporales) autorizados ofrecían garantías suficientes, en términos de bienestar y salud pública, a pesar de que no respondiesen necesariamente a la definición de «matadero autorizado» en el Derecho de la UE. Por tanto, en opinión del Abogado General, al descongestionar los mataderos permanentes, esas instalaciones temporales podían contribuir a que el sacrificio se llevase a cabo en última instancia en las mejores condiciones para el animal, sobre todo desde el punto de vista del estrés sufrido. Estas consideraciones asumían que el sacrificio en un matadero permanente implicaba un alto grado de estrés lo que, por cierto, vendría a contradecir los fundamentos de la normativa de la UE. Ahora bien, si se analizan desde la perspectiva de la proporcionalidad sí podría llegarse a la conclusión de que la realización de una fiesta concreta justificaría la existencia de los mataderos temporales, frente a la obligación (en todo el

---

(50) Conclusiones, apt. 103.

(51) Conclusiones, apt. 115. Asunto C-426/16, apt. 70.

contexto de la UE y también fuera de esos días concretos) de acudir a un matadero que cumplimentase las condiciones de la normativa de la UE y los objetivos de salud y bienestar que, por otra parte, siguen siendo de aplicación general. De ahí que el Abogado General considerase legítimo preguntarse si, en caso de limitación de la libertad de religión, el respeto del conjunto de los requisitos del Derecho de la UE debía imperar en el contexto «*muy particular del aumento puntual de la demanda de sacrificios con ocasión de la Fiesta del Sacrificio islámica*» (52).

## 2.7. COMENTARIOS ADICIONALES A LA LUZ DEL ASUNTO *LIGA VAN MOSKEEËN EN ISLAMITISCHE ORGANISATIES*

25. La sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* lleva a cabo un análisis en principio correcto del balance de intereses perseguidos por el legislador entre las garantías de bienestar animal y el derecho al sacrificio exigidos por unos ritos religiosos. El examen de las normas, tal y como se había planteado en las cuestiones prejudiciales, conducía a las conclusiones de que no había una injerencia en la libertad reconocida en el art. 10 CDF. Con todo, como lo puso de manifiesto el Abogado General (en lo que en este comentario se ha calificado como «otras» conclusiones) existía un elemento de desproporción en la normativa belga entre la exigencia de acudir necesariamente a un matadero permanente y la celebración, en unas fechas concretas, de un rito religioso de sacrificio que, al menos hasta el año 2015, podía llevarse a cabo en otros temporales. Estos segundos, como observó el Abogado General, tampoco quedaban extramuros de una serie de condiciones sanitarias mínimas prescritas por la normativa de la UE.

26. Lo que no se plantearon el Abogado General (ni el TJUE) en este asunto era si resultaba posible acceder a la carne *halal* en otros Estados miembros (o en otros mataderos). Esto sí se suscita en el asunto *Chaare Shalom Ve Tsedek*, antes mencionado, en el que el TEDH señaló algunos aspectos de interés. Por una parte, que únicamente habría injerencia en la libertad de practicar la religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente el sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia. Sin embargo, los demandantes podían abastecerse de carne *glatt* (frente a la habitual *kosher*) en otros países (Bélgica). Determinadas carnicerías que operaban bajo la

---

(52) Conclusiones, apt. 111, cursiva añadida.

comisión rabinica principal ponían a disposición de los fieles carne certificada como *glatt*. Por otra parte, el TEDH añadió que el art. 9.1 CEDH no englobaba el derecho a proceder personalmente al sacrificio ritual y a la posterior certificación, ya que el demandante no quedaba privado de la posibilidad de conseguir y comer la carne que considerase conforme a sus prescripciones religiosas (53).

27. En todo caso, la sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* tiene interés, toda vez que, el código de bienestar animal de la región Valona establece una prohibición general de sacrificio, sin aturdimiento, a partir del 1 de septiembre de 2019 (54). Por su parte, el Parlamento de Flandes adoptó, el 7 de julio de 2017, una ley con el mismo tipo de prohibición. Esta ley ha motivado la presentación de diferentes recursos ante el Tribunal Constitucional Belga (55), que, a su vez, ha remitido al TJUE tres cuestiones prejudiciales, planteando si a) los Estados miembros pueden establecer una prohibición general del sacrificio ritual de animales; b) si el Reglamento 1099/2009 infringe la libertad religiosa y c) en el caso de contestar a la primera pregunta de manera afirmativa, si el Reglamento no establece, en realidad, una discriminación al permitir que los Estados miembros puedan limitar la derogación por motivos religiosos mientras que el sacrificio de animales sin aturdimiento previo se permite durante la práctica de la caza u otros eventos culturales o deportivos.

### III. Sacrificio ritual de animales y compatibilidad con la normativa de la UE en materia de producción ecológica

#### 1. Hechos del asunto OABA

28. La segunda sentencia que aquí se comenta suscita una cuestión derivada del sacrificio ritual de animales (sin aturdimiento), a saber, si los productos obtenidos podían acogerse a la normativa europea en materia de producción ecológica (56). El origen del asunto fue el recurso frente a la desestimación de una solicitud presentada por una asociación (OABA)

(53) *Chaare Shalom Ve Tsedek v. Francia*, sentencia de 27 de junio de 2000, apts. 77-82.

(54) En la fecha de escribir este comentario tal prohibición no ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional.

(55) Agrupados en el asunto 53/2019 ante el Tribunal Constitucional Belga.

(56) Asunto C-497/17, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) v. Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Bionoor SARL, Ecocert France SAS, Institut national de l'origine et de la qualité (INAO)*, ECLI:EU:C:2019:137.

para que se prohibiese la publicidad y la comercialización de productos de carne de vacuno (con la certificación *halal*) figurando en ellos la mención de agricultura ecológica otorgada por una entidad certificadora francesa.

29. A este respecto hay que tener en cuenta que el Reglamento 834/2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos(57), pretende asegurar, entre otras cosas, un sistema viable de gestión agrícola y de producción de alimentos que cumpla rigurosas normas de bienestar animal y responda a las necesidades de comportamiento propias de cada especie, así como obtener una amplia variedad de alimentos y otros productos agrícolas que respondan a la demanda de los consumidores de productos obtenidos mediante procesos que, entre otros, no dañen el bienestar de los animales. De esta manera, en lo relativo a las prácticas pecuarias y a las condiciones de estabulación se debe reducir al mínimo el sufrimiento, incluida la mutilación, durante toda la vida de los animales, incluso en el momento del sacrificio(58). El Reglamento define «etapas de producción, preparación y distribución» como cualquier etapa, desde la producción primaria de un producto ecológico hasta su almacenamiento, transformación, transporte, venta y suministro al consumidor final y, cuando corresponda, las actividades de etiquetado, publicidad, importación, exportación y subcontratación. Por «preparación», el Reglamento comprende las operaciones para la conservación y/o la transformación de productos ecológicos (incluido *el sacrificio* y el despiece para productos animales), así como el envasado, el etiquetado y/o las alteraciones del etiquetado relativas al método de producción ecológico(59).

30. Según la asociación demandante en el asunto principal, si bien el Reglamento 1099/2009 permitía establecer una excepción a la norma general del aturdimiento previo en el caso del sacrificio ritual de los animales de cría, tal excepción respondía únicamente a objetivos de control sanitario y de igualdad de trato de las creencias y las tradiciones religiosas. Además, en su opinión, la certificación *halal* concedida en Francia a la carne procedente de animales sacrificados sin aturdimiento previo vulneraba el principio de confianza de los consumidores en relación con los productos biológicos. Por tanto, la cuestión era si el Reglamento 834/2007, debía interpretarse en el sentido de que autorizaba la utilización

---

(57) Este Reglamento quedará derogado por el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos, aplicable a partir del 1 de enero de 2021.

(58) Art. 14.1.

(59) Art. 2.b) e i), respectivamente.

del logotipo ecológico de la UE en productos procedentes de animales objeto de un sacrificio ritual sin aturdimiento previo.

## **2. La sentencia del TJUE: El diferente enfoque de la normativa de la UE en materia de sacrificio de animales y de producción y etiquetado de los productos ecológicos**

31. Tras examinar el tenor del Reglamento 834/2007, antes mencionado en este comentario, el TJUE concluyó que la obligación de reducir al mínimo el sufrimiento del animal contribuía a precisar el objetivo de mantenimiento de un nivel elevado de bienestar animal. De esta manera, al reiterar su voluntad de mantener un nivel elevado de bienestar animal en el ámbito de la ganadería ecológica, el legislador de la UE había querido poner de relieve que este modo de producción ganadera se caracterizaba por la observancia de normas más estrictas en materia de bienestar animal en todos los lugares y «en todas las etapas» de la producción en que fuese posible incrementar tal bienestar. La aplicación objetiva del Reglamento abarcaba cualquier etapa de la producción, preparación y distribución relativas a los productos sujetos a este, de manera que la preparación incluía el propio sacrificio de los animales. A falta de una definición sobre los modos de sacrificio adecuados para reducir al mínimo el sufrimiento animal había que remitirse al Reglamento 1099/2009 (60).

32. Con referencia a su anterior sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, para el TJUE no había lugar a dudas de que el Reglamento 1099/2009 establecía el principio del aturdimiento del animal previo a la matanza e incluso lo erigía en «obligación» (61), ya que el aturdimiento era la técnica que respetaba en mayor medida el bienestar animal en el momento del sacrificio. La posible matanza sin aturdimiento previo solo se admitía con carácter excepcional «y con el único fin de garantizar el respeto de la libertad de religión», al no ser tan eficaz para reducir el dolor, la angustia o el sufrimiento del animal. A pesar de que el Reglamento 1099/2009 precisase que el sacrificio sin aturdimiento previo exigía degollar con precisión al animal con un cuchillo afilado para reducir al mínimo su sufrimiento, el empleo de esta técnica no permitía reducir al mínimo el sufrimiento del animal en el sentido del Reglamento 834/2007. Esta conclusión discrepó de las del Abogado General. Este mantuvo, por una parte, que del principio del aturdimiento previo es-

---

(60) Asunto C-497/17, apts. 41-44.

(61) Asunto C-497/17, apt. 47.

tablecido en el Reglamento 1099/2009 no se desprendía que el respeto de «rigurosas normas de bienestar animal» exigiese necesariamente que el sacrificio tuviese lugar con aturdimiento previo (62). En segundo término, el Abogado General afirmó que, a falta de indicaciones sobre las obligaciones que incumbían a los explotadores, la producción ecológica no podía someterse a reglas más restrictivas en materia de sacrificio animal que las previstas por los textos generales que regulaban el bienestar animal en el momento de la matanza, esto es el Reglamento 1099/2009 (63). En tercer lugar, declarar la existencia de una incompatibilidad entre la certificación *kosher* y *halal*, por un lado, y la etiqueta ecológica, por otro lado, suponía añadir un requisito no previsto por el Derecho positivo. Esto llevaba a impedir a las personas judías y musulmanas practicantes que lo desearan a acceder a productos ecológicos y beneficiarse de las garantías que ofrecían en términos de calidad y seguridad alimentaria.

33. Ni las anteriores consideraciones ni otras relacionadas con el hecho de que un organismo certificador no estuviese facultado para exigir condiciones no previstas en la normativa pertinente a efectos de obtener una certificación ecológica, convencieron al TJUE que, por el contrario, trazó una neta distinción entre los objetivos de los dos Reglamentos. En el caso del Reglamento 1099/2009 se había determinado una serie de disposiciones sobre el bienestar animal que, entre otras cosas, servían para interpretar el Reglamento 834/2007 en materia de ganadería ecológica. Ahora bien, los objetivos de este segundo Reglamento no admitían cualquier tipo de sacrificio a los efectos de poder beneficiarse de sus disposiciones (esto es la etiqueta ecológica). Esta circunstancia fue advertida por el TJUE cuando afirmó:

«Así pues, contrariamente a lo que sostienen tanto el Gobierno francés como las partes demandadas en el litigio principal en sus observaciones escritas, los métodos específicos de sacrificio prescritos por ritos religiosos, que se realizan sin aturdimiento previo y cuya práctica admite el artículo 4, apartado 4, del Reglamento n.º 1099/2009, no equivalen, en términos de garantía de un elevado nivel de protección del bienestar animal en el momento de la matanza, al método de sacrificio con aturdimiento previo, en principio impuesto por el artículo 4, apartado 1, de este Reglamento.

---

(62) Conclusiones, apt. 83.

(63) Conclusiones, apt. 84.

Procede señalar, además, que el considerando 3 del Reglamento n.º 834/2007 contempla el objetivo de «mantener y justificar la confianza del consumidor en los productos etiquetados como ecológicos». A este respecto, es importante garantizar que los consumidores puedan tener la seguridad de que los productos con el logotipo ecológico de la Unión Europea efectivamente se han obtenido observando las normas *más exigentes, entre ellas las relativas al bienestar animal*» (64).

34. Por tanto, los productos procedentes de animales objeto de un sacrificio ritual sin aturdimiento previo, no podían beneficiarse de la etiqueta ecológica de la UE, al no cumplir con el estándar del propio Reglamento 1099/2009 y, por ende, de lo prescrito en el Reglamento 834/2007.

35. A pesar de las afirmaciones del TJUE sobre la inadecuación del uso del cuchillo frente al aturdimiento previo de los animales, esta sentencia no implica una posible abolición del primer mecanismo, toda vez que, como se ha podido ver en la sentencia *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, el TJUE ha constatado que es posible aplicar la excepción a la regla general del aturdimiento en el caso de los ritos religiosos. En todo caso, lo que la sentencia *OABA* ratifica, con un lenguaje más contundente que en la primera sentencia, es el carácter esencialmente excepcional de la práctica religiosa frente a la obligación general de que los animales sean sacrificados previo aturdimiento.

36. Igualmente, aunque el TJUE no lo indicase expresamente, su sentencia en el asunto *OABA* no tenía por objeto la libertad religiosa. Este aspecto fue recalcado por el Abogado General al indicar:

«[L]as personas que, de conformidad con determinados preceptos religiosos, deseen adquirir productos procedentes de animales sacrificados sin ser previamente aturridos disponen en todo caso de una alternativa acorde con sus creencias religiosas. Si se declarase que el sacrificio ritual sin aturdimiento está prohibido en el ámbito de la agricultura biológica, los ciudadanos de confesión judía o musulmana siempre podrían adquirir carne kosher o halal, de modo que la esencia misma del derecho a la libertad religiosa no se menoscabaría. Únicamente no podrían consumir carnes kosher o halal con

---

(64) Asunto C-497/17, apts. 50-51, cursiva añadida.



la certificación «AB». El hecho de no disponer de carne con la etiqueta «AB» procedente de sacrificios en los que los animales no han sido aturdidos no afecta, como tal, a las prescripciones religiosas, ya que estas no exigen consumir únicamente procedentes de la agricultura ecológica. Asimismo, tampoco existe el «derecho» a acceder a productos que dispongan de una etiqueta «AB». De entrada, observo que, en el litigio principal, las partes demandadas no han alegado en ningún caso que la prohibición de producir y comercializar productos que, al mismo tiempo, dispongan de la certificación «halal» y «AB» sea, como tal, incompatible con las creencias religiosas de los consumidores de productos acompañados de la etiqueta “halal”» (65).

#### IV. Comentarios conclusivos

37. De las anteriores sentencias se puede concluir que el sacrificio ritual de animales por motivos religiosos va a continuar aceptándose en el contexto de la UE. Otra cuestión es que solo cuente con una naturaleza excepcional como se desprende de la sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* y de la sentencia *OABA*, en la que el TJUE ratifica esta postura, de manera más asertiva, al negar la aplicación de la etiqueta ecológica a tales productos animales («la práctica del sacrificio ritual, (...) se autoriza *solo* con carácter excepcional y con el *único fin* de garantizar el respeto de la libertad de religión»)(66). En este sentido, es ilustrativa la afirmación en el asunto *OABA* de que la práctica del sacrificio ritual no es tan eficaz para reducir el dolor, la angustia o el sufrimiento del animal como el sacrificio precedido de aturdimiento(67). Esta circunstancia, unida a la importancia concedida a la protección del consumidor, cerraba la posibilidad de que los productos obtenidos a partir del sacrificio sin aturdimiento, pudiesen beneficiarse de tal etiqueta.

38. Con todo, la sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* suscita la duda de si una celebración religiosa puntual requiere de unos requisitos estrictos en cuanto a las condiciones de los lugares en los que llevar a cabo los sacrificios o si precisamente por

---

(65) Conclusiones, apt. 40

(66) Asunto C-497/17, ap. 48, cursiva añadida.

(67) *Ibid.*

tal carácter puntual podrían ser exceptuados dentro algunas condiciones mínimas. Según el TJUE, la aplicación general de lo prescrito en el Reglamento 1099/2009 pasaba por encima de las particularidades de cada caso. A pesar de estas dos sentencias, en concreto la primera, el TJUE se verá abocado a analizar si es posible imponer una obligación general de sacrificio con aturdimiento, a pesar de la excepción prevista en el Reglamento 1099/2009 (y el art. 10 CDF), tal y como se ha planteado por el Tribunal Constitucional Belga a raíz de la legislación de Flandes.

## Bibliografía

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, «Libertad religiosa, libertad de profesión y manutención de animales: comentario a dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003, págs. 397-420.
- FLAUS, Jean François, «Abattage rituel et liberté de religion: le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 45, 2001, págs. 195-207.
- GARCÍA URETA, Agustín, «Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2015, págs. 439-509.
- HAMÈS, Constant, «Le Sacrifice animal au regard des textes islamiques canoniques», *Archives de sciences sociales des religions*, núm. 101, 1998, págs. 5-25.
- HAUPT, Claudia, «Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter», *George Washington International Law Review* núm. 39, 2007, págs. 839-886.
- LERNER, Pablo y RABELLO, Alfredo, «The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities», *Journal of Law and Religion*, núm. 22, 2006, págs. 1-62.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000)», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, págs. 221-238.
- ZOETHOUT, Carla, «Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter», *Human Rights Quarterly*, núm. 35, 2013, págs. 651-672.

## **La fiesta de los toros como valor cultural común o el arte de lidiar con las comunidades autónomas al amparo de la concurrencia competencial en materia de cultura**

***Comentario a las SSTC 177/2016 y 134/2018: la prevalencia del interés cultural patrimonial común frente a prohibiciones o cambios en la lidia fundados en el bienestar animal o la policía de espectáculos taurinos***

The bullfighting feast as a common cultural value or the art of struggling with the autonomous communities pursuant the parallel concurrence in the field of culture

*Comment to judgments 177/2019 and 134/2018: the prevalence of the common cultural heritage interest against the prohibitions and changes in bullfighting based on the animal welfare or the public order in bullfighting festivals*

Joan Ridao Martín

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.08>

**LABURPENA:** Zezenketei buruzko Konstituzio Auzitegiaren doktrinak kulturaren, animalien babesaren eta ikuskizun publikoen gaineko eskumen autonomikoa onartzen du, eta, hala, Katalunian eta Balear Uharteetan zezen-ikuskizunak arautzeko gaikuntza ematen du. Hala ere, berariaz zehazten du animalia-heriotza edo sufrimendua saihesteko aldera horien funtsezko alderdi batzuko debekatu edo arautzean inbaditu egiten dela estatuak kultura-ondarearen gainean duen eskumena, kulturaren gaineko estatuko eta erkidegoetako eskumenak modu ez baztertzailan batzen diren esparruan gailentzen dena, kultura-balio komunak zaintze aldera. Halaber, baimena ematen dio Estatuari esku hartze zuzena izateko, Estatuko legegileak egin duen gisan, zezen-korridaren (modernoki ezagutzen dugun eran) aitortzea eta biziraupena bermatuko dituen ekintza publiko antolatua eta tratamendu orokorra sustatu asmoz.

**HITZ GAKOAK:** Zezenketa. Kultura. Animalien babesa. Ikuskizun publikoak. Kultura-ondare immateriala.

**ABSTRACT:** The doctrine of the TC on the celebration of the bulls, although it admits the autonomic competence in the matter of culture, protection of the animals and public spectacles like qualifications that qualify to regulate the bullfighting spectacles in Catalonia and Illes Balears, maintains that the prohibition or the regulation of essential aspects thereof, aimed at preventing death or animal

suffering, invades the state competence in matters of cultural heritage, prevalent in the context of the non-exclusive concurrence of state and regional competences in culture ex art. 149.2 CE, aimed at preservation of common cultural values, and that authorizes the State to intervene intensively, as the state legislator has already done, to favor a general treatment and a superordinated public action that guarantees the knowledge and survival of the bullfight as we know it modernly.

**KEYWORDS:** Festival of Bulls. Culture. Protection of animals. Public spectacles. Intangible cultural heritage.

**RESUMEN:** La doctrina del TC sobre la fiesta de los toros, si bien admite la competencia autonómica en materia de cultura, protección de los animales y espectáculos públicos como títulos que habilitan para regular los espectáculos taurinos en Cataluña e Illes Balears, sostiene que la prohibición o la regulación de aspectos esenciales de los mismos, orientada a evitar la muerte o el sufrimiento animal, invade la competencia estatal en materia de patrimonio cultural, prevalente en el marco de la concurrencia no excluyente de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura ex art. 149.2 CE, encaminada a la preservación de valores culturales comunes, y que autoriza al Estado a intervenir de forma intensa, como ya ha hecho el legislador estatal, para favorecer un tratamiento general y una acción pública supraordenada que garantice la reconocibilidad y pervivencia de la corrida de toros como la conocemos modernamente.

**PALABRAS CLAVE:** Fiesta de los toros. Cultura. Protección de los animales. Espectáculos públicos. Patrimonio cultural inmaterial.

Trabajo recibido el 22 de febrero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

## **La fiesta de los toros como valor cultural común o el arte de lidiar con las comunidades autónomas al amparo de la concurrencia competencial en materia de cultura**

***Comentario a las SSTC 177/2016 y 134/2018: la prevalencia del interés cultural patrimonial común frente a prohibiciones o cambios en la lidia fundados en el bienestar animal o la policía de espectáculos taurinos***

The bullfighting feast as a common cultural value or the art of struggling with the autonomous communities pursuant the parallel concurrence in the field of culture

*Comment to judgments 177/2019 and 134/2018: the prevalence of the common cultural heritage interest against the prohibitions and changes in bullfighting based on the animal welfare or the public order in bullfighting festivals*

Joan Ridao Martín

Lidiar: Burlar al toro esquivando sus acometidas según las reglas de la Tauromaquia hasta darle muerte

*Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*

**Sumario:** I. Introducción: la doctrina constitucional autoriza que la concurrencia competencial en materia de cultura habilite al Estado a desplazar las facultades autonómicas a fin de preservar los toros como patrimonio cultural común.—II. La Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008, que prohíbe la celebración de corridas de toros y otros espectáculos taurinos en Cataluña.—III. La Ley 18/2013, para la Regulación de la Tauromaquia y la Ley 10/2015, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.—IV. La STC 177/2016, de 20 de octubre, sobre la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, que prohíbe la celebración de corridas de toros y otros espectáculos taurinos en Cataluña. 1. El planteamiento general de los recurrentes: la dimensión poliédrica de la Fiesta conduce a la prevalencia de la competencia estatal en materia de protección del patrimonio cultural. 2. La fundamentación jurídica de

la sentencia: la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura habilita al Estado a desplazar las competencias autonómicas en cultura, espectáculos y protección de los animales, a fin de preservar el patrimonio cultural común. 3. La crítica a la STC 177/2016: una aproximación superficial para justificar la imposición de la declaración de la Tauromaquia como patrimonio nacional pese a la desafección popular expresada a través del legislador autonómico competente.—V. La STC 134/2018, de 13 de diciembre, sobre la Ley de les Illes Balears 9/2017, de 3 de agosto, de Regulación de las Corridos de toros y de Protección de los animales de las Illes Balears.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

## **I. Introducción: la doctrina constitucional autoriza que la concurrencia competencial en materia de cultura habilite al Estado a desplazar las facultades autonómicas a fin de preservar los toros como patrimonio cultural común**

La Fundación Toro de Lidia (FTL), junto a otras cuatro instituciones taurinas, presentó una solicitud al Ayuntamiento de Olot (Girona) para permitir a un novillero local organizar una corrida en la plaza de toros de la localidad, la más antigua de Cataluña (1859). Más recientemente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Alicante, en su Sentencia número 770/2018, de 28 de diciembre, declaró la nulidad de un Acuerdo del Ayuntamiento de Villena (Valencia) por el que se denegaba la autorización para celebrar una corrida benéfica en la plaza de toros de ese municipio.

Ambas situaciones presentan un indudable interés, como más adelante se analizará, en el primer caso porque la FTL justificó que fuera la plaza olotense la elegida por la procedencia del novillero y «dada la tradición y el apoyo popular que la Fiesta de los toros tiene en el municipio», pese a tratarse de una villa declarada antitaurina en 2004, con lo que, de producirse, se consumiría el retorno de la fiesta de los toros a Cataluña después de un largo contencioso judicial y político (el último festejo se celebró en septiembre de 2011). Y en el segundo, porque, entre otros motivos, la Corporación villentina adujo la falta de oportunidad de la corrida solicitada «desde el punto de vista social y cultural de la ciudad». En los dos casos, y ello es relevante, ambas solicitudes tuvieron lugar después de dos destacadas sentencias del Tribunal Constitucional (TC), la primera de las cuales (STC 177/2016, de 20 de octubre) declaró inconstitucional y nulo el artículo 1 de la Ley catalana 28/2010, de 23 de agosto, de modificación del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que prohibía la celebración de corridas de toros y otros es-

pectáculos taurinos en Cataluña; y la segunda, la más reciente STC 134/2018, de 13 de diciembre, que anuló los preceptos nucleares de la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de Regulación de las Corridas de toros y de Protección de los Animales de las Illes Balears, en la que, sin prohibir el espectáculo, se vetaba la muerte del animal.

Como se recordará, la STC 177/2016 —controvertida como pocas— anuló un nuevo apartado introducido en el artículo 6.1 de la norma catalana de protección de los animales que extendía a las corridas de toros la prohibición de realizar actividades que provocaran su sufrimiento(1). La *ratio decidendi* del Alto Tribunal —como veremos, superficial y en muchos pasajes apodíctica— operó un desplazamiento expeditivo del centro de gravedad del conflicto competencial planteado por las partes —aunque estaba en juego mucho más que la *vindicatio potestatis*— en beneficio de la materia cultural, y en concreto la competencia concurrente y no excluyente del artículo 149.2 CE, al que atribuyó pleno contenido funcional (legislativo y ejecutivo), a partir de la obligación de cohonestar con ésta los títulos autonómicos sobre protección de los animales [art. 116.1.d del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)] y espectáculos (art. 141.3 EAC), además de los títulos estatales de los artículos 149.1.28 de la Constitución española (CE) (defensa del patrimonio cultural) y 149.1.29 CE (seguridad pública).

Y ello es relevante porque, como es sabido, en el ámbito de las competencias concurrentes, los dos entes concernidos tienen la posibilidad de converger en la regulación de la materia con idénticas facultades, presumiéndose la coincidencia de objetivos «ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6, considerada el *leading case* en este ámbito, pero también la STC 17/1991, FJ 3; y la STC 122/2014, FJ 3.b), de modo que las competencias atribuibles a las Comunidades Autónomas no resulten incompatibles con la misión del Estado de facilitar la comunicación entre ellas, ni con la consideración de la labor cultural como un deber y atribución esencial. Y esto, en el caso examinado, como tendremos ocasión de comprobar se nos antoja discutible, pues para empezar el TC confirió una habilitación normativa prevalente a favor del Estado, ya ejercitada con anterioridad para atribuir a las corridas de toros la condición de patrimonio cultural (Ley 18/2013, para la Regulación de la Tauromaquia y Ley 10/2015, para la Salvaguardia del Pa-

---

(1) *Vid.* las conclusiones del estudio de la misma en RIDAO MARTÍN, Joan, «Toros: entre l'espectacle públic, el patrimoni cultural i la protecció animal», en *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 54, 2017, págs. 183-184; y MULÀ, Anna, «Análisis jurídico, antecedentes y consecuencias de la Sentencia 177/2016, del Tribunal Constitucional, sobre prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en *UNED. Revista de Derecho* núm. 22, 2018, págs. 435-436.

rimonio Cultural Inmaterial)(2) y así neutralizar los efectos de la normativa autonómica.

Y ya que hablamos de la necesaria concurrencia de objetivos como supuesto de hecho legitimador del art. 149.2 CE, no podemos tampoco dejar de señalar que el resultado de la intervención normativa estatal (diríase que en sincronía con la jurisdiccional)(3), acabó deparando un escenario postrero más bien paradójico. Pues, en efecto, ya en el momento de la aprobación de la controvertida ley catalana de 2013, varias Comunidades Autónomas (Madrid, Castilla y León, Castilla - La Mancha y Murcia) habían declarado la Tauromaquia como bien de interés cultural, con lo que el objetivo proclamado por el legislador estatal y después por el TC —la pervivencia del bien cultural— ya se hallaba plenamente garantizado al amparo de las competencias autonómicas en materia de espectáculos y protección animal, sin que ello se pudiese ver afectado por la prohibición de una concreta manifestación de la Tauromaquia (las corridas de toros) acordada por un solo legislador autonómico (el catalán) habilitado competencialmente para ello. Porque, en efecto, una de las consecuencias más destacadas de este pronunciamiento —una indudable «faena de aliño» por su falta de razonamiento— fue la de dar la estocada a cualquier intento no ya de prohibir las corridas de toros sino de modificar sus ritos al objeto de evitar el sufrimiento animal. Tanto el recurso como la sentencia —tributarios en su argumentación de la STC 177/2016— reprochan a la Ley balear un menoscabo de la competencia estatal por regular el patrimonio cultural común español a través de la fijación de límites a la lidia (edad del toro, prohibición del «enchiqueramiento», presencia de caballos, el número —tres— y el tiempo máximo de participación de los toros —no superior a diez minutos—, o el uso de utensilios que pueden causar la muerte o heridas) (v. gr. arts.1.2, 5.1, 5.2, 5.6, 5.7, 6 y 8 de la Ley 9/2017).

(2) El 6 de octubre de 2010 fue rechazada una «Moción del Grupo Parlamentario Popular, por la que se insta al Gobierno a incoar expediente de declaración de la fiesta de los toros como bien de interés cultural (BIC) con carácter etnográfico, así como a iniciar gestiones para incluirla en el listado de la Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial (DSS-Pleno núm. 95, 6.10.2010). Tras ello, el día 28 del mismo mes, 50 senadores de dicho Grupo Parlamentario recurrieron ante el TC la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto. En noviembre de 2011, durante el Gobierno presidido por José Luis Rodríguez Zapatero (PSOE), el Ministerio de Cultura creó el Premio Nacional a la Tauromaquia. Tras las elecciones generales de 2011, con el retorno del Partido Popular al Ejecutivo, se volvieron a retransmitir corridas de toros en el canal público de Televisión española (la Feria de Valladolid, el 5 de septiembre de 2012 fue la primera), en cumplimiento del compromiso que figuraba en su programa electoral de fomentar «la protección de todas las manifestaciones artísticas [...] como la Tauromaquia».

(3) Téngase en cuenta, además, la significativa dilación en la resolución del recurso contra la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, pues la sentencia es de 20 de octubre de 2016. No hay más que comparar con la STC 122/2014, de 17 de julio, sobre Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 144, 19.06.2013 y BOE núm. 247, 15.10.2013), recurrida el 16 de septiembre de 2013, cuyo pronunciamiento, como veremos, presenta numerosos puntos de contacto con la STC 177/2016.



Y todo ello sin negar —porque no podía— el concurso de las competencias exclusivas de las Illes Balears en materia de agricultura y ganadería, espectáculos y actividades recreativas y protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos, aparte de las facultades en materia de «patrimonio monumental, cultural, histórico, artístico [...]» y en «cultura, actividades artísticas y culturales». Reputando, sin embargo, que la citada Ley pretendía llegar al mismo destino que la extinta ley catalana: la prohibición *de facto* de las corridas a través del establecimiento de prohibiciones y requisitos singulares que reducían la Fiesta a algo absolutamente irreconocible. Ejemplificándolo sobre todo con la desaparición de dos de los tres tercios de la lidia tradicional y la obligación de devolver el toro vivo a los corrales.

El razonamiento de la STC 134/2018 es tanto más ditirámico cuando, pese a admitir que desde un punto de vista teleológico la norma autonómica pretendía proteger el bienestar animal, en conexión con las competencias en protección del medio ambiente y la sanidad animal, algo comprendido dentro de los «los objetivos [de interés general] de la política social y cultural» reconocidos por la legislación estatal básica (art. 11.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); y pese a constatar que las medidas adoptadas por el legislador eran proporcionadas a la consecución de dichos propósitos y que no existían medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica, declara que el mandato de contratar con la ganadería más cercana a la plaza excluía otras medidas que podrían garantizar igualmente el bienestar animal y constituir un estímulo para excluir la competencia de otros ganaderos más alejados geográficamente.

En este comentario jurisprudencial nos proponemos, pues, efectuar un análisis, aunque sucinto por razones de espacio, del contenido de las citadas leyes catalana, balear y estatales, así como de su contexto jurídico-político, para aproximarnos posteriormente al contenido de las SSTC 177/2016 y 134/2018 con el objeto de evidenciar la inconsistencia de las mismas, y que tienen en común el hecho de desplazar las competencias autonómicas en cultura, espectáculos y protección animal a fin de preservar el patrimonio cultural común por la vía del título concurrente del art. 149.2 CE. Para ello expondremos, por su significación, los motivos de impugnación que, en el primero de los casos abarca un abanico más amplio de materias que las analizadas en la resolución del Tribunal, y que en el segundo son tributarios precisamente de este pronunciamiento anterior. Seguidamente, examinaremos el núcleo de la argumentación del TC, fundada en la prevalencia de los títulos competenciales y de las normas estatales sobre patrimonio cultural, como justificación tanto de la inconstitucionalidad de la prohibición de las corri-

das de toros como de cualquier revisión de la lidia en dirección a evitar la muerte del animal. Para concluir ponderando el incomprensible desdén del TC hacia una cuestión no poco trascendente si de lo que se trata es de designar la designación de la Fiesta de los toros como elemento de interés cultural común: el criterio del legislador autonómicos, fundado en sus propias competencias, de preservar el bienestar animal, de acuerdo con una creciente sensibilidad abolicionista o cuando menos animalista [«la existencia de rechazo, desafección o desinterés de parte de la población respecto a este espectáculo» (STC 177/2016, FJ 7)](4).

## **II. La Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008, que prohíbe la celebración de corridas de toros y otros espectáculos taurinos en Cataluña**

Como se recordará, la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008, que prohibía la celebración de corridas de toros y otros espectáculos taurinos en Cataluña (5), tuvo su origen en una iniciativa legislativa popular (ILP) (6) encaminada, como su propia rúbrica indica, a la interdicción de ese tipo de espectáculos en Cataluña, tras de que, no se olvide, tanto el Parlamento como el Gobierno ya hubiesen regulado con anterioridad algunas restricciones. La iniciativa preconizaba la conversión de esa Comunidad en la segunda del Estado en regular dicha prohibición, después de que las Islas Canarias hiciesen lo propio en 1991, mediante la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales (7). El Preámbulo de la Ley —de forma parecida a como hacía la exposición de motivos de la proposición de ley—, aludía al hecho de que ya la Ley catalana 3/1988, de protección de los animales, prohibía la construcción de nuevas plazas de toros y que, en sucesivas modificaciones, en dirección a ampliar el reconoci-

(4) Vid DE LORA, Pablo, «Las corridas de toros: las razones del abolicionismo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, abril 2010, págs. 4-7.

(5) *DOGC* núm. 5687, 6.08.2010 y *BOE* núm. 205, 24.08.2010. Vid. el debate de aprobación en el Pleno del dictamen en *DSPC-P* 131, 28.07.2010. Con anterioridad fueron tramitadas sendas proposiciones de ley con el mismo objeto (*BOPC* núm. 173, 18.04.2005 t *BOPC* núm. 175, 25.04.2005).

(6) *BOPC* núm. 353, 17.11.2008. Vid. el debate de totalidad en *DSPC* núm. 105 y *BOPC* núm. 603, 21.12.2009.

(7) «Artículo 5. 1. Se prohíbe la utilización de animales en peleas, fiestas, espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento» (*BOIC* núm. 62, 13.05.1991 y *BOE* núm. 152, 26.06.1991).

miento de los derechos de los animales, se habían introducido algunas restricciones adicionales como la relativa al acceso a las plazas de toros de los menores de catorce años. A su vez, recordaba que la Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, ya consideraba a los animales como organismos dotados de sensibilidad física y psíquica, prohibiendo explícitamente toda forma de espectáculo que implique su padecimiento o muerte(8). Precisamente, seguía rezando el preámbulo, la ley se dirigía a establecer «una protección integral de todos los animales [sin] dejar al margen espectáculos como las corridas de toros [...]» (9), y se cerraba con una referencia al fuerte descenso de la afición a las corridas de toros en la Comunidad. En concreto, el artículo primero adicionaba una letra *f* al apartado 1 del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008, para prohibir «[...] los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2.» En consecuencia, la disposición adicional primera introducía la obligación del Gobierno de fijar una compensación económica a los titulares de derechos

---

(8) La Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales (*DOGC* núm. 967, 18.03.1988) prohibió en su art. 4 el uso de animales en espectáculos, peleas y otras actividades si podían ocasionarles sufrimiento o si eran objeto de burlas o tratamientos antinaturales, o si podían herir la sensibilidad de las personas que los contemplaran; excluyendo de tal prohibición la fiesta de los toros en las localidades en que, al entrar en vigor la Ley, existieran plazas de toros construidas, y las fiestas con novillos sin muerte y las de correr los toros (*correbous*), en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebrasen. Tras la adopción por el Pleno del Parlamento de la Resolución 343/V, de 5 de junio de 1997 (*BOPC* núm. 186, 16.06.1997), que instaba al Gobierno de la Generalidad a regular el acceso de los niños y adolescentes menores de 14 años a las corridas de toros y a los combates de boxeo, se aprobó el Decreto 332/1998, de 24 de diciembre (*DOGC* de 4 de enero de 1999), que prohibía a estos colectivos la entrada a las corridas de toros, fueran acompañados o no de adultos. Posteriormente, de acuerdo con la Resolución 209/VI, de 22 de junio de 2000 (*BOPC* núm. 83, 12.07.2000), que volvía sobre la cuestión del acompañamiento de los menores por personas adultas, se aprobó el Decreto 385/2000, de 5 de diciembre (*DOGC* núm. 3286, 15.12.2000), que limitaba el acceso de niños y adolescentes menores de 14 de años a las corridas de toros y a determinadas modalidades de combates y luchas si no iban acompañados de un adulto, derogándose el Decreto anterior. Más tarde se aprobó la Ley 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales (*DOGC* núm. 3926, 16.07.2003 y *BOE* núm. 189, 08.08.2003), que derogó la anterior, y cuyo objeto era establecer las normas generales para la protección y el bienestar de los animales, manteniendo la prohibición del uso de animales en peleas y espectáculos u otras actividades, en caso de ocasionarles sufrimiento o ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales o herir la sensibilidad de los espectadores, excluyendo la fiesta de los toros en las localidades donde, a la fecha de entrada en vigor de la anterior Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales, hubieran plazas construidas. Más adelante, a la vista de los sucesivos cambios normativos, se aprobó el Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de protección de los Animales (*DOGC* núm. 5113, 17.04.2008).

(9) Ver algunas críticas a este preámbulo en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «La sentencia del TC sobre la prohibición catalana. Un triunfo de la libertad, en *La Ley* núm. 8887, de 22 de diciembre.

subjetivos afectados por la entrada en vigor de la ley en el plazo de seis meses (empresarios y promotores taurinos).

La proposición de ley fue dictaminada por el Consejo de Garantías Estatutarias de Catalunya (CGE) antes de ser debatida a la totalidad (7 de junio de 2010)(10). Significativamente, el solicitante de ese parecer consultivo (Grupo Parlamentario del Partido Popular) sostuvo que tanto el Real Decreto 1771/1985, de 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos, como la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución(11), atribuían al Estado las competencias normativas en materia taurina, y que la prohibición proyectada fracturaba el principio de igualdad al no existir norma estatal que prohibiese la celebración de las corridas de toros en otros territorios del Estado. Por su parte, el referido órgano consultivo concluyó que la prohibición no era contraria al sistema de reparto competencial en base a la primacía de la competencia sobre espectáculos públicos, además de no afectar al acceso igualitario a la cultura por no existir un derecho de prestación que obligue a los Poderes Públicos a una determinada y específica actuación como el mantenimiento o no de las corridas de toros(12).

El dictamen, sin embargo, contó con un relevante y premonitorio voto particular del consejero Añoveros Trias de Bes, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado. En efecto, a parecer del consejero la prohibición no sólo incidía en las competencias normativas del Estado, dado el carácter estatal de ese espectáculo, sino que postulaba la necesidad de una regulación uniforme que integrase la sumisión del mismo a reglas técnicas y de arte comunes que evitasen su degradación en lo esencial (con cita de las SSTs de 28 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1998 y de 24 de enero de 2001, sobre las que volveremos más adelante). Además, hace referencia a los aspectos culturales de las fiestas de toros y a la limitación que la prohibición supondría sobre la libertad de creación artística (art. 20 CE), por lo que una prohibición como esa nunca podría adoptarse por una Comunidad Autónoma, reprochando, finalmente, la incidencia negativa en la libertad de empresa y en la unidad de mercado.

---

(10) *BOPC* núm. 735, 9.06.2010 y *BOPC* núm. 764, 8.07.2010.

(11) *BOE* núm. 1, 01.1.1985 # Corrección de errores *BOE* núm. 21, 05.02.1986, y *BOE* núm. 308, 24.12.1992, respectivamente.

(12) *DCGE* 12/2010, de 5 de julio.

### III. La Ley 18/2013, para la Regulación de la Tauromaquia y la Ley 10/2015, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

El Tribunal Constitucional ha venido señalado desde muy temprano (recuérdese la ya citada STC 49/1984) la complejidad del sistema competencial en materia de cultura, dotado de reglas de una densa especificidad, sin parangón en otras materias. Se trata de una formulación singular derivada, sin duda, de la concepción poliédrica del concepto de cultura manejado por el constituyente, donde inciden, además del ejercicio de derechos fundamentales, la concurrencia competencial —que faculta la intervención simultánea de distintas Administraciones en el ejercicio de diversas funciones— y el deber de comunicación cultural (ex art. 149.2 CE) y la horizontalidad característica de esta materia, que por su descrita naturaleza colisiona con diversos títulos competenciales.

En concreto, según el TC la competencia estatal del artículo 149.2 CE no se debe entender circunscrita al ejercicio de funciones de fomento y de prestación de servicios públicos, sino que incluye potestades legislativas. Así lo declaró en la temprana STC 17/1991, según la cual la competencia legislativa del Estado sobre patrimonio cultural no es sólo la que deriva del artículo 149.1.28 CE (defensa contra la exportación y la expoliación), sino que es más amplia, ya que, de acuerdo con la doctrina fijada en la STC 49/1984, el artículo 149.2 CE permite al Estado legislar sobre la preservación del patrimonio cultural común y también sobre los aspectos que precisen tratamientos generales o que reclamen una definición unitaria. Con esta interpretación, el artículo 149.2 permite al Estado dictar, en el ámbito de la cultura, algo que se parece mucho a una legislación básica(13).

No obstante, y en base a esa misma doctrina, no puede desconocerse que el Estado puede incidir en aquello que precise un «tratamiento general» siempre que esa intervención fuera necesaria si «los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias» (STC 49/1984) y sin desplazar la competencia autonómica. Esta interpretación cobra mayor relieve, si cabe, en un caso como los espectáculos y festejos taurinos que no aparecen mencionados en la Constitución y cuya regulación primaria y general se plasmó en la ya lejana Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos(14), que disciplina aspectos como la preparación, organización y celebración de dichos espectáculos «al objeto de garantizar los derechos e intereses del público que asiste a ellos y de cuantos intervienen en los mismos» (art. 1).

(13) CARRASCO NUALART, Raimon, «Competencia en materia de cultura», 2010, *Revista catalana de dret públic | Especial Sentencia sobre el Estatuto*, pág. 322.

(14) BOE núm. 82, 05.04.1991.

*Ex abundantia*, y ello es de destacar, la disposición adicional de dicha Ley dejaba claro que esa regulación se aplicaba «en defecto de las disposiciones específicas que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia, correspondiendo su ejecución a los órganos competentes de aquellas, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Estado en relación con los espectáculos taurinos». El Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos(15) reiteró ese mismo carácter supletorio (disposición adicional primera, primer apartado), pues, como refiere su propio preámbulo:

«[en] lo que se refiere a las competencias normativas y ejecutivas de las Comunidades Autónomas, el Reglamento ha sido absolutamente escrupuloso con lo dispuesto en las atribuciones estatutarias, respetando y preservando el ámbito de autonomía correspondientes, de acuerdo con la Ley 10/1991. Es preciso resaltar, al respecto, que desde la aprobación del Reglamento en el año 1992 se han producido sustanciales modificaciones en relación con las Administraciones públicas competentes sobre los espectáculos taurinos».

En efecto, el citado proemio se está refiriendo con ello a la ya citada Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143, y a la ulterior reforma, operada en marzo de 1994, de una decena de Estatutos de autonomía como consecuencia de aquélla y que comportó la práctica generalización de la competencia sobre espectáculos públicos, dando pie a que la mayoría de Comunidades regulasen los espectáculos taurinos y, en algunos casos, aprobado incluso un específico reglamento taurino (16).

(15) *BOE* núm. 54, 02.03.1996.

(16) Navarra (Decreto Foral 249/1992, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos); Madrid (Decreto 112/1996, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos Populares); Aragón (Decreto 223/2004, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos); Andalucía (Decreto 68/2006, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Taurino de Andalucía); Castilla y León (Decreto 57/2008, de 21 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General Taurino de la Comunidad de Castilla y León); País Vasco (Decreto 124/2010, de 27 de abril, de modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos); La Rioja (Decreto 27/2011, de 8 de abril, por el que se regulan los espectáculos taurinos populares en la Comunidad Autónoma de La Rioja); Castilla-La Mancha (Decreto 38/2013, de 11/07/2013, por el que se aprueba el Reglamento de los festejos taurinos populares de Castilla-La Mancha); Extremadura (Decreto 35/2017, de 28 de marzo, por el que se modifica el Decreto 187/2010, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Populares de Extremadura).

Lo expuesto hasta aquí tiene su importancia porque, como después veremos, la regulación estatal posterior (Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la Regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural, y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural inmaterial)(17), dictada como respuesta a la prohibición de las corridas de toros en Cataluña —como así se desprende de los respectivos debates en las Cortes Generales y de otras iniciativas adoptadas al respecto—, ya se fundó en un anclaje competencial distinto como el de la protección del patrimonio cultural, subvirtiendo el reparto competencial y modificando el marco legal descrito, afirmando, como hace el Preámbulo que el objeto de la Ley era «delimitar la Tauromaquia como parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional [...] en un marco de colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas, un deber general de protección y, a su vez, unas medidas de fomento y protección en el ámbito de la Administración General del Estado». Para ello, la Ley 18/2013 invocaba (art. 5) lo establecido en los artículos 44 y 46 CE (principios rectores que prevén la garantía del acceso universal a la cultura y a la conservación del patrimonio cultural); el artículo 149.1, reglas 1.<sup>a</sup> y 28.<sup>a</sup> (competencias exclusivas para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y en defensa del patrimonio cultural, sin perjuicio de la gestión autonómica); y el título competencial concurrente en materia de cultura del art. 149.2 CE.

Por su parte, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, cuyo objeto es regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial (art. 1), además de un tratamiento expansivo del objeto expuesto, asumió con todas sus especialidades la Ley 18/2013 (disposición final sexta) y se dictó, con carácter general, al amparo de lo dispuesto en los títulos estatales del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 28.<sup>a</sup>, y 149.2 CE (disposición final tercera), separándose de la regulación proyectada en origen, que contemplaba que las incorporaciones al catálogo de patrimonio cultural inmaterial se hicieran de común acuerdo entre el Estado y las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 15 de la Convención UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003), por la que «el Estado no debería obligar a ningún grupo a conservar una expresión cultural con la que no se siente identificado o que no desea practicar» (18).

---

(17) *BOE* núm. 272, 13.11.2013 y *BOE* núm. 126, 27.05.2015, respectivamente.

(18) Puede consultarse en:

[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17716&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)  
[última consulta: 22.02.2019].

El Preámbulo de la Ley 10/2015 justifica —con cita de la STC 49/1984— la intervención estatal «en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester una acción pública cuando los fines culturales no [puedan] lograrse desde otras instancias», por tratarse, en primer lugar, de una fenómeno de alcance supraautonómico que se hace reconocible incluso a nivel internacional, si bien ese principio de relevancia internacional (recogido en el art. 12.1e) no se compadece con el orden constitucional y estatutario, teniendo en cuenta la doctrina constitucional contraria al uso de ese criterio para limitar las competencias autonómicas (STC 165/1994, de 26 de mayo), especialmente en el ámbito del patrimonio cultural (STC 17/1991, de 31 de enero, FJ 6). Además de que no parece que la eventual relevancia internacional que pueda presentar un bien inmaterial llegue a convertirse en un punto de conexión per se que justifique el desplazamiento de la competencia autonómica. En segundo lugar, por conexión con el mandato constitucional de considerar el servicio de la cultura como un «deber y atribución esencial» (art. 149.2) y con lo establecido —ni que sea con valor interpretativo— en el Preámbulo de la Carta Magna en la que se proclama la «voluntad de [...] proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». En tercer término por considerar que el objeto de la competencia autonómica tiene un alcance superior al territorio de la Comunidad Autónoma y en que la actividad pública a ejercer no es susceptible de fraccionamiento ni pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación sin requerir un grado de homogeneidad que aconseje la intervención de un solo titular como es el Estado (STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 11)(19). Este último aspecto (reflejado en el art. 12.1 a y c de la Ley) colisiona con la jurisprudencia constitucional que atribuye dicha facultad al Estado sólo en supuestos singulares, tales como cuando se trate de un bien anudado a la prestación de un servicio de ti-

(19) El Consejo de Estado emitió un dictamen favorable a una legislación unitaria del patrimonio inmaterial y del histórico (Dictamen 673/2014, sobre el Anteproyecto de ley de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (vid. ap. IV.e), de 25.09.2014. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-673> [última consulta: 12.02.2019]. Se trata de un parecer consultivo favorable a un tratamiento unitario que dista de la opinión de otros autores, más bien favorables a una regulación diferenciada, como la que contenía el anteproyecto, y en base al art. 15 de la Convención UNESCO para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial (2003): «el Estado no debería obligar a ningún grupo a conservar una expresión cultural con la que no se siente identificado o que no desea practicar». Vid. CARRERA DÍAZ, Gema, «La Ley 10/2015 para la Salvaguarda del PCI (2013-2014): ¿patrimonio inmaterial o nacionalismo de Estado?», en *Revista PH. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico* núm. 88 (octubre 2015), pág. 23; y CASTRO LÓPEZ, María del Pilar; ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María: «La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: una aproximación a la reciente Ley 10/2015», en *RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural. Universidad de Málaga*, núm. 5-6, 2015, págs. 102-103.



tularidad estatal cuya gestión sea necesario centralizar (STC 17/1991, FJ 8 y 10, y 122/2014, FJ 6), además de que, de acuerdo también con la doctrina constitucional (entre otras muchas, STC 31/2010, FJ 63), nada obsta para que, admitiendo la naturaleza supraautonómica de la materia, se pueda ejercer la competencia autonómica de forma fraccionada, sin perjuicio de los instrumentos de colaboración o de coordinación estatal. Y, finalmente, de forma concordante con la Ley 18/2013, la Ley 10/2015 consagra otro de los principios que han adquirido un notable relieve en los últimos años para cimentar las iniciativas legislativas de sesgo centralizador: el principio de la «unidad de mercado», deducido del artículo 139.2 CE (art. 3 j) (20), con el pretexto de evitar resultados disfuncionales en el conjunto de la economía española.

En un orden de cosas eminentemente práctico, el impacto de la Ley 18/2013, para la regulación de la Tauromaquia, y de la Ley 10/2015, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en el ámbito de las competencias autonómicas ha sido muy notable. Por ejemplo, la Comisión Consultiva Nacional de Asuntos Taurinos (art. 12 de la Ley 10/1991) pasó de tener funciones de asesoramiento a erigirse, bajo la presidencia del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, en un órgano de participación y colaboración de las Administraciones Públicas (art. 4). Y, entre las medidas de fomento y protección que se atribuyen a la Administración General del Estado (art. 5) está la de aprobar un Plan Nacional con medidas que garanticen «el libre ejercicio de los derechos inherentes a la misma» (letra *a*); la actualización de la normativa taurina, (letra *c*); el impulso de normas y actuaciones que fomenten «el principio de unidad de mercado, responsabilidad social y libertad de empresa en el ámbito de la Tauromaquia, en consideración a los beneficios económicos, sociales y medioambientales que esta actividad genera» (letra *d*); y «el impulso y fomento, en colaboración con las restantes Administraciones Públicas, de los mecanismos de transmisión de los conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que confluyen en la corrida de toros y el arte de lidiar. Así como potenciar otras medidas de identificación, documentación, investigación, valoración y transmisión de este sobre la Tauromaquia y de los sectores vinculados a la misma.»

En todo caso, resulta insoslayable —por paradójico— que tras la promulgación de la Ley 18/2013 y de la Ley 10/2015, un buen número de Comunidades Autónomas aprobaron sus propios reglamentos taurinos, que

---

(20) La utilización extensiva de este principio por parte del Estado en evitación de resultados disfuncionales en el conjunto de la economía española, ha experimentado un salto cualitativo con la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) (BOE núm. 295, 10.12.2013).

en muchos casos incorporan una regulación acabada del desarrollo técnico de las corridas de toros, lo que hacía del todo innecesario acudir a la normativa subsidiaria estatal (Reglamento taurino aprobado por el Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos)(21). Así, por ejemplo, los Reglamentos de Madrid (Decreto 112/1996, de 25 de julio), Castilla - La Mancha (Decreto 38/2013, de 11 de julio, actualmente sustituido por el Decreto 60/2016, de 11 de octubre) y Extremadura (Decreto 187/2010, de 24 de septiembre, actualmente sustituido por el Decreto 35/2017, de 28 de marzo) prohibían algunas modalidades de festejos especialmente crueles como el toro embolado y enmaromado.

En todos los supuestos citados, la incidencia en aspectos regulados en el reglamento estatal era obvia. A título ilustrativo, diremos que el Decreto 68/2006, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Taurino de Andalucía(22), incorporó cambios en la lidia consistentes en que en la suerte de varas se redujeron las dimensiones de la puya, dejando el número e intensidad de los puyazos a criterio del matador; en la suerte suprema se modificaron los tiempos para facilitar la muerte rápida del animal, de forma que la faena durase aproximadamente diez minutos, contando también los tres avisos a partir de la entrada a matar; se disminuyó el peso del peto del caballo del picador; y se exigió la presencia de un puntillero profesional. El Decreto 223/2004, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos(23), introdujo la obligación de que los corrales de las plazas dispongan de comedores y bebederos suficientes para garantizar el bienestar de los animales y la obligación de los veterinarios de cumplir con las normas de bienestar animal, en especial, durante el transporte y la disposición del plan de viaje. Y el Decreto del Gobierno Vasco 183/2008, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos(24), admite el indulto de toros y novillos en todas las plazas permanentes, incluidas las de tercera categoría.

En la misma línea debemos significar que el Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia de público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León(25), tuvo una afectación directa en la celebración del festejo taurino conocido como «El Toro de la Vega», cuya regulación se

(21) *BOE* núm. 54, 02.03.1996.

(22) *BOJA* núm. 63, 03.04.2006.

(23) *BOA* núm. 129, 03.11.2004.

(24) *BOPV* núm. 243, 19.12.2008.

(25) *BOCL* núm. 96, 20.05.2016.

concretaba en una norma de carácter municipal, si bien el TC desestimó el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el Ayuntamiento de Tordesillas (ATC núm. 206/2016, de 13 de diciembre) y declaró que la prohibición de la muerte del animal tenía encaje competencial en una norma autonómica:

«Conforme a las referidas competencias, la Comunidad Autónoma puede, en principio, afrontar la regulación, desarrollo y organización de tales eventos lo que puede incluir, desde el punto de vista competencial, la prohibición de dar muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales. Además, resulta relevante que la intervención normativa se ha ceñido a la protección del animal al consistir en la prohibición de matar al toro en presencia del público y no a otro aspecto de la regulación del espectáculo.»

A través de este Auto, posterior a la STC 177/2016, el Tribunal Constitucional entendió que la prohibición de la muerte del toro, dictada por una ley autonómica, se insertaba dentro de la noción de «regulación, desarrollo y organización» de espectáculos taurinos.

#### **IV. La STC 177/2016, de 20 de octubre, sobre la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, que prohíbe la celebración de corridas de toros y otros espectáculos taurinos en Cataluña**

##### **1. El planteamiento general de los recurrentes: la dimensión poliédrica de la Fiesta conduce a la prevalencia de la competencia estatal en materia de protección del patrimonio cultural**

Los recurrentes principiaron su recurso aseverando que la Fiesta de los toros constituye una actividad compleja, por tratarse de un fenómeno histórico, cultural, social, económico y empresarial —argumento acogido miméticamente en la sentencia—, estimando además su encuadramiento competencial a partir de varias reglas y no solo la de la competencia prevalente por considerar que la Ley impugnada no regulaba una actividad, sino que la prohibía de plano. Además, subrayaron el alcance estatal del espectáculo taurino, como parte integrante del patrimonio cultural de España y excluido del ámbito de aplicación del Protocolo (núm. 33) sobre la protección y el bienestar de los animales (1997), anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, sobre protección y bienestar de los animales, y de la Directiva 93/119/ CE del Consejo, de 22 de diciembre de

1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza(26).

En cuanto a los motivos de inconstitucionalidad, el recurso empezaba justificando la vulneración de los preceptos del «bloque cultural» (arts. 149.1.28 y 29 y 149.2 CE). En este sentido, recordaban, el Estatuto de autonomía de Cataluña de 1979 reconoció a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de cultura (art. 9.31)(27), y que el traspaso de funciones y servicios establecía (ap. B.3 de su anexo) que la Fiesta de los toros se regiría por sus reglamentos específicos de ámbito estatal, sin perjuicio de las facultades de la Generalitat(28). De donde inferían que el objeto de la transferencia era exclusivamente la facultad de policía de espectáculos (con cita de la STC 148/2000, en la que se delimita el perímetro competencial de la Generalitat en los márgenes de la protección de personas y bienes a través de una intervención administrativa). En suma, el recurrente sostuvo la potestad exclusiva del Estado para dictar normas reguladoras de los espectáculos taurinos (ex art. 149.1.29 y 149.2 CE), en base a la cual se habría aprobado la Ley 10/1991, de 4 de abril, que reservaba a la Administración del Estado la reglamentación de los espectáculos taurinos en lo referente al orden público y a la seguridad ciudadana. En particular, aludían a la STS de 20 de octubre de 1998, sobre la Ley catalana 3/1988, por la que se limitaba la Fiesta de los toros a las localidades donde ya existían plazas construidas, y en que la competencia exclusiva del Estado no resultaba infringida porque no se regulaban aspectos técnicos y artísticos de la praxis de la Fiesta, deduciendo de ahí — *a sensu contrario*— la inconstitucionalidad de la prohibición por entrometerse en la regulación de una parte esencial de la misma.

En un segundo bloque de alegaciones se postulaba la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley por vulneración de los artículos 20, 27, 44, 46 y 149.1.1 CE, porque, de acuerdo con la dimensión que se pretendía poliédrica de la Fiesta de los toros, ésta se conecta con el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20 CE (creación artística, libertad de expresión, etc.) e incluso con los derechos reconocidos en el

---

(26) Pueden consultarse respectivamente en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12006E/PRO/33> y en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31993L0119> [última consulta: 12.02.2019].

(27) A juicio de los recurrentes, esto no se ve alterado por el Estatuto de autonomía de 2006, que se limita a atribuir a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de espectáculos y actividades recreativas, y que incluye, en todo caso, la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos (art. 141.3 EAC).

(28) Real Decreto 1771/1985, de 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos. Está publicado en el BOE núm. 235, 1.03.1985.

artículo 27 CE (derecho a la educación); con la actividad de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44 CE); con la garantía de la conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España y los bienes que lo integran (art. 46 CE); con el artículo 149.1.1 CE, relativo al goce en pie de igualdad de los derechos constitucionales (con cita de la STC 153/1985, a propósito de una norma catalana que prohibía el acceso a determinados espectáculos por razón de edad); y con la confluencia competencial no excluyente del artículo 149.2 CE. Valores y derechos todos ellos a los que, según los impugnantes, no podían oponerse razones de índole protectora de los animales dada su prevalencia y al hecho de que sin la Fiesta tampoco existiría el animal (el toro bravo) que la ley catalana trataba de proteger.

Finalmente, en el último bloque de alegaciones, los recurrentes fundamentaban la impugnación en los artículos 9, 38, 40, 128 y 149.1.13 CE: los principios rectores y competencias integrantes de la Constitución económica que atribuyen al Estado la ordenación general de la economía y a las Comunidades Autónomas la ejecución de la política económica estatal y el fomento del desarrollo de la economía regional, además de garantizar la unidad de mercado. A su parecer la ley quebraba esos principios y competencias, y en un sector económico de primer orden, en la medida que se estaban generando obstáculos «[...] desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícita que [se] pretende» (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5), además de una afectación a la libertad de circulación («incompatible con la garantía institucional de la libertad de empresa, la genérica y absoluta exclusión de tal libertad empresarial», STC 84/1993, de 8 de marzo).

## **2. La fundamentación jurídica de la sentencia: la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura habilita al Estado a desplazar las competencias autonómicas en cultura, espectáculos y protección de los animales, a fin de preservar el patrimonio cultural común**

Prescindiendo en buena parte del andamiaje argumental de los recurrentes, el Tribunal procedió primeramente a encuadrar el precepto cuestionado dentro de las competencias autonómicas sobre protección de los animales (art. 116.1.d EAC) y espectáculos (art. 141.3 EAC), para, a continuación, introducir de manera «apodíctica» (calificativo esgrimido por la minoría del Tribunal en sendos votos particulares) la obligación de coherente esos títulos autonómicos con los estatales *ex arts.* 149.1.28 CE (defensa del patrimonio cultural), 149.1.29 CE (seguridad pública) y 149.2 CE (cultura). Con lo que, si bien se admitía que no se estaba vulnerando

el artículo 149.1.29 CE el TC sostenía que la Ley menoscababa el artículo 149.2 CE, estrechamente imbricado con el artículo 149.1.28 CE.

Por lo que a la competencia sobre espectáculos públicos se refiere, el TC consideró que es éste un título más específico que el de la de protección de los animales (art. 116.1.d EAC), por lo que, para ser congruente, debería abrazar la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos, atribuyendo a su titular la capacidad para determinar el régimen jurídico de la materia y ejercer la potestad normativa a fin de innovar una situación preexistente que afecta derechos subjetivos o bien conservarla y tutelarla. En otras palabras, debería incluir la adopción de criterios de legalidad, pero también de oportunidad, con el objeto de garantizar bienes jurídicos susceptibles de protección como la de los animales y, más concretamente, la prohibición de las corridas de toros u otras condiciones externas bajo las cuales deben desarrollarse éstos, a los solos efectos de salvaguardar la moralidad pública y asegurar la vida y la integridad física de los participantes, la tranquilidad de los afectados por el espectáculo y la comodidad de los espectadores (29).

Por lo que a la competencia en materia de protección de los animales se refiere, supremo fundamento competencial de la Ley 28/2010, el TC no la consideró ante la prevalencia otorgada a las competencias en materia de patrimonio cultural y ante la prevalencia del título en materia de espectáculos públicos. Además, en su pronunciamiento, el Tribunal no se abstuvo de cuestionar de forma un tanto displicente la voluntad tuitiva del legislador catalán a la hora de acogerse a dicho título, afirmando que «la propia norma califica las corridas de toros como espectáculos taurinos y admite la existencia de otros espectáculos de esa índole [en referencia a los *correbous*], lo que, también desde esta perspectiva, evidencia que la finalidad de la norma no es sólo la protección animal, sino también la prohibición de un determinado tipo de espectáculo» (STC 177/2016, FJ 3 y 7). Siendo lo cierto que, aun cuando pueda resultar paradójico o decepcionante, el legislador catalán materializó esa opción libremente y, en ausencia todavía de la figura de la declaración de bien cultural de interés patrimonial, obró de la misma forma que el legislador canario de 1991 al prohibir las corridas de toros y mantener las peleas de gallos.

En suma, para el Alto Tribunal existe una concurrencia no excluyente de competencias estatales y autonómicas en materia de cultura que, a fin de preservar el patrimonio cultural común (*ex art. 46 CE*), habilita al Estado para desplazar las competencias autonómicas no sólo en materia de cul-

---

(29) Vid. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, abril de 2010, pág. 19.

tura sino también en el ámbito de los espectáculos y de la protección de los animales, especialmente cuando esa protección ha sido reconocida por la legislación estatal (Ley 18/2013 y Ley 10/2015, que fundamentan el carácter concurrente de la competencia sobre patrimonio cultural, a partir de una determinada lectura del juego entre el artículo 149.1.28 CE y el 149.2 CE), a la que se atribuye un carácter jerárquico adicional. Lo cual resulta contradictorio —insistimos una vez más— con la enfática afirmación de que esa prevalencia «no significa que la Comunidad Autónoma, no pueda, en ejercicio de sus competencias sobre ordenación de espectáculos públicos, regular el desarrollo de las representaciones taurinas —como, de hecho, ya realizó la Comunidad Autónoma en una Ley previa [en referencia a la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales]».

### **3. La crítica a la STC 177/2016: una aproximación superficial para justificar la imposición de la declaración de la Tauromaquia como patrimonio nacional pese a la desafección popular expresada a través del legislador autonómico competente**

A la vista de lo expuesto, no es de extrañar que desde distintos sectores se le reprochara al Tribunal la aproximación entre superficial y expeditiva a la cuestión (30), pues, una vez afirmada la inconstitucionalidad de la norma sobre un único motivo, se producía además una anómala renuncia a examinar el resto de elementos en juego, como evidencia el párrafo siguiente:

«[D]esde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos responsables de cumplir el mandato del art. 46 CE puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas. En otros términos, esa valoración entra también dentro de la libertad de configuración que corresponde al legislador autonómico en la interpretación de los deseos u opiniones que sobre esta cuestión existen en la sociedad catalana a la hora de legislar en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos. Ahora bien, dichas diferencias han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias en el que las

---

(30) Para BOIX PALOP, «el Tribunal Constitucional ha acabado por construir una sentencia “jurídicamente desganada”, o lo que en términos taurinos suele considerarse una “faena de aliño”», en BOIX PALOP, Andrés, «Ovación y vuelta al ruedo para el Tribunal Constitucional», en *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic* [en línea]. Escola d'Administració Pública de Catalunya, 23 de noviembre de 2016.

decisiones autonómicas encuentran su fundamento, de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE. [...] Por esa razón la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal en los términos que ya han quedado expuestos» (FJ 7).

Debe reconocerse —y ya nos hemos referido en otros momentos— que la invocación del artículo 149.2 CE, como fundamento con pleno contenido funcional, esto es, legislativo y ejecutivo, no es nueva en la jurisprudencia constitucional. Como se recordará, en la señora STC 49/1984 se afirmaba que, en la práctica, las competencias autonómicas en materia cultural devienen imposibles sin la voluntad concurrente del Estado (31):

«[...] al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias» (FJ 6) (32).

(31) Ciertamente, la lectura que había recibido el juego de los artículos 149.1.28 y 149.2 CE, en conexión con el artículo 46 CE, remitía al trazado constitucional de un «Estado de Cultura», en el que se pedía la implicación activa de todos los poderes públicos «para lograr que todos los Ciudadanos tengan acceso a los Bienes culturales» (TAJADURA TEJADA, Javier, «El servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado», en *Revista de Derecho Político* núm. 50, 2001, pág. 93).

(32) Entre los elementos que la doctrina del TC ha convalidado como base para la ampliación de las competencias estatales, en la submateria específica del patrimonio cultural, cabe mencionar especialmente la extensión del alcance del concepto «expolio», contenido en el artículo 149.1.28 CE, más allá del estricto significado del ataque físico que destruya o deteriore el patrimonio, que practicó en la STC 17/1991: «[L]a utilización del concepto de defensa contra la expropiación ha de entenderse como definitiva de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados», que sin embargo no puede servir de base para «la posible utilización de este concepto para dar cobertura a medidas concretas que excedan de lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes en un significado finalista» (FJ 7).



No obstante, no es menos cierto que esta concepción dista mucho de ser pacífica, como revelan los propios votos particulares de la STC 177/2016(33), además de que, como se ha sostenido, no está claro que se precise un tratamiento general o una definición unitaria de un espectáculo si algún legislador autonómico no comparte esa condición atendido el escaso predicamento en su Comunidad. En todo caso, lo chocante y rabiosamente novedoso fue la determinación del carácter prevalente de la normativa estatal de protección del patrimonio cultural, como si de un conflicto derivado de la compartición competencial se tratase(34). Ciertamente, no puede desconocerse que la STC 124/2014 declaró inconstitucionales determinados artículos de la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2013, de 18 de junio, de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, a partir de su colisión con los preceptos concordantes de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español. En aquella ocasión, el pronunciamiento del Tribunal, tras descartar el carácter básico de la legislación estatal, estableció una *ratio decidendi* mediante la que correspondía al TC delimitar por su contenido y funcionalidad las submaterias contenidas en el enunciado del Texto constitucional (art. 149.1.28 CE), y donde no resultaría constitucionalmente legítimo que la legislación autonómica se proyectara (*vid.* FJ 8, 9, 10, 11 y 12). Ahora bien, junto a este planteamiento, fundado en el carácter prevalente —pero no básico— de la norma estatal, la STC 122/2014 dejó sentados algunos otros criterios relevantes, que a nuestro parecer no fueron debidamente considerados en la STC 177/2016. El primero es el que afirma «que la Administración competente para realizar la declaración formal de «bien de interés cultural» [...] es la Comunidad Autónoma donde radique el bien» (FJ 5); y el segundo, es el que atribuye a las Comunidades Autónomas la capacidad legislativa para caracterizar las concretas notas que deben definir dichos bienes:

---

(33) No obstante, debemos recordar que la apelación a estos dos preceptos constitucionales ha sido reiterada por el legislador estatal en diversos textos legislativos. *Vid.* en este sentido CARRASCO NUALART, Raimon, *ibidem*, págs. 320-322. Por otra parte, el voto particular formulado por los magistrados Asúa Batarríta y Valdés Dal-Ré afirma que la STC 177/2016 se incardina en una «preocupante línea jurisprudencial recientemente en expansión», en la que se identifica como causa de inconstitucionalidad de una norma autonómica, pese a que se promulgue en el marco de inequívocas competencias autonómicas, la mera presunción de menoscabo competencial del Estado, lo que ejemplifican en la STC 93/2015, FJ 18, y la STC 8/2016, FJ 5. En su opinión,

«ya no sería necesario que se acreditara la existencia de un precepto estatal que contuviera un mandato normativo incompatible con el enunciado de la norma autonómica. Bastaría la mera constatación, sin desarrollo ulterior, de que el contenido de una norma autonómica menoscaba las competencias estatales, ya sea en abstracto o a través de su materialización en ciertas normas estatales, para proceder a declarar su inconstitucionalidad y nulidad. Con ello se redefine la noción de inconstitucionalidad y el juicio de constitucionalidad se desliza por una pendiente peligrosa»

(34) *Vid.* el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (punto 12).

«[A]l Estado le está atribuida la definición genérica y esencial de las notas que determinan que un bien sea declarado de interés cultural por la Administración competente, pues de este modo se garantiza un tratamiento general en toda España (art. 149.2 CE) y se evita que los bienes que lo merezcan sean excluidos de la protección máxima que esta categoría supone (art. 149.1.28 CE). Una ulterior precisión de estas notas caracterizadoras ya no forma parte de esos limitados títulos competenciales, pudiendo abordarla cada Comunidad Autónoma en virtud de su competencia general en materia de patrimonio histórico» (STC 122/2014, FJ 6).

Claro está que el legislador estatal podía haber prescindido del inciso «en todo el territorio nacional» del artículo 2 de la Ley 18/2013, pero ello no obsta que el TC hubiera podido alcanzar una interpretación más acorde con su propia doctrina, expresada en la STC 122/2014, esto es, que la declaración como patrimonio nacional de la Tauromaquia es compatible con el hecho de que el legislador autonómico no comparta necesariamente esa condición. Bien al contrario, impone tal declaración desconociendo deliberadamente «la existencia de rechazo, desafección o desinterés de parte de la población respecto a este espectáculo» (STC 177/2016, FJ 7). Como bien señalaron los magistrados Asúa Batarrita y Valdés Dal-Re, «[...] la Ley autonómica no cuestiona el carácter de bien cultural que la Ley estatal asigna a la Tauromaquia: tampoco impide la realización y el desarrollo del resto del amplísimo conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que componen la Tauromaquia, ni se prohíbe en su territorio la crianza del toro de lidia, ni la creación de escuelas o asociaciones de todo tipo relacionadas con la Tauromaquia». Y esto último enlaza, además, con otra reflexión, puesta por el magistrado Xiol Ríos en su voto particular, relativa al carácter no neutral de la Tauromaquia como manifestación cultural, ni por los valores que representa ni por su dispar implantación en el Estado. La sentencia —razona el magistrado— debería haber tenido en cuenta, por ejemplo, el descenso experimentado por la afección a la Tauromaquia en Cataluña, para ponderar si la prohibición respondía a «un sistema de valores culturales propio de la nacionalidad catalana cuya protección constitucional está garantizada mediante el reconocimiento de la pluralidad de los pueblos de España y sus culturas» (35). En otras pa-

(35) Para una reflexión más profunda sobre el carácter no neutral de la Tauromaquia y las incompatibilidades de este hecho con su consideración como patrimonio cultural, *vid.* DE LORA, Pablo: «Corridas de toros, cultura y Constitución», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universitat d'Alacant, CEPC, núm. 33, 2010, págs. 746-751.

labras, que la Tauromaquia desde la perspectiva de los diferentes sistemas de valores culturales imperantes, puede considerarse una manifestación digna de protección cultural en todo el territorio estatal solo en la medida que quedase acreditada una palmaria identificación con la misma en todo él.

Y aquellos polvos... Como ya se ha mencionado con carácter introductorio, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Alicante (recurso núm. 737/2017) declaró la nulidad de la resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villena, de 28 de agosto de 2017, por la que se desestimaba la solicitud para celebración de una corrida de toros de carácter benéfico en la Plaza Plurifuncional de aquella localidad, entre otros motivos, por «[considerarse] poco oportuna desde el punto de vista social y cultural de la ciudad». Para el juzgador, invocando expresamente la doctrina emanada de la STC 177/2016,

«[s]iendo [...] la Tauromaquia un patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, el municipio de Villena no constituye excepción a esta máxima establecida legalmente; y dado que los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos de competencia, deben ejercer una acción de salvaguardia de la Tauromaquia, el Ayuntamiento de Villena también se encuentra comprendido dentro de tal exigencia legal. Por otro lado, definidas las corridas de toros por el Tribunal Constitucional (STC 177/2016) como una actividad con múltiples facetas, por presentar un complejo carácter «como fenómeno histórico, cultural, social, artístico, económico y empresarial», resulta carente de fundamento el genérico argumento denegatorio (recogido en la resolución impugnada) sobre tratarse de una celebración «poco oportuna desde el punto de vista social y cultural de la ciudad» (dadas la múltiples facetas destacadas por el TC en la sentencia aludida)».

## **V. La STC 134/2018, de 13 de diciembre, sobre la Ley de les Illes Balears 9/2017, de 3 de agosto, de Regulación de las Corridas de toros y de Protección de los Animales de las Illes Balears**

Ya se ha dicho que la Ley de les Illes Balears 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales de las Illes Balears, fue impugnada. El recurso, interpuesto por el presidente del Gobierno, tenía como objeto dilucidar si la misma se hallaba incurso en causa de inconstitucionalidad por tres razones esenciales, alguno de ellos coincidente con la fundamentación jurídica de la STC 177/2016.

En concreto, la primera de ellas: el eventual menoscabo de la competencia estatal de regulación del patrimonio cultural español, dado que la ley promulgada solo permitía la celebración de corridas de toros conforme a lo previsto en la misma (sin muerte del animal), fracturando los rasgos constitutivos del arte del toreo mediante el establecimiento de determinados límites. En segundo lugar, el recurso reputaba la vulneración del principio de unidad de mercado y de libre circulación, dado que, como veremos, la Ley determinaba que la duración del viaje desde la ganadería hasta la plaza de toros fuera la mínima indispensable —lo cual obligaría a suministrarse con las reses más próximas excluyendo otros ganaderos— y porque se limitaba a tres el número máximo de toros a lidiar. Finalmente, conectado con esto último, el tercer reproche se fundaba en una eventual lesión de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales.

Al igual que en el proceso constitucional que desembocó en la STC 177/2016, el recurso planteaba, pues, una controversia de orden eminentemente competencial. En este contexto, como ya hicieran los recurrentes de la Ley catalana, el Abogado del Estado empezó admitiendo que la normativa impugnada encontraba anclaje adecuado en las materias de competencia autonómica [la cultura y la regulación de los espectáculos públicos subsumidas en las competencias exclusivas de la Comunidad de les Illes Balears sobre agricultura y ganadería (art. 30.10 y 30.46 EAIB); espectáculos y actividades recreativas (art. 30.31 EAIB); y protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos (art. 30.46)], si bien la Ley también invocaba como título competencial la protección del «patrimonio monumental, cultural, histórico, artístico [...]», sin perjuicio de la competencia del Estado en «cultura, actividades artísticas y culturales» (art. 30.25 y 30.26 EAIB) (36).

Con todo, el Abogado del Estado sostuvo que esos títulos competenciales habían sido indebidamente utilizados, provocando una invasión material de las competencias estatales, singularmente la competencia estatal en materia de patrimonio cultural *ex* artículo 149.1.28 CE (defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación), en el marco de la concurrencia competencial no excluyente del artículo 149.2 CE (con cita de nuevo de la STC 49/1984). Para el recurrente, el TC estaba llamado a examinar si la norma autonómica constituía un adecuado ejercicio de las competencias autonómicas, al afirmar que, frente a la franca prohibición de las corridas de la ley catalana, la ley balear optaba por llegar al mismo fin,

---

(36) Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. Publicada en el *BOE* núm. 52, 01.03.2007.

pero a través de un alambique de prohibiciones y requisitos que convertían la Fiesta de los toros en algo irreconocible —o incluso tendente a su eliminación.

Se trataba, por tanto, de un planteamiento indudablemente coherente con la doctrina de la STC 177/2016, donde, como se recordará, se reconoce que la profusa normativa legal y reglamentaria del ámbito taurino aborda su regulación desde dos perspectivas —la concerniente a la policía de espectáculos y la relativa a la regulación de la esencia del espectáculo en cuanto a su estructura y reglas técnicas y artísticas—, y se concluye que, en la medida que las normas autonómicas regulen cuestiones referentes a la estructura, reglas técnicas y de arte del espectáculo taurino, ello debe coherenarse con la regulación estatal, dictada al amparo de las competencias del Estado en materia de patrimonio histórico y cultural.

En concreto, el TC analizó primeramente la constitucionalidad de los artículos 1.2, 4, 5.1, 5.2, 5.6, 5.7, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 9/2017, que reputó inconstitucionales por dificultar la celebración de la corrida de toros tradicional, pese a tratarse de prescripciones tendentes a asegurar de forma evidente el bienestar animal: artículo 1.2 («sólo se podrán celebrar corridas de toros de acuerdo con esta Ley [...]»); artículo 5.1 («Todos los toros que se toreen deberán tener un mínimo de 4 años cumplidos y en cualquier caso menos de 6»); 5.2 («los pesos de los toros serán los siguientes: a) para plazas de primera: un mínimo de 460 kilos y un máximo de 480 kilos; b) para plazas de segunda: un mínimo de 435 kilos y un máximo de 455 kilos; c) para plazas de tercera: un mínimo de 410 kilos y un máximo de 430 kilos»); 5.6 (atribución de carácter vinculante al acta de reconocimiento veterinario como criterio de autoridad para la autorización de la corrida); y 5.7 («Los toros serán devueltos a la empresa ganadera que los haya proporcionado si después de la inspección veterinaria [...] [ésta emite] un informe sobre lesiones y otras incidencias que puedan presentar a los efectos de tomar las medidas correspondientes»). Precisamente, la ya citada sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Alicante, que declaró la nulidad de una resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villena, tomó en consideración este argumento, recordando expresamente que el artículo 5.6 de la ley balear había sido declarado inconstitucional por «[constituir] un obstáculo insuperable para regular celebración de las corridas de toros, de tal suerte que esta circunstancia comporta un argumento añadido para valorar el carácter impositivo que este precepto tiene para la normal celebración de las corridas de toros».

Para el TC, también el artículo 6 suponía una grave dificultad para el desarrollo tradicional del espectáculo, por obligar a mantener a todas las reses juntas en un corral antes de salir al ruedo, aislando a las

demás y pudiendo provocar retrasos y alteraciones incompatibles con una celebración en condiciones razonables de agilidad y continuidad. Igual que el artículo 8 («Las corridas de toros serán celebradas por profesionales inscritos en la sección I del registro general de profesionales taurinos, es decir, toreros y toreras, y su personal auxiliar. El número de toros que se toreen será como máximo de tres y su participación no durará más de 10 minutos»), por consistir en una determinación de los profesionales que pueden participar, excluyendo la posibilidad de celebrar otro tipo de espectáculos taurinos en los que es habitual la participación de otro tipo de profesionales. Y también el mandato dirigido a limitar a tres el número de toros, por ser una medida incompatible con el tradicional desarrollo de la corrida de toros, así como el tiempo máximo de diez minutos, que el Alto Tribunal concreta con la prohibición de dar muerte al animal, lo cual, dado el carácter consustancial que se atribuye a la suerte suprema, es considerado como una desfiguración de la corrida tradicional.

Igual suerte corrió el artículo 7 («no habrá presencia de caballos durante las corridas de toros»), y el artículo 9 («los únicos utensilios que podrán usar el o la profesional taurino o taurina y los o las auxiliares durante la celebración de los espectáculos taurinos son el capote y la muleta. No se podrán utilizar divisas, puntas de pica, banderillas, picas, farpas, estoques o espadas, verdugillos, puñales ni ningún instrumento punzante que pueda producir heridas y/o muerte del toro. Tampoco se podrán usar o lanzar ningún objeto en contra del animal, y el capote y la muleta serán el único contacto del o de la profesional taurino o taurina y los o las auxiliares»). En el primer caso porque la prohibición de la presencia de caballos de toros comporta, en primer lugar, la imposibilidad de celebrar otros tipos de espectáculos taurinos como las novilladas con picadores y el rejoneo o lidia del toro a caballo; y, en segundo término, por implicar la supresión del tercio de varas, así como la imposibilidad de utilizar caballos en otros momentos del espectáculo, siendo un elemento habitual en el desarrollo normal de las corridas. Con lo que, según el TC, ambos preceptos constituían una regulación con tal grado de divergencia o separación del uso tradicional que hacía imposible reconocer las características nucleares de la corrida de toros protegida por el Estado. Y en concreto, la desaparición de dos de los tres tercios de la lidia tradicional, unida a la obligación de devolver al toro a los corrales sin darle muerte, se considera que era constitutiva de un ejercicio competencial no ajustado a la Constitución por menoscabo de la competencia estatal.

Finalmente, el TC procedió a examinar la posible vulneración de la competencia estatal en materia de unidad de mercado y de establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos

los españoles en el ejercicio de sus derechos. El precepto impugnado (art. 4) decía así: «Para que la duración del viaje desde la ganadería hasta la plaza de toros sea la mínima indispensable, la ganadería suministradora de los toros [...] será la más cercana, en términos de distancia, a la plaza de toros donde se celebre el espectáculo taurino». Razón por la que el recurrente argumentaba que se estaba otorgando una ventaja económica a una ganadería respecto de otras, dependiendo de su ubicación geográfica. El Tribunal, de acuerdo con su doctrina, examinó la fundamentación de esa restricción en base a la existencia de una razón imperiosa de interés general, así como a la proporcionalidad de la misma para la consecución de dicho objetivo. Llegando a la sorprendente conclusión que la finalidad de protección animal no forma parte de las razones imperiosas de interés general, pero sí la protección del medio ambiente y la sanidad animal porque estas sí están acogidas en la legislación estatal básica (art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y que transpuso la Directiva de Servicios comunitaria); además de descartar cualquier vestigio de proporcionalidad en la medida por existir otras medidas menos restrictivas a la hora de minimizar el sufrimiento animal durante el transporte, que no identifica, pues el traslado de los animales, afirma, se halla condicionado por una multiplicidad de factores entre los que la distancia es sólo uno de ellos y no necesariamente el más relevante. Y concluye que la regulación impugnada no es tampoco constitucionalmente adecuada a los derechos de libre circulación, libre empresa y unidad de mercado.

A mayor abundamiento, diremos que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (TSJB) declaró el 28 de marzo de 2018, que el Acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca (de 30 de julio de 2015), por el que declaraba a esa ciudad municipio antitaurino(37), constituía un acuerdo de inspiración animalista que no vulneraba preceptos jurídicos por tratarse de «una declaración de intenciones o de voluntad sin efectos jurídicos». «No se prohíben las corridas de toros y así debe interpretarse [el acuerdo municipal adoptado por el pleno]», argumentó la Sala del Alto Tribunal balear, dando así la razón a Cort (el consistorio palmense) en su recurso contra una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma, que anuló (julio de 2017) el punto 3 del referido acuerdo, a instancias de la Fundación del Toro de Lidia, y que decía así:

---

(37) Puede consultarse en: [https://www.palma.cat/portal/PALMA/contenedor1.jsp?seccion=s\\_fnot\\_d4\\_v1.jsp&contenido=86259&tipo=8&nivel=1400&codResi=1&language=es](https://www.palma.cat/portal/PALMA/contenedor1.jsp?seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&contenido=86259&tipo=8&nivel=1400&codResi=1&language=es) [última consulta: 21.02.2019].

«el Ayuntamiento de Palma manifiesta su voluntad de que no se celebren corridas de toros ni otros espectáculos donde se produzca la muerte o se infrinja estrés psicofísico a un animal en ninguna plaza de toros de Palma ni de Baleares».

Traemos esta resolución a colación, no solo por la evidente conexión territorial con la cuestión que estamos tratando, en términos de desafección hacia las corridas de toros, sino porque el juez de instancia había considerado paradójicamente que ese apartado excedía de un planteamiento meramente ideológico y constituía un acto normativo *per se*, prohibiendo implícitamente las corridas de toros, pese a que la misma no prohibía ninguna actuación a las autoridades competentes en la materia y carecía de valor jurídico y por supuesto normativo.

Claro está que este pronunciamiento del TSJB es anterior a la STC 134/2018, aun cuando no se habría visto alterado en otro momento porque la ley balear no contemplaba la prohibición de las corridas de toros. En todo caso, contrasta, por poner un solo ejemplo, con el pronunciamiento de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJV), que declaró la nulidad de una moción análoga aprobada en el Pleno del Ayuntamiento de Orihuela, de 29 de octubre de 2015, en la que se declaraba a ese municipio «ciudad libre de espectáculos con animales salvajes y de espectáculos taurinos». Lo cual, al margen de poner de relieve la actuación dispar de la jurisdicción en estos casos, evidencia el incesante debate social y político entorno al futuro de las corridas de toros.

## VI. Conclusiones

El Tribunal Constitucional dictaminó que la Ley catalana 28/2010, que prohibió las corridas de toros y los espectáculos que incluyan la muerte del animal era contraria a la Constitución por oponerse tanto a la Ley estatal 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural «digno de protección en todo el territorio nacional», que establece un deber de protección y conservación de la Tauromaquia, como a la Ley estatal 10/2015, de 26 de mayo, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobadas ambas en ejercicio de las competencias estatales de los artículos 149.1.28 y 149.2 CE.

Esta circunstancia es indudable, aunque se exprese aquí en términos conclusivos y de forma un tanto abrupta. Lo cual no deja de causar cierta perplejidad si tenemos en cuenta que se trata de leyes aprobadas tres y cinco años después, respectivamente, de la ley catalana, con lo que, en la práctica, el TC aplicó de forma sobrevenida y como «parámetro» —in-



directo, claro está— una legislación ordinaria estatal surgida sobre todo como reacción política y corporativa a la aprobación de la ley catalana que prohibió las corridas de toros, lo que demuestra el especial interés que despertó tal ley, a diferencia, por ejemplo, de la Ley 8/1991 de las Islas Canarias que prevé lo mismo.

Por otra parte, como hemos visto, la relevante STC 177/2016 no obvió que Cataluña dispone de competencias en materia de espectáculos públicos y de protección de animales, pudiendo establecer limitaciones e incluso prohibiciones en esos ámbitos —como había hecho antes o ha hecho recientemente la Ley de Aragón 1/2019, de 7 de febrero, para prohibir la utilización de especies pertenecientes a la fauna silvestre en espectáculos circenses—, pero consideró que las facultades inherentes a esas competencias no alcanzan para declarar la prohibición de las corridas de toros. En otras palabras, es la declaración de bien de interés cultural la que conduce al resultado ante la evidencia de que las Comunidades Autónomas venían adoptando de forma pacífica normas completas y acabadas de regulación taurina, incluyendo aspectos técnicos del desarrollo de las corridas de toros, con carácter prevalente a la normativa supletoria estatal.

Además, lo que constituye una cuestión de la mayor transcendencia social y cultural, ha sido ventilado por el Tribunal en dos ocasiones como un mero conflicto de competencias, desde una perspectiva aparentemente aseada, soslayando, como se encargó de poner de relieve uno de los votos particulares, un debate más profundo sobre la relación del ser humano con otros seres sensibles de su entorno (el Consejo Constitucional de Francia y la Corte Constitucional de Colombia han establecido como requisito para la pervivencia de las corridas que la aceptación social de la Tauromaquia fuese importante); y también sobre si es posible sostener hoy día que la Tauromaquia forma parte del patrimonio cultural común, prescindiendo del arraigo que suscita en los distintos territorios del Estado.

En suma, sin negar que las SSTC 177/2016 y 134/2018 tienen efectos generales y que contra ellas no pueden oponerse normas ni obstáculos (como algunas bienintencionadas declaraciones municipales) —dejando de lado el escaso interés *de facto* demostrado por promotores y empresarios que han llevado a la Fiesta de los toros a un estado de letargia en algunas partes—, no deja de ser decepcionante que un legislador autonómico, habiendo constatado en su Comunidad el grado de desafección ciudadana hacia un espectáculo animal y evidenciado su particular sensibilidad hacia el sacrificio cruento de un animal, no pueda alterar o suprimir los elementos arquetípicos que hagan reconocible las corridas de toros pero sí de los espectáculos circenses o las peleas de gallos, por poner solo dos ejemplos. La diferencia radica en que estos últimos no integran el acervo patrimonial cultural común declarado por una ley estatal, lo que constituye, a todas luces, un pretexto tan injustificado como doloroso.

## VII. Bibliografía

- BOIX PALOP, Andrés, «Ovación y vuelta al ruedo para el Tribunal Constitucional», en *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic* [en línea]. Escola d'Administració Pública de Catalunya, 23 de noviembre de 2016.
- CARRASCO NUALART, Raimon, «Competència en matèria de cultura», en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2010.
- CARRERA DÍAZ, Gema, «La Ley 10/2015 para la Salvaguarda del PCI (2013-2014): ¿patrimonio inmaterial o nacionalismo de Estado?», en *Revista PH*. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico núm. 88 (octubre 2015).
- CASTRO LÓPEZ, María del Pilar; ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María, «La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: una aproximación a la reciente Ley 10/2015», en *RIIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural*. Universidad de Málaga, núm. 5-6, 2015.
- DE LORA, Pablo, «Corridas de toros, cultura y Constitución», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universitat d'Alacant-CEPC, núm. 33, 2010.
- «Las corridas de toros: las razones del abolicionismo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, abril 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, abril de 2010.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «La sentencia del TC sobre la prohibición catalana. Un triunfo de la libertad», en *La Ley* núm. 8887, 22 de diciembre de 2016.
- MULÀ, Anna, «Análisis jurídico, antecedentes y consecuencias de la Sentencia 177/2016, del Tribunal Constitucional, sobre prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en *UNED. Revista de Derecho* núm. 22, 2018.
- RIDAO MARTÍN, Joan, «Toros: entre l'espectacle públic, el patrimoni cultural i la protecció animal», en *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 54, 2017.
- TAJADURA TEJADA, Javier, «El servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado», en *Revista de Derecho Político* núm. 50, 2001.

# Notas



## La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: apertura de mercado para la procura

The legal representation of the administration after act 3/2017: the opening-up of the market for the *Procura*

Alejandra Boto Álvarez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.09>

**LABURPENA:** Gure herrian, aparteko profilak ditu prokuradoretzak; izan ere, betetzen dituen eginkizunak anakronikotzat jo izan dira sarritan, eta etengabe eragiten ditu eztabaidak. Hala, itxuraz lanbidearekin lotura zuzenik ez duen arau batean hitz bat aldatze hutsak merkatu bat ireki diezaieke prokuradoreei: administrazio publikoen prozedura-ordezkaritzaren merkatua, hain zuzen. Eta horixe aztertzen du artikulu honek; izan ere, ez da kontu hutsala, zalantzan jartzen baitu haren iraupena bera.

**HITZ GAKOAK:** Prokuradoreak. Prozesuko kostuak. Prozesuko ordezkaritza. Laguntza juridikoa.

**ABSTRACT:** Spanish *Procura* is a unique function, usually considered anachronistic and thus, regularly censured. This paper analyses how an apparently minor change in a side-regulation might open for those professionals a market, as legal representatives of Public Administrations. Something vital, as the subsistence of the profession itself is being questioned.

**KEYWORDS:** Legal representatives. Cost of the trial. Procedural representation. Legal assistance.

**RESUMEN:** La procura tiene en nuestro país unos perfiles únicos, con funciones muchas veces tildadas de anacrónicas y en constante debate. En este artículo se analiza cómo el mero cambio de una palabra en lo que podría parecer una norma que no guarda conexión directa con la profesión puede abrir para los procuradores un mercado, el de la representación procesal de las Administraciones públicas, que no es baladí cuando se está cuestionando su misma subsistencia.

**PALABRAS CLAVE:** Procuradores. Costas procesales. Representación procesal. Asistencia jurídica.

Trabajo recibido el 13 de febrero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019



# La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: apertura de mercado para la procura

The legal representation of the Administration after Act 3/2017: the opening-up of the market for the *Procura*

Alejandra Boto Álvarez

**Sumario:** I. Introducción y planteamiento de la cuestión.—II. Algunas consideraciones sobre la labor del representante procesal.—III. La postulación de la Administración y la posibilidad de hacerse servir de procuradores: visión tradicional.—IV. La reforma de 2017: un giro copernicano. V. Bibliografía.

## I. Introducción y planteamiento de la cuestión

Como es bien sabido, el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dispone que, en sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un procurador y serán asistidas, en todo caso, por abogado(1). Cuando las partes confieran su representación al abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones(2). Frente a ello, en sus actuaciones ante órga-

---

(1) En este trabajo y acogiendo el criterio formal expresado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1434/2013 se citan con letra minúscula las profesiones, a pesar de lo que aparece literalmente en algunos preceptos legales y reglamentarios.

(2) Literalmente el artículo 23 no precisa a quién puede conferirse la representación en los casos en que no sea imprescindible la presencia de procurador. La exégesis lógica del precepto, sin embargo, permite concluir que ha de ser al abogado que lleva la dirección técnica, con quien se entenderán las notificaciones del juzgado tal y como prevé el inciso final del artículo 23.1 de la LJCA. Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*. Iustel. Madrid, 2010, págs. 273-274. Respecto a la acreditación de la representación y sus cuestiones formales puede verse el repaso de CARBONELL PORRAS, Eloísa, «La capacidad y la representación de las partes en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista andaluza de Administración pública*, núm. 100, 2018, págs. 47 y ss., en particular págs. 56-59.

nos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un procurador y ser asistidas por abogado(3).

Formalmente la LJCA no diferencia en este artículo entre partes procesales constituidas por sujetos privados o por la Administración, de donde parece deducirse la obligatoriedad de contar con la figura diferenciada del procurador en los procesos ante órganos colegiados. No obstante, respecto a las Administraciones públicas y a los órganos constitucionales resulta de inexcusable consideración el artículo siguiente y sobre todo las normas a las que allí se alude por remisión.

Y es que el artículo 24 de la LJCA no contiene ninguna previsión de carácter sustantivo, remitiéndose sin más a las reglas de «defensa y representación» que se contengan en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas. Al margen de todas las críticas que pueda suscitar el precepto(4), entre las que no son menores la total omisión de las Entidades Locales(5), de lo que no puede haber duda es de la apertura a la unificación en una sola figura (la de quien ejerce la postulación de la Administración) del régimen de representación y defensa, que después consagra el actual artículo 551 de la LOPJ(6). La interpretación jurisprudencial de estos preceptos ha supuesto reconocer tal unificación de funciones en la figura del defensor de la Administración como posible, pero no obligatoria; así las cosas, las Administraciones, si lo estiman conveniente, pueden valerse o comparecer a través de un procurador distinto(7). No se trata sin embargo de una opción que se haya fomentado particularmente, antes bien todo lo contrario, pues en caso de condena en costas, la inclusión de las partidas de ese procurador se venía

---

(3) Para un intento de justificación de la diferencia de trato en función del carácter unipersonal o colegiado del juzgador, pueden verse las reflexiones de CANO CAMPOS, Tomás, «Artículo 23», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, 1998, págs. 248-249 o SAAVEDRA GALLO, Pablo, «Nueva regulación de las partes», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio y aplicación práctica de la Ley 29/1998*. Colex. Madrid, 1999, pág. 275).

(4) Sobre la renuncia a introducir en este punto previsiones sustantivas puede verse ESTEVE PARDO, José, «Artículo 24», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, 1998, págs. 254 y ss.

(5) Que tienen su propia problemática, ejemplarmente expuesta en CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA, Montserrat, *Defensa y representación de las Corporaciones Locales. La posición jurídica de la Administración Local en el proceso contencioso-administrativo*. Dijusa. Madrid, 2002.

(6) La LOPJ, en efecto, se refiere de manera expresa tanto a la representación como a la defensa, y constituye por lo tanto una regla especial de postulación procesal. No obstante, la jurisprudencia no siempre ha sido pacífica en este punto; véase GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «La representación de las Comunidades Autónomas a través de procurador en los recursos de casación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995, págs. 437-441.

(7) Al respecto pueden verse los casos analizados en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., tomo II. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018, pág. 443.



juzgando indebida, por entenderlas fruto de un capricho de la Administración (el de contar con un profesional procurador) del que no procede hacer responsable a la contraparte.

En las páginas que siguen, tras una breve reconstrucción y justificación del marco tradicional descrito, se analizará cómo una mínima reforma introducida en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas por la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, es susceptible de generar un giro copernicano en la meritada interpretación. Y ello, en las postrimerías de serios debates sobre la misma subsistencia de la profesión de la procura, que ha experimentado convulsos vaivenes y sobre los que aún no parece haberse escrito el punto final.

## II. Algunas consideraciones sobre la labor del representante procesal

Las labores de representación procesal, encomendadas con carácter general al procurador(8), no suponen una transmisión de la legitimación ni una integración de la capacidad, sino que comportan la función de recibir las notificaciones de los órganos judiciales y trasladarlas a sus representados y, a la inversa, presentar los escritos de estos ante los tribunales. Su régimen jurídico se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al apoderamiento, provisión de fondos, cese en sus funciones, etc. La exigencia de su intervención se ha justificado tradicionalmente en la conveniencia de facilitar el desarrollo del proceso y el buen funcionamiento de la justicia, asegurando una fluida comunicación entre las partes y el órgano judicial(9); por ello no es de extrañar que los avances técnicos en tal sentido, y en particular las notificaciones por medios electrónicos, hayan hecho surgir opiniones diversas sobre la necesidad de mantener el *status quo* de la figura del procurador(10). En el debate han existido varios momentos álgidos, a los que la tesis de este artículo es que debe añadirse uno más, con ocasión de la Ley de Presupuestos de 2017.

---

(8) Pese a que la procura es una institución eminentemente procesal, no ha despertado entre la doctrina un interés comparable al de la abogacía. Una excelente presentación de la profesión, con reconstrucción de sus avatares históricos puede verse en QUEMADA RUIZ, Ángel, «El procurador de los Tribunales» en L. M.<sup>º</sup> DIEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*. Siglo XXI, Madrid, 2006, págs. 247-280.

(9) Así por ejemplo puede verse en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*. Tecnos. Madrid, 1985. Aunque no son pocos los que dudan de su necesidad, como GRAU MORANCHO, Ramiro, *Procuradores. Debate sobre la representación procesal*. Dykinson. Madrid, 2005, págs. 9-21. Entre los administrativistas, también se ha subrayado lo «desconocido» (*sic*) de su utilidad: NIETO, Alejandro, *La «nueva» organización del desgobierno*. Ariel. Barcelona, 1996, págs. 196-197.

(10) GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara, *El Procurador de los Tribunales español ante el reto tecnológico*. Consejo General de Procuradores. Madrid, 2008.

El actual Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, define la procura en su primer artículo como el ejercicio territorial de esa profesión libre, independiente y colegiada que tiene como principal misión la representación técnica de quienes sean parte en cualquier clase de procedimiento(11). Su artículo 8.c establecía, entre las condiciones generales para ser procurador, el estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, o de los títulos extranjeros que, con arreglo a la legislación vigente, sean homologados a aquél, así como los títulos obtenidos en los Estados miembros de la Unión Europea que faculten para ejercer en ellos la procura y que hayan sido reconocidos en España de conformidad con las disposiciones vigentes. El precepto fue anulado por el Tribunal Supremo por insuficiente rango normativo del Estatuto, dado que en aquel momento ninguna norma de rango legal recogía la obligación de esa titulación para los procuradores(12). Hoy la situación es radicalmente distinta, desde que el artículo 23.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fuera enmendado en virtud de la disposición final primera de la Ley 16/2006 de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea(13). En consonancia con ello, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales establece en su artículo 2.1 que tendrán derecho a obtener el título profesional de procurador de los tribunales las personas que se encuentren en posesión del título universitario de Licenciado en Derecho, o del título de Grado que lo sustituya de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y su normativa de desarrollo y que acrediten su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por esa Ley, que procede a establecer cierta homogeneización entre la regulación de la profesión del abogado y la del procurador. La asimetría, sin embargo, está llamada a perpetuarse por razones obvias y que en gran medida están en la base de las confrontaciones surgidas entre ambas profesiones. Así, mientras que el registro administrativo de cursos de formación acreditados para la obtención de los títulos profesionales de abogado y procu-

---

(11) Es también misión de la procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor administración de justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los juzgados y tribunales. Estas competencias podrán ser asumidas de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación aplicable.

(12) STS de 17 de junio de 2005, recurso 27/2003.

(13) Se introdujo así la exigencia de que el procurador fuera Licenciado en Derecho. La redacción actualmente vigente del precepto, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, señala que habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente.

rador de los tribunales(14) arroja información sobre casi 90 cursos y másteres para la abogacía, tan sólo hay 8 formaciones en procura.

Una vía para hacer ganar volumen a la profesión se intentó a través del Estatuto General de 2002, que recogía entre las posibles funciones del procurador colegiado la de «ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por Ley a otras profesiones». El inciso fue anulado también por el Tribunal Supremo, precisamente a instancia del Consejo General de la Abogacía Española, y por exlimitarse frente a las funciones legalmente encomendadas a la procura(15). En ese contexto, no es de extrañar que la profesión reaccionara con temor de ser fagocitada y perder las reducidas funciones que aún conserva de manera exclusiva, ante la previsión del proyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales que en 2013 propuso hacer compatibles las funciones de abogado y procurador. Se trataba de la vuelta del péndulo y se corría el riesgo de que lo que ya ocurre respecto de la Administración llegara a convertirse en práctica generalizada, eliminando por tanto el axioma de que las funciones propias de unos y otros profesionales son distintas, y nítidamente diferenciadas(16). El proyecto fue finalmente retirado, pero de alguna manera sigue apreciándose que la profesión está contra las cuerdas, pese al ligero refuerzo de su rol en sede de la Nueva Oficina Judicial(17). En efecto, se está trabajando en la actualidad en el proyecto de un nuevo Estatuto General para la abogacía, que propone eliminar la mención expresa a la incompatibilidad en el ejercicio de la profesión de abogado y procurador. Sin duda, al mar de fondo también ha contribuido la inclinación del Derecho comparado hacia la desaparición de la figura del procurador como profesión autónoma(18) y los interrogantes que sobre la compatibilidad de su régimen con el Derecho de la Unión(19)

---

(14) Creado por el Ministerio de Justicia en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre.

(15) STS de 29 de enero de 2004, recurso 11/2003.

(16) Dictámenes del Consejo de Estado 1250/2013 y 1434/2013.

(17) Al respecto puede verse VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., «Sobre los procuradores de los tribunales: algunas notas de política legislativa», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2079, págs. 459-479 o ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, Manuel, «La agilización y eficacia de los procesos: nuevas funciones asumidas por los procuradores y reformas propuestas aprobadas por las Cortes», en *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 2010.

(18) Fenómeno del que por ejemplo dio cuenta en 2014 el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales (accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-la-Ley-de-Servicios-y-Colegios-Profesionales>).

(19) La cuestión ha sido estudiada, por todos, en BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, «La liberalización de las profesiones altamente reguladas (notarios, registradores y procuradores) en la Unión Europea y en España», en D. ORDÓÑEZ SOLÍS (coord.), *La recepción del derecho de la Unión Europea en España: derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa. Liber Amicorum en homenaje a Antonio Martínez Lafuente*. La Ley. Madrid, 2013, págs. 235-262.

y la libre competencia en el mercado(20) se han planteado en los últimos tiempos. En efecto, la reserva de la actividad de representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador a los procuradores de los tribunales ha sido cuestionada repetidamente por la Autoridad de control de la competencia(21), si bien de manera más reciente, y contes-tando a una cuestión prejudicial, el TJUE ha validado la configuración de los honorarios de los procuradores a través de arancel(22).

### III. La postulación de la Administración y la posibilidad de hacerse servir de procuradores: visión tradicional

Como ya se ha comentado, en materia de representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales, el artículo 24 de la LJCA se limita a realizar una remisión a la legislación específica del Estado y de las Comunidades Autónomas. Debe recordarse aquí que en nuestro ordenamiento se parte un sistema institucional de asistencia jurídica a las Administraciones públicas en el que la representación y defensa se atribuye a un cuerpo de funcionarios muy especializados y de gran prestigio (los Abogados del Estado). Lo que se persigue con ello es la unificación de la postura procesal pública y la coordinación de criterios de cara al sostenimiento de los litigios, al tiempo que se asegura la mejor asistencia profesional(23). No obstante, en ocasiones también son posibles otros sistemas de defensa y representación contenciosa, a través de servicios jurídicos propios o contratos con abogados de ejercicio libre. En todos esos casos, y por mor de lo dispuesto en la LOPJ, el *defensor de la Administración* puede asumir también su *representación*, con independencia del órgano judicial

---

(20) En la perspectiva no sólo jurídica sino también económica puede verse el trabajo de CIARRETA ANTUÑANO, Aitor, ESPINOSA ALEJOS, María Paz, MARTÍN OSANTE, José Manuel y ZURIMENDI ISLA, Aitor, *El estado de la competencia en las profesiones de abogado y procurador*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2010.

(21) Por ejemplo, en su *Estudio sobre Procuradores de los Tribunales*, de 2009 o al hacer pública su posición respecto al Real Decreto 775/2011, documentos disponibles en la página web de la institución. De manera muy reciente, la Comisión Nacional de los mercados y la competencia ha informado el proyecto de Real Decreto para un nuevo Estatuto General de la abogacía y saludado que deje de regularse la incompatibilidad del ejercicio de ambas profesiones. El informe IPN/CNMC/018/19, de 20 de junio de 2019, puede consultarse también en la página Web.

(22) Sentencia de 8 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-532/15 y C-538/15. El pronunciamiento ha sido comentado, por todos, en SOLDEVILLA FRAGOSO, Santiago, «Procuradores y libre competencia», en *Actualidad administrativa*, núm. 4, 2017.

(23) Sobre el tema es cita inexcusable el trabajo de MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La defensa en derecho del Estado*. Civitas. Madrid, 1986.

ante el que vaya a actuarse(24). El régimen opera incluso en los confines del perímetro de lo público, pues el fenómeno de las personificaciones instrumentales y la huida del Derecho Administrativo ha sido tenido en cuenta por la regulación sobre asistencia jurídica, y tanto la normativa sobre servicios jurídicos propios internos como la de contratos del sector público(25) cubren de alguna manera la situación de organismos, entidades, sociedades, fundaciones y demás personificaciones como clientes de los abogados institucionales o contratados.

En la jurisprudencia, la existencia de esta especialidad en la postulación procesal de la Administración, esto es la posibilidad de que su abogado (sea quien sea) asuma no sólo la defensa sino también la representación, ha sido pacíficamente vista tan sólo como una opción posible, que no resulta de juego imperativo. Se ha señalado así que las excepciones procesales en favor de la Administración no significan prohibición de la comparecencia por medio de procurador, sino autorización para prescindir de ella, pues la especialidad es «una ventaja o facilidad procesal (...) pero no puede representar un obstáculo para el logro de la tutela judicial efectiva»(26). Late en el fondo de esta concepción una defensa del principio *pro actione*, que se ha confirmado en pronunciamientos posteriores por entender que el legislador, recogiendo los precedentes históricos que se remontan a la Edad Media, establece que la postulación de los litigantes corresponde con carácter general a los procuradores; existen frente a ello ciertas excepciones legales, «que tienen la característica común de ser autorizaciones para otros tipos de postulación, sin perjuicio de que

---

(24) Lo que suele verse siempre como un ejemplo de los llamados «privilegios procesales» de la Administración, aunque en la doctrina hay quien ha señalado que no se estaría ante un privilegio sino ante una racionalización de tareas, lo que indica subliminariamente que el representante procesal diferenciado supone una duplicidad innecesaria, sin que su intervención refuerce la posición procesal del cliente. Así véase PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil*. Civitas. Madrid, 1993. También se puede argüir que el privilegio de auñar en la Abogacía del Estado las funciones de dirección letrada y representación lo es en beneficio del erario público, al ahorrar a la Administración el pago de los derechos arancelarios (así ha sido puesto de manifiesto por MUÑOZ CARMONA, Agustín Manuel, «La tasación de costas de las Administraciones públicas: especial referencia a la actuación del Abogado del Estado en el ámbito contencioso-administrativo», comunicación presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, cuyas actas se encuentran en prensa).

(25) Este aspecto ha sido tratado muy recientemente por SAZ CORDERO, Silvia DEL, «La contratación de los servicios jurídicos por el sector público», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, 2019.

(26) STS de 12 de junio de 1998, recurso 9790/1990 (Fundamento de Derecho primero). En el caso, una Entidad Local había comparecido representada por procurador y asistida por letrado; la parte contraria sostenía que, al tratarse de un Ayuntamiento, la comparecencia debió tener lugar por medio del letrado de los servicios jurídicos municipales o por abogado colegial designado al efecto que, en ambos casos, representara y defendiera a la Corporación. Se empleaba como fundamento para solicitar la invalidez de la comparecencia por procurador el tenor del artículo 447.2 de la LOPJ entonces vigente, en términos casi idénticos al actual 551.3.

los litigantes prefirieran seguir haciéndose representar por procuradores, cuya figura constituye por tanto el eje y el sistema común de postulación en nuestros procesos» (27).

Reconociéndose pues esa configuración de manera indubitada, las cuestiones controvertidas se han planteado en sede de tasación de costas, pues no es complicado seguir la lógica interna de quienes, habiendo sido condenados al pago de las costas en su pleito contra la Administración, puedan entender que la actuación de un procurador diferenciado del defensor era superflua y por tanto no debería incluirse en la tasación de las costas a cuyo pago se les condena. También es de inteligibilidad automática el argumento que relaciona el carácter recuperable de los honorarios del procurador a través de la condena en costas con el mayor atractivo del recurso procesal a su figura para un pleito concreto. Para resolver la cuestión la normativa de referencia es la contenida en la Ley 52/1997, y en particular su artículo 13.1 relativo a la tasación de costas de los Abogados del Estado, que resulta aplicable también a las Comunidades Autónomas por mor de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la misma Ley, y que la jurisprudencia ha extendido también a las Entidades Locales.

La redacción originaria del citado precepto sometía la tasación de costas en que fuere condenada la parte que actuara en el proceso en contra del ente patrocinado por la Abogacía del Estado a las normas generales en cuanto a sus conceptos e importe. En tal contexto la tasación de costas del Abogado del Estado incluía las partidas de procura, pues se entendía que el hacerse valer de un procurador es un derecho procesal de toda parte litigante, así que sus derechos arancelarios no se consideraban un gasto superfluo, sino legítimos e incluibles en la tasación de costas (28). Que las percibiera el Abogado del Estado o un procurador de foro libre en nada perjudicaba a la contraparte, más allá de los viejos argumentos en torno al posible enriquecimiento de la Administración, que resulta resarcida en algunos casos de un desembolso patrimonial que realmente no ha tenido porque el funcionario es en todo caso retribuido mensualmente (29). En este

(27) STS de 10 de abril de 1999, recurso 3518/1992 (Fundamento de Derecho segundo).

(28) Así puede verse, sin ánimo exhaustivo, en SSTS de 14 de diciembre de 1999 (tasación de costas núm. 2537/1994); de 19 de diciembre de 2001 (tasación de costas núm. 8905/1996), o de 17 de marzo de 2001 (tasación de costas núm. 6554/1995). La STS de 29 de marzo de 2000 (recurso 4255/1994, y con idéntico tenor las de la misma fecha correspondientes a los recursos 4297/1994, 4622/1994, 620/1995, 1344/1995 y 4028/1996) da cuenta de la evolución de la doctrina, que fue abrumadoramente mayoritaria en el sentido expuesto en el texto, con pequeños vaivenes que se reconocen por el Tribunal para volver a sostener nuevamente la posición mayoritaria (Fundamento de Derecho único).

(29) En la discusión doctrinal sobre el tema pueden verse las opiniones de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «Algunas observaciones sobre la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas», en *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 1998, págs. 173-177, en particular a la pág. 176, y BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., «Los privilegios procesales del Estado y

punto pacífica jurisprudencia venía afirmando que el hecho de que el funcionario no perciba directamente los honorarios girados en su minuta no es obstáculo para que los mismos deban ser introducidos en la tasación de costas(30). El Tribunal Supremo también se encargó de explicitar que esta misma teoría resulta de aplicación a la asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas, Entes Locales y demás Administraciones públicas(31).

Sin embargo, tras la reforma operada por el artículo 50.2 de la Ley 14/2000, de 29 de noviembre, se matizaría que, en la tasación de las costas del Abogado del Estado, *en su caso*, se incluirían los conceptos e importes correspondientes a las funciones de procuraduría. El inciso llevó a entender operable en la práctica una doble limitación: sólo podrían incluirse los gastos de procura en la tasación de costas del Abogado del Estado cuando existan actuaciones específicas y diferenciadas de tal función, y éstas fuesen obligatorias(32). El hecho de que, según la ley, el Abogado del Estado ejerza las dos funciones (representación y defensa) no quiere decir que en la realidad procesal desempeñe siempre un doble trabajo. Hay que atender a la realidad de lo actuado, y sólo cuando tales funciones hayan tenido efectivamente lugar, como actuación desvinculada de la participación en el proceso como defensor, podrán incluirse sus conceptos en la minuta.

En consonancia con lo expuesto, empezaría también a entenderse que cuando las Administraciones públicas comparecen en un proceso defendidas por letrados de sus servicios jurídicos, pero representadas por procuradores libremente designados por ellas, la eventual condena en costas a la contraparte no debía incluir los derechos devengados por los procuradores reclutados de manera potestativa y «a mayores». Y así se ha señalado que la presencia en el recurso de procuradores, que no eran de concurso obligatorio porque la representación y la defensa de la entidad pública puede ser asumida por la misma persona, «es fruto de una deci-

---

la Ley 52/1997, de 27 de noviembre», en *La Ley*, núm. 6, 1998, págs. 2344-2350, en particular a la pág. 2347. También resulta de interés, por entrar en polémica, el trabajo de BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL, Alfonso, «Tasación de costas en el recurso contencioso-administrativo y honorarios del Abogado del Estado: Réplica necesaria a una tesis insostenible», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2005, págs. 1284-1293, en particular a la pág. 1292.

(30) Es lógico si se tiene en cuenta que la condena en costas crea una relación entre el condenado y el vencedor, representando un crédito a favor de éste último, y no a favor de su abogado. La condena en costas existe así con independencia de que la parte haya pagado o no a su letrado. Y es que no se trata de una reparación de daños o perjuicios. Además, si no se condenase a la parte que litiga contra la Administración al pago de las costas de ésta, la función moralizadora y el efecto ejemplificador y *pro futuro* disuasorio de la condena no se cumpliría.

(31) Así puede verse por ejemplo en la exposición realizada por SÁNCHEZ CORDERO, Alicia, «La defensa jurídica de la Administración Local», en J. P. QUINTANA CARRETERO (dir.), *Globalización y principio de autonomía local*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008, págs. 553-779.

(32) FILLAT I BONETA, Jordi, «La no inclusió en les taxacions de costes dels honoraris de l'advocat de l'Estat corresponents a la funció de procuraduría», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2004, págs. 547-549.

sión que solo es imputable a las Administraciones que así lo acordaron, de modo que el abono de los derechos devengados por los procuradores no deberá recaer sobre quien interpuso el recurso» (33).

Así las cosas, parece lógico que las Administraciones no se inclinaran por recabar los servicios de un procurador de ejercicio libre al que encomendarle las labores diferenciadas de representación, por su carácter no recuperable a través de la condena en costas. En efecto, se había hecho frecuente en los tribunales el razonamiento de que de la tasación de costas para la condena debían excluirse las cantidades reclamadas por derechos de arancel por los procuradores cuyo concurso no es preceptivo (por ejemplo en el caso de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos), «sin perjuicio de que los citados profesionales puedan exigir de las respectivas Administraciones públicas que contrataron sus servicios las cantidades reclamadas conforme al arancel vigente en el momento del devengo» (34).

#### IV. La reforma de 2017: un giro copernicano

En la situación que se ha venido comentando, la jurisprudencia entendió en definitiva que la cláusula «en su caso» que antecedió desde comienzos de siglo la previsión relativa a los conceptos de procuraduría significaba que la inclusión de tales partidas en la minuta del defensor de la Administración no resultaba procedente «en todo caso» (35). Partiendo de ese contrapunto argumentativo, se exponía de manera reiterada y literal que la (entonces) nueva redacción del artículo 13.1 de la Ley 52/1997 no se había promulgado «con la finalidad de favorecer los intereses profesionales de los abogados (de la Administración), para que puedan incluir en sus minutas tareas representativas, sino con el fin de aligerar los costes de los procesos», pues «la expresión legal *en su caso*, marca una sustancial diferencia con la que estableciera *la inclusión de los conceptos e intereses correspondientes a funciones de procuraduría en todo caso*, de manera que el precepto requiere apreciar (...) si las actuaciones de representación procesal han tenido por sí solas relevancia o entidad propia, separada y diferenciada, por tanto de las de defensa» (36).

---

(33) Auto TS de 19 de junio de 2012 (recurso 4005/2012).

(34) Auto TS de 20 de julio de 2012 (recurso 6569/2009). El mismo razonamiento se ha seguido por ejemplo en los Autos del mismo tribunal de 18 de julio de 2012 (recurso 4317/2008), 17 de septiembre de 2012 (recurso 1577/2006), 11 de septiembre de 2012 (recurso 2863/2009) o 20 de diciembre de 2012 (recurso 2878/2009).

(35) Al respecto pueden verse los comentarios de QUES MENA, Luis, «Costas procesales», en *Diario La Ley*, núm. 7153, 2009, y la jurisprudencia allí citada.

(36) Por todas: STS de 22 de febrero de 2002, recurso 4958/1996 (Fundamento de Derecho tercero).



Pues bien, hete aquí que por mor de la Disposición final cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 se ha materializado el salto previamente sólo invocado con ánimo dialéctico. Efectivamente, en su virtud, el artículo 13.1 de la Ley 52/1997 ya no señala que «en su caso» la tasación de costas del Abogado del Estado incluirá las correspondientes a su función de representación, sino que tal cosa habrá de ocurrir «en todo caso». La nueva redacción del precepto también incluye expresamente, en la identificación inicial del sujeto al que hace referencia el artículo («las personas defendidas por el Abogado del Estado»), la consideración explícita de las funciones de representación procesal («las personas representadas y defendidas por el Abogado del Estado»).

La modificación, que por lo demás procede a precisar la forma de hacer efectiva la tasación firme de costas que no se haya pagado de manera voluntaria, parece haber pasado desapercibida(37). Y sin embargo, a pesar de que no resulte excesivamente excepcional denunciar circunstancias arbitrarias en materia de costes de acceso al proceso(38), esta concreta reforma resulta en mi opinión de cabal importancia desde la perspectiva que aquí se está analizando.

El texto de la disposición modificadora figuraba ya en el inicial Proyecto de Ley de presupuestos. Su exposición de motivos se limita a identificar esta reforma junto con el elenco de todas las demás, sin mayor justificación; el informe de impacto de género del Proyecto cita a la Abogacía del Estado, pero sencillamente como uno de los agentes que habrá de contribuir a la implementación del plan estratégico de igualdad de oportunidades en el ámbito de la justicia(39). Durante la tramitación parlamentaria, hubo una enmienda que tuvo esta previsión por objeto, pero no resulta clarificadora a nuestros efectos(40). Se trató de la enmienda 2.740, firmada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que proponía únicamente eliminar del precepto la expresión «vigencia indefinida», que con el *dies a quo* de la entrada en vigor de la Ley de presupuestos marca el horizonte temporal de la reforma acometida(41).

---

(37) La comunicación precitada al último Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo la comenta, pero su autor parece no darle importancia, más centrado en lo que cree que «debe ser» que en lo que «es», según los términos de la nueva redacción del precepto.

(38) Entre los trabajos más recientes, además de las ponencias y comunicaciones presentadas en una mesa específica sobre restricciones en el acceso a la jurisdicción en el ya citado Congreso, merece la pena mencionar el de TRIANA REYES, Belén, «El extravagante mundo de las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Diario La Ley*, núm. 8723, 2016.

(39) El informe puede consultarse en [http://www.congreso.es/docu/pge2017/IIG\\_2017.pdf](http://www.congreso.es/docu/pge2017/IIG_2017.pdf), en concreto la referencia del texto figura en la pág. 61.

(40) *BOCG* de 12 de mayo de 2017.

(41) Por entender que la introducción del concepto «vigencia indefinida» supone, de manera intrínseca, una incoherencia absoluta en un proyecto para una ley como la de Presupuestos Generales del

En lo efectivo, la nueva redacción del artículo 13.1 supone, con la argumentación *sensu contrario* que venía haciendo suya la jurisprudencia según se ha expuesto más arriba, que a partir de su modificación siempre habrán de incluirse los conceptos e intereses correspondientes a funciones de procuraduría en la tasación de costas de los defensores institucionales. Para la contraparte ya no supondrá por tanto ningún tipo de perjuicio que la Administración comparezca entonces a través de procurador diferenciado, y el carácter eventualmente recuperable de esos gastos para la Administración puede hacer que la balanza se incline hacia su contratación.

En un contexto en que la profesión sigue cuestionada, puede ser una apertura de mercado determinante, aunque no sea cuestión desde luego menor el efecto de aumento de los costes procesales que cabe derivar del precepto y que corre el riesgo de incrementar las reticencias que muchos han mostrado hacia los gastos derivados de la representación procesal, considerados de manera recurrente como anacrónicos. Ciertamente, podrá argumentarse, que lo que la Ley 52/1997 regula es la tasación de costas del Abogado del Estado, y que sus labores de representación siempre podrán juzgarse más económicas que las de los letrados y procuradores de ejercicio libre por la generación de economías de escala derivadas de la organización en la que se inserta. De suerte, se podrá decir, que lo que en su caso aumenta el gasto no es la previsión directa de la norma reformada en 2017. Sin embargo, no es menos cierto que las valoraciones concretas de las costas de los abogados funcionarios ya venían resultando en la práctica variopintas e inciertas(42), y que el juego de los preceptos legales no se limita a su mera aplicación literal sino que, como se ha tratado de demostrar, puede tener también otros efectos colaterales.

## V. Bibliografía

ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, Manuel, «La agilización y eficacia de los procesos: nuevas funciones asumidas por los procuradores y reformas propuestas aprobadas por las Cortes», en *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 2010.

---

Estado, que nace precisamente con una duración limitada en el tiempo. Son, por tanto y según los suscriptores de la enmienda, elementos contradictorios pues carece de sentido que una norma de naturaleza tan particular, que pretende regular la actividad económico-financiera del Estado durante un año contemple una referencia como esa. En realidad, lo que resulta criticable, como es bien sabido, es el empleo de la Ley anual de presupuestos para modificar otros aspectos de la legislación sustantiva.

(42) Por todos, pueden verse las reflexiones de FUERTES LÓPEZ, Mercedes, «Las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa: de las sobradas costas al necesario abono de costes», en VV.AA., *Legislación contencioso-administrativa 2005-2007: análisis crítico*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, págs. 273-309.

- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, «La liberalización de las profesiones altamente reguladas (notarios, registradores y procuradores) en la Unión Europea y en España», en D. ORDÓÑEZ SOLÍS (coord.), *La recepción del derecho de la Unión Europea en España: derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa. Liber Amicorum en homenaje a Antonio Martínez Lafuente*. La Ley. Madrid, 2013, págs. 235-262.
- BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL, Alfonso, «Tasación de costas en el recurso contencioso-administrativo y honorarios del Abogado del Estado»: Réplica necesaria a una tesis insostenible», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2005, págs. 1284-1293.
- BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., «Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre», en *La Ley*, núm. 6, 1998, págs. 2344-2350.
- CANO CAMPOS, Tomás, «Artículo 23», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, 1998, págs. 247-254.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, «La capacidad y la representación de las partes en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista andaluza de Administración pública*, núm. 100, 2018, págs. 47-85.
- CIARRETA ANTUÑANO, Aitor, ESPINOSA ALEJOS, María Paz, MARTÍN OSANTE, José Manuel y ZURIMENDI ISLA, Aitor, *El estado de la competencia en las profesiones de abogado y procurador*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2010.
- CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA, Montserrat, *Defensa y representación de las Corporaciones Locales. La posición jurídica de la Administración Local en el proceso contencioso-administrativo*. Dijusa. Madrid, 2002.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «Algunas observaciones sobre la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas», en *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 1998, págs. 173-177.
- ESTEVE PARDO, José, «Artículo 24», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, 1998, págs. 254-256.
- FILLAT I BONETA, Jordi, «La no inclusió en les taxacions de costes dels honoraris de l'advocat de l'Estat corresponents a la funció de procuraduría», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2004, págs. 547-549.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes, «Las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa: de las sobradas costas al necesario abono de costes», en VV.AA., *Legislación contencioso-administrativa 2005-2007: análisis crítico*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, págs. 273-309.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*. Tecnos. Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «La representación de las Comunidades Autónomas a través de procurador en los recursos de casación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995, págs. 437-441.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara, *El Procurador de los Tribunales español ante el reto tecnológico*. Consejo General de Procuradores. Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., tomo II. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018.

- GRAU MORANCHO, Ramiro, *Procuradores. Debate sobre la representación procesal*. Dykinson. Madrid, 2005.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La defensa en derecho del Estado*. Civitas. Madrid, 1986.
- MUÑOZ CARMONA, Agustín Manuel, «La tasación de costas de las Administraciones públicas: especial referencia a la actuación del Abogado del Estado en el ámbito contencioso-administrativo» (en prensa).
- NIETO, Alejandro, *La «nueva» organización del desgobierno*. Ariel. Barcelona, 1996.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil*. Civitas. Madrid, 1993.
- QUEMADA RUÍZ, Ángel, «El procurador de los Tribunales» en L. M.<sup>ª</sup> DÍEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*. Siglo XXI, Madrid, 2006, págs. 247-280.
- QUES MENA, Luis, «Costas procesales», en *Diario La Ley*, núm. 7153, 2009.
- SAAVEDRA GALLO, Pablo, «Nueva regulación de las partes», en J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio y aplicación práctica de la Ley 29/1998*. Colex. Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ CORDERO, Alicia, «La defensa jurídica de la Administración Local», en J. P. QUINTANA CARRETERO (dir.), *Globalización y principio de autonomía local*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008, págs. 553-779.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*. Iustel. Madrid, 2010.
- SAZ CORDERO, Silvia DEL, «La contratación de los servicios jurídicos por el sector público», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, 2019.
- SOLDEVILLA FRAGOSO, Santiago, «Procuradores y libre competencia», en *Actualidad administrativa*, núm. 4, 2017.
- TRIANA REYES, Belén, «El extravagante mundo de las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Diario La Ley*, núm. 8723, 2016.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., «Sobre los procuradores de los tribunales: algunas notas de política legislativa», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2079, págs. 459-479.

## Europar Batasunaren energia politika, garapen jasangarria lortzeko tresna

The energy policy of the European Union: a tool for the achievement of sustainable development

Asier García Lupiola

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.10>

**LABURPENA:** Europar Batasunaren oinarrizko arategiaren arabera, garapen jasangarria Europako integrazio prozesuaren oinarrizko helburuetako bat da. Helburu hori betetzeko, Europa mailan ingurumen politikaren garapena ezin bestekoa izan da, baita energiak bertan duen presentzia gero eta handiagoa ere. Energiak pixkanaka gero eta garrantzi gehiago hartu du, ingurumenaren eta energiaren artean harreman estu iraunkorra finkatu delarik aipatutako helburura heltzen saiatzen diren askotariko estrategia, proposamen eta planetan. Hasiara batean ingurumen eta energia politikarik ez ziren. Ordea, gaur egun Europako Jatorrizko Zuzenbideak energi politika ingurumenaren babeserako bitarteko eraginkor gisa jasotzen du eta horrela ikus daiteke Jatorrizko Zuzenbide hori garatzen duten estrategia eta planetan, baita hartutako arauetan ere.

**HITZ GAKOAK:** Europar Batasuna. Garapen jasangarria. Energia politika. Ingu- rumen politika.

**ABSTRACT:** Sustainable development is one of the objectives of the European integration process and this is reflected in the EU's fundamental regulations. To achieve this, the implementation of the European environmental policy has been essential, as well as the increasing presence of energy in it. Energy has gradually acquired greater importance, establishing a constant relationship between environment and energy in the different plans and strategies that seek to achieve the objective of sustainable development. At the beginning there was no environmental or energy policy, however today the European Law includes the use of energy policy as an effective tool for environmental protection. This is clearly reflected in the plans and strategies that develop it as well as in the legislative acts adopted.

**KEYWORDS:** European Union. Sustainable development. Energy policy. Envi- ronmental policy.

**RESUMEN:** El desarrollo sostenible constituye uno de los objetivos del pro- ceso de integración europea, tal y como expresa la normativa fundamental de la UE. Para el logro del mismo, la puesta en marcha de la política medioambiental

europaea ha sido fundamental, así como la cada vez mayor presencia de la energía en la misma. Precisamente, la energía ha ido adquiriendo progresivamente mayor importancia, estableciéndose una relación constante entre medio ambiente y energía en los diferentes planes y estrategias que tratan de alcanzar el objetivo citado. De una situación inicial de inexistencia de política medioambiental ni energética, se ha pasado a la situación actual en la que el propio Derecho Primario europeo recoge el recurso a la política energética como herramienta eficaz de protección medioambiental, lo que se refleja en los planes y estrategias que lo desarrollan así como en los actos legislativos adoptados.

**PALABRAS CLAVE:** Unión Europea. Desarrollo sostenible. Política energética. Política medioambiental.

Trabajo recibido el 5 de mayo de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019

# Europar Batasunaren energia politika, garapen jasangarria lortzeko tresna

The energy policy of the European Union: a tool for the achievement of sustainable development

Asier García Lupiola

**Aurkibidea:** I. Sarrera.—II. Europar energia politikaren aurrekariak eta oinarriak. 1. Europar energia politikaren eraketa eta ingurumenaren babesarekin duen lotura gero eta handiagoa. 2. Ingurumen eta energia gaietako oinarriak.—III. Garapen jasangarriaren aldeko Europako energia politikaren egungo tresnak. 1. 2030erako klima eta energia esparrua. 2. Energia Batasuna. 3. Energia Garbirako lege sorta.—IV. Ondorioak

## I. Sarrera

Ingurumenaren babesa gizartearen egungo kezka handienetako bat da, areago klima aldaketaren ondorioek duten garrantzia ikusita. Gainera, ingurumenaren defentsa eta ekonomiaren hazkundera uztartzeko premiak garapen jasangarria egin dute nazioarteko apustu sendoenetako bat. Europar Batasunean (EB) indarrean den araudiak zehazten duenez, integrazio prozesuaren oinarritzko helburuetako bat, hain zuzen, garapen jasangarria da, EBko Tratatuak (EBT) 3. artikuluan adierazten den bezala.

Europako Erkidegoak eratu zituzten Tratatuak ez zuten printzipio hori ezarri, nahiz eta izandako askotariko erreformei esker, printzipioak EBko oinarritzko testu juridikoetan bilduta amaitu duen (egun, EBTz aparte, EBren Funtzionamenduari buruzko Tratatuak: EBFT). Era horretan, garapen jasangarria Europaren Sorrerako Zuzenbidean zehaztuta geratu zen, estatu kide guztientzako helburu lotesle bihurtua. Helburu hori betetzeko, europar ingurumen politikaren garapena ezin bestekoa izan da, baita energiak bertan duen presentzia gero eta handiagoa ere. Energia politika ez zen politika gisa sorrerako tratatuetan adierazi, eta haren garapena baztertuta

geratu zen, herrialdeek gai hori estrategikotzat eta interes nazionalekotzat jotzen baitzuten. Politika gisa zehaztuta geratzeko bultzada bertan bildutako ingurumen alderdiek eman dute, baita jasangarritasuna lortzera bidean elementu garrantzitsutzat hartzen joan izan delako ere.

Testu honetan aldi berean atzera begiko eta argitzaile den azterketa egiten da. Hain zuzen aztertzen da energiak EBN garapen jasangarria lortzeko tresna bihurtzeko orduan pixkanaka hartu duen garrantzia, aipatutako helburura heltzen saiatzen diren askotariko estrategia, proposamen eta planetan, baita horiek garatzen dituen araudian ere, ingurumenaren eta energiaren arteko harreman etengabe bat ezarri. Adieraziko denez, ingurumen edo energia politikarik ez zegoen hasierako egoeratik, etapa desberdinetan barrena pasa gara, harik eta energiak ingurumena babesteko eta klima aldaketaren kontra egiteko ezin besteko garrantzia hartu duen arte. Hori Lisboako Tratatuan eta egun indarrean diren Europako Ingurumen Zuzenbideko helburu eta printzipiotan biltzen diren gainerako elementu juridikoak aztertzerakoan baieztatuko da. Are gehiago, ikusiko denez araupetzeko bitarteko berriek bi gaien arteko lotura sendotzen dute, energia berriztagarriak eta energia efizientzia sustatuz.

## II. Europar energia politikaren aurrekariak eta oinarriak

### 1. Europar energia politikaren eraketa eta ingurumenaren babesarekin duen lotura gero eta handiagoa

Europako Erkidegoak eratzeko tratatuak baino lehen onartua, 1950eko Schuman Adierazpenak ikatza eta altzairua ekoizteko bateratze lana bultzatu zuen, Europaren ekonomia garapena bermatzeari begira(1). Ikatz eta Altzairuaren Europako Erkidegoa sortzen zuen 1957ko Parisko Itunaren ondoren, 1957ko Erromako Itunek, Europako Ekonomia Erkidegoa ez ezik, Europako Energia Atomikorako Erkidegoa jarri zuten abian eta, era horretan, berretsi egin zen energiak Europako integrazio prozesuan bide zuen garrantzia(2). Hala ere, hasieran ikatz eta energia nuklearrarekin salbu, Europaren energiaren arloko integrazioa ez da izan lehentasuna estatu kideentzat duela gutxi arte. Horren arrazoia da energia segurtasuna oinarritzeko estrategia faktoretzat hartzen dela herrialde guztietan, estatu bakoitzeko erakunde politikoen kontrolpean eduki beharrekoetat; ikuspegi horretan kokatuta

(1) Garai hartan, ikatzak Europako energiaren % 90 hornitzen zuenez, argi zegoen energiaren gaia eta oparotasunarekin zuen lotura oso presente zeudela Europako lider politikoen hasierako kezketan. MORÁN BLANCO, Sagrario, *Seguridad Energética y Medio Ambiente. Dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Zizur (Nafarroa), 2015, 132 orr.

(2) RISTORI, Dominique, «60 ans de politique énergétique», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1 zenbakia, 2019, 19 orr.



ulertu behar dira energia segurtasunaren gaietan nazioez gaineko erakundeei subiranotasuna lagatzeko jarritako eragozpenak(3).

Beraz, EBren energia politikak hainbat etapa pasa ditu egungo egoerara heldu arte; egun, politika horrek eta ingurumenaren babesak zuzeneko harremana dute. Estatu kideen arteko energia lankidetzak bat egituratzeko hasierako pausoak aipatutako hiru tratatuak indarrean sartu ondoren eman ziren, arlo horretan merkatu unitate baterako lehendabiziko proposamenak eginez. Europako etorkizuneko energia politikarako ezarritako helburuen artean ondorengoak aipatzen ziren: hornidura merkea, horniduraren segurtasuna, ordezko produktuen garapena eta horniduraren egonkortasuna(4). Argi eta garbi ikus daitekeenez, jasangarritasunaren ideia ez zen kontuan hartzen.

1973ko petrolioaren krisiaren ondorioen eraginez, gai horri buruzko politika bateratu bat sustatzearen aldeko hautua egin zen. Egoeraren larria Europaren ahuldadean islatu zen, kanpoko energiarekin zuen mendekotasunagatik eta herrialde kideen arteko elkartasun faltagatik; ondorioz, beharrezkoa zen lankidetzak sendotzea. Horrenbestez, Batzordeak aurkeztutako proposamenak hornidura segurtasunaren eta prezioen egonkortasunaren helburuan jarri zuen indarra; gainera, energia nuklearra sustatzearen aldeko apustua egin zuen(5). Europako Erkidegoetako herrialdeek bizi zituzten krisia eta energia ahuldadeak zirela eta, bazirudien energia politika bateratu bat jarri beharko zela abian. Aldiz, ez zen politika hori garatu, eragozpen gaindiezina aurkitu baitzuen: gobernuak energia arloaren gaineko kontrolari lotu zitzaizkion, energiari buruzko politikak dituzten eraguztietako eratorpenak direla eta(6).

Krisiaren bigarren oldarraren ondoren, energia arrazionalki erabiltzeko plan bat jarri zen abian, energia hornidura mantentzeko eta hura kostu nahiko merke egiteko, baldintza horiek ezin bestekoak baitziren Europako ekonomia gizarte ereduari eusteko(7). Artean, ikatz kontsumoan eta programa nuklearren bultzadan indarra jartzen zen arren, energia berriztagarrien aldeko apustua ere egin zen, lotsati samar bada ere, eta aholkua eman zen haien inguruko I+G gaiak lantzeko. Hori bai, nabar-

---

(3) ARANZADI, Claudio, «Energía y Geoestrategia: Introducción», *Cuadernos de Estrategia*, 166 zenbakia, 2014, 35 orr.

(4) EUROPAR BATZORDEA, 1968ko abenduaren 18ko komunikazioa, *First guidelines for a Community energy policy*, COM (68) 1040.

(5) EUROPAR BATZORDEA, 1974ko ekainaren 26ko komunikazioa, *Towards a new energy policy strategy for the European Community*, COM (74) 550 final/2.

(6) SODUPE, Kepa eta BENITO, Eduardo, «Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del tratado sobre la Carta de la Energía», *Anuario español de derecho internacional*, 16 zenbakia, 2000, 422 orr.

(7) EUROPAR BATZORDEA, 1981eko urriaren 2ko komunikazioa, *The development of an energy strategy for the Community*, COM (81) 540.

mendu behar da energia berriztagarriak ez direla kontuan hartzen ingurumen arrazoiengatik, hornidura segurtasuna dela tarteko baizik, petrolioia ordezkatzeko (8).

Energia ez bezala, ingurumena arautua izan zen Europako Erkidegoetan (9). 1970eko hamarkadan Ingurumenari buruzko Ekintza Programak (EAP) abian jarri ziren arren, benetako bultzada Europako Agiri Bakunari (EAB) esker etorri zen, 1987ko uztailaren 1ean indarrean sartutakoa, Europako eremuan ingurumenarentzat politika independente bat ezarri zuena. Beraz, EAB mugarria izan zen Europako Erkidegoak ingurumena babesteko rolaren bilakaeran, araudi berezi bat eta subsidiariorotasun printzipioa sartu baitzituen gai horretan, gai hori beste batzuekin ere harremanetan jarriz, adibidez, merkataritza, nekazaritza, ikerketa edo energiarekin (10). EABk, beraz, asmatu egin zuen Europako Sorrerako Zuzenbidera EAPekin hasitako ildoan eramaten, alegia, ingurumen alderdiak Erkidegoko beste politika batzuetan sartzea (11).

Era horretan, 80ko urteen amaieran, aitortu egin zen energia efizientziak eta energia berriztagarrien erabilerak era garrantzitsuan lagundu zutela isuri kutsagarriak murrizten (12). Are, Batzordeak ondorioztatu zuen energia politiken gaineko erabakiek gogoan izan beharko lituzketela berotegi efektuak ekar zitzakeen klima aldaketak, eta energia berriztagarrien sustapena haiek eragozteko beharrezko neurria zela. Hala, Europako energia politika ingurumen arazoak modu orokor batez tratatzera pasa zen, aitortu baitzuen energia dela berotegi efektuko gasen (BEGen) isuri iturri handiena, eta onartu ere egin zuen arazo hori energia erabileraren baldintzatzaile nagusia izatera hel zitekeela (13).

(8) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, «La política energética sostenible de la Unión Europea (1)», *Noticias de la Unión Europea*, 322 zenbakia, 2011, 85 orr.

(9) Hala ere, Tratatu eratzaileek ez zuten ingurumenari buruzko arauketarik aurrakusten. Hori dela eta, 1960ko hamarkadan Erkidegoetako erakundeak industria politikaren beharrak eta ingurumenaren babesa elkartzeko ahaleginak ziren eta Europako Ekonomia Erkidegoaren Itunaren 94 artikulura jo zuten. Horrek, merkatu batuan eragina duten Estatu kideen politiken elkartzea ezartzen zuen. MODAFFERI, Caterina, «La política medioambiental europea. Estudio sobre el desarrollo de la protección ambiental y papel decisivo de la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 15 zenbakia, 2016, 56 orr.

(10) GUSEV, Alexander S., «Climate Change Issues in a Transatlantic Context», *L'Europe en formation*, 360 zenbakia, 2011, 80 orr.

(11) Europako Agiri Bakunak zehaztutako bidea jarraituz, 1993ko azaroaren 1ean indarrean sartutako Maastrichteko Itunak eta 1999ko maiatzaren 1ean indarrean sartutako Amsterdameko Itunak europar ingurumenaren politikaren oinarriak zehaztu zituzten (Nizako Tratatuak ia ez zuten berritasunik ekarri arlo horretan), helburu zehatzak zabalduz eta Europako Parlamentua ingurumen araudi sorreraren partaide eginez.

(12) EUROPAR BATZORDEA, 1988ko maiatzaren 3ko komunikazioa, *The main findings of the Commission's Review of Member State's energy policies*, COM (88) 174 final.

(13) EUROPAR BATZORDEA, 1990eko otsailaren 8ko komunikazioa, *Energy and the environment*, COM (89) 369 final.

90eko urteen erdialdera, Europako energia politikaren ikuspegi askoz orekatsuago bat hartu zen, lehiakortasunarekin eta horniduraren segurtasunarekin batera ingurumenaren babesa kontuan hartu zuenean. Hain zuzen, Batzordeak aurkeztutako energiari buruzko Liburu Berdeak hiru arlo horiek ezartzen zituen Europako energia politikaren lehentasunezko helburuen artean(14). Testuak aitortu egiten zuen energia eta ingurumen gaiak ezin zirela zein bere aldetik aparte aztertu. Batzordearen iritziz, Europako energia estrategia bat ezarri behar zen, klima aldaketaren fenomenoak kontuan hartuko zuena, eta Europa osoan elektrizitatea sortzeko energia berriztagarriak sustatu, ingurumenarentzat onuragarria baitzen, bereziki berokuntza globalaren aurrean. Ekinbide berri hori garatuz, proposamen berriak heldu ziren energia berriztagarrien(15) eta klima aldaketaren energia arloaren inguruan(16), baita energiari buruzko lehen lege sorta. Bertan, elektrizitatearen eta gas naturalaren barne merkaturako araei buruzko Zuzentaraua nabarmendu zen(17), eta dagoeneko 2003an, bigarren sorta bat, hura garatzeko(18).

2006 arte itxaron behar dugu europar energia politika berriaren oinarriak ezartzeko. Hori Liburu Berde berri baten bitartez egin ahal izan zen, Batasunak zein arloren gainean jokatu behar zuen identifikatu zuena(19). Haien erdiak harreman estua zuen ingurumenarekin. Hala, segurtasuna eta lehiakortasuna erraztuko zituen energia konbinazio jasangarri, efiziente eta bariatuen lortzeko, energia iturri berriztagarrien alde apustu egin zen. Klima aldaketaren kontrako borroka ikuspegi integratu batera heltzeko, energia efizientzia eta energiaren erabilera arduratsu, ekonomiko eta arrazionalagoa bultzatu zen. Bukatzeko, energia gaietako berrikuntza sustatzeko, ikerketa sendotu eta areagotzearen aldeko apustua egin zen. Energia politika, era horretan, ingurumenari uztartu zitzaion, ja-

---

(14) EUROPAR BATZORDEA, *For a European Union Energy Policy – Green Paper*, COM (94) 659 final/2, 1994.

(15) EUROPAR BATZORDEA, *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy – Green Paper*, COM (96) 576 final, 1996.

(16) EUROPAR BATZORDEA, 1997ko maiatzaren 14ko komunikazioa, *The Energy Dimension of Climate Change*, COM (97) 196 final.

(17) 1996ko abenduaren 19ko 96/92/CE Zuzentaraua, elektrizitatearen barne merkaturako arau arruntzei buruzkoa (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 027, 1997/1/30) eta 1998ko ekainaren 22ko 98/30/CE Zuzentaraua, gas naturalaren barne merkaturako arau komunei buruzkoa (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 204, 1998/7/21).

(18) (CE) 1228/2003 Erreklamendua, elektrizitatearen mugaz gaindiko merkataritzarako sarera sartzeko baldintzei buruzkoa; 2003/54/CE Zuzentaraua, elektrizitatearen barne merkaturako arau komunei buruzkoa eta 96/92/CE Zuzentaraua indargabetzen duena; 2003/55/CE Zuzentaraua, gas naturalaren barne merkaturako arau komunei buruzkoa eta 98/30/CE Zuzentaraua indargabetzen duena. Hirurak 2003ko ekainaren 26an onartuak (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 176, 2003/7/15).

(19) EUROPAR BATZORDEA, *Libro Verde: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*, COM (2006) 105 final, 2006.

sangarritasuna izatera pasa baitzen bere helburu handia, lehiakortasun eta horniduraren segurtasunarekin batera.

Liburu Berdeak Europako energia industriaren erronka nagusien artean, ingurumenari buruzko helburuekin bere jarduera bateragarri egiteaz gain, EBko energia inportazioen mendekotasun gero eta handiagoari aurre egiteko premia adierazi zuen, kontuan hartuz mundu osoko eskari gero eta handiagoa, erregai fosilen erreserba nagusiak herrialde gutxi bazuetan egotea, eta energiaren prezio altuak. Dokumentu horren eragina handia izan zen Europako ingurumenari buruzko legedian, zehazki klima aldaketaren kontra borrokatzeko eta energia berriztagarriak garatzeko hartutako erabakiei dagokienez. Ordutik, klima aldaketa eta energia berriztagarriari buruzko araudi egitura bat landu da, hainbeste non bi gaiak energia arloaren eta politika publikoen eguneroko errealitatean hertsiki txertatuta daudela dirudien (20).

Aipatutako Liburu Berdean oinarrituz, 2007 hasieran, EBk energia politika bat garatzeko estrategia aurkeztu zuen, ingurumen politikarekin zuzenean lotzen duten bi helburu jarraituz (21): alde batetik, kontsumo gutxiko, energia seguru, lehiakor eta jasangarriagoa duen ekonomiaren aldeko konpromiso irmoa; bestetik, politika horrek klima aldaketaren gaia lantzeko balio izateko asmoa. Proposamena energiaren giza ekoizpen eta kontsumoan ingurumen inplikazioak kontuan hartzearen emaitza zen eta, ondorioz, ez zegoen jada onartzerik haren jasangarritasuna bera ezin bestekotzat hartzen ez duen energia politika bat, beste alderdi batzuekin, adibidez, horniduraren segurtasunarekin eta lehiakortasunarekin, parez pare (22). Estrategia bereziki garrantzitsutzat hartzen da bere edukiatatik, energia segurtasunean, klima aldaketaren eta energia efizientziaren desfioak sartzan baititu (23). Laburbilduz, proposamenari esker, Europarako energia politika bat ezarri zen, energia efizientzia, energia berriztagarri eta bioerregaien erabilerrako oso asmo handikoak ziren helburu kuantifikatuak zehaztu baitzituen (24).

Data berean Europar Batzordeak aldaketa klimatikoaren aurkako Europako estrategia zehaztu zuen (25), ingurune eta energia gaiak behin be-

(20) ALENZA GARCÍA, José Francisco eta SARASIBAR IRIARTE, Miren, *Cambio climático y energías renovables*, Thomson-Civitas, Zizur Txikia (Nafarroa), 2007, 13 orr.

(21) EUROPAR BATZORDEA, 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, «Una política energética para Europa», COM (2007) 1 final.

(22) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, *op. cit.*, 81 orr.

(23) HERRERO DE CASTRO, Rubén David, «La seguridad energética y la estrategia global de seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI*, 42 zenbakia, 2016, 90 orr.

(24) RISTORI, Dominique, *op. cit.*, 31 orr.

(25) EUROPAR BATZORDEA, 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, *Limitar el calentamiento mundial a 2°C — Medidas necesarias hasta 2020 y después*, COM (2007) 2 final.

tiko lotuta agertuz, aldaketa klimatikoaren aurkako borroka dela medio. Bi proposamenak Europako Kontseiluak bere egin zituen(26) eta Lisboako Tratatuan egin zen erreforma definitu zuten. Klimari buruzko ekintza gaetan, EBk 1990etik 2020ra BEGen isuriak % 20 murriztea jarri zuen helburutzat, alde bakarrez(27). Energia arloan, 2020. urtean lortu beharreko ondorengo helburuak finkatu ziren: energia efizientzia handitzea, EBko energia kontsumoaren % 20 aurrezteko; EBko guztizko energia kontsumoan, energia berriztagarriak % 20 izatera heltzea; garraiorako gasolina eta gasolioaren guztizko erregai kontsumoan bioerregaiak duen zatia % 10era igotzea.

Egia da EBn ingurumena babesteko sortutako araudiek islatu egi-ten zutela jada klima aldaketaren kontrako borrokaren eta energiaren arteko harreman estua, batez ere energia berriztagarriak bultzatuz. Hain zuzen, 2008ko urtarrilean, Batzordeak klimaren babes eta energiari buruzko neurrien sorta global bat argitaratu zuen; Lisboako Tratatu indarrean sartutakoan, legegintza prozedura arruntaren bidez, emaitza, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak ekintza garrantzitsuak onartzea izan zen. «Energia eta klimari buruzko lege sorta» deitutakoa ondorengo legegintza ekintzek osatzen zuten(28): 2009/28/CE Zuzentaraua, iturri berriztagarrietatik datorren energia erabiltzea sustatzen duena; 2009/29/CE Zuzentaraua, BEG isuriaren eskubide salerosketa perfektionatzen duena; 2009/31/CE Zuzentaraua, karbono dioxidoaren biltegitarte geologikoari buruzkoa; 406/2009/CE Erabakia, estatu kideek 2020 arte EBk hartutako konpromisoak betetz BEG isuriak murrizteko egin behar duten ahaleginari buruzkoa. Pixka bat ondoren, lege sorta hori osatzeko, lehendik onartutako egintzak eguneratu egin ziren(29).

---

(26) 2007ko martxoaren 8 eta 9ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, 7224-/1/07 REV1.

(27) Onartu zen herrialde garatuak konpromisoa hartu behar zutela, nazioarteko hitzarmen bidez, 2020 arte beren isuriak % 30 murrizteko, eta 2050 arte % 60tik 80ra. Hitzarmen hori sinatuz gero, EBk isuriak 2020 arte % 30 murriztea ezarri beharko luke.

(28) Arau guztiak 2009ko apirilaren 23an onartuak (*Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala* L 140, 2009/6/5).

(29) 2009/72/CE Zuzentaraua, elektrizitatearen barne merkaturako arau komunei buruzkoa eta 2003-/54/CE Zuzentaraua indargabetzen duena; 2009/73/CE Zuzentaraua, gas naturalaren barne merkaturako arau komunei buruzkoa eta 2003/55/CE Zuzentaraua indargabetzen duena; 713/2009 Erreklamendua, Energia Arautzaileen Lankidetzaren Agentzia sortzen duena; 714/2009 Erreklamendua, elektrizitatearen mugaz gaindiko merkataritzarako sarera sartzeko baldintzei buruzkoa eta (CE) 1228-/2003 Erreklamendua indargabetzen duena; 715/2009 Erreklamendua, gas naturalaren garraio sareetara sartzeko baldintzei buruzkoa eta (CE) 1775/2005 Erreklamendua indargabetzen duena. Arau guztiak 2009ko uztailaren 13an onartuak (*Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala* L 211, 2009/8/14).

## 2. Ingurumen eta energia gaietako oinarriak

Lisboako Tratatuak 2009ko abenduaren 1ean sartu zen indarrean, eta Europako oinarritzko araudia EBTK eta EBFTk osatu dute harrezkero. Era horretan, egun, EBren bi oinarritzko testu juridikook ingurumen eta energiari buruzko europar politiken legezko printzipioak biltzen dituzte (30).

EBTK garapen jasangarria ezartzen du EBren helburuen artean; hain zuzen, hauxe da helburu hori printzipio konstituzional deklaraturako munduko eskualde bakarra (31). 3. artikuluan egiten du, eta ikuspegi bikoitz batez, hala barnekoa nola kanpokoa. Izan ere, printzipio horren 3 zenbakiak barne merkatuaz dienez, Europar Batasunak garapen jasangarriaren alde lan egingo du, eta hiru zutarriz izango ditu: ekonomiaren hazkunde orekatsua, merkatuko gizarte ekonomia, eta ingurumenaren kalitatearen babes eta hobekuntza maila handi bat. 5 zenbakiak, berriz, ezartzen du munduko besteekin dituen harremanetan Batasunak bere balioak adierazi eta sustatuko dituela; hartara, beste jomuga batzuen artean, planetaren garapen jasangarrian lagunduko du.

Ingurumena eta energia EBren eta horko estatu kideen arteko eskumen partekatuak dira (EBFTko 4.2 art.). Ondorioz, arlo horretan, estatu kideek beren eskumena erabil dezakete baldin eta EBk berea erabili ez badu (EBFTko 2.2 art.). EBk, benetan, ekimenez erabili du Tratatuak esleitzen dion ahalorde hori. Ingurumen eta energia politiken oinarriak finkatzen dituen Jatorritzko Zuzenbidearekin batera, Europako erakundeek onartutako eta juridikoki lotesleak diren egintza ugari aurkitzen ditugu, haiek garatzen dituztenak eta bi gai horien inguruko Zuzenbide Eratorria eratzen dutenak. Erabilitako araudi bidea legegintzako prozedura arrunta da; haren bitartez, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak ingurumenari buruzko helburuak lortzeko garatuko diren ekintzak erabakitzen dituzte (EBFTko 192.1 art.), helburu horiek finkatzen dituzten ekintza programak ontzen (EBFTko 192.3 art.), eta energiari buruzko helburuak lortzeko beharrezko neurriak hartzen (EBFTko 194.2 art.).

Europar Batasunaren ingurumenari buruzko politikaren helburu zehatzak ondorengoak dira (EBFTko 191.1 art.): ingurumena zaindu eta babestea, eta ingurumenaren kalitatea hobetzea; pertsonen osasuna babestea; naturako baliabideak zehaztasunarekin eta zentzuz erabiltzea; ingurumena dela

(30) Atal honetan, «Europar Batasunaren Trataturen eta Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren bertsio finkatuei» lotuko gataizkie (*Europar Batasunaren Aldizkari Ofiziala*, C 202, 2016/6/7). Lan honetan kontuan hartu da ere Eusko Jaurlaritzak egin dituen itzulpenak Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundearen Itzulzaile Zerbitzu Ofizialaren bidez ([www.euskadi.eus/eusko-jaurlaritzaren/contenidos/informacion/tr\\_lisboa/eu\\_tr\\_lisboa/tr\\_lisbo.html](http://www.euskadi.eus/eusko-jaurlaritzaren/contenidos/informacion/tr_lisboa/eu_tr_lisboa/tr_lisbo.html)).

(31) TORRE-SCHAUB, Marthe, «L'apport du principe de développement durable au droit communautaire: gouvernance et citoyenneté écologique», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 555 zenbakia, 2012, 89 orr.

tarteko munduan edo eskualdeka dauden arazoei aurre egiteko neurriak sustatzea nazioartean, bereziki klima aldaketaren aurka borrokatzeko. Nazioarteko neurrien bitartez, klima aldaketaren kontra borrokatzeko premia berezia Lisboako Tratatuak erantsitako gehigarri bat da, Batasunarentzat auzi horrek hartu duen garrantziaren erakusgarri.

EBren oinarrizko araudiak irmo baieztatzen du garapen jasangarria Batasunaren helburu bat dela, espresuki dioenean Batasuneko politikak eta ekintzak zehaztu eta gauzatzekoan, ingurumenaren babeserako eskakizunak sartu behar dira bertan, batez ere garapen jasangarria sustatzeko (EBFTko 11. art.). Oreka ekonomiko, gizarte justizia eta ingurumen osasuntsuaren arteko oreka bilatzen da, oinarrizko ideiatzat hartuz ingurumena bultzatzen duten politikak onuragarriak izan daitezkeela berrikuntza eta lehiakortasunerako. Horiek, aldi berean, ekonomiaren hazkundera zirikutzen dute, gizarte helburuak betetzeko ezin bestekoa dena(32). Horretarako, alde batetik, behar da ingurumenari buruzko helburu eta printzipioak gainerako politiketan ere ingurumenari buruzko politikan bezalaxe bete eta aplikatzea; bestetik, ingurumenari buruzko araudia modu globalean ulertu eta interpretatu behar da, gai horri buruzko helburu eta printzipio guztiak kontuan hartuz(33).

Ingurumena beste politiketan sartzen dela oso argi ikusten da egun europar energia politikaz ari garenean; hori Lisboako Tratatuak emandako berrikuntza batean islatu zen, gai horri buruzko arauketa independentea sartu baitzuen. Arauketa hori EBFTren XXI. Tituluan agertzen da, alegia, ingurumenari buruzko tituluaren ondoren. Haren prezeptu bakarrak bi politiken artean dagoen lotura adierazten du, Europar Batasunaren energia politikaren helburuak ingurumena zaindu eta hobetzeko eskakizuna dagoela kontuan izanik ezartzen baititu (TBEFeko 194.1 art.). Energia merkatuaren funtzionamendua eta horniduraren segurtasuna bermatzeaz gain eta energia sareen arteko konexioa sustatzeaz gain, Tratatuak europar politikako energiari buruzko helburuen artean biltzen du eraginkortasun energetikoa eta energia aurreztearen bultzatzea, eta energia berri eta berriztagarrien garapena bultzatzea(34). Era horretan, energia eta ingurumen arloek duten harreman estua araudiari dagokionez Europar Batasuneko Jatorrizko Zuzenbidean ere geratzen da agerian(35). Are, baieztza deza-

---

(32) EUROPAR BATZORDEA, *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE*, OPOCE, Brusela-Luxemburgo, 2006, 3 orr.

(33) KULOVESI, Kati, MORGERA, Elisa eta MUÑOZ, Miquel, «Environmental integration and multifaceted International dimensions of EU law: unpacking the EU's 2009 climate and energy package», *Common Market Law Review*, 48-3 zenbakia, 2011, 834 orr.

(34) Helburu horrek zuzenean du erlazioa klimari buruzko agendarekin eta, beraz, ingurumenari buruzko politikaren helburuekin. GUSEV, Alexander S., *op. cit.*, 81 orr.

(35) Gai horren inguruan, ikus MOUSSIS, Nicolas, *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*, European Study Service, Rixensart (Belgika), 2009.

kegu Batasunean energia eta ingurumen gaietako politika integratua eramaten dela; beraz, bi arloen arteko harremana eta mendekotasuna araudien sinbiosi moduko bat eragin du (36).

Hori bai, aurrera egin arren, Lisboako Tratatuak ez du lortu estatu kideek beren energia subiranotasuna lagatzeko dituzten eragozpenak baztertzea (37). Izan ere, EBk neurriak hartuagatik, estatu kideek ez dute galduko eskubidea beren energia baliabideak ustiatzearen baldintzak zehazteko, energia iturri bat edo bestea hautatzeko eta energia hornidurarako zein egitura orokor nahi duten hautatzeko (EBFTko 194.2 art.). Beraz, EBren barruan estrategia bateratuak ondu arren, paperaren gainean estatu kide bakoitza jarraitzen du eskumenduna izaten energia hornidura politiketan beren erabakiak hartzeko (38).

Lisboako Tratatuak ere berrikuntza berezi bat sartu zuen energiaren arloan, hornidura segurtasunaren inguruan zegoen kezkarri erantzunez. EBFTko 122. artikuluan adierazitako elkartasun printzipioaren aplikazioa da; haren bitartez, estatu kide batek energia hornidura zailtasun larriak pasatzen baditu, gainerakoek hornitzen lagunduko diote.

Lisboako Tratatu indarrean sartu eta gutxira, EBk proposamen bat argitaratu zuen 2008an piztutako nazioarteko ekonomia krisitik ateratzeko eta Europako ekonomia hurrengo hamarkadari begira prestatzeko: *Europa 2020 Estrategia* (39). Elkarri lotutako lehentasunezko hiru arlotan oinarritzen da: hazkunde adimentsua, ezagutzan eta berrikuntzan oinarritutako ekonomia garatuz; hazkunde jasangarria, karbono maila txikiko eta, baliabideei dagokienez, efizientea den ekonomia sustatuz; eta hazkunde integratzailea, gizarte eta lurralde kohesioa sustatuko duen enplegu maila altuko ekonomia bat hauspotuz.

Arlo horietan aurrera egiteko, estrategiak bost helburu nagusi zehaztu zituen. Aztergai dugun eremuan, haietako hirugarrena nabarmendu behar da, klima eta energia gaietako 20/20/20 helburua deitua. BEG isurien % 20 murriztea bilatzen du, edo % 30, horretarako baldintzak baleude; guztizko energia kontsumoko energia berriztagarrien proportzioa % 20 igotzea; eta energia kontsumoa % 20 jaitea, energia efizientzia handiago batera heltzeko.

Energia gaiari argi eta garbi lotuz, estrategiak oinarritzko ekimen bat du, «Baliabideak eraginkortasunez erabiltzen dituen Europa bat» deitua.

(36) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, 81 orr.

(37) BEDIA BUENO, Gemma, «El Derecho de la Energía, las Políticas Europeas y la Transición Energética en la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 16 zenbakia, 2017, 49 orr.

(38) MORÁN BLANCO, *Sagrario*, op. cit., 141 orr.

(39) EUROPAR BATZORDEA, 2010eko martxoak 3ko komunikazioa, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final. Ekainean Europar Kontseiluak proposamena onartu zuen eta berea egin zuen. 2010eko ekainak 17ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 13/10.



Baliabideak eraginkortasunez eta karbono isuri gutxirekin erabiltzen dituen ekonomia baterantz aldatzea sustatzen du, ekonomiaren hazkundera eta baliabide eta energiaren erabilera elkarrengandik bereiziz, CO<sub>2</sub> isuriak murriztuz, lehiakortasuna sendotuz eta energia segurtasun handiagoa bultzatuz. Hazkundera itzultzeko estrategiak ematen zituen tresnen artean, bi nabarmenduko ditugu: alde batetik, klima aldaketaren kontrako borroka, baliabideen erabileran eraginkortasuna hobetzea eskatzen duena; era horretan, isuriak mugatzen lagunduko dugu. Bestetik, energia garbi eta eraginkorra; bertan, Europako energia helburuak lortzeak (20/20/20) aurrezpen nabarmena ekarriko luke 2020 arte, petrolio eta gas inportazioak gutxitzearen bitartez, baina baita BEG isuriak murriztearen bidez ere.

Europa 2020 Estrategiako edukien garapenak are estuago lotzen zituen energia politika eta klimari buruzko ekintza; izan ere, energia arloko neurriak instrumentu guztiz baliozkoak dira klima aldaketaren ondorioen kontra eraginkortasunez borrokatzeko. Horren adibide dugu energia lehiakor, jasangarri eta seguruaren aldeko proposamena (40). Jada zehaztutako EBren energia helburuetatik abiatuz, energia lehentasun zehatzak ezarri ziren. Horien artean, ondorengoak nabarmentzen ziren: batetik, energiaren % 20 arteko aurrezpena 2020 arte; horretarako, garraioen jasangarritasuna hobetu egin behar zen, eta energia kontsumo handiko produktuentzako diseinu ekologikoko baldintzak ezarri. Bestetik, goi errendimenduko eta karbono intentsitate gutxiko teknologia berritzaileak garatzea. Gainera, munduan karbono isuri txikiko etorkizuna sustatzeko nazioarteko hitzarmenak sendotzea.

Energia berriztagarrien aldeko apustua ideia honetan oinarritzen da: energiaren arlotik karbonoa ezabatzeko orduan, karbono isuri gutxiko energia iturrien konbinazio dibertsifikatu batera jotzea da ekonomiaz modu eraginkorrena (41). Batzordeak 2011 amaieran eman zituen eza-gutzero EBren energia sistematik karbonoa ezabatzeko lortzeko bideak zein izan zitezkeen (42): energia aurrezte, energia horniduran energia berriztagarrien ehuneko handitzea, energia berriztagarriak sartzea erraztuko duten azpiegiturak eraikitzea, Europako energia merkatuen integrazioa, karbono isuri txikiko teknologietan inbertitzea. Halaber, araudia eguneratu egin zen, energia efizientzia energiaren azken kontsumoa murriztuz lortzeko, batez ere sektore publikoan, industrian, eraikinetan,

---

(40) EUROPAR BATZORDEA, 2010eko azaroaren 10eko komunikazioa, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final.

(41) OETTINGER, Günther, «El futuro de la energía en la Unión Europea», Cuadernos de Energía, 41 zenbakia, 2013, 17 orr.

(42) EUROPAR BATZORDEA, 2011ko abenduaren 15eko komunikazioa, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*, COM (2011) 885 final.

eta energia hornitzaileen jardueran, baita kontsumitzaileen beren eskutik ere (43).

### III. Garapen jasangarriaren aldeko energia politikaren egungo tresnak

#### 1. 2030erako klima eta energia esparrua

2014ko urtarrilean, Batzordeak proposamen bat aurkeztu zuen 2030ari begira klima eta energiari buruzko politiketarako esparru berri bat sortzeko, era horretan berriz erakutsiz Europako energia politikara jotzen duela klima aldaketaren kontra borrokatzeko eta ingurumena babesteko (44). Bertan, gainera, 20/20/20 helburuaren lorpen partzialak biltzen ziren, eta Batzordeak adierazi zuen 2030erako helburu zehatzak adierazteak helburu hura betetzen aurrera egiten erraztu zezakeela, ondo bideratuta zegoen arren. Bai, izan ere, 1990. urtearen aldean, BEG isuriak % 18 murriztu ziren 2012an, eta aurreikusten zen 2020an murrizketa % 24ra heltzea, eta 2030ean % 32ra; energia berriztagarrien kuota % 13 hazi zen 2012an azken energia kontsumoarekiko, eta 2020an % 21era heltzea aurreikusten zen, 2030ean % 34ra; EBk elektrizitatearen % 44 gutxi gorabehera iturri berriztagarrietatik helduta instalatu zuen 2012 amaieran; EBko ekonomiaren energia intentsitatea % 24 jaitsi zen 1995tik 2011ra, eta karbono intentsitatea % 28 gutxitu. Batzordeak, pixka bat geroago nabarmendu ere egin zuenez, 2020an % 20ko energia aurrezpena hartzeko aukera zegoela egiaztatuta, energia aurrezteko dinamikari eutsi egin behar zaiola adierazi zuen, eta energia efizientzia gaietan asmo handiagoko helburu bat proposatu, % 30ekoa (45).

Europako Kontseiluak *Klimaren eta energiaren arloko 2030. urte arteko jarduketa esparrua* onartu zuen 2014ko urrian (46) eta, bertan, bere egin zituen Batzordeak proposatutako helburuak. Lehendabizi, EBrentzako helburu lotesletzat finkatu zen 2030erako BEG isuriak 1990eko balioen aldean gutxienez % 40 murriztea. Bigarrenik, helburu lotesle gisa ere, ezarri zen EBko guztizko energia kontsumoaren barruan 2030ean energia berriztagarrien kuota gutxienez % 27koa izatea. Bi kasuetan ere, estatu kide bako-

(43) Aipagarria da 2012ko urriaren 25eko 2012/27/UE Zuzentaraua, energia efizientziari buruzkoa (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 315, 2012/11/14).

(44) EUROPAR BATZORDEA, 2014ko urtarrilaren 24ko komunikazioa, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*, COM (2014) 15 final.

(45) EUROPAR BATZORDEA, 2014ko uztailaren 23ko komunikazioa, *La eficiencia energética y su contribución a la seguridad de la energía y al marco 2030 para las políticas en materia de clima y energía*, COM (2014) 520 final.

(46) 2014ko urriaren 23 eta 24ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 169/14.

tzak bere estaturako helburu altuagoak ezar ditzake. Hirugarrenik, EB osorako, 2030ean energia efizientzia gutxienez % 27 hobetu dela adierazten duen helburu bat ezarri zen, 2020 baino lehen berrikustekoa, % 30era igotzeko aukera aztertzeko. Gainera, Europako Kontseiluak adierazi zuen garrantzi berezia zuela guztiz konektatuta dagoen energiaren barne merkatu bat egitea. Batzordeak 2012an jada proposatu zuen energiaren barne merkatua 2014rako lortuko zela(47), baina argi zegoen hori ez zela gertatuko ikusita estatu kide askok atzerapena zeramatela dagokion araudia beren legedira iraultzen eta osoki aplikatzen. Horregatik, Europako Kontseiluak EBko herrialdeen arteko % 15eko lotura elektriko bat jarri zuen helburutzat ere(48).

Ikus daitekeenez, 20/20/20 helburua 2030eko 40/27/27 helburua izatera pasa zen, eta EBk berak asmo handikotzat jo zuen hori, Europako Parlamentua helburu zehatzak areagotzearen alde agertu bazen ere(49). Dena den, ikusita goian aipatu dugun 2020rako 20/20/20 helburuak nolako betetze maila zeraman, ez dirudi helburu bereziki estuak zirenik, edo gehiegizko zailtasuneko ahalegin bereizirik eskatzen zutenik. Horren arrazoia da ezarritako helburuak oreka politikoaren fruitu direla, ingurumenaren aldekoenak diren jarreraren eta ekonomiaren lehiakortasunaren gaineko inpaktuagatik kezka handiena adierazten dutenen artean(50). Kritikatu izan da, gainera, elektrizitate arloko industria eta enpresa elkarteek beharbada eragin ahalmen handiegia izan zutela, bereziki 2030erako energia eta klima esparruaren aurreko kontsulta eta gogoeta aldi; izan ere, Batzordeak energiaren enpresa handiek aspaldi honetan egin dituzten eskaerak jarraitu zituen bere proposamenean(51).

(47) EUROPAR BATZORDEA, 2012ko urriaren 3ko komunikazioa, *Acta del Mercado Único II – Juntos por un nuevo crecimiento*, COM (2012) 573 final.

(48) Helburu berri bat ezarri den arren, berriz ere argi geratzen zenez, estatuek uko egiten diote energia subiranotasuna galtzeari eta, beraz, energiaren merkatu funtzionamendua bermatzeko eta energia sareen arteko lotura sustatzeko helburuak formalagoak eta teorikoagoak dira praktikoak eta errealak baino. PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47 zenbakia, 2014, 23 orr.

(49) Bai, Europako Parlamentua BEG isuriak 2030erako 1990en aldean % 40 murrizteko helburu loteslearekin bat bazetorren ere, energia efizientziaren helburua ere 2030erako % 40ra igotzea eskatu zuen, eta EBren guztizko energia kontsumoaren barruan energia berriztagarrien kuota 2030erako % 30ekoa izatea. Europako Parlamentua, 2014ko otsailaren 5eko Erabakia, 2030eko klima eta energiarako politiken esparru bati buruzkoa (2013/2135(INI), *Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* C 93, 2017/3/24, 87 orr.

(50) ARANZADI, Claudio, «UE 2030: objetivo clima y energía», *Política Exterior*, 29-163 zenbakia, 2015, 46 orr.

(51) Arrazoibide horri lotuz, adierazten denez, industria lehiakortasuna bultzatzeko klimari buruzko helburuak alboratzeko premia dagoelako ideia erroto da. MORENO REGAÑA, Ana, «Hegemonía y capital transnacional en la Unión Europea. El marco para el clima y la energía», *Relaciones Internacionales*, 31 zenbakia, 2016, 107 orr.

Bestetik, energiaren inportatzaile garbiak diren herrialde gehienetan gertatzen den bezala, EBren energia segurtasuna horniduraren segurtasunari lotuta ikusten zen, inportazioen gero eta mendekoago(52). Horregatik, 2006 eta 2009ko nequetan gas horniduran aldi batez jasandako asalduren ondoren, 2011ko Arabiar Udaberritik eratorritako ezegonkortasunaren ondoren eta Ukrainian bizitzen ari zen egoera ikusita, EB kanpoko energiaren nahasmenduekiko ahuldadea gutxitzen hasi behar zen. Horrenbestez, Batzordeak Europaren Energia Segurtasunerako Estrategia argitaratu zuen 2014ko maiatzean(53), hornidurako ahuldadeei aurre egiteko hainbat arlotan aurrera egiteko.

Alde horretatik, kontuan hartu behar da EBko estatu kideek ugari kontsumitzen dituztela erregai fosilak gehienez eta, kasuren batean salbu, ahulak dira energiari dagokionez. Batzordeak nabarmendu izan du EBk kontsumitzen duen energiaren % 53 inportatzen duela. Inportazioen mendekotasuna petrolio gordinari lotuta dago (ia % 90ean), gas naturalari (% 66an) eta, neurri txikiagoan, erregai solidoei (% 42an) eta erregai nuklearrari (% 40an). Energia horniduraren segurtasunaren gaiak estatu kide guztiei eragiten die, batzuk beste batzuk baino ahulagoak diren arren, bereziki integrazio eta konexio txikiena duten eskualdeak, hala nola Baltikoa eta Ekialdeko Europa(54). Beste arazo gehigarri batzuk ere ezin dira ahaztu, adibidez, azpiegituren zahardadea, ezin baitute absorbitu energia berriztagarrien ekoizpen gero eta handiagoa; estatuen 28 araudi esparru egotea; edo auzokoekin konexio nahikorik ez duten herrialdeak egotea(55).

Energia segurtasunari buruzko estrategia 2020erako klimaren eta energiaren esparruari lotuta sortu zen, Batasunaren energia segurtasuna ezin baita banandu karbono gutxiko ekonomia lehiakor baterantz aurreratzeko premiatik, inportatutako erregai fosilen erabilera murriztuko duena. Hori

(52) 2000ko lehen hamarkadan, energia mendekotasuna, 27 kideen osotasunerako energia inportazio garbi gisa neurtua, areagotu egin zen: % 75,7tik (2000) % 84,3ra (2010) petrolioari dagokionez, eta % 48,9tik (2000) % 62,4ra (2010) gaserako, eta gorantz jarraitzen du joerak. VALDÉS, Javier, «Evolución y consistencia en la política de seguridad energética de la UE: los Proyectos de Interés Común», *Papeles de Europa*, 29-2 zenbakia, 2016, 70 orr.

(53) EUROPAR BATZORDEA, 2014ko maiatzaren 28ko komunikazioa, *Estrategia Europea de la Seguridad Energética*, COM (2014) 330 final.

(54) Batzordeak bere oharrean nabarmentzen duen bezala, energiaren hornidura segurtasunaren arazo larriena kanpoko hornitzaile bakarrarekiko mendekotasun handia da, bereziki gasaz ari garela; izan ere, sei estatu kide Errusiaren mendeko dira, gas inportazio guztietarako kanpoko hornitzaile bakarra duten neurrian, eta horietako hiruk gas naturala baliatzen dute beren guztizko energia beharizanen laurden baterako baino gehiagorako. EUROPAR BATZORDEA, *Estrategia...*, op. cit., 2 orr. Gain honen inguruan ikus MORÁN BLANCO, Sagrario, op. cit., 97-131 orr. (3. kapituloa: «La dependencia energética de la Unión Europea»).

(55) RUIZ GONZÁLEZ, Francisco José, «El reto de la seguridad energética para la Unión Europea», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 6 zenbakia, 2015, 119 orr.

lortzeko, estrategiak jada existitzen den joera bati eutsi eta bultzatu nahi du, alegia, EB dela elektrizitatearen % 50 berotegi efekturik gabeko isuririk gabe ekoizten duen eragile ekonomiko handi bakarra(56). Aldi berean, energia segurtasunerantz aurrera egiteko estatu kideen arteko lankidetzaz egoteko behar diren oinarriak ezartzen ditu: EBk energia arazo larriari aurre egiteko ahalmena areagotzea; larrialdi eta elkartasun mekanismoak sendotzea; energia eskaria moteltzea; barne merkatu eraginkor eta integratu bat garatzea; EBren energia ekoizpena areagotzea; energia teknologien garapena sendotzea; kanpo hornidura iturriak dibertsifikatzea; estatuen energia politiken koordinazioa hobetzea, eta kanpoko energia politikan aho bakarrez aritzea.

## 2. Energia Batasuna

Orain arte aztertutakoa kontuan hartuz, EBk bazituen jada eskumenak eta beharrezko bitartekoak energia politika bat abian jartzeko, helburu hauek aldean hartuta: energia hornidura segurtatzea, energiaren prezioak lehiakortasunerako traba ez direla bermatzea, ingurumena babestu eta klima aldaketaren kontra borrokatzea, eta energia sareak hobetzea(57). Ideia hori garatuz, EBk Energia Batasunerako estrategia abian jarri zuen 2015ean, Batzordeak otsailean egindako proposamenean oinarrituz(58). Proposamenaren helburua da klimari buruzko politika anbiziotsu bati helduz, energia seguru, jasangarri, lehiakor eta prezio onekoa eskaintzea eta, horretarako, bost alderdiri begiratzen dieten ekintzak garatzen dira: energia segurtasuna, guztiz integratutako energiaren Europako merkatu bat, energia efizientzia, ekonomiaren deskarbonizazioa, eta energia arloko ikerketa eta berrikuntza. Bost alderdi horiek elkarri hertsiki lotuta daude, Europa mailan energia batasunaren helburuak lortzeko integrazio eta koordinazio handiagoa behar dituzten arloak adierazten baitituzte(59).

Alderdi horien arteko elkarrekintza argi eta garbi nabaritzen da energia segurtasunari dagokionez, haren ezin besteko faktoreen artean, aipatzen baitira energiaren barne merkatua eta energia kontsumo efizienteagoa

---

(56) Batzordeak berak nabarmentzen duenez, ehuneko hori energia berriztagarrien % 23ren eta energia nuklearraren % 27ren arteko baturatik ateratzen da. EUROPAR BATZORDEA, *Estrategia...*, *op. cit.*, 3 orr.

(57) EUROPAR BATZORDEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea: Energía*, Europar Batasuneko Argitalpen Ofizialen Bulegoa, Luxemburgo, 2014, 4 orr.

(58) EUROPAR BATZORDEA, 2015eko otsailaren 25eko komunikazioa, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM(2015) 80 final. Europar Kontseiluak martxoan onartu zuen dagokion konpromisoa. 2014ko martxoaren 19 eta 20ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 11/15.

(59) RISTORI, Dominique, *op. cit.*, 21 orr.

izatea. Era berean, energia iturrien, hornitzaileen eta ibilbideen beharrezko dibertsifikazioak, energia hornidura segurua eta arrazoizko prezioak bermatzeko ezin bestekoa izateaz gain, energia berriztagarrien alde apustu egitera bultzatzen du, ekonomia deskarbonizatzeko beharrezkoak baita. Alderdi horretan, indartu egiten da ondorengo garrantzia: barnera begira, estatu kideek hornidura segurtasunari buruz lankidetzan aritzea eta, kanpora begira, Europak energiaren munduko merkatuetan duen rola sendotzea (60).

Bigarren alderdiak, EBko energiaren merkatu integratu bat lortzeak, Europan energia sistema eraginkorrago bat garatzea du xedetzat. Horretarako, estatu kideen arteko loturaren eta haien arteko energia elkartrukearen aldeko apustua egiten da. Halaber, energia gaietako eskualdeko lankidetzak bultzatuko da. Alderdi garrantzitsua da energiaren barne merkatua integratzeko; izan ere, gaurdaino, estatu kideek beren mekanismoak aplikatu izanak EBko eta estatuan estatuko erakundeen arteko gatazkak eragin izan ditu. Horregatik, estatu bakoitzaren interesen defentsaren aurrean, herrialdeen eta eskualdeen arteko elkartasuna behar da, bakarrik Europaren, estatuen eta eskualdeen interesak elkarrekin ondo ezkontzeak ahalbideratuko baitu energiaren benetako Europar Batasun bat sortzea (61).

Energia efizientziaren alderdia energia eskaria moteltzeko ekarpena da. Horri buruz, 2030erako klima eta energia esparruak Energia Batasunerako estrategian ere integratuta geratzen zen, aipatutako 40/27/27 helburua osoki bere egitean, baita % 30eko energia efizientziaren helburua 2020 baino lehen zabaltzeko aukera ere (62). Bi arlo zehatzetan, eraikuntza eta garraioan, energia efizientzia handitzearen garrantzia nabarmentzen da, eta horrek berriz jartzen du agerian askotariko alderdiek elkarrekin duten harremana, aipatutako helburua lortzeko aldi berean deskarbonizazioa bultzatu behar baita, bereziki garraioan, energia berriztagarrien eta erregei alternatiboen aldeko apustua eginez.

Laugarren alderdia, ekonomiaren deskarbonizazioa, hertsiki lotzen zaio klimaren aldeko ekintzari, nagusiki BEG isuriak murriztearen bidez

(60) Energia Segurtasunaren Europako Estrategia Energia Batasunean sartuta geratzean, lehen esan dugun bezala, kanpoaldearen alderdi horren garrantzia sendotuta atera zen, lehentasun iraunkorra izatera pasa baitzen, ez bakarrik krisi aldietan. Hala biltzen da Energia Batasunaren egoerari buruzko lehen txostenari erantsitako lan dokumentuan, COM (2015) 572 final. EUROPAN BATZORDEA, *State of the Energy Union 2015. Commission Staff Working Document on the European Energy Security Strategy*, SWD (2015) 404 final, 10 orr.

(61) DE CARLOS IZQUIERDO, Javier, «La estrategia de seguridad energética de la Unión Europea y España», *Boletín I.E.E.E.*, 1 zenbakia, 2016, 561 orr.

(62) Energia Batasunak, 2030erako aurreikusitako helburuak ez ezik, 2050eko bide orria ere hartzen du kontuan. Helburu horien esparruan ulertu behar da energia batasuna. FABRA PORTELA, Natalia, «La Unión Energética: instrumento para la transición energética en Europa», *Información Comercial Española ICE*, 902 zenbakia, 2018, 66 orr.

eta energia berriztagarrien aldeko apustuaren bidez. Berriz ere, 2030rako energiaren eta klimaren esparruarekiko eta 40/27/27 helburuarekiko lotura dago, eta horri gehitu behar zaio Parisen izango zen klima aldaketari buruzko Nazio Batuen Konferentzian jarrita zegoela begia eta, bertan, helburua zutela isuriak murrizteko juridikoki loteslea zen hitzarmen bat lortzea.

Bukatzeko, energiaren arloko ikerketa, berrikuntza eta lehiakortasunaren alderdiak Energia Batasunerako aurreikusitako alderdi guztien arteko harremanean du eragina. Hala, teknologia berriztagarrien belaualdi berri bat garatzeko eta biltegitratzeko soluzioen premia aipatzen da; horrek energia segurtasuna eta efizientzia hauspotuko ditu eta, aldi berean, BEG isuriak murriztuko dira. Berriz ere deigarria da ikustea energia nuklearraren aldeko apustua egiten jarraitzen dela: estrategiak azaltzen duenez, EB arlo nuklearrean lidergo teknologikoari eusten saiatu behar da energia mendekotasuna ez handitzeko moduan, egia bada ere gutxienez estatu kideei eskatzen diela segurtasun, babes, hondakinen kudeaketa eta ez ugaltzeko arau zorrotzenak aplikatuko dituztela bermatzea (63).

Ikus daitekeenez, Energia Batasuna EBk energia trantsizio bat eragiteko proposatu zuen erantzun komuna da, une horretan munduan hainbat gertaera jazotzen ari baitziren, eta kolokan jartzen ari ziren energia segurtasun, klima aldaketaren kontrako borroka eta ingurumenaren babes gaietako helburuak: Ukrainiako gerra, Errusiari buruzko mesfidantza, ikatzaren prezio apalak, krisi ekonomikoa, energia inportazioekiko mendekotasunaren hazkundera, baliabide ez arrunten goraldia (64). Hain zuzen, azken horiei buruz eta Amerikako Estatu Batuetan hidrokarburu ez arrunten ustiapena izaten ari zen arrakastaren aldean, Europan ez dago pentsatzerik antzeko ekoizpen egoera batean izango garela epe laburrera; ez da ere aukera garrantzitsu bat energia kostuak oro har merkatzeari begira (65).

Dena den, deigarria da, deskarbonizaziorako EBk energia nuklearraren aldeko apustua egiten jarraitzeaz gain (BEG isurtzen ez dituen neurrian), Batzordeak Europaren energia mendekotasuna gutxitzeko petrolioa eta gas iturri ez arruntak ekoizteko aukera onartzea. Gutxienez, eskertzekoa da hori aukeretako bat izatea, betiere herritarren onarpena eta ingurumenaren gaineko inpaktua behar bezala kontuan hartu eta

---

(63) EUROPAR BATZORDEA, *Estrategia Marco...*, *op. cit.*, 18-19 orr.

(64) HERRERO DE CASTRO, Rubén David, *op. cit.*, 91 orr.

(65) RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa, SPENCER, Thomas, SARTOR, Oliver eta MATHIEU, Mathilde, «La Unión Europea y la revolución americana de los no convencionales», *Economía Exterior*, 68 zenbakia, 2014, 37 orr.

gero (66). Argi dago EBren apustu seguruenak, hala ekonomiari nola energiari begira, trantsizio kolektiboko prozesu bat egitea jarraitzen duela, sistema efizienteago baterantz eta energia berriztagarrien proportzio handiago baterantz; dirudienez, Energia Batasunak bide hori darama.

Gaurdaino, Batzordeak hiru txosten igorri ditu Energia Batasunaren egoerari buruz(67). Horietako hirugarrenean, 2017ko amaierakoan, zehaztu zen Energia Batasuna errealtate bat izan behar dela 2019an, EB osoan izandako aurrerapenak ikusita. Horien artean, aipatzen zen 2015ean iturri berriztagarrietatik datorren energiaren % 16,7ko kuota lortzea, 2016an BEG isurien % 80ko murrizketa 1990arekiko, edo energia eskariaren etengabeko jaitsiera (EBk % 2,5 energia primario gutxiago kontsumitu zuen 1990ean baino, baina aldi horretan BPG % 53 hazi zen). Aldiz, irmo baieztatzen da premia handia dela energia kontsumoa murrizten jarraitzekoa, eta efizientzia areagotzekoa, eta energia garbirako trantsizioa egiteko oztopoak eragozteak, adibidez, estatu kideek erregai fosilentzako diru laguntzei eusteak sor dezakeen lehia desleiala (68).

### 3. Energia Garbirako lege sorta

2016ko azaroan, Batzordeak asmo handiko energia garbi eta ekonomia hipokarbonikorako trantsizioko gaitako proposamen multzoa aurkeztu zuen(69). *Energia Garbirako lege sorta* deituak energia berriztagarri gaitako neurri multzo bat biltzen du, tartean sartuz energia efizientzia handitzea(70). Energia segurtasunari ere erreparatzen dio; izan ere, proposamen horren bidez, EBk Errusiako gas inportazioen mendekotasuna murrizteko estrategia geopolitikoa aldatu bide du, trukean

(66) EUROPAR BATZORDEA, *Estrategia Marco...*, *op. cit.*, 5-6 orr.

(67) EUROPAR BATZORDEA, 2015eko azaroaren 18ko komunikazioa, *Estado de la Unión de la Energía 2015*, COM (2015) 572 final; 2017ko otsailaren 1eko komunikazioa, *Second Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 53 final; 2017ko azaroaren 23ko komunikazioa, *Third Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 688 final.

(68) Ahalegin handiagoak egiteko beharra argiago geratzen da estatu kide batzuetan beste batzuetan baino, neurri desberdinetan betetzen ari baitira energia helburuak. Arriskua da bi abiadurako Europa bat sendotzea eta, hartara, Energia Batasuna arriskuan jartzeko aukera. GUTIÉRREZ ROA, Tomás, «La Unión de la Energía y su impacto en las relaciones exteriores comunitarias», *Boletín I.E.E.E.*, 10 zenbakia, 2018, 922 orr.

(69) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «Unión Europea: inicio del debate sobre la transición energética», LÓPEZ RAMÓN, Fernando (koordinatzailea), *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, CIEMAT, Madril, 2017, 59 orr.

(70) EUROPAR BATZORDEA, 2016ko azaroaren 30eko komunikazioa, *Energía limpia para todos los europeos*, COM (2016) 860 final.



energia iturriak iturri berriztagarrien alde dibertsifikatuz eta erregai fosilen, tartean gas naturalaren, mendekotasuna murriztuz(71). Sorta horretan, hainbat lege egintza ontzea sartzen da, tartean nabarmen Energiaren Gobernantzari buruzko Erreglamendua, Energia Berriztagarriei buruzko Zuzentaraua, eta Energia Efizientiaren Zuzentaraua(72). Sortak biltzen dituen energia neurrien helburuetan ondorengoak sartzen dira: energia efizientzia aurretik jartzea, energia berriztagarri gaietako munduko lidergoa lortzea, eta kontsumitzaileei bidezko tratua eskaintzea (prezio gaietan).

Energia efizientzia aurretik jartzearen ideiak esan nahi du onartu behar dela sortu edo erabili behar ez dena dela energia merke eta garbiena. Horretarako, EB osorako loteslea den energia efizientiaren 2030erako helburua berrikusi egin zen (klimaren eta energiaren esparruan aurreikusten zen bezala), % 27tik 30era igoz; horrek BEG isuriak murriztearen gaian helburuak lortzeko modua ematen du. Erabaki horrek agerian uzten jarraitzen du EBk energia trantsizioari eta, horretan kokatuta, energia efizientiaren faktoreari ematen dion ikusgaitasuna eta garrantzia XXI. mendeko geopolitika eta klimako erronken aurrean. Lehendabiziko erregaia deitzen dio, eta EB barruan, energia iturri latente nagusi gisa sustatzen du» (73).

EB energia berriztagarrien munduko liderra bihurtzeko helburua 2030ean gorpuztu nahi da, eta lortu da elektrizitate berriztagarria EBko ekoizpen elektrikoaren konbinazioaren erdia osatzea. Haize energiari dagokionez, EB liderra zen oharra aurkezteko orduan. Eguzki energia fotovoltaikoa ere Europako puntako arloa da, baina aitortzen da hura fabrikatzeko ahalmena handitu egin behar dela. Beroa eta elektrizitatea sortzeko biomasa solidoari dagokionez, klimarekin begirunea duen arlotzat hartzen da, baina basoen gaineko presio gehigarria mugatzeko, horien kudeaketa jasangarria eskatzen da, eta ekonomia zirkularrarekin sinergiak bilatzea. Hori guztia, 2030erako energia eta klima esparruan ere aurreikusten den

---

(71) ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Energía y clima en 2017: volatilidad contenida, implementación climática e incertidumbre política», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2017, 9 orr. Gas naturalaren garrantziaren arrazoia da deskarbonizazio aurreratuaren eszenategi batean, gasa dela trantsizioko energiatzat hartzen den erregai fosil bakarra; beraz, EBren osotasunean, gasaren erabilera elektrizitate sorkuntzaren eta bero sorkuntzako sistemen konbinaziotik ikatza era ordenatuan ateratzen lagunduko du, aukera berriztagarriak ez baitira beti eskueran egongo kostuz modu efiziente. OLABE, Antxon, GONZÁLEZ-EGUINO, Mikel eta RIBERA, Teresa, «Hacia un nuevo orden mundial de la energía», *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano*, 12 zenbakia, 2017, 17-18 orr. Gas iturriak dibertsifikatzeko modu batzuk Kaspiar itsasoarekin eta Magrebekin konexioak egitea izan daiteke. GUTIÉRREZ ROA, Tomás, *op. cit.*, 924-927 orr.

(72) Proposatutako lege multzoak 2015ean aurkeztutako Energia Batasunerako Oinarriko Estrategian proposatutako neurrien % 90a hartzen du kontuan. LÓPEZ-NICOLÁS BAZA, Antonio, «El liderazgo de la Unión Europea en Energías Renovables: el paquete de Energía Limpia de la Comisión Europea», *Cuadernos de Energía*, 55 zenbakia, 2018, 22 orr.

(73) HERRERO DE CASTRO, Rubén David, *op. cit.*, 94-95 orr.

bezala, bat dator EBn kontsumitutako energian urte horretan energia berriztagarrien % 27ko kuotara gutxienez heltzeko helburuarekin. Hain zuzen, energia efizientziari buruzko aurreko ehunekoaren igoeraren aldean, ehuneko hori mantentzea, kritikatu izan zen, ez baitzen nahikotzat hartzen Europaren energia mendekotasuna murrizteko; gainera, ehunekoa % 30era igo izanez gero, hobe izango zen lehiakortasunerako ere (74).

2017ko otsailean, Batzordeak txosten bat aurkeztu zuen EBko energia berriztagarriei buruz (75). Txostenean, nabarmena zen jada energia segurtasunak betetzen zuen rol garrantzitsua; hain zuzen, 2014an, % 16ra heldu zen energia iturri berriztagarriek guztizko energia gordinaren kontsumoan zuten kuota. 2015erako estimazioa % 16,4ra heldu zen, baina azkenean % 16,7koa izan zen, lehen esan dugun bezala (76). Hala ere, txostenak nabarmendu zuen areagotu behar zirela joera horri eusteko ahaleginak, eta 2030erako % 27ko kuotaren aurreikusitako helburua bete. Horretarako, egun batzuk geroago, Batzordeak Zuzentarau berri bat onartzeko prozesua jarri zuen martxan, gaiari buruzko proposamen espezifikoak aurkeztuz (77). Proposamenaren garrantzia erabakigarria da, ezin bestekotzat jotzen baita ekonomiaren hazkunderako, enplegua sortzeko eta Batasuneko energia segurtasuna hobetzeko, eta hura da bitarteko nagusia estatu kideek 2020an energia berriztagarrien % 20ko ekoizpena handitzeko helburua beteko dutela segurtatzeko eta BEGak murrizteko (78).

Batzordeak proposatutako Zuzentarauaren testuak EBrako helburu lotesle bat zehazten du iturri berriztagarrietatik datorren energiaren kuotari buruz 2030eko guztizko energia gordinaren kontsumoan (1. art.). Zehazten du horrelako energia iturritzat hartuko direla berriztagarri ez fosilak, alegia, haize energia, eguzki energia (eguzki energia termikoa eta eguzki energia fotovoltaikoa) eta energia geotermikoa, giro beroa, marea energia, uhin energia eta beste itsas energia batzuk, hidraulikoa, biomasa, zabortegiko gasak, araztegiko gasak eta biogasa (2. art.). Eta 2030erako energia eta klima esparruan ezarritakoari lotuz, EBrako helburu orokor lotesle gisa zehazten denez, estatu kideek elkarrekin zainduko dute EBko guztizko energia kontsumo gordinen iturri berriztagarrietatik ateratako energia kuota % 27koa gutxienez izatea (3. art.).

(74) FUNDACIÓN ENERGÍAS RENOVABLES (editore), *Directiva Europea sobre Energías Renovables. Desafíos y oportunidades*, FER, Madril, 2017, 5 orr.

(75) EUROPAR BATZORDEA, 2017ko otsailaren 1eko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2017) 57 final.

(76) EUROPAR BATZORDEA, *Third Report...*, *op. cit.*, 3 orr.

(77) EUROPAR BATZORDEA, 2017ko otsailaren 23ko dokumentua, *Propuesta de Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (refundición)*, COM (2016) 767 final.

(78) RUIZ CAMPILLO, Xira, «Transformación de la UE en su lucha contra el cambio climático», *Economía Exterior*, 81 zenbakia, 2017, 87 orr.

Kuota hori % 27an mantentzea izan zen Europako Parlamentutik adierazitako kritika handienetako bat (79), estatu kideetako bakoitzari bete-behar zehatzik ez jartzearekin batera. Horrek luzatu egin du legegintzako prozedura arruntaren bidez testua izapidetzea, areago Europako Parlamentuak onartutako zuzenketa ondoren, exijentzia hori % 35eraino igotzen baitzuen, eta estatu bakoitzerako helburuak ezartzeko beharra ezartzen (80). Bukatzeko, 2018ko ekainean, Europako Parlamentua, Batzordea eta estatu kideetako gobernuak akordio batera heldu ziren, Kontseiluak berretsitakoa, Zuzentarauaren helburu nagusizat 2030erako iturri berriztagarrietatik ateratako energiaren % 32ko kuota lortzea ezarri (81).

Aldi berean, Erreglamenduren inguruan akordio bat lortzen zen Energia Batasunaren gobernantzari buruz; bertan, klima eta energia gaietako estatuaren planak aurreikusten dira energiaren alderdi bakoitzerako. Era horretan, estatu kideak behartuta leudeke 2019ko abenduaren 31rako eta, data horretatik, hamar urtean behin, estrategia bat diseinatzera, energia eta klimari buruzko estatu bakoitzerako helburuak, ekarpenak, politikak eta neurriak bilduko lituzkeena. Gainera, egutegi bat ezarri zen 2030erako energia berriztagarriak % 32 izatea lortzeko; bide horretan, EBk helburuaren % 18a lortua behar du 2022rako, % 43a 2025erako, eta % 65a 2027rako (82).

Gainera, energia efizientziaren arloan eta Europako Parlamentuaren ekimenez, handitu egingo da 2030erako energia efizientzian hobetu beharreko ehunekoa. Kasu honetan, energia efizientziaren Zuzentaraua izapidetzean, Europako Parlamentuak energia efizientzia 2030erako % 34ra igotzea proposatu zuen eta, horren aurrean, Kontseiluak onartu zuen aintzat joko zuela % 30etik gorako kuota bat (83). Erakundeen arteko negoziazio gehiagoren ondoren, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak gutxienezko % 32,5eko ehunekoa adostu zuten (84).

(79) 48. oin-oharrean aipatu dugun bezala, 2030erako energia eta klima esparruaren aurrean, Europako Parlamentuak gutxienez % 30eko kuota erreklamatu zuen, eta hori bera errepikatu zuen energia berriztagarrien egoerari buruzko Batzordearen txostena ikusita. Europako Parlamentua, Energia berriztagarrien egoeraren txostenari buruzko erabakia, 2016ko ekainaren 23koa (2016/2041 (INI)). *Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* C 91, 2018/3/9, 21 orr.

(80) Europako Parlamentuak 2018ko urtarrilaren 17an onartutako zuzenketa, iturri berriztagarrietatik ateratako energiaren erabilera sustatzeko Zuzentarau proposamenari buruz (bertsio bategina). (COM (2016) 0767 – C8-0500/2016 – 2016/0382 (COD)), 324 zuzenketa.

(81) EUROPAR BATASUNeko KONTSEILUA, 2018ko ekainaren 27ko prentsa-adierazpena, *Energías renovables: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 417/18.

(82) EUROPAR BATASUNeko KONTSEILUA, 2018ko ekainaren 29ko prentsa-adierazpena, Gobernanza de la Unión de la *Energía: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 424/18.

(83) EUROPAR BATASUNeko KONTSEILUA, 9287/18 dokumentua, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending 2012/27/EU on energy efficiency*. Brusela, 2018/6/4.

(84) Europar Parlamentua, Provisional Agreement Resulting from Interinstitutional Negotiations – Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending 2012/27/EU on energy efficiency (COM(2016)0761 – C8-0498/2016 – 2016/0376(COD)), 2018/7/17.

2018ko abenduan, legegintzako prozedura arrunta amaitu zen, hiru lege egintza onartuz: (UE)2018/1998 Erregelamendua, Energia Batasunaren eta Klimaren aldeko Ekintzaren gobernantzari buruzkoa; (UE)2018-/2001 Zuzentaraua, iturri berriztagarrietatik ateratako energia sustatzekoa; eta (UE)2018/2002 Zuzentaraua, energia efizientziari buruzkoa (85). Hiru egintzek eutsi egiten diote Batzordeak proposatutako araudiari, Europako Parlamentuaren proposamenen bidetik Kontseiluak amaieran erabakitako aldaketak gehituz.

Era horretan, 2018/1998 Erregelamenduak gobernantza mekanismo bat ezartzen du Energia Batasuneko helburuak betetzeko estrategiak eta neurriak, baita Pariseko Hitzarmenetik eta 2030erako energia eta klima esparrutik sortutako BEG isurien gaietan EBk hartutako konpromisoak ere, aplikatzeko. Arauak energia eta klimaren estatuetako planek izan behar dituzten ezaugarriak zehazten ditu. Estatu kideek hamar urtean behin onartuko dituzte plan horiek, eta lehenengo aldiak 2021etik 2030ra iraungo du. Ikusten denez, Estatu kideek euren konbinaketa eta lehenetsun energetikoak aukeratzeko malgutasuna behar badute ere, EBko arauketak zehazten du malgutasun horrek bateragarri izan behar duela merkatuaren integrazio handiagoarekin, kompetentzia haundiagorekin, klima eta energia helburuen lorpenarekin eta ekonomia jasangarrirako etengabeko trantsizioarekin (86).

Bestetik, 2018/2002 Zuzentzarauak ordu arte indarrean zegoena (2012/27/UE Zuzentzaraua) aldatu eta berrikusten du. Jadanik, lehenengo arau horrek adierazten zuen energia efizientzia tresna baliotsuena dela arlo honetan garrantzitsuenak diren erronkei aurre egiteko, hau da, energi menpekotasuna, energi baliabideen eskasia eta aldaketa klimatikoa (87). Zuzentzarau berriak horniduraren efizientzia eta kontsumoa tratatzen duten energiaren merkatuko oztopoak kentzeko arauak ezartzen ditu, 2020rako energia efizientzia % 20 igotzeko, eta 2030erako % 32,5 gutxienez, eta energia efizientziarako hobekuntzak aurreikusten ditu urte horien ondoren. 2030 arte, estatu kideek urteko batez besteko energia kontsumoa % 4,4 murrizteko neurriak aplikatu behar dituzte. Energiaren erabilera efizienteak etxeetako eta enpresetako kontsumoa gutxitzeko modua emango du eta, beraz, partikularren energia fakturak merkeagoak izatea, baita EBk hirugarren herrialdeekiko energia mendekotasun txikiagoa izatea ere.

(85) 2018ko abenduaren 11n Europar Parlamentuak eta Kontseiluak hiru arauak onartu zituzten (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 328, 2018/12/28).

(86) GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 55 orr.

(87) GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 57 orr.

2018/2001 Zuzentarauak komentario berezi bat merezi du. *Energia berriagarriari buruzko* Zuzentaria ere deitzen zaio, gai horretako laugarrena baita, eta hainbat aldiz aldatutako 2009/28 Zuzentariaren ordeztatzailea. Hain zuzen, hainbeste aldaketaren ondoren segurtasun juridikoa babestearren, zuzentaria hori egitearen aldeko hautua egin da, berritasun guztiak bateratu eta artikulatzen dituen. Gaurdaino ondutako energia berriagarriari buruzko Zuzentaria luze eta asmo handikoena da (88). Aldaketa handiena 2030eko EBren guztizko energia gordinaren kontsumoan iturri berriagarrietatik ateratako energia kuota igoera izan da, % 20tik % 32ra pasa baita. Gainera, 2023an gorantz berriki daitezkeen helburua da, baldin eta energia berriagarria ekoizteko kostuak gutxitzen badira eta EBk deskarbonizaziorako nazioarteko hitzarmenak lotzen baditu, baita EBk energia nabarmen gutxiago kontsumitzen badu ere. Bestetik, estatu kideek helburu horretarako heltzeko ekarpen bat finkatu behar dute, energia eta klimarako estatu bakoitzaren plan integratuetan kokatuta (2018/1998 Erreklamenduan ezarritako gobernantza prozesuaren arabera), nahiz eta aurreko Zuzentariaren bidez lortutako emaitzak segurtatzeko, ezarri ere egiten den estatuak 2020rako zehazten dituzten helburuak izango direla estatuak 2030erako beren ekarpen gisa gutxienez ezar dezaketena.

Zuzentariak biltzen dituen beste berritasun batzuk ere aipatzekoak dira. Lehendabizi, elektrizitate berriagarriarako laguntza mekanismo berriak, merkatu elektrikoan distorsiorik ez sortzeko baldintzapean. Bigarrenik, jatorriari buruzko bermeak, azken bezeroei energia hornitzaileek eskaintzen duten energia iturri berriagarriaren ehunekoia ziurtatzeko. Bukatzeko, tasa neurrigabeei aurre egin beharrik gabe nork bere energia berriagarria kontsumitzea babesten duen oinarritzko araudi bat (89).

Adierazitako hiru arauetaz gain, (UE)2018/844 Zuzentaria, eraikinen energia efizientziari buruzkoa, lehenago onartutakoa, sartzen da *Energia eta klimari buruzko lege sortan* ere (90). Gogoan izanik eraikinek energiaren % 40 kontsumitzen dutela eta EBren CO<sub>2</sub> isuriaren % 36 osatzen dutela, Zuzentariak eraikuntzaren arloaren gainean eragin nahi du, energia efizientzia handitzeko. Helburu zehatzen artean, eraikin adimentsuen sorrera nabarmendu behar da, energia pobrezia gutxitzen eta, zehazki, EBn 2050erako isuri gutxi edo batera isuririk ez duten higiezin multzoa

---

(88) GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Directiva (UE)2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 87 zenbakia, 2019, 141 orr.

(89) Berritasun horiei buruz ikus PRESICCE, Laura, «El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad», *Herri Ardularitzazko Euskal Aldizkaria*, 113 zenbakia, 2019, 206-210 orr. (4. kapitulua: «La Unión Europea y la transición energética justa»)

(90) 2018ko maiatzaren 30ko Zuzentaria, 2010/31/UE eta 2012/27/UE Zuzentariak aldatzen dituen (Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala L 156, 2018/7/19).

sortzen laguntzeko, eraikinen deskarbonizaziorako estatuen bide orriak aplikatzearen bitartez.

Bukatzeko, testu honen idazketa bukatzen den bitartean *Energia eta klimaren lege sortan* sartzen diren beste lau arau onartu dira: (UE)2019/943 Erreklamendua, elektrizitate barne merkatuari buruzkoa; (UE)2019/944 Zuzentaraua, elektrizitate barne merkatuarentzako arau komunei buruzkoa; (UE)2019/941 Erreklamendua, elektrizitate arloko arriskueterako prestatzekoa; eta (UE)2019/942 Erreklamendua, EBko Energia Arautzaileen Lankidetzaren Agentzia sortzen dueneko (91). Neurri horien bidez, Europako elektrizitate merkatuak aurre egin ahal izango die energia garbira trantsizioa egitean agertutako erronkei.

2019/943 Erreklamenduak EBko elektrizitatearen barne merkatuaren funtzionamendu egokirako funtsezko oinarriak ezartzen ditu eta 2019-/944 Zuzentzarauak horiek garatzen ditu, arau komun bitartez eta espezifikagoak diren beste bi Erreklamenduen laguntzaz. Era horretan, lau arauk ondorengoak bultzatuko dituzte: EBko energia merkatu osotik elektrizitatea aske zirkulatzea, energia berriztagarriak elektrizitate sarean sartzeko malgutasun handiagoa, EBren energia sistema deskarbonizatzea, zentral elektrikoentzako isuri muga berri bat, eta energia krisietan eta hornidura etenetan babes handiagoa. Arau berriek kontsumitzaileen babesa sendotzen dute, hornitzaileengandik kontratu eta fakturretan jasotzen duten informazioa hobetzeko edo hornitzaile aldaketa errazteko neurriak ezarriz.

Batzordeak, 2030 arteko aldirako neurri sortetako legegintzako egintzak ezarritakoan eta 2018rako aurreikusitako isuri globalen datu kezagarriak kontuan hartuz (92), baita tenperatura 1,5 °C ez igotzera heltzeko IPCCren gomendioak ere (93), bere proposamena egin zuen energia garbira trantsizioa egiteko eta BEG isuriak Europan 2050. urterako desagertu daitezela (94). Ikuspen horren bidez, Europar Batasuna aurreikusitako klima eta energiari buruzko helburuak baino urrutiago joan ahal izango da, 2050erako erre-

(91) 2019ko ekainaren 5ean Europar Parlamentuak eta Kontseiluak lau arauak onartu zituzten (*Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala* L 158, 2019/06/14).

(92) 2014 eta 2016 artean, munduko BEG isuriak geldotu egin ziren, munduko BPGa hazten zen arren; ordea, 2017an, % 1,6 hazi ziren berriz, eta 2018rako aurreikuspena % 2,7 igoera da. BRUHWILER, L., MICHALAK, A. M., BIRDSEY, R., FISHER, J. B., HOUGHTON, R. A., HUNTZINGER, D. N., eta MILLER, J. B., «Overview of the global carbon cycle», *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*, CAVALLARO, N., SHRESTHA, G., BIRDSEY, R., MAYES, M. A., NAJJAR, R. G., REED, S. C., ROMERO-LANKAO, P. eta ZHU, Z. (editore), U.S. Global Change Research Program, Washington, 2018, 43 orr.

(93) IPCC-Aldaketa Klimatikoari buruzko Gobernu arteko Aditu-taldea, *Global Warming of 1.5 °C*, PNUMA, 2018 (<https://www.ipcc.ch/>).

(94) EUROPAR BATZORDEA, 2018ko azaroaren 28ko komunikazioa, *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía, próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, COM (2018) 773 final.

gai fosilak alboratzeko modua ematen duten politikak garatuz. Batzordeak egiaztatu du 2030erako lege sortak 2030. urterako BEG isuriak % 45 murrizteko balioko duela (helburu gisa aurreikusitako % 40a baino gehiago), eta 2050erako % 60. Dena den, Batzordeak ondorioztatu zuen EBk neurriak har ditzakeela isuriak (1990en aldean) % 80tik 100era murrizteko; bezaz, 2050erako, zero isuriko egoerara hel gaitzke, eta, era horretan, klimari begira neutroa den ekonomia batera heldu.

#### IV. Ondorioak

Ingurumen eta energiari buruzko Europako oinarrizko araudia antolamendu juridiko komun bat izatearen bertuteen eredu bat da, era horretan estatuko mugez gaindiko arazoei aurre egin ahal izango baitzaie, adibidez, kutsadurari. Hura aplikatuz, helburu komun bat ere lor daiteke, adibidez, garapen jasangarria; are, sustatu ere egiten da, oro har, Europako eremu komun bat sendotzea.

Barne merkatuaren ezaugarriek nahitaezko egin zuten Europako Erki-degoetan oinarrizko arau batzuk ezartzea, estatu bakoitzeko ingurumenari buruzko araudiek lehia askearen kontrako egoerarik sortu ez zezaten. Hasierako tratatuetan araudirik ez zegoenez, tratatu eraldatzaileak joan dira moldatzen egungo Europako ingurumenari buruzko politika. Aurrerapen adierazgarrienen artean, ekonomiaren hazkunde eta ingurumenaren babesaren arteko uztarketa aipatu behar da, garapen jasangarria EBren oinarrizko helburu gisa finkatuz, eta helburu horren inguruko gainerako europar politikak eta ekintzak modu integratuan definitu eta gauzatzen dituelako.

Deigarria da ikustea nola Europako integrazio prozesua energia arloen batasuna bultzatetik sortu bazen ere, energiaren arloan Europak ez zuela bere politika bat garatu. Dena den, testuan zehar egiaztatu ahal izan dugunez, azken urteotan Europaren energia politika bultzatuz, sendotzen ari da ingurumena eraginkortasunez babesteko eta arlo horretako apustu handienari, klima aldaketari, aurre egiteko modua. Europaren politika hori ez zen sortu bere horretan eraketako tratatuetan, eta ez zen araupetu European gero egindako erreformatan, batez ere estatu kideek gaia estrategikotzat eta interes nazionalekotzat hartzen zutelako. Horregatik, EB 2000. urtetik aurrera bakarrik hasi da energia politika modu adierazgarrian bultzatzen, eta bultzada hori, hain zuzen, hartan zalantzarik gabe bildutako ingurumen arloko gaiengatik gertatu zen, eta bereziki, jasangarritasuna lortzeko elementu garrantzitsutzat hartzen joan delako.

Lisboako Tratatuak eta Europa 2020 Estrategiak energia politika bihurtu zuten ingurumenaren babeserako eta klima aldaketaren kontrako borrokarako tresna erabakigarria. Era horretan, EBk energia eta inguru-

men gaietako politika integratua darabil (tartean sartuz klimaren aldeko ekintza), energia berriztagarrien sustapenak eta energia efizientziaren aldeko bultzadak agerian uzten duten bezala. Are, arlo horien arteko harremana eta mendekotasuna araudiaren beharrezko sinbiosi bat ekarri du. Bide horretatik, Energia Batasunaren estrategiak, tartean duela 2030erako klima eta energia esparrua, EBk hurrengo urteetan jarraitu nahi duen bidea zehazten du, alegia, garapen jasangarria lortzea errazteko energia trantsizioa bultzatzen du. Trantsizio hori *Energia garbia lege sortaren* bidez garatzen da, energia berriztagarriak eta energia efizientzia bultzatzeko oraindik orain hartutako legegintzako egintza garrantzitsuen bidez, baita araudi prozesua amaitzeko bidean diren beste egintza batzuen bidez ere. Alde horretatik, 40/27/27 helburua 40/32/32,5 helburu bihurtzeko edukitako bilakaerak garrantzi berezia du, eta hura 2030ean lor daiteke, EBk dituen ahalmenak ikusita. Europako Kontseiluak bere egin zuen Batzordearen proposamena, alegia, 2050ean zero isurietara heltzea eta, 2030-2050 aldian, hori lortzeko aplikatzekoa den araudi neurrien sorta bat ezartzea; hartara, EB toki ezin hobean jarriko da garapen jasangarriaren helburura heltzeko.

## Bibliografia

- ALENZA GARCÍA, José Francisco eta SARASIBAR IRIARTE, Miren, *Cambio climático y energías renovables*, Thomson-Civitas, Zizur Txikia (Nafarroa), 2007.
- ARANZADI, Claudio, «Energía y Geoestrategia: Introducción», *Cuadernos de Estrategia*, 166 zenbakia, 2014, 19-44 orr.
- , «UE 2030: objetivo clima y energía», *Política Exterior*, 29-163 zenbakia, 2015, 46-53 orr.
- BEDIA BUENO, Gemma, «El Derecho de la Energía, las Políticas Europeas y la Transición Energética en la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 16 zenbakia, 2017, 38-62 orr.
- BRUHWILER, L., MICHALAK, A. M., BIRDSEY, R., FISHER, J. B., HOUGHTON, R. A., HUNTZINGER, D. N., eta MILLER, J. B., «Overview of the global carbon cycle», *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*, CAVALLARO, N., SHRESTHA, G., BIRDSEY, R., MAYES, M. A., NAJJAR, R. G., REED, S. C., ROMERO-LANKAO, P. eta ZHU, Z. (editore), U.S. Global Change Research Program, Washington, 2018, 42-70 orr.
- DE CARLOS IZQUIERDO, Javier, «La estrategia de seguridad energética de la Unión Europea y España», *Boletín I.E.E.E.*, 1 zenbakia, 2016, 5557-574 orr.
- ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo eta LÁZARO TOUZA, Lara, «Energía y clima en 2017: volatilidad contenida, implementación climática e incertidumbre política», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31 zenbakia, 2017.



EUROPAR BATASUNEN KONTSEILUA, 2018ko ekainaren 27ko prensa-adierazpena, *Energías renovables: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 417/18.

—, 2018ko ekainaren 29ko prensa-adierazpena, Gobernanza de la Unión de la *Energía: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 424/18.

—, 9287/18 dokumentua, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending 2012/27/EU on energy efficiency*. Bruselas, 2018.

EUROPAR BATZORDEA, 1968ko abenduaren 18ko komunikazioa, *First guidelines for a Community energy policy*, COM (68) 1040.

—, 1974ko ekainaren 26ko komunikazioa, *Towards a new energy policy strategy for the European Community*, COM (74) 550 final/2.

—, 1981eko urriaren 2ko komunikazioa, *The development of an energy strategy for the Community*, COM (81) 540.

—, 1988ko maiatzaren 3ko komunikazioa, *The main findings of the Commission's Review of Member State's energy policies*, COM (88) 174 final.

—, 1990eko otsailaren 8ko komunikazioa, *Energy and the environment*, COM (89) 369 final.

—, *For a European Union Energy Policy – Green Paper*, COM (94) 659 final/2, 1994.

—, *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy – Green Paper*, COM (96) 576 final, 1996.

—, 1997ko maiatzaren 14ko komunikazioa, *The Energy Dimension of Climate Change*, COM (97) 196 final.

—, *Libro Verde: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*, COM (2006) 105 final, 2006.

—, *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE*, OPOCE, Bruselas-Luxemburgo, 2006.

—, 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, «*Una política energética para Europa*», COM (2007) 1 final.

—, 2007ko urtarrilaren 10eko komunikazioa, *Limitar el calentamiento mundial a 2 °C – Medidas necesarias hasta 2020 y después*, COM (2007) 2 final.

—, 2010eko martxoak 3ko komunikazioa, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final.

—, 2010eko azaroaren 10eko komunikazioa, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final.

—, 2011ko abenduaren 15eko komunikazioa, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*, COM (2011) 885 final.

—, 2012ko urriaren 3ko komunikazioa, *Acta del Mercado Único II – Juntos por un nuevo crecimiento*, COM (2012) 573 final.

—, 2014ko urtarrilaren 24ko komunikazioa, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*, COM (2014) 15 final.

—, *Comprender las políticas de la Unión Europea: Energía*, Europar Batasuneko Argitalpen Ofizialen Bulegoa, Luxemburgo, 2014.

- , 2014ko maiatzaren 28ko komunikazioa, *Estrategia Europea de la Seguridad Energética*, COM (2014) 330 final.
  - , 2014ko uztailaren 23ko komunikazioa, *La eficiencia energética y su contribución a la seguridad de la energía y al marco 2030 para las políticas en materia de clima y energía*, COM (2014) 520 final.
  - , 2015eko otsailaren 25eko komunikazioa, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM(2015) 80 final.
  - , *State of the Energy Union 2015. Commission Staff Working Document on the European Energy Security Strategy*, SWD (2015) 404 final, 2015.
  - , 2015eko azaroaren 18ko komunikazioa, *Estado de la Unión de la Energía 2015*, COM (2015) 572 final.
  - , 2016ko azaroaren 30eko komunikazioa, *Energía limpia para todos los europeos*, COM (2016) 860 final.
  - , 2017ko otsailaren 1eko komunikazioa, *Second Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 53 final.
  - , 2017ko otsailaren 1eko dokumentua, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2017) 57 final.
  - , 2017ko otsailaren 23ko dokumentua, *Propuesta de Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (refundición)*, COM (2016) 767 final.
  - , 2017ko azaroaren 23ko komunikazioa, *Third Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 688 final.
  - , 2018ko azaroaren 28ko komunikazioa, *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía, próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, COM (2018) 773 final.
- FABRA PORTELA, Natalia, «La Unión Energética: instrumento para la transición energética en Europa», *Información Comercial Española ICE*, 902 zenbakia, 2018, 65-80 orr.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «Unión Europea: inicio del debate sobre la transición energética», LÓPEZ RAMÓN, Fernando (koordinatzailea), *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, CIEMAT, Madril, 2017, 45-82 orr.
- FUNDACIÓN ENERGÍAS RENOVABLES (editore), *Directiva Europea sobre Energías Renovables. Desafíos y oportunidades*, FER, Madril, 2017.
- GARCÍA GARCÍA, Sara, «Legislación al día. Directiva (UE)2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 87 zenbakia, 2019, 141-144 orr.
- , «Legislación al día. Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 54-56 orr.
  - , «Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se modifica la Directiva

- 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88 zenbakia, 2019, 57-58 orr.
- GUSEV, Alexander S., «Climate Change Issues in a Transatlantic Context», *L'Europe en formation*, 360 zenbakia, 2011, 79-91 orr.
- GUTIÉRREZ ROA, Tomás, «La Unión de la Energía y su impacto en las relaciones exteriores comunitarias», *Boletín I.E.E.E.*, 10 zenbakia, 2018, 916-929 orr.
- HERRERO DE CASTRO, Rubén David, «La seguridad energética y la estrategia global de seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI*, 42 zenbakia, 2016, 83-98 orr.
- IPCC-Aldaketa Klimatikoari buruzko Gobernu arteko Aditu-taldea, *Global Warming of 1.5 °C*, PNUMA, 2018
- KULOVESI, Kati, MORGERA, Elisa eta MUÑOZ, Miquel, «Environmental integration and multi-faceted International dimensions of EU law: unpacking the EU's 2009 climate and energy package», *Common Market Law Review*, 48-3 zenbakia, 2011, 829-891 orr.
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier, «La política energética sostenible de la Unión Europea (1)», *Noticias de la Unión Europea*, 322 zenbakia, 2011, 81-92 orr.
- LÓPEZ-NICOLÁS BAZA, Antonio, «El liderazgo de la Unión Europea en Energías Renovables: el paquete de Energía Limpia de la Comisión Europea», *Cuadernos de Energía*, 55 zenbakia, 2018, 22-27 orr.
- MODAFFERI, Caterina, «La política medioambiental europea. Estudio sobre el desarrollo de la protección ambiental y papel decisivo de la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 15 zenbakia, 2016, 49-68 orr.
- MORÁN BLANCO, Sagrario, *Seguridad Energética y Medio Ambiente. Dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Zizur (Nafarroa), 2015.
- MORENO REGAÑA, Ana, «Hegemonía y capital transnacional en la Unión Europea. El marco para el clima y la energía», *Relaciones Internacionales*, 31 zenbakia, 2016, 95-110 orr.
- MOUSSIS, Nicolas, *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*, European Study Service, Rixensart (Belgika), 2009.
- OETTINGER, Günther, «El futuro de la energía en la Unión Europea», *Cuadernos de Energía*, 41 zenbakia, 2013, 15-19 orr.
- OLABE, Antxon, GONZÁLEZ-EGUINO, Mikel eta RIBERA, Teresa, «Hacia un nuevo orden mundial de la energía», *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano*, 12 zenbakia, 2017.
- PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47 zenbakia, 2014, 13-47 orr.
- PRESICCE, Laura, «El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad», *Herri Arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*, 113 zenbakia, 2019, 181-221 orr.

- RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa, SPENCER, Thomas, SARTOR, Oliver eta MATHIEU, Mathilde, «La Unión Europea y la revolución americana de los no convencionales», *Economía Exterior*, 68 zenbakia, 2014, 27-38 orr.
- RISTORI, Dominique, «60 ans de politique énergétique», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1 zenbakia, 2019, 17-38 orr.
- RUIZ CAMPILLO, Xira, «Transformación de la UE en su lucha contra el cambio climático», *Economía Exterior*, 81 zenbakia, 2017, 83-88 orr.
- RUIZ GONZÁLEZ, Francisco José, «El reto de la seguridad energética para la Unión Europea», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 6 zenbakia, 2015, 106-120 orr.
- SODUPE, Kepa eta BENITO, Eduardo, «Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del tratado sobre la Carta de la Energía», *Anuario español de derecho internacional*, 16 zenbakia, 2000, 421-448 orr.
- TORRE-SCHAUB, Marthe, «L'apport du principe de développement durable au droit communautaire: gouvernance et citoyenneté écologique», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 555 zenbakia, 2012, 84-92 orr.
- VALDÉS, Javier, «Evolución y consistencia en la política de seguridad energética de la UE: los Proyectos de Interés Común», *Papeles de Europa*, 29-2 zenbakia, 2016, 69-93 orr.

# El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente

The «*non bis in idem*» principle in environmental protection

Alberto Picón Arranz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.11>

**LABURPENA:** Legezketasunaren printzipioan txertatutako funtsezko eskubidea da «*non bis in idem*» printzipioa. Ingurumena babesteko orduan, berebiziko garrantzia dauka, gai honetan, praktika orokorrean, zehapen bikoitza sor baitateke: zigor-arlokoa eta administraziokoa. Printzipio honen alderdi material eta prozesal bikoitz horren ondorioz, eta administrazioarekiko auzien aurrean zigor-jurisdikzioak duen gailentasuna dela eta, mugatu egiten da «*non bis in idem*» kontzeptuaren bermearen benetako edukia.

**HITZ GAKOAK:** «*Non bis in idem*». Ingurumena. Administrazio-zuzenbidea. Zigor-zuzenbidea.

**ABSTRACT:** The «*non bis in idem*» principle is configured as a fundamental right integrated into the principle of legality. Its importance takes on a fundamental role in the environmental protection, since it is a field in which, commonly in practice, there can be both criminal and administrative sanctions. The double material and procedural aspect of this principle, as well as the prevalence of criminal jurisdiction over contentious-administrative jurisdiction, contribute to delimit the true content of the guarantee of «*non bis in idem*».

**KEYWORDS:** «*Non bis in idem*». Environment. Administrative law. Criminal law.

**RESUMEN:** El principio «*non bis in idem*» se configura como un derecho fundamental integrado en el principio de legalidad. Su importancia cobra un papel fundamental en la protección del medio ambiente ya que se trata de una materia en la que, comúnmente en la práctica, se puede producir la doble sanción penal y administrativa. La doble vertiente material y procesal de este principio, junto con la prevalencia de la jurisdicción penal frente a la contencioso-administrativa, contribuyen a delimitar el verdadero contenido de la garantía del «*non bis in idem*».

**PALABRAS CLAVE:** «*Non bis in idem*». Medio ambiente. Derecho administrativo. Derecho penal.

Trabajo recibido el 8 de febrero de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 31 de mayo de 2019



# El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente

The «*non bis in idem*» principle in environmental protection

Alberto Picón Arranz

**Sumario:** I. El derecho fundamental al «*non bis in idem*» en la cambiante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.—II. La reciente jurisprudencia del TJUE sobre los límites del principio «*non bis in idem*».—III. La aplicación del principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

## I. El derecho fundamental al «*non bis in idem*» en la cambiante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

El principio «*non bis in idem*» puede ser definido como la prohibición de duplicar sanciones por un mismo hecho cuando las normas sancionadoras tengan un mismo fundamento tuitivo (igualdad de sujeto, hecho y fundamento). Desde la vertiente del derecho administrativo(1), impide que la Administración sancione un hecho constitutivo de delito o que ya haya sido sancionado en vía administrativa(2) —vertiente material— o simplemente que inicie o continúe un procedimiento sancionador cuando esos hechos puedan constituir delito o estén siendo enjuiciados en vía penal —vertiente procesal—(3). Debemos incidir en este punto en que

---

(1) En la legislación administrativa el principio «*non bis in idem*» está plasmado en el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP): «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

(2) Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 210 y 217.

(3) Con la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015 se derogó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y con él su artículo 7 que obligaba «en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación» y «recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial». Por lo tanto,

la vertiente procesal es un mecanismo que tiene como finalidad evitar la vulneración material del principio, que es la que verdaderamente se traduce en un perjuicio real para el sancionado.

Tanto doctrina como jurisprudencia, han entendido que el principio «non bis in idem» es una derivación del principio de legalidad del artículo 25 CE y lo han categorizado como derecho fundamental(4). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que «si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución»(5). Concluimos que, en definitiva, la vulneración del principio «non bis in idem» supone una lesión del artículo 25 CE y conlleva la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que la origine(6).

Desde la perspectiva del principio «non bis in idem», la vulneración del artículo 25 CE exige la existencia de una doble sanción concurriendo la triple identidad(7) de sujeto, hecho y fundamento(8) con la única ex-

la vertiente procesal del principio «non bis in idem» se ha excluido de la legislación básica administrativa, lo cual no quiere decir que no pueda exigirse, pues se deriva directamente de la eficacia directa del artículo 25 de la Constitución y la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional y de las numerosas leyes sectoriales que sí lo prevén de forma explícita.

(4) Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, «Potestad sancionadora administrativa, non bis in idem y primacía del orden penal (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)» en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59, 2000, pág. 546, GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 211. Vinculan absolutamente el principio non bis in idem con el principio de legalidad penal, descartando toda posible vinculación con el principio de proporcionalidad. Lo que protege el legislador con este principio es que la sanción prevista para una conducta deber ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas.

(5) STC 2/1981, de 30 de enero, (FJ 4).

(6) También en el ámbito internacional se interpreta de este modo: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007. Su artículo 50, a continuación del principio de legalidad, consagra el «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción: Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

Y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su artículo 4 del Protocolo n.º 7, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que lleva por título «Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces», dispone que «Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

(7) No es objeto del presente trabajo el desarrollo del contenido de la triple identidad —hecho, sujeto y fundamento— necesaria para poder apreciar «bis in idem», nos remitimos en este punto al valioso análisis realizado por CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio «non bis in idem» en la ley vasca de la potestad sancionadora*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010, págs. 49 a 92.

(8) Traemos a colación por incomprensible es el último pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ATC 6104/2017, de 20 de junio de 2018 (FJ 1 y 5), dónde se pronuncia a favor de la duplicidad



cepción de los supuestos en que concurra una relación de supremacía especial de la Administración (9) con el sancionado y el fundamento de ambas sanciones no coincida (10).

En la jurisprudencia encontramos otra excepción a la vulneración del principio «*non bis in idem*» que se traduce en la inactividad del interesado que no pone en conocimiento del juez penal o de la Administración que se está siguiendo un procedimiento paralelo concurriendo la triple identidad (11). Esta actitud pasiva del interesado, según el Tribunal Constitucional, es suficiente para determinar que no hay vulneración del artículo 25 CE. Esta situación parece contraria, en principio, a la razón de ser de los derechos fundamentales, puesto que entre sus elementos definitorios se encuentran, precisamente, la indisponibilidad individual y su íntima conexión con el orden público (12).

Por último, realizaremos un breve recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dónde veremos la doctrina cambiante en relación con el principio «*non bis in idem*»:

---

de sanciones (penal y administrativa) en un supuesto donde la identidad de sujeto, hecho y fundamento es evidente. En concreto determina que el artículo 384 del Código Penal «quien condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción» y la ley administrativa que sanciona la acción consistente en «conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente» no se refieren a conductas idénticas pues penalmente se sanciona a quien nunca haya obtenido el permiso, y administrativamente se sanciona a quien no tenga el permiso específico necesario para conducir un determinado vehículo pero esté en posesión de otro. Consideramos este pronunciamiento absolutamente fuera de lugar y una amenaza real al principio *non bis in idem*.

(9) Cfr. CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio "non bis in idem" ... op. cit.*, pág. 93, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, «El principio *non bis in idem*: la acumulación de sanciones penales y administrativas en la protección del medio ambiente» en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 748.

(10) A parte de la Sentencia anteriormente citada STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4), destacamos, entre otras, STC 94/1986, de 8 de junio (FJ 4) o STC 112/1990, de 18 de junio, (FJ 3).

Importante matización sobre el alcance de la «sujeción especial» realiza la STS 701/2009 (Sala 3.<sup>a</sup>), de 16 de diciembre de 2008, (FD 3), pues «la mera existencia de una relación de sujeción especial a la Administración (como es la de los funcionarios públicos) no basta por sí misma, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, para justificar la dualidad de sanciones, penal y administrativo», pues el Código Penal prevé un listado de delitos «propios», en los que es «conditio sine qua non» que el sujeto tenga una determinada condición —en este caso funcionario público— para que se le pueda sancionar. Por ello, en ese tipo penal se encuentra incorporado ya el fundamento de la sanción administrativa, y no se podrá sancionar la conducta penal y administrativamente sin incurrir en violación del principio «*non bis in idem*».

(11) STC 152/2001, de 2 de julio (FJ 2), «deberá ser objeto de consideración especial el dato de que en la producción de dicha duplicidad ha influido de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberlo impedido, y no lo intentó, simplemente con la alegación en el procedimiento administrativo de la simultánea pendencia del proceso penal, lo que hubiera podido determinar la suspensión del primero».

(12) En contra de nuestra opinión, cfr. BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, «Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio», en *RVAP*, núm. 96, 2013, pág. 61.

- La Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, se centró fundamentalmente en la vertiente procesal del «*non bis in idem*» y en la subordinación de la autoridad administrativa a la autoridad judicial, ambas ideas deducibles del artículo 25 CE (13). Trata de solucionar los problemas nacidos a la luz del principio «*non bis in idem*» desde un punto de vista competencial.
- Un pequeño giro a esta doctrina se produjo añadiendo el requisito cronológico al «*non bis in idem*». Así, el Tribunal Constitucional advirtió que «el principio “*non bis in idem*” sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (14). En definitiva, según esta doctrina jurisprudencial, en los supuestos de duplicidad de sanciones, tendría preferencia la primera sobre la segunda.

Consideramos que ambos pronunciamientos pueden criticarse con el mismo argumento: si bien tratan de solucionar el problema de la duplicidad de sanciones, no aportan soluciones generales aplicables a todos los supuestos pues no fundamentan la naturaleza de la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa (15).

Precisamente esta carencia de fundamento de la primacía del orden penal sobre el administrativo acabó cuestionándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 (16), donde continúa priorizándose el orden temporal de las sanciones y no su naturaleza penal o administrativa (17).

- Supuso una vuelta a los orígenes la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, ya que devolvió la primacía del orden penal sobre la potestad sancionadora administrativa puesto que en los «casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora

(13) STC 77/1983, de 3 de octubre, (FJ 3).

(14) STC 159/1985, de 27 de noviembre, (FJ 3).

(15) Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, «Potestad sancionadora administrativa», *op. cit.*, pág. 559.

(16) STC 177/1999, de 11 de octubre, (FJ 4), «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujetos, hechos y fundamento», todo esto en el ámbito medioambiental, pues hubo una previa sanción administrativa y posterior penal por el vertido de sustancias contaminantes, y el Tribunal optó por anular la segunda y mantener la primera.

(17) Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.* pág. 215.

sea la jurisdicción penal» (18). El fundamento de esta prevalencia radica en las mayores garantías del proceso penal frente al procedimiento administrativo sancionador. Esta doctrina se traduce en la práctica en que, para no incurrir en la prohibición del «*bis in idem*», se proceda a descontar la sanción administrativa de la sanción penal impuesta y evitar así la duplicidad punitiva (19). Esta parece una solución satisfactoria mientras nos encontremos ante sanciones homogéneas —ambas pecuniarias, por ejemplo—. Sin embargo, resulta más difícil de aplicar cuando no exista homogeneidad entre las sanciones en juego. Aun con esta dificultad, desde un punto de vista práctico, esta solución puede resultar muy útil (20).

A partir de esta Sentencia, en los supuestos en que la Administración sanciona a un sujeto por unos hechos que, posteriormente, son enjuiciados y sancionados en un procedimiento penal, no se vulnera, en principio, la prohibición del «*bis in idem*». En estos supuestos se han sustanciado dos procedimientos sobre los mismos hechos —primero administrativo y posteriormente penal— y, sin embargo, no se vulnera el «*non bis in idem*» si, al imponer la pena, se tiene en cuenta la sanción administrativa para que la sanción resultante no sea desproporcionada. Ambas infracciones, penal y administrativa, tendrán que obedecer al mismo fundamento y proteger el mismo bien jurídico, pues de lo contrario no se plantearía polémica alguna en relación a la vulneración del «*bis in idem*» ya que no concurriría la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Sí se vería automáticamente vulnerado el «*non bis in idem*» si después de una condena penal a un sujeto por unos hechos, éstos se sancionan posteriormente en vía administrativa. La sentencia penal condenatoria excluye la ulterior posibilidad de cualquier procedimiento administrativo sobre los mismos sujetos, hechos y fundamento.

---

(18) STC 2/2003, de 16 de enero, (FJ 9).

(19) Esta misma solución fue tomada ya por el TEDH, en la STEDH 89/1998, de 30 de julio, Oliveira vs Suiza, pág. 27, determinó que «no conlleva una falta de respeto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 —relativo al *non bis in idem*—, cuando esta disposición no se opone a que jurisdicciones distintas conozcan delitos diferentes, siendo estos, elementos de un mismo hecho penal, y menos aún, cuando como en este caso, no ha habido acumulación de penas sino absorción de la más suave por la más dura».

(20) En este sentido, MARINA JALVO, Belén, «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)», en RAP, núm. 162, 2003, pág. 188.

En conclusión, si partimos de la supremacía de la vía sancionadora penal sobre la vía sancionadora administrativa(21), como asume la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parece que lo más lógico para la salvaguarda de esta garantía fundamental sea dejar vía libre de actuación al juez penal con independencia de si existe o no sanción administrativa previa con la triple identidad. De este modo, si se produce la duplicidad de sanciones, automáticamente la sanción administrativa será nula(22) de pleno derecho por vulneración de un derecho fundamental, ex artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y, con la sentencia penal firme se podrá impugnar esa nulidad por el interesado sin mayor problema mediante los recursos administrativos ordinarios, la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales o, incluso, mediante la vía de la revisión de oficio si hubieren expirado los plazos legales para recurrir(23). De este modo, se estaría primando la vertiente material del «non bis in idem» sobre la formal o procesal puesto que ésta última alcanza su máximo fundamento al servicio de la primera.

## II. La reciente jurisprudencia del TJUE sobre los límites del principio «non bis in idem»

La normativa de la UE recoge el principio «non bis in idem» en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual «nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

La interpretación que ha venido realizando el TJUE del precepto citado ha sido siempre de carácter extensivo y especialmente garantista. Tanto es así, que podríamos concluir que de ese precepto se extraían dos derechos fundamentales y no uno.

---

(21) A parte de la jurisprudencia que hemos venido analizando más arriba, también el legislador administrativo se pronuncia en esta línea en materia de hechos probados en el artículo 77.4 LPACAP: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

(22) Se exceptuarán los casos en que la sanción administrativa tenga un fundamento distinto o unos mismos hechos se califiquen jurídicamente de distinto modo en sede penal y en sede administrativa. *Vid.* STS 10503/2012, (Sala Tercera), de 29 de octubre, (FD 5). En el caso de las infracciones disciplinarias se viene admitiendo la doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos dado que el bien jurídico protegido por el ordenamiento penal y administrativo es diferente. *Vid.*, entre otras, SAN 72423/2018, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de febrero, (FD 4).

(23) En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, págs. 220 y 221.

Desde el punto de vista material, la prohibición de un doble castigo al mismo sujeto respecto de los mismos hechos y, desde un punto de vista procesal, la prohibición, no ya de la doble sanción, sino del doble procedimiento sancionador frente al mismo sujeto (24) por idénticos hechos.

Sin embargo, esta interpretación extensiva se ve parcialmente recordada el pasado 20 de marzo de 2018, día en que el TJUE dictó tres importantes sentencias que traen causa en tres cuestiones prejudiciales de tribunales italianos al Alto Tribunal de la Unión Europea, todas ellas relativas al alcance del principio «*non bis in idem*» en el ámbito del derecho penal y del derecho administrativo sancionador (25).

El fundamento jurídico (26) de este límite al derecho fundamental de la prohibición del «*bis in idem*» está en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

---

(24) Interesante en este punto es la STJUE 102/2017, (Sala Cuarta), de 5 de abril, Caso Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Tribunal de Santa Maria Capua Vetere, Italia) contra Orsi y Baldetti, pág. 22. Respecto a la identidad de sujeto, no considera vulnerada la garantía del «*non bis in idem*» cuando se sanciona a una persona física en cuanto tal y también como a una persona jurídica en la persona de su representante legal.

Con anterioridad al pronunciamiento del TJUE, véase STS 1485/2014, (Sala 3.ª), de 12 de marzo, (FD 6), «los sujetos afectados no son los mismos, ya que se impuso a la empresa recurrente una sanción de 120.000 euros por la comisión de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de unos hechos que habían sido objeto de un procedimiento penal tramitado por el Juzgado de lo Penal número 7 de Zaragoza en el que fueron condenados el gerente, el responsable de producción, la responsable de medio ambiente, calidad y prevención y el encargado de turno. En consecuencia, en este supuesto, no concurre la identidad de litigantes que estén en la misma situación porque la condena recae en uno y otro orden jurisdiccional sobre sujetos distintos y que no se funden en una sola y común identidad».

(25) STJUE 59/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, Caso Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bergamo, Italia) contra Luca Mencì. La Administración tributaria italiana impuso una sanción por pago del IVA y, siendo firme esa sanción, se abrió un proceso penal por los mismos hechos. La sanción administrativa era de tipo económico mientras que la sanción penal a la que se enfrentaba el sujeto consistía en la prisión.

STJUE 61/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, Caso Enzo Di Puma y Otro contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) y Otro. En este caso la problemática surge frente a una sanción administrativa por llevar a cabo operaciones en el mercado financiero con información privilegiada alegando que un juez penal no declaró probadas esas supuestas operaciones.

STJUE 60/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, Caso Garlsson Real Estate SA y Otros contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Frente a la imposición de una sanción administrativa se alega que esos mismos hechos ya han sido objeto de sanción por sentencia firme, y posterior indulto, por un tribunal penal.

(26) STJUE 61/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 41.

El TJUE determina que no es incompatible con el principio «*non bis in idem*» la existencia de un proceso penal que verse sobre hechos que han sido ya sancionados por resolución firme en vía administrativa o la existencia simultánea de un procedimiento penal y otro administrativo sobre los mismos hechos siempre que se cumpla una triple condición:

- Que se persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos(27) y sanciones, y que estos procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias.
- Que entre la normativa administrativa y penal exista una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas.
- Que existan mecanismos legales capaces de garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate. En definitiva, que supere un test de proporcionalidad(28) entre la conducta infractora y la totalidad de la sanción impuesta por ella(29).

Respecto a las «finalidades complementarias» necesarias para que pueda recaer una doble sanción penal y administrativa sobre un mismo hecho, el TJUE resta importancia a que los ordenamientos internos califiquen una sanción como penal o como administrativa, sino que alude a la naturaleza concreta de cada sanción(30). Por ello, considera que las

(27) STJUE 60/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 46, «una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal puede justificarse cuando dichos procedimientos y dichas sanciones pretendan, con miras a conseguir tal objetivo, alcanzar metas complementarias que tengan por objeto, en su caso, aspectos diferentes de la misma conducta infractora de que se trate».

(28) Se critica la interpretación que realizan los Tribunales internacionales del principio «*non bis in idem*», llegando incluso a confundirlo o tratarlo de forma equivalente al principio de proporcionalidad, y por ello se establece en ocasiones como solución la compensación de sanciones. Vid. CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador», en *RAP*, núm. 207, 2018, pág. 275.

Sin tratarse de principios equivalentes, sí forma parte la proporcionalidad del más amplio derecho fundamental del «*non bis in idem*» y debe ser tenida en cuenta en la valoración que dilucide si existe vulneración o no del principio. No puede ser de otra manera, puesto que el principio de proporcionalidad debe tenerse en cuenta para determinar si existe o no vulneración de cualquier derecho fundamental, y el «*non bis in idem*» no puede ser una excepción.

(29) STJUE 59/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 63.

(30) Es doctrina consolidada en la UE que independientemente de lo que cada estado considere internamente sanción penal o administrativa, existe un triple criterio para calificar una sanción como penal: la calificación jurídica de la infracción en derecho interno, la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción. Entre otras, STJUE 128/2012, de 5 de junio, pág. 37, o STJUE 56/2013, de 26 de febrero, pág. 35.

sanciones penales tienen una finalidad de carácter represiva —intención pura y simple de castigar(31)—, mientras que la sanción cuya finalidad es reparar el perjuicio causado no tendrá nunca naturaleza penal, y por lo tanto es perfectamente compatible con ella (32).

Trasladando esta idea al ámbito medioambiental, será compatible con el principio «*non bis in idem*» una pena de prisión impuesta al autor de un delito ecológico con la medida relativa a la reparación del daño causado, independientemente de que ésta sea impuesta en vía administrativa o penal. Por el contrario, sí vulneraría el «*non bis in idem*» la doble imposición de la reparación del daño en vía penal y en vía administrativa. Siguiendo la terminología del Tribunal Constitucional Español, no existiría la triple identidad puesto que la sanción de naturaleza represiva y la sanción de naturaleza reparadora tienen diferente fundamento.

En lo que sí es tajante la reciente doctrina del TJUE es en el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos judiciales firmes. En primer lugar, una sentencia penal absolutoria firme impide, en todo caso, abrir un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos(33). Si los hechos constitutivos de la infracción administrativa se han declarado inexistentes en vía penal y con carácter firme, no podrá abrirse un ulterior procedimiento administrativo pues atentaría contra el «*non bis in idem*». Y lo mismo ocurre en sentido contrario. Es decir, no cabe abrir un procedimiento administrativo sancionador contra un sujeto y por unos hechos que ya han sido sancionados por sentencia penal firme, pues esa condena se entiende apta para reprimir la infracción de forma efectiva, proporcionada y disuasoria(34). Como venimos reiterando, nos estamos refiriendo a infracciones administrativas y penales que compartan fundamento jurídico. De lo contrario, sí sería posible, después de una sentencia penal firme —condenatoria o absolutoria— sancionar en vía administrativa con un fundamento distinto siempre y

---

(31) Cfr. BUENO ARMIJO, Antonio, «*Non bis in idem* en el Derecho Europeo: garantía sustancial y procesal» en *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción*. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018.

(32) STJUE 59/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 31. Sobre la distinción entre la naturaleza penal y la naturaleza administrativa de las sanciones, véase GARCÍA, Percy, «El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa» en *Política Criminal*, Vol. 11, núm. 21, 2016, pág. 28, quien entiende que la sanción administrativa se aplica al ser humano concebido como ser sensible que debe ser conminado a actuar correctamente, la sanción penal lo concibe como un ser inteligible, cuyo comportamiento debe ser merecedor de una presunción de validez. Es por esto, concluye el autor, que en ocasiones en derecho administrativo sancionador no se exige la concurrencia de culpabilidad en el sujeto infractor.

(33) STJUE 61/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 44.

(34) STJUE 60/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 63.

cuando los hechos controvertidos hayan sido probados en la sentencia penal (35).

Es por esto que, del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se desprende que la protección que confiere el principio «*non bis in idem*» debe beneficiar a las personas que ya hayan sido absueltas o condenadas mediante sentencia penal firme. Y el TJUE añade, además, que esta protección del «*non bis in idem*» se extenderá incluso a las sanciones penales firmes que se hayan extinguido posteriormente por causa de un indulto (36).

En conclusión, de esta reciente doctrina del TJUE deducimos lo siguiente:

- Por un lado, la primacía que venimos defendiendo de la vertiente material del principio «*non bis in idem*» frente a la vertiente procesal o formal. Lo que se trata de evitar en todo caso es la doble sanción injustificada de un único comportamiento ilícito. No vulnera automáticamente esta garantía fundamental la existencia de dos procedimientos sobre los mismo hechos y sujetos mientras ambos sean complementarios, coordinados y de los mismos resulte una respuesta jurídica proporcionada ante una conducta ilícita.
- Por otro lado, por motivos de seguridad jurídica el TJUE es tajante en el respeto a la fuerza de cosa juzgada de una sentencia penal firme, independientemente de que ésta sea condenatoria o absolutoria. Si el pronunciamiento judicial penal ha adquirido firmeza no cabrá la posibilidad de abrir un ulterior procedimiento, ni penal ni administrativo, frente a los sujetos y por los hechos ya enjuiciados. De este modo se reconoce, al igual que el Tribunal Constitucional español, la primacía del orden jurisdiccional penal frente al administrativo sancionador.

En definitiva, la vertiente procesal del «*non bis in idem*» no impide la tramitación simultánea de procedimientos sancionadores diferentes frente al mismo sujeto y sobre la base de los mismos hechos. Ahora bien, si el procedimiento judicial ha terminado con una resolución firme, nos estamos refiriendo al procedimiento judicial penal, la garantía procesal del «*non bis in idem*» desplegará toda su eficacia obligando al abandono del nuevo procedimiento (37) o determinando su nulidad radical.

---

(35) Debemos matizar que, estando implicadas competencias de carácter penal en el principio «*non bis in idem*», dependerá de cada Estado miembro su aplicación, así como la determinación sobre si la sanción final es o no proporcionada, puesto que la Unión Europea no puede asumir competencias armonizadoras de carácter penal.

(36) STJUE 60/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 62.

(37) Cfr. BUENO ARMIJO, Antonio, «*Non bis in idem* en el Derecho Europeo: garantía sustancial y procesal» *op. cit.*



### III. La aplicación del principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente

Dado que la técnica utilizada por el legislador penal español para la configuración del delito ecológico recogido en el artículo 325 del Código Penal es la de la denominada «norma penal en blanco» —la acción punible requiere que se contravengan las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente—, es muy frecuente que la misma acción sea encuadrable tanto en el tipo penal como en alguna de las múltiples infracciones previstas en la legislación administrativa medioambiental (38). Sin entrar ahora a analizar, pues no es objeto del presente trabajo, dónde está el límite entre el delito y la infracción administrativa (39), sí trataremos de analizar qué respuesta se está dando en los Tribunales, bajo el prisma del principio «*non bis in idem*» (40), a esas acciones que pueden ser encuadrables tanto en el delito ecológico como en las infracciones administrativas de carácter medioambiental (41).

---

(38) El delito ecológico del artículo 325 CP sanciona con el delito ecológico al que «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas». Asimismo, existen infracciones administrativas que, *a priori*, podrían también encajar en el tipo penal, por ejemplo, el artículo 116.3.f) de la Ley 1/2001, de 20 de julio, de Aguas que considera infracción administrativa «los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente», o el artículo 46.2.c) de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, que considera como infracción muy grave «el abandono, vertido o eliminación incontrolados de residuos peligrosos».

(39) Sin entrar en más análisis, recurrimos a la STS 379/2013, (Sala 2.ª), de 11 de febrero, (FD 13), establece que «el fundamento de la apreciación de la gravedad del resultado de peligro que es lo que distingue el tipo delictivo objeto de condena, de la mera infracción administrativa». En el mismo sentido, STS 81/2008, (Sala 2.ª), de 13 de febrero, (FD 19).

(40) Además de recogerse el principio «*non bis in idem*» en el artículo 31 LRJSP, la legislación sectorial ambiental también hace referencia expresa a este principio. Sirvan como ejemplo, el artículo 72.2 de la Ley 43/2003, de Montes, el artículo 33.1 de la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, o el artículo 52.1 de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados.

(41) Ciertamente es que genera gran inseguridad jurídica el hecho de que conductas tipificadas como delito por el legislador se solapan con conductas que constituyen infracciones muy graves en la legislación administrativa protectora del medio ambiente. En efecto, parece que el criterio de la gravedad va a ser lo que incline la balanza a favor del delito —mayor gravedad— o de la infracción administrativa —menor gravedad—. Una posible solución para evitar esta inseguridad jurídica pasaría porque el legislador excluyera de la infracción administrativa el elemento valorativo previsto para ilícito penal, esto es, la gravedad del daño o del peligro para el medio ambiente o la salud de las personas. *Vid.* LOZANO LIANO, Joaquín, «La (casi) imposible distinción entre algunas infracciones administrativas en materia de medio ambiente y el delito ecológico» en *Criminología y Justicia Refurbished*: Volumen 2, Número 2, 2017, pág. 34.

A la luz de la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la operatividad del principio «*non bis in idem*» desarrollada anteriormente, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- De la preferencia del orden penal sobre el administrativo se deduce que, ante unos hechos enjuiciados penalmente, si la sentencia es condenatoria no cabe, en ningún caso, una ulterior sanción administrativa en la que concurra la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, pues es radicalmente contrario al «*non bis in idem*».
- Sin embargo, si la sentencia es absolutoria, sí cabrá posteriormente un procedimiento administrativo sancionador con el único límite de que los hechos declarados probados en sede penal vinculan de forma directa a la Administración (42). Como es lógico, no puede admitirse ni tan siquiera la posibilidad de que unos hechos existan y no existan al mismo tiempo (43).
- Igualmente se deduce de la primacía de la vía penal sobre la vía administrativa sancionadora que los hechos que han dado lugar a un pronunciamiento penal condenatorio no podrán ser revisados en vía administrativa. Sin embargo, los hechos que han sido sancionados en vía administrativa sí podrán revisarse en vía penal si se considera que son constitutivos de delito. Si finalmente se sancionan doblemente los hechos, la solución que se propone para no incurrir en la prohibición del «*bis in idem*» será la de que la pena se reduzca, descuenta o incluya de algún modo la sanción administrativa previamente impuesta, de este modo no se sancionarán doblemente los hechos, sino una única vez (44).

---

En relación con los criterios de distinción entre delito e infracción administrativa, CUBERO MARCOS, José Ignacio, «El principio "*non bis in idem*" ... *op. cit.*, págs. 116 y 117, entiende que sería muy útil que el legislador precisara los criterios o aspectos que distinguen un delito de una infracción administrativa y determinara con claridad el bien jurídico que protege la infracción penal y la infracción administrativa, lo cual sería muy útil a la hora de interpretar si ambas infracciones tienen el mismo fundamento no. Por último, considera oportuno establecer mecanismos de coordinación entre la Administración y los tribunales para evitar contradicciones o procedimientos paralelos.

(42) Cfr. CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las aporías del principio *non bis in idem* ... *op. cit.*, pág. 280. «La sentencia absolutoria no conlleva implícita la exención de responsabilidad sancionadora administrativa».

(43) En relación con la existencia de vertidos en el cauce de un arroyo, conducta que no fue sancionada en vía penal como delito ecológico, sin embargo, en vía administrativa y asumiendo los hechos probados de la sentencia absolutoria, se entendía que los hechos eran constitutivos de infracción administrativa. Véase STS 2257/2011 (Sala 3.ª), de 22 de febrero. (AH 2 y 3).

Esta misma idea de la vinculación de los hechos probados en sede penal se recoge en la legislación ambiental, en concreto, en el artículo 82 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

(44) En términos generales, la STS 968/2017, (Sala 2.ª), de 25 de mayo, (FD 2) entiende que no es contrario al «*non bis in idem*» que la jurisdicción penal enjuicie unos hechos ya sancionados en vía administrativa, siempre que tenga en cuenta el reproche realizado por la Administración en la deter-

El principio «*non bis in idem*» no prohíbe el doble reproche, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos, con el mismo sujeto y con el mismo fundamento(45). De este modo, cabe la imposición de más de un castigo si no se sancionan exactamente los mismos hechos o si las sanciones tienen distinto fundamento porque la norma protege bienes jurídicos distintos, como sucede en los concursos de infracciones. En definitiva, para considerar vulnerado el «*non bis in idem*» no basta la mera declaración de imposición de la sanción, si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora(46).

Además, podría conseguirse en vía administrativa y por razones de legalidad, *a priori*, de un modo relativamente sencillo, la nulidad de pleno derecho de la sanción administrativa. O bien mediante la interposición de los recursos oportunos, o bien mediante el instrumento de la revisión de oficio, podría lograrse la declaración de nulidad de la resolución sancionadora, ya que la sanción administrativa recae sobre los mismos hechos, sujeto y fundamento que han sido previamente sancionados en vía penal. Esta situación, por ser contraria al principio «*non bis in idem*» —que, como venimos defendiendo, tiene rango de derecho fundamental— es encuadrable en el apartado a) del artículo 47.1 LPACAP por el cual son nulos de pleno derecho los actos «que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional».

---

minación de la pena, de manera que no se supere el máximo de la consecuencia prevista a la conducta típica.

Ya en el ámbito medioambiental propiamente dicho, la STS 940/2004, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de julio, (FD 1), enjuicia un supuesto en el que una fábrica vierte residuos tóxicos de elevadísima concentración de hidrocarburos sobre terrenos de valor agrícola y sobre acuífero que destina agua a regadío y a consumo doméstico con peligro grave de contaminación. El Tribunal considera que la existencia de una sanción administrativa previa no excluye la posibilidad de la sanción penal, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcionada a la gravedad del hecho.

(45) STS 152/2012, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de marzo, (FD 10), donde se enjuicia la contaminación acústica producida durante años en un pub de noche contraviniendo la normativa vigente sobre ruidos. En este caso, los hechos objeto de sanción administrativa constituyen una parte de los que componen el ilícito penal, pero no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción ya que el Tribunal penal descuenta de su pena de multa el importe impuesto en vía administrativa.

(46) Así lo establece, en el ámbito medioambiental, la STS 141/2008, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 8 de abril, (FD 1), en un supuesto de vertidos contaminantes a un arroyo por parte de una empresa provocando la muerte de un gran número de peces. Se sancionaron los hechos administrativamente, pero posteriormente se entendió que eran constitutivos de delito y así se condenaron compensando la sanción administrativa previamente impuesta.

Otro mecanismo jurídico para lograr la ineficacia de la sanción que vulnera el «*non bis in idem*», en este caso por motivos de oportunidad(47), es el de la revocación contemplada en el artículo 109.1 LPACAP. Puesto que nos encontramos en el ámbito sancionador, la resolución sancionadora constituirá un acto desfavorable o de gravamen, requisito exigido por el citado artículo 109.1 para poder revocar un acto administrativo(48).

En todo caso, si se diera la circunstancia de que los dos procedimientos —penal y administrativo— estuviesen abiertos a la vez, la autoridad administrativa deberá suspender automáticamente el procedimiento sancionador a la espera de la resolución penal(49). Si la Administración no actúa en este sentido, no se entenderá automáticamente vulnerado el «*non bis in idem*»(50), pues su dimensión procesal no puede ser interpretada en oposición a la sustantiva, que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos y un mismo fundamento(51).

No debemos perder de vista, que el objetivo primordial del principio «*non bis in idem*» es evitar la doble sanción cuando concurra la triple identidad —sujeto, hechos y fundamento— y, en consecuencia, que la carga impuesta para la persona infractora no sea excesiva con respecto a la infracción cometida(52). De este modo, uno de los fundamentos del «*non bis in idem*» es el principio de proporcionalidad, pero ambos principios no deben confundirse. Cuando Tribunal Constitucional español prevé una reducción, descuento o inclusión de uno u otro modo en la sanción penal la sanción admi-

(47) Cfr. FLIQUETE LLISO, Enrique, «La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio *non bis in idem*» en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, enero-junio, 2015, pág. 156.

(48) Solución también avalada por la STS 1306/2014 (Sala 3.<sup>a</sup>), de 5 de febrero, (FD 6).

(49) En este sentido se pronuncia el artículo 161 de la ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia, dejando clara la primacía del orden penal sobre el administrativo, tanto con la obligación de suspensión del procedimiento administrativo si se enjuician penalmente esos hechos respecto del mismo sujeto, como de la vinculación para la Administración de los hechos declarados probados en sede penal.

(50) En este sentido se pronuncia la STJUE 59/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 61, entendiendo que el doble procedimiento no supone automáticamente una vulneración al «*non bis in idem*» si ambos procedimientos presentan un vínculo material y temporal suficientemente estrecho». Una evidencia más de que, como hemos advertido anteriormente, la vertiente procesal es valiosa sólo en tanto en cuanto garantice la vertiente material del «*non bis in idem*».

(51) ATS 1238/2013, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 6 junio, (FD 3), STS 2005/2002 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 3 de diciembre, (FD 3).

(52) En el ámbito de la Unión Europea, es clara esta idea en el STJUE 61/2018, (Gran Sala), de 20 de marzo, pág. 19, «las autoridades nacionales competentes deben evaluar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de una sanción administrativa que venga a sumarse a una sanción penal».

nistrativa previamente impuesta, lo que está evitando es la duplicidad punitiva que vulneraría el principio «*non bis in idem*». Ahora bien, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental como criterio de ponderación del contenido de los derechos fundamentales y, como hemos aclarado más arriba, el principio «*non bis in idem*» lo es.

En determinadas ocasiones, puede ocurrir que la Administración imponga una sanción tras apreciar que existe una infracción administrativa ambiental en la que además concurren circunstancias o características propias de un ilícito penal. En estos casos, la Administración no ha respetado la preferencia del orden jurisdiccional penal y no ha cumplido con su deber de suspensión del procedimiento administrativo sancionador aún a sabiendas que los hechos podrían revestir carácter delictivo.

Si la sentencia penal termina siendo condenatoria procederá la anulación de la resolución administrativa sancionadora puesto que ha habido una vulneración de la vertiente procesal del «*non bis in idem*» al haber incumplido la obligación de suspender el procedimiento conociendo que los hechos podrían ser delictivos(53).

Misma solución merece —anulación de la resolución administrativa sancionadora— la hipótesis de que la sentencia penal termine siendo absolutoria. En este caso, igualmente la Administración debió suspender el procedimiento sancionador a la espera del pronunciamiento penal puesto que, en todo caso, los hechos probados en sede penal vincularán a la Administración(54).

- Es común en la práctica que los hechos que dan lugar a infracciones administrativas medioambientales o al delito ecológico se extiendan en el tiempo —piénsese, por ejemplo, en el vertido de residuos a un río durante varios meses o años (55)— dando lugar a infracciones o delitos continuados. En este supuesto, si ha existido infracción sancionada en vía administrativa y, posteriormente, se abre un procedimiento penal por delito ecológico y termina con un pronunciamiento condenatorio, podría no verse vulnerado el principio «*non bis in idem*» si la sanción penal no abarca los hechos —anteriores en el tiempo— que ya han sido sancionados administrativamente, sino los acaecidos con posterioridad a la sanción ad-

(53) STC 334/2005, de 20 de diciembre, (FJ 2) y STC 2/2003, de 16 de enero, (FJ 8).

(54) Esta idea se reproduce en relación a un supuesto sobre daños causados al dominio público hidráulico en STS 8605/2006, (Sala 3.ª), de 11 de septiembre, (FD 3).

(55) Respecto al vertido de aguas residuales de forma continuada, la STS 7/2002, (Sala 2.ª), de 19 de enero, (FD 6), niega que haya violación del «*non bis in idem*» pues las sanciones administrativas tienen lugar por hechos anteriores a los enjuiciados en el procedimiento penal.

ministrativa(56). No existiría, en estos casos, la triple identidad pues los hechos analizados en la sanción administrativa y en la condena penal son diferentes.

- Por el contrario, parece que constituye una vulneración del principio «non bis in idem» la apertura de un procedimiento, ya sea penal o administrativo, cuando los hechos y los sujetos que los justifican ya han sido penalmente enjuiciados y la resolución que puso fin al primer procedimiento penal tiene fuerza de cosa juzgada. En otras palabras, la sentencia penal firme implica la absolución en vía administrativa, salvo que el fundamento de la sanción administrativa sea diverso al de la sanción penal, en cuyo caso no concurre la triple identidad requerida(57). La cosa juzgada es predicable exclusivamente de las resoluciones judiciales penales, pues las resoluciones administrativas solo podrán adquirir firmeza cuando sean confirmadas por la jurisdicción contencioso-administrativa(58).
- También surgen cuestiones analizables a la luz de la garantía del «non bis in idem» en el momento de la determinación de la sanción concreta de unos hechos. Esta circunstancia se da cuando distintas normas prevén sanciones para una misma conducta y con otorgando protección al mismo bien jurídico. La práctica nos ofrece dos escenarios en este sentido:

En primer lugar, cuando una conducta es sancionada por una norma penal y también por una norma administrativa con idéntico fundamento. Como adelantábamos al comienzo de este epígrafe, esta situación es frecuente en el ámbito medioambiental debido a la técnica de la norma penal en blanco que ha utilizado el legislador penal para configurar el delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP. Es evidente, que al remitirse el Código Penal a la legislación administrativa ambiental, la conducta tipificada como delito, también constituye un ilícito administrativo, de modo que para no vulnerar el «non bis in idem» se debe optar por una u otra sanción.

La solución pasa por aplicar preferentemente la norma penal frente a la norma administrativa sancionadora. Nuestro sistema

---

(56) Con posterioridad a los expedientes sancionadores administrativos fundamentados en la extracción de tierra y vertidos de materiales sueltos, en zona colindante con un barranco y llegando a afectar a su cauce, los mismos sujetos siguieron realizando las conductas por las cuales se ha producido la condena penal, véase STS 47/2011, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 1 de febrero, (FD 1) y, con igual argumento, véase STS 52/2003 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 24 de febrero, (FD 7), STS 2005/2002 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 3 de diciembre (FD 3).

(57) STS 2995/2013, (Sala 3.<sup>a</sup>), de 12 de marzo, (FD 2). En el asunto se dicta resolución penal de sobreseimiento por unos hechos que no se consideran constitutivos de delito contra la flora y la fauna, y posteriormente se sanciona al autor en sede administrativa por los mismos hechos.

(58) STS 833/2002, (Sala 2.<sup>a</sup>), de 2 de junio, (FD 4).

de fuentes nos ofrece un primer argumento en favor de esta tesis, pues las sanciones administrativas raramente se tipifican en una norma con rango de ley orgánica, mientras que los delitos —el delito contra el medioambiente en este caso— se recogen en leyes penales que son, en todo caso, leyes orgánicas. Una interpretación coherente del sistema invita a aplicar preferentemente la ley orgánica frente a la que no lo es(59).

Asimismo, el Tribunal Constitucional otorga «atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, «prima facie», como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito» (60), de lo cual parece deducirse que se aplica preferentemente la norma penal frente a la administrativa sancionadora siempre que sancionen los mismos hechos con idéntico fundamento punitivo.

En segundo lugar, en relación con la determinación de la pena en el caso concreto, en la práctica puede plantearse un escenario por el cual dos normas administrativas prevén la sanción de los mismos hechos bajo el mismo fundamento. Para no vulnerar el «*non bis in idem*» se debe optar por cuál de las dos normas —ambas administrativas— es aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico no tiene una solución general para estas situaciones. No queda otra solución que acudir a la legislación ambiental aplicable a cada supuesto concreto y que, como normal general, suele decantarse por aplicar al sujeto infractor, cuando una conducta es susceptible de varias infracciones, la sanción de mayor gravedad(61). Pese a que esta sea la regla más repetida en la normativa ambiental, en ocasiones, alguna ley ambiental opta por otra solución, como es la de aplicar la sanción de mayor gravedad en su mitad superior o incluso en su cuantía máxima(62).

---

(59) Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 217.

(60) STC 177/1999, de 11 de octubre, (FJ 4).

(61) Existen varias normas que se decantan por esta solución, tanto a nivel estatal (véase, entre otros, el artículo 52.3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, el artículo 94.2, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, el artículo 34 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera o el artículo 34 del RDLegislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación) como autonómico (véase, entre otros, el artículo 108.2 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid o el artículo 130 de la Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

(62) Este es el caso del artículo 157.4, de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevista para las sanciones pecuniarias.

#### IV. Conclusiones

PRIMERA.—Indudablemente, el principio «*non bis in idem*» tiene rango de derecho fundamental y así se reconoce, a nivel internacional, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ambos textos integrantes de nuestro ordenamiento jurídico vía artículo 10.2 de la Constitución. Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico interno, previa interpretación del Tribunal Constitucional, reconoce rango de derecho fundamental al principio «*non bis in idem*» puesto que forma parte del más amplio principio de legalidad y tipicidad reconocidos en el artículo 25 de la Constitución.

SEGUNDA.—Del principio «*non bis in idem*» se reconoce una vertiente material —prohibición del doble castigo— y una vertiente procesal —prohibición del doble proceso—. La vertiente procesal ha sido limitada por el TJUE a los supuestos en los que exista una sentencia penal con fuerza de cosa juzgada. Mientras no exista una resolución judicial firme, en principio, la mera existencia de dos procesos abiertos, uno administrativo y uno judicial penal, que versen sobre el mismo sujeto, hechos y fundamento, no vulnera la garantía del «*non bis in idem*».

TERCERA.—Consecuencia de lo anterior, pese al reconocimiento de la doble faceta del «*non bis in idem*» —material y procesal—, parece que ambas facetas no constituyen garantías por separado y en el mismo plano. La verdadera garantía del principio «*non bis in idem*» es evitar la doble sanción cuando concurre la triple identidad —sujeto, hecho y fundamento—, es decir, que la vertiente material es el fundamento último de esta garantía y goza de una posición de primacía frente a la vertiente procesal. En conclusión, la vertiente procesal actúa al servicio del fin último del «*non bis in idem*», que es la prohibición del doble castigo, pero la existencia de dos procesos simultáneos no vulnera, en principio, esta garantía, salvo que el proceso judicial penal ya haya concluido con sentencia firme.

CUARTA.—En el ámbito de la protección del medio ambiente, cobra especial importancia la prohibición del «*bis in idem*» puesto que es una materia protegida tanto por el derecho penal como por el derecho administrativo. A mayor abundamiento, la tipificación del delito ambiental constituye el prototipo de norma penal en blanco por lo que para describir la conducta constitutiva del delito se remite a la normativa administrativa.

QUINTA.—La solución que vienen proponiendo los tribunales para garantizar el «*non bis in idem*» pasa por otorgar una posición de preferencia del orden penal frente al administrativo sancionador, tanto a nivel procesal priorizando el procedimiento penal frente al administrativo sancionador como a nivel material dando preferencia a la aplicación de la norma



penal frente a la administrativa cuando ambas sancionen unos mismos hechos bajo un mismo fundamento.

De esta manera, los hechos probados en sentencia penal vincularán, en todo caso, a la Administración. Además, una vez que adquiriera firmeza la sentencia penal condenatoria, la Administración no tendrá opción a valorar los hechos ya enjuiciados penalmente. Por último, en el supuesto en que la Administración sancione en un momento temporal anterior al Juez penal, la solución que se viene dando —y que refuerza la postura de que la vertiente procesal está al servicio de la verdadera garantía que es la prohibición del doble castigo— es descontar en la sanción penal la impuesta por la Administración con anterioridad.

## V. Bibliografía

- BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, «Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio», en *RVAP*, núm. 96, 2013.
- BUENO ARMIJO, Antonio, «*Non bis in idem* en el Derecho Europeo: garantía sustancial y procesal» en *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción*. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador», en *RAP*, núm. 207, 2018.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio «non bis in idem» en la ley vasca de la potestad sancionadora*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010.
- FLIQUETE LLISO, Enrique, «La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio *non bis in idem*» en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, enero-junio, 2015.
- GARCÍA, Percy, «El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa» en *Política Criminal*, Vol. 11, núm. 21, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- LOZANO LIAÑO, Joaquín, «La (casi) imposible distinción entre algunas infracciones administrativas en materia de medio ambiente y el delito ecológico» en *Criminología y Justicia Refurbished: Volumen 2, Número 2*, 2017.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, «El principio *non bis in idem*: la acumulación de sanciones penales y administrativas en la protección del medio ambiente» en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARINA JALVO, Belén, «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)», en *RAP*, núm. 162, 2003.

SANZ RUBIALES, Iñigo, «Potestad sancionadora administrativa, *non bis in idem* y primacía del orden penal (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)» en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59, 2000.

# Bibliografía



RUIZ PALAZUELOS, Nuria: *Regulación económica y Estado de Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

Cuando pensamos en el papel económico del Estado acostumbramos a pensar, muy influidos por las ideas keynesianas en grandes proyectos de redistribución social, como pensiones y subsidios, que conforman la parte del león del total del gasto público. En el mejor de los casos pensamos en proyectos de reforma social vía transferencias o en la administración tributaria. Pero rara vez pensamos a primera vista en las regulaciones. Las administraciones reguladoras son relativamente pequeñas en tamaño y el monto total de su gasto es casi insignificante en relación al total del gasto público. La consecuencia es que han sido relativamente poco estudiadas, tanto desde las ciencias económicas, las políticas y también desde el derecho público. Aparentemente parece más útil concentrar los esfuerzos en las grandes administraciones estatales y estudiar a las administraciones reguladoras como un caso particular o como algo poco estudiado digno de una tesis doctoral que busca explorar un terrero académico aún poco explorado. Probablemente también el lector que se acerque a este trabajo busque poca más que adquirir conocimientos sobre un tipo de organizaciones públicas poco conocida, quizás con la intención de preparar un programa académico o un temario de oposición. Craso error y por dos razones, la primera porque las administraciones reguladoras no

son como cualquier otra y segundo por el libro tampoco es una monografía como cualquier otra, aunque en ambos casos la forma que con que estas se presentan sean la de una administración normal y un libro normal.

En primer lugar, las administraciones reguladoras no son como cualesquiera otras. Si bien, como correctamente apunta la autora al describir detalladamente este tipo de organizaciones, están sujetas a los mismos principios legales y comparten los mismos controles de legalidad y criterios de organización que las demás su similitud es más aparente que real. Su capacidad de incidir en la vida económica es desproporcionada a su tamaño y su potencial de alterar la vida económica, para bien o para mal es enorme y esto las diferencia en esencia de las administraciones prestadoras de servicios convencionales. El profesor Patrick Dunleavy en su ya clásico, *Democracy, bureaucracy and public choice*, nos enseñó hace ya unos años que el potencial de una administración no debe ser medido por su gasto corriente sino por los resultados que se derivan de su actuación. El impacto potencial de una administración reguladora multiplica con creces su coste de funcionamiento, y no debería ser estudiada como una organización pública más, aunque a efectos jurídicos y organizativos aparentemente los sea. Una administración de este tipo, con poco personal y relativamente poco presupuesto puede literalmente ahogar a un sector económico entero y causar daños enormes, o al revés una adecuada regulación o desregulación

pueden hacer florecer ramas enteras de la economía facilitando al tiempo la innovación y el empleo. Muchas veces el legislador, al pretender regular una actividad, y a estos efectos es indiferente que lo haga bien inspirado por los más nobles deseos o por bien por intereses espúreos, actúa sin conocer todas las complejas interrelaciones que existen entre sectores o toda la delicada estructura de precios relativos que operan entre ellos y las altera, afectando en muchas ocasiones a colectivos que no tienen nada que ver con el objeto de la regulación y causando problemas inesperados, que reclamarán a su vez nuevas regulaciones en cascada., que contribuirán no a resolver el problema sino a hacerlo aún más grave.

La regulación precisa, por tanto, una buena teoría económica y una buena teoría política que operen antes de iniciar la regulación. De la lectura del libro se desprende que la autora es consciente de ello y de ahí la singularidad del libro. No sólo estudia en profundidad y rigor los aspectos jurídicos de las administraciones reguladoras, a los que dedica buena parte del libro, sino que va más allá y quiere entender los aspectos económicos de la regulación yendo más allá que de lo que es común en los estudios al uso de la academia española. La mayoría de la doctrina española sobre la defensa de la competencia, por ejemplo, descansa sobre los supuestos neoclásicos de la competencia perfecta, y todo aquello que se aparte de ese modelo ideal es susceptible de ser regulado e intervenido. El modelo clásico es el de la Ley Sherman antitrust, que ha inspi-

rado mucha legislación sobre estos temas y que es muchas veces aceptado de forma acrítica. Según este modelo, diseñado por matemático Cournot sin conocimientos de economía, las empresas deberían ser de un tamaño similar de tal forma que ninguna de ellas pudiese condicionar los precios, y deberían ofrecer todas ellas un producto o servicio estandarizado. Lo que acontece es que ese modelo es un ideal en el que no existiría competencia. No existiría competencia por localización (el modelo no ve la relevancia de la situación ni de los costes de distribución) y no habría tampoco competencia ni de precios, ni de servicio ni de calidad de los bienes ofrecidos. Tampoco habría un mecanismo de sanción al productor ineficiente o de premio al que lo hiciese bien, dado que el tamaño de la empresa no podría alterarse sin incurrir en algún tipo de distorsión del mercado. Los mercados son algo muy complejo, y a veces los consumidores prefieren que existe una sola empresa o una dominante, en otros casos unas pocas y en otros muchas en competencia. Tampoco tienen en cuenta estos modelos que en muchas ocasiones es la propia regulación estatal la que facilita las prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, los sistemas de licencias que limitan el número de empresas en un sector o establecen barreras de entrada al mismo pueden precisamente por esto favorecer el acuerdo de precios entre las empresas ya instaladas, dado que estas son conscientes de que es muy difícil que aparezcan empresas nuevas en el sector para impedir el acuerdo o romper el cártel. De hecho podría

afirmarse, sin equivocarse mucho, que la inmensa mayoría de las prácticas denominadas como contrarias a la competencia tienen origen en algún tipo de intervención estatal previa o de la mera existencia de marcos legislativos distintos.

Algo semejante ocurre con la doctrina del monopolio natural, abordada en el libro como una de las principales justificaciones teóricas de la necesidad de la regulación económica. Uno de los grandes méritos del libro es que la autora va más allá de los razonamientos jurídicos a la hora de justificar la regulación e intenta justificar con argumentos económicos y políticas los distintos casos. Incluso revisa distintas doctrinas económicas a la hora de elaborar sus argumentos, citando a autores poco comunes en los tratados de derecho administrativo como Hayek o Coase, autores muy pertinentes al caso y que ofrecen una visión muy distinta de la tradicionalmente presente en el derecho administrativo español. Por eso creo que sería muy interesante que, siguiendo en esa línea profundizase en la obra de los autores de estas escuelas, muy especialmente en los de la escuela austríaca que cuentan con abundantes trabajos desmitificando la idea del monopolio natural (por ejemplo Thomas DiLorenzo escribió un excelente artículo, «The myth of natural monopoly» que es una excelente introducción). Según estos autores también buena parte de los denominados monopolios naturales son causados por regulaciones estatales o por la regulación que los poderes públicos establecen sobre el uso del territorio, sea este público o privado.

Como antes apuntamos el trabajo es muy detallado y aborda con solvencia los temas más relevantes que afectan al derecho de regulación. Sin embargo me gustaría resaltar algunos aspectos, que aunque son abordados en el texto entiendo que merecerían un desarrollo más profundo en un trabajo de estas características. El primero es el debate sobre la capacidad de regulación, al que autores como Martin Lodge, uno de los más relevantes expertos mundiales en teoría de la regulación ha dedicado algunos trabajos. No basta sólo con establecer una regulación sino que después los poderes públicos tienen que contar con los medios suficientes y sobre todo con la capacidad técnica necesaria para poder llevarla a cabo con la solvencia necesaria. De no ser así podríamos encontrarnos con el peor de los mundos, aquel donde la regulación causa efectos indeseados, como situar al regulado en una condición de alejamiento, mientras que al mismo tiempo el regulador es incapaz de cumplir con su parte, impidiendo por tanto que la regulación ejerza los supuestos efectos positivos para los que fue concebida. Es el caso, por ejemplo de los retrasos en otorgar permisos y licencias, el de establecer estándares técnicos equivocados o simplemente por falta de capacidad o voluntad política a la hora de hacer cumplir la regulación. Es erróneo presumir que los gobernantes al regular una actividad o industria cuentan con toda la información precisa para poder determinar los efectos y consecuencias de esta. Y muy frecuentemente las regulaciones tienen efecto, no sólo sobre el sector afectado, sino sobre

otros muchos sectores y también con frecuencia estos efectos inesperados se dejan ver sólo al cabo de algún tiempo, y en localizaciones distintas, lo que hace que no se puedan identificar con claridad cual fue su causa. El segundo tema es el que se refiere al cada vez mayor peso de la regulación transnacional frente a la que se realiza en el ámbito de un sólo estado. Autores como Ulrich Beck en sus estudios sobre la sociedad del riesgo advierten que muchos de los problemas que ahora ocupan un primer lugar en la agenda política son problemas que no admiten regulación en el ámbito de un sólo estado, como pueden ser los referidos a la contaminación, el cambio climático o los mercados financieros. El marco regulatorio, según estas voces, debería atender a estas nuevas regulaciones estableciendo instituciones regulatorias supranacionales que puedan afrontar con eficacia esta problemática. El eclipse del estado nación tradicional en muchos ámbitos también se deja ver en el ámbito de las regulaciones y eludir esta realidad podría conducir, como en el caso anterior, a una deficiente regulación incluso en el propio país. Por ejemplo, afrontar la posible problemática del calentamiento global desde un sólo país, sin tener en cuenta las actuaciones de los demás podría conducir a una situación donde los cumplidores se verían seriamente perjudicados frente a sus competidores en los mercados mundiales sin conseguir ningún avance relevante en la solución del problema. Cualquier análisis teórico de la regulación debería tener en cuenta este factor si no quiere quedar rápidamente obsoleto.

El tercer aspecto que me gustaría destacar es el de la autorregulación. Es un tema que es cierto que es abordado en el estudio, pero que entiendo que merecería más atención dado que es una de las posibles evoluciones de la teoría de la regulación que cuenta con más potencial. Desde la publicación del texto clásico de Blundell y Robinson «Regulación sin el estado», se han publicado numerosos estudios sobre las distintas técnicas regulatorias en el mundo del mercado o, enlazando con lo anterior, en el ámbito transnacional. En ellas se muestra como la autoregulación mitiga muchos de los problemas asociados a la actividad económica, sin incurrir en los problemas de cálculo o de legitimidad que conlleva el uso de la fuerza estatal, o en este caso del posible conflicto derivado de usar dos legislaciones estatales en conflicto, incluso dentro del espacio de una sólo unidad estatal. Es un ámbito que dada la internacionalización de la vida económica va a tener una presencia cada vez mayor en este ámbito y que entiendo que va a requerir que la autora elabore nuevas monografías desarrollando este aspecto.

Nada de lo dicho merma para nada la calidad del trabajo. En la introducción se apunta que tiene su origen en una tesis doctoral laureada. Creo que lo fue con justicia, y dice mucho de la enorme mejora del nivel académico de la universidad española y de los que en ella trabajan.

Miguel Anxo BASTOS BOUBETA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.12>



SANTIAGO IGLESIAS, Diana y BERTEL, Maria (codirs.): *Libre Prescripción de servicios y Administración Local: Análisis comparado de la transposición de la Directiva Bolkestein diez años después*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2018, 348 págs.

En la presente recensión se da cuenta de una obra colectiva dirigida por las profesoras Diana Santiago Iglesias y Maria Bertel, y coordinada por los profesores Giovanni Maria Caruso y Massimo Monteduro.

El eje central del libro es, como se aprecia en su título, un análisis comparado de la transposición de la Directiva de Servicios, también conocida como Directiva Bolkestein. Cabe recordar aquí que la mencionada Directiva encuentra su fundamento en el Tratado de la Comunidad Europea, siendo presentada en el año 2004 por la Comisión, aprobándose a finales del año 2006, y entrando en vigor a finales del 2009.

No debe olvidarse que se está ante una de las disposiciones europeas más relevantes de los últimos años, cuya entrada en vigor ha estado rodeada de cierta polémica dadas las implicaciones económicas derivadas de su contenido y el fuerte impacto sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Una de las consecuencias de su transposición más controvertidas fue, sin duda, la supresión en muchos casos de los mecanismos de control previo —autorizaciones administrativas— así como la generali-

zación del sentido positivo del silencio en aquellos procedimientos de esta naturaleza que debiesen mantenerse.

Centrándonos en la obra objeto de examen, en ella se contienen excelentes estudios en los que se lleva a cabo un análisis del impacto que la transposición de dicha norma ha tenido en distintos ordenamientos jurídicos, concretamente en el de Alemania, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido.

Su elaboración ha corrido a cargo de juristas de distintos países de la Unión Europea, siendo las lenguas de trabajo el castellano y el inglés, y que, como se indica en la presentación, «a pesar de que lo ideal hubiese sido mantener los textos elaborados por los diferentes autores en su respectiva lengua con el fin de evitar los posibles riesgos derivados de su traducción, la extensión del presente trabajo y los múltiples idiomas implicados, han determinado que se haya optado por emplear únicamente, dos de ellos, español e inglés, para facilitar el manejo y lectura de la obra».

Como se ha adelantado, el libro consta de diferentes investigaciones, encontrándonos con un estudio preliminar al que se le suman otros nueve estudios, todo ello precedido de una presentación y unas conclusiones elaboradas respectivamente por las directoras de la obra, Diana Santiago Iglesias y Maria Bertel.

El estudio preliminar, de Begoña López Portas (Universidad de San-

tiago de Compostela), se titula «Luces y sombras sobre los modelos de Estado y los sistemas empleados para la transposición de la Directiva de Servicios». En él se abordan los modelos de Estado implicados en el proyecto y los sistemas que han sido empleados para la transposición de la Directiva en cuestión en cada uno de ellos. Este estudio conforma el ineludible punto de partida a tener en cuenta en una obra de estas características, en la que el derecho comparado es el gran protagonista de sus páginas.

El primero de los capítulos elaborado por Alba Nogueira López (Universidad de Santiago de Compostela), lleva por rúbrica «Directiva de servicios & asociados: contexto, ámbito de aplicación y objetivos». A lo largo del mismo se da cuenta del objetivo y fines perseguidos con la Directiva, ofreciendo un elemento de comparación para valorar el resultado de su transposición en cada Estado analizado.

A continuación se ofrecen diferentes estudios relativos al impacto de la Directiva de Servicios en distintos ordenamientos jurídicos.

En primer lugar, del alemán, confeccionado por Anne-Christin Gläß (Universidad de Leipzig) bajo el nombre «The impact of the Services Directive on the German legal system». En este primer estudio comparado se trata, por un lado, la fórmula de la implementación empleada, abordándola desde la perspectiva del marco constitucional en el que tiene lugar, y por otro lado, el impacto de

las medidas adoptadas en ese ordenamiento jurídico, realizando una evaluación e identificando los problemas que se plantean.

En segundo lugar, del croata, que aborda Mario Rašić (Universidad de Zagreb) y Sokol Tomislav (Universidad de Zagreb) bajo el nombre «The impact of the Services Directive on the croatian legal system». Tras una revisión de la literatura sobre el tema, se centran en el examen de las medidas para la implementación en Croacia, para luego tratar el impacto derivado de su implementación, llamando la atención sobre los incumplimientos de la Directiva y los requisitos sectoriales y profesiones reguladas, para culminar con la situación posterior a la promulgación.

En tercer lugar, del esloveno, que es tratado por Bruno Nickolic (Universidad de Ljubljana) con el nombre «The impact of the Services Directive on the slovenian legal system». Siguiendo una estructura similar a la de los anteriores estudios, se examina el proceso de la implementación de la Directiva, con el examen de las medidas adoptadas a nivel nacional, ofreciéndose, a continuación, una valoración del impacto de dicho proceso.

En cuarto lugar, del español, que se examina por Luis Míguez Macho (Universidad de Santiago de Compostela) bajo la rúbrica «El impacto de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico español». En ella se parte de una valoración general del proceso de transposición en España, para centrarse en el análisis detallado de la regulación estatal y

autonómica aprobada. Asimismo se trata como queda la configuración legal de los medios de intervención administrativa en torno a la actividad privada, para finalmente hacer una alusión específica a la Administración local y la aplicación de la Directiva a la misma.

En quinto lugar, del francés, que lo elaboran François Blanc (Universidad de Rouen) y Benoît Delaunay (Universidad Panthéon-Assas) y que se titula «El impacto de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico francés». Se comienza con el análisis de las técnicas que se han empleado para la transposición, haciendo referencia al papel desempeñado por los entes locales. Al mismo tiempo, en este trabajo se contiene un detallado análisis de las consecuencias de este proceso en términos organizativos, los ámbitos afectados y aquellos en los que se han presentado especiales dificultades, identificando aquellas cuestiones que aún deben ser resueltas.

En sexto lugar, del italiano, que realiza Federico Dinelli (Universidad de Roma Tre), con el título «El impacto de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico italiano». Siguiendo la estructura común a todos los trabajos, que permite una fácil comparación entre los distintos ordenamientos jurídicos, se comienza por el análisis de los mecanismos que han sido utilizados para la transposición, haciendo especial hincapié en el papel de las Regiones y de los entes locales, exponiendo las consecuencias que han tenido lugar no solo a nivel organizativo, sino

también en el ámbito procedimental, y analizando aquellos aspectos más controvertidos del proceso.

En séptimo lugar, del portugués, que abordan Pedro Costa Gonçalves (Universidad de Coimbra) y José Miguel Carmona (Universidad de Coimbra) bajo la denominación «El impacto de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico portugués». En este capítulo se realiza una completa descripción de los distintos regímenes relativos al control de acceso a las actividades, concretamente se alude, a la regulación contenida en el Decreto-Ley 92/2010.

Y en octavo y último lugar, del Reino Unido, confeccionado por María Antonia Arias Martínez (Universidad de Vigo), con la rúbrica de «El impacto de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico del Reino Unido». En este capítulo, que cierra los estudios de derecho comparado, se examina, en primer lugar, cuál ha sido la preparación jurídica anterior a la transposición en este país, se aborda el papel desempeñado por las entidades locales y se analiza el procedimiento de transposición, poniendo especial énfasis en la limitación a la técnica de autorización y en la simplificación procedimental.

Este análisis permite al lector ver los aciertos y errores que se han cometido en este proceso. El tratamiento de la situación en todos y cada uno de los Estados de la Unión Europea resulta sumamente complejo y requiere de unos medios extraordinarios, por lo que, en la obra

examinada se ha optado, con buen juicio, por una selección que sirviese de representación de la Unión Europea en su conjunto, selección que se basó, tal y como se explica en la propia presentación, en las características socioeconómicas de los países así como de sus modelos organizativos, subyaciendo, como no podía ser de otro modo, la especialización de las personas participantes.

Así, en resumen, se trata de una obra de lectura imprescindible para todos aquellos estudiosos del Derecho que deseen realizar un balance del impacto de la Directiva Bolkestein diez años después de su aprobación.

Alejandro VILLANUEVA TURNES

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.13>

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:  
*El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 150 págs. 2018

Esta recensión de un libro de factura teórica, como es el principio de primacía en la Constitución de 1978 del profesor Lasagabaster, tiene su origen en un supuesto práctico producido en un ayuntamiento. Se trataba de proceder a la sanción de un funcionario, planteándose en ese momento si se había producido o no la prescripción de la infracción presuntamente cometida. El plazo de prescripción de las infracciones estaba establecido en la ley de la Función Pública del Parlamento Vasco. Con

posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, se aprobó la Ley del Estado reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, ley que modificaba a su vez el plazo de prescripción de infracciones y sanciones en el ámbito disciplinario. La cuestión que se planteaba en ese momento era la siguiente: ¿Procede aplicar el plazo de prescripción establecido en la Ley vasca de la Función Pública o, por el contrario, debe aplicarse el plazo de prescripción establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por las Cortes Generales del Estado? El debate sobre esta cuestión no fue desde luego pacífico, como lo demuestra claramente el hecho de que llegase hasta el Tribunal Constitucional. Como puede fácilmente imaginarse, la Administración actuante que pretende sancionar a un funcionario público, procederá también a aplicar aquellos preceptos que entiende le son más adecuados para poder actuar precisamente esa potestad sancionadora. A su vez, el funcionario afectado analizará detenidamente todas las normas legales que puedan resultar de aplicación a su presunta infracción, con el objeto último de evitar que llegue a imponerse la correspondiente sanción.

Desde una perspectiva teórica, este supuesto plantea la relación entre una ley autonómica dictada en una materia de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y una ley estatal que aprueba las bases en esa materia, dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley autonómica, y que, *de facto*, además la modifica. En concreto, cuando se dictó la ley autonó-

mica vasca, no existía una ley básica estatal que regulase la materia en cuestión, la función pública y específicamente su régimen sancionador, por lo que los principios básicos que afectaban a esa materia se debieron deducir de la normativa existente con anterioridad, que comprendía también la normativa estatal preconstitucional aún vigente, siempre que ésta no fuese contraria a los preceptos constitucionales.

El debate sobre esta materia se llevó ante el Tribunal Constitucional, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el mismo con la sentencia 204/2016, sentencia que el autor analiza. Junto a ésta, el autor repasa otras sentencias, como la STC 1/2003, desde la que el Tribunal Constitucional ha ido consolidando una jurisprudencia un tanto equívoca, que requiere ser examinada pausadamente para extraer las consecuencias procedentes. A esta labor precisamente se dedica la obra que se comenta, cuyo contenido se va a describir brevemente.

En los siete primeros apartados el autor se embarca en el análisis del principio de primacía desde una perspectiva más teórica y atendiendo al significado que este principio tiene no solamente en las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento autonómico, sino también entre el ordenamiento estatal y en los ordenamientos internacionales o entre el ordenamiento estatal y el Derecho de la Unión Europea. El principio de primacía es un principio regulador de las relaciones entre normas, al que el autor comienza de-

limitando y diferenciándolo de otros principios como el de jerarquía, competencia o el principio temporal en la aplicación de las normas. Esta diferencia es importante porque, en algunos casos, no es infrecuente que algunos autores equiparen el principio de prevalencia con el principio de jerarquía. Y esta equiparación se produce precisamente cuando se establece el principio de primacía en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El principio de primacía no es en ningún caso una norma de competencia. Esto quiere decir que cuando el Estado dicta una norma, la misma será válida y se aplicará en el ámbito autonómico siempre que sea conforme a competencia. Si no lo es, el principio de primacía no sana ese vicio o defecto de la norma estatal dictada en materia en la que no tiene competencia. El autor llama la atención sobre este hecho, al señalar destacadamente que la doctrina española se pronunció en un principio por una interpretación de este tipo. Es decir, por dar una preferencia aplicativa y considerar que las normas estatales disponían de una presunción de conformidad a competencia y que, bajo esa presunción, en caso de duda, debía de aplicarse la norma estatal con preferencia a las leyes autonómicas que pudieran legislar sobre esa misma materia regulada por la ley estatal, dándole un contenido diferente. En caso de duda, por tanto, *in dubio pro stato*, tal como un muy destacado administrativo señaló expresamente.

Posteriormente el autor analiza el principio de primacía en el orde-

namiento internacional, en el ordenamiento europeo o en los Estados federales como es el caso de la República Federal de Alemania. En todos estos supuestos pone de manifiesto el autor la necesidad de interpretar el principio de primacía en relación con otros principios constitucionales, en especial con los principios que establecen o regulan la organización institucional del Estado. En una interesante reflexión el autor llama la atención sobre la diferencia de interpretación que debe producirse cuando se está ante una relación entre ordenamientos en la que, en uno de ellos, el sistema de jurisdicción constitucional no es el concentrado, es decir, que el Tribunal Constitucional es el único que tiene el monopolio de la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, debiendo los tribunales ordinarios aplicar la ley y, en caso de duda, plantear la cuestión de inconstitucionalidad, frente a los sistemas en los cuales la Constitución se aplica directamente, también por encima de la ley, como sería el caso paradigmático de los Estados Unidos de Norteamérica. Parece evidente que el principio de primacía no tendría el mismo significado en el Derecho americano que en el Derecho continental. De la misma manera cabría hacer una reflexión similar si se analiza especialmente el principio de primacía en las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos internos de los Estados.

Las líneas que el autor dedica a estas cuestiones en los siete primeros apartados son sintéticas, reflejando una materia que ha recibido reflexiones teóricas desde muchos

puntos de vista, pero que se entiende que en este trabajo son tratadas de la manera adecuada, dando las claves fundamentales de la virtualidad del principio de primacía en los ámbitos que se estudian, poniendo de manifiesto la maestría y facilidad con la que el profesor se mueve en este campo tan complejo de la teoría de las fuentes.

En los apartados siguientes, desde el octavo hasta el final de la monografía, el autor pasa a analizar el principio de primacía y su aplicación en el ordenamiento interno. Empieza para ello por un análisis, podría decirse que histórico, de las interpretaciones iniciales que este principio tuvo. Interpretaciones iniciales a las que da cumplida respuesta, poniendo de manifiesto que el principio de primacía no puede confundirse con el principio de competencia, tal como una jurisprudencia inicial había realizado. Posteriormente pasa el autor a realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, análisis que tiene su punto de partida en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003 sobre algunos preceptos de la Ley de la función pública de Extremadura. Esta sentencia viene acompañada de un voto particular. Los votos particulares, debe señalarse desde un principio, van a acompañar a todas las sentencias que el Tribunal Constitucional dicte en esta materia. Bien sean esos votos particulares reivindicativos de una interpretación o de otra, lo cierto es que en todo caso van a aprobarse esos votos particulares dirigidos a contestar el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional. En-

tre las sentencias analizadas estarán la STC 66/2011, sobre las mayorías en los plenos municipales para cambiar la capitalidad, o la STC 102/2016, sobre esas mismas mayorías para la fusión de ayuntamientos. La primera atendía a una contradicción entre normas estatales y autonómicas en Canarias y la segunda en Galicia. Posteriormente está la STC 204/2016, sobre la prescripción de infracciones, a la que se ha hecho referencia al inicio de este escrito, y que afectará a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Finalmente estará la STC 1/2017 sobre la contratación administrativa, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

En la obra se realiza un examen de los supuestos resueltos por el Tribunal Constitucional, señalándose los problemas de interpretación que suscitan y haciendo una pequeña consideración sobre los mismos. Pone de manifiesto también la evolución que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido en la materia. Dicho esto, el trabajo va a pasar ya a su componente o aspecto más destacado, como es su enmarque teórico y la propuesta que se realiza para la solución precisamente de estos supuestos de contradicción entre normas aplicables.

En el análisis posterior el autor analiza las categorías jurídicas que deben tenerse en cuenta para pronunciarse debidamente sobre esta cuestión, destacando como fundamental entre ellas la cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial debe analizarse necesariamente teniendo en cuenta cuál es la finalidad intrín-

seca por la cual está establecida, finalidad que no es otra que la necesidad del respeto de la voluntad del legislador. A pesar de la importancia que ha recibido el valor de la Constitución como norma, esto no puede hacer olvidar que la ley vincula al legislador igual que a la Administración Pública, vinculación ésta que conlleva la primacía del Parlamento sobre los otros poderes públicos, primacía que es deudora, ciertamente en el respeto de la Constitución, del principio democrático. Si no se observa y respeta afirmación, es posible que pueda realizarse una interpretación del principio no conforme con el propio texto de la Constitución. La cuestión prejudicial enraíza con la obligación *sine qua non* de los tribunales ordinarios de respetar en todo caso la función legislativa, o dicho de otro modo, de no menospreciar la labor del Parlamento. Los tribunales no pueden simplemente olvidar que existe un Parlamento y desconsiderar la voluntad que en el mismo se ponga de manifiesto.

Otra categoría de gran interés para el análisis es la conocida como el *ius superveniens*. El autor analiza el contenido de esta categoría y las consecuencias que tiene el aplicarla a todo tipo de proceso constitucional, sin diferenciar entre las consecuencias que se derivan de su aplicación en los supuestos de procedimientos o recursos de amparo y en los demás recursos o procedimientos seguidos ante el Tribunal Constitucional.

Ya en el último apartado realiza un análisis de las categorías de in-

constitucionalidad, nulidad, derogación, seguridad jurídica, irretroactividad y sobre las competencias del Tribunal Constitucional. Poniendo en relación todas ellas realiza el autor un planteamiento de cuál debe ser la interpretación que ha de darse al principio de prevalencia. Como expresión de su concepción sistemática de las fuentes del Derecho, señala que la interpretación de este principio no puede separarse de la determinación de la eficacia de otros principios como pueden ser los derivados del reparto de competencias, en especial del alcance de lo que sea básico en una materia o de la exacta determinación del contenido de algunas materias cuya *vis* expansiva ha tenido como consecuencia precisamente la limitación o reducción de las competencias autonómicas.

En conjunto, por tanto, un muy interesante trabajo, con una extensión razonable. Podía el autor sin duda haber presentado una obra de mucha mayor extensión, dado su previo conocimiento sobre el tema, pero ha preferido optar por una síntesis y un planteamiento alternativo. El formato del libro es atractivo en una edición muy bien realizada, como corresponde a una editorial de la importancia y tradición como es la editorial Pons. No queda por tanto nada más que invitar a las interesadas e interesados a que lean este trabajo con el detenimiento y consideración que merece. No creo que su lectura produzca en ningún caso decepción.

M. Josune ERAUZKIN NAVARRO

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.14>

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional del conflicto entre deseos y derechos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018. 288 págs.

El cuerpo y la sexualidad de la mujer han estado tradicionalmente expuestos a discursos de todo tipo. La regulación jurídica de distintas cuestiones relacionadas con el cuerpo femenino se presenta en los últimos tiempos como una de las principales áreas de conflicto social y doctrinal. Distintas corrientes ideológicas que parecen ponerse de acuerdo en otros aspectos fundamentales relacionados con la situación de subordinación experimentada por las mujeres yerran a la hora de llegar a un consenso sobre cómo abordar asuntos tales como el velo islámico, la pornografía o la prostitución. La autonomía o libertad de elección de las mujeres se erige como principal elemento definitorio —aunque no el único— de estas cuestiones de cuya percepción va a depender el posicionamiento político de los distintos actores con respecto a los fenómenos mencionados, determinando su mayor o menor grado de aceptación. La división, enunciada en términos muy genéricos, se produce entre aquellos que entienden que cualquier decisión de la mujer sobre su propio cuerpo es fruto de un proceso cognitivo libre y autónomo y que, por tanto, debe ser respetado sin imponer ningún tipo de límite, y quienes cuestionan la incondicionalidad de tal libertad cuando las decisiones se adoptan en un contexto manifiesto de subordinación y vulne-



rabilidad, en el cual entienden que, si además afectan a derechos fundamentales, trascienden «la voluntad popular para someterse a los límites del orden público» (1). El debate, en todo caso, no es sencillo de abordar y requiere de una aproximación escrupulosa y rigurosa en los matices. En este sentido, Octavio Salazar no ha rehusado posicionarse con anterioridad respecto a estas cuestiones relacionadas con la conflictividad en torno a los cuerpos de las mujeres. En esta línea, tampoco ha eludido abordar uno de los temas que más ha dado que hablar en los últimos tiempos tanto en el ámbito académico como en un contexto más mediático como es la posibilidad de que las mujeres gesten y den a luz hijos e hijas para otras personas. Al estudio de esta cuestión dedica Salazar la obra que aquí analizamos. Lo hace de manera rigurosa y técnica, desde un enfoque jurídico-constitucional que viene dado por un profuso análisis de la jurisprudencia y de la normativa existente sobre este fenómeno, pero a la vez contextualizada desde una perspectiva sociológica que permite al lector o lectora identificar la incidencia que el medio en el que la gestación para otros (GPO) se desenvuelve tiene para la propia regulación de la práctica.

El propio título de la obra condensa perfectamente los elementos básicos de la perspectiva desde la cual Salazar va a abordar el estudio que le sigue. Por una parte, el tér-

mino escogido para referirse al fenómeno, *gestación para otros*, supone en sí mismo un posicionamiento claro en el debate terminológico suscitado entre quienes abogan por la utilización de expresiones eufemísticas como «gestación subrogada» o «gestación por sustitución», que pretenden subrayar la vertiente contractual de la práctica superponiéndola a las implicaciones biológicas, emocionales y, en definitiva, humanas, que la misma entraña, y quienes aspiran a visibilizar su postura crítica para con la práctica mediante el empleo de otros vocablos como «vientres de alquiler» o «úteros de alquiler». Por otro lado, el título sitúa muy bien el debate desde el principio en lo que es: un conflicto entre deseos y derechos que pone en liza «las servidumbres femeninas en paralelo a los deseos masculinos» (2). Es en este punto donde adquiere especial relevancia la vertiente constitucional del análisis, pues dicha oposición lleva al autor a plantearse si existe un derecho a la maternidad protegido constitucionalmente y, en caso de ser así, cuál sería el contenido de ese derecho, es decir, si incluiría un hipotético derecho a ser padres/madres. Salazar resuelve esta cuestión apoyándose en el análisis de una bibliografía muy bien escogida, sin escatimar el recurso a fuentes jurisprudenciales en las que encuentra argumentos suficientes para defender su planteamiento. No creo estar desvelando nada que no se intuya

(1) BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Hijos del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*. Cátedra. Madrid, 2017, pág. 267.

(2) SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional del conflicto entre deseos y derechos*. Dykinson. Madrid, 2018, pág. 23.

ya si afirmo que la concepción que Salazar maneja en relación con los derechos en juego en esta cuestión es tajante al rechazar que exista un hipotético derecho a la maternidad/paternidad y que, en cambio, sí identifica la necesidad de proteger otros derechos, que sí son fundamentales y cuyo reconocimiento constitucional se halla sobradamente consolidado más allá de toda duda, de quienes se encontrarían en una situación de desprotección o vulnerabilidad en la relación que se generaría ante un contrato de gestación para otros, esto es, las mujeres gestantes.

A lo largo de las páginas del libro, Salazar va desgranando detalladamente los no pocos aspectos conflictivos que rodean a la GPO entre los cuales destacan dos elementos esenciales que subyacen a cada posicionamiento sobre la misma: la manera de entender la maternidad, cómo está debería considerarse y protegerse; y la percepción sobre lo que significa la autonomía de la mujer y la capacidad de estas para decidir sobre su propio cuerpo. El debate que ya apuntábamos, que suele protagonizar buena parte de las discusiones en torno a cuestiones relacionadas con el cuerpo de las mujeres, sobre si determinadas decisiones son frutos de la autonomía de la voluntad o se encuentran condicionadas por un determinado contexto que incide hasta el punto de cuestionar que la propia decisión se haya tomado de manera libre y autónoma cobra una especial relevancia singularizado en la práctica de la gestación para otros. La opción de configurar jurídicamente el contrato de subrogación

como un acto altruista, en el que no medie enriquecimiento por parte de quien cede su vientre puede parecer que, en principio, eliminaría de todo punto la posibilidad de considerar que existen condicionantes de necesidad económica que incidirían en la conformación de la libre voluntad de las mujeres gestantes. No obstante, la experiencia ya vivida en el caso de las donaciones de óvulos —donde, a pesar de que la Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida en su art. 5.3 rechaza expresamente el carácter lucrativo o comercial de la práctica y consagra otras garantías como la prohibición de utilizar la publicidad para incentivar la donación, existe todo un mercado de gametos femeninos tanto a nivel nacional como internacional—, pone de manifiesto cómo lo que se concibe como «compensación económica por las molestias ocasionadas» acaba convirtiéndose en un pago encubierto por el servicio que lo hace atractivo a ojos de mujeres jóvenes con necesidades económicas. En la obra aquí comentada, el autor parte de las distintas consideraciones sobre la autonomía de las mujeres para hacer un recorrido por los diversos argumentos empleados por quienes defienden la legalidad de la práctica y quienes abogan por su prohibición, poniendo el foco en el debate a nivel nacional, pero recogiendo también las posturas de diversos organismos internacionales. Quizá una de las aportaciones más valiosas de la obra sea que Salazar no solo se apoya en los argumentos esgrimidos por quienes coinciden con su postura, sino que tampoco escatima en el análisis pormenorizado del discurso de quie-

nes, desde distintas perspectivas, se posicionan a favor de la práctica, aunque ello suponga tener que hilar muy fino, enfrentarse a convenimientos que son complejos de demostrar o deconstruir pensamientos fuertemente asentados en la sociedad. Por ejemplo, no evita enfrentar el hecho de que, entre las posturas contrarias a la GPO, junto a las críticas que vienen desde el feminismo, conviven posicionamientos conservadores, que basan su rechazo a la práctica en la defensa del modelo de familia y procreación tradicional, totalmente contrarias a los principios y valores emancipadores de la mujer.

En relación con el modelo de maternidad hegemónico existente en nuestra sociedad —que se encuentra estrechamente vinculado a la ética propia del modelo neoliberal en el que se inserta— y las implicaciones que el mismo tiene en la valoración por parte de la ciudadanía de la práctica de GPO, en el capítulo primero, elocuentemente titulado «El mercado de los padres felices y las madres ausentes», Salazar lleva a cabo una magistral descripción del escenario social, mediático y político en el cual se desenvuelve la GPO, que nos sirve para contextualizar y entender mejor las implicaciones de las distintas regulaciones jurídicas del fenómeno.

Por otra parte, si algo ha caracterizado al fenómeno de la gestación por sustitución es la insuficiencia de un marco jurídico claro, lo cual ha abocado a un escenario laberíntico de resoluciones dispares, cuando no abiertamente contradictorias. En concreto, en España —a pesar de que el

artículo 10 de la LTRHA dispone con rotundidad la nulidad de los contratos de gestación subrogada— nos encontramos ante el enfrentamiento de posturas mantenido entre distintos órganos de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal y la Dirección General del Registro y el Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia, y encargada de llevar a cabo las inscripciones registrales de los recién nacidos. A nivel comunitario, el TEDH no contribuye de manera decisiva a aclarar la cuestión, en tanto no se ha pronunciado expresamente sobre la legitimidad la gestación para otros, sino sobre el reconocimiento de la filiación cuando ha mediado este tipo de contratos en casos concretos. En todo caso, la complejidad técnica de los supuestos abordados y la simultaneidad de las resoluciones recaídas convierten en una tarea difícil llevar a cabo un relato lineal y coherente de la evolución del estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico. Creo, no obstante, que Salazar solventa de manera bastante satisfactoria esta tarea, ofreciendo a los lectores y lectoras un relato comprensible y bien hilado que permite identificar las posturas de los distintos actores en juego con respecto a las cuestiones clave que rodean a la GPO.

Esencial resulta también la aproximación que el autor lleva a cabo a lo largo de toda la obra de la GPO teniendo en cuenta la visión de género en todo el análisis, una perspectiva que se singulariza cuando aborda la tarea específica de contextualizar el análisis de la práctica dentro del marco de la teoría feminista, to-

mando en consideración el sistema sexo-género que determina el papel subordinado de las mujeres en la sociedad y condiciona su libertad contractual. Estas reflexiones llevan a Salazar, entre otras cosas, a definir y exponer cómo el uso de las técnicas de reproducción asistida como medio para garantizar la autodeterminación de la maternidad de las mujeres le merece una valoración diferente de la que hace de los contratos de GPO.

De manera quizá un poco contradictoria para con las conclusiones que plantea finalmente, y a pesar de exhibir abiertamente sus propias dudas al respecto, casi al final de la obra Salazar de atreve a proponer un modelo teórico que pudiera servir de base para una hipotética regulación garantista de la GPO. Para ello, hace un recorrido por todos los aspectos conflictivos que dicha regulación debería abordar para garantizar la protección de los derechos de la mujer embarazada, como el carácter altruista de la práctica, la no discriminación en el acceso, la cuestión de la patria potestad, o los controles de idoneidad a los que deberían someterse ambas partes implicadas en el proceso.

Con todo, el autor no descarta que dichas previsiones garantistas puedan redundar igualmente en la posible explotación de las mujeres gestantes, en tanto la propia naturaleza de la práctica lo que está implicando no es otra cosa que la utilización de la capacidad reproductora de las mujeres para satisfacer los deseos de terceros. Esta y otras reflexiones se recogen en el último capítulo donde, a modo de conclu-

sión, Salazar resume todas las razones que le llevan a posicionarse contra un tipo de práctica que pretende dar por válido un contrato en el que la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran las mujeres pone en cuestión la validez de un consentimiento que se halla inevitablemente condicionado.

En definitiva, se trata este de un libro valiente, que nace de la militancia personal de su autor para con la defensa de los derechos de las mujeres y que se nutre de la rigurosidad científica que, desde una perspectiva eminentemente teórico-constitucional, caracteriza a los trabajos de Octavio Salazar. El resultado es una obra de referencia, de obligada lectura para quienes busquen situar la GPO desde una perspectiva omnicomprensiva, detallada y feminista.

Laura FLORES ANARTE

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.15>

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público*, HAEE/IVAP, Oñati, 2019, 228 págs.

La monografía objeto de reseña tiene la finalidad de exponer las principales novedades operadas por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/679) relativo a la protección de las personas físicas en lo que res-

pecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, así como su incardinación en el ordenamiento jurídico interno a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, Ley 3/2018).

De esta manera, Rafael Jiménez Asensio trata de proporcionar una visión teórico-práctica a los diferentes colectivos (funcionarios, empleados públicos, políticos, opositores o estudiantes universitarios) del alcance y complejidad de la nueva regulación mediante el binomio de las ya citadas normas: Reglamento 2016/679 y Ley 3/2018. Para ello, el autor irá analizando las principales novedades en materia de protección de datos paralelamente, a través de un estudio comparativo de la regulación contenida en el citado Reglamento 2016/679 y su articulación en la Ley 3/2018.

Es igualmente destacable como recuerda el autor que, por la naturaleza meramente explicativa de su obra, no nos encontramos ante un texto dirigido a los distintos profesionales y especialistas dedicados en exclusiva al ámbito de la protección de datos personales, si bien las cuestiones tratadas en el mismo podrían resultar, sin duda alguna, una herramienta pedagógica de especial interés.

En cuanto a su estructura, la obra se divide en tres grandes ejes. El primero de ellos estudia las principales novedades introducidas por el bino-

mio normativo anteriormente citado. El segundo bloque, aborda el análisis de los principales derechos y principios derivados de la protección de datos personales, con especial referencia a los derechos digitales como una de las novedades más significativas introducidas por la Ley 3/2018. Por último, el tercer bloque pone de manifiesto la novedosa gestión institucional de protección de datos personales. Y ello, desde la óptica de su aplicación a las Administraciones Públicas, y más concretamente, a los gobiernos locales.

Por lo tanto, a lo largo de estas líneas, trataremos de dar una visión resumida de las principales novedades destacadas por el autor en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del presente binomio normativo, es preciso señalar la plena aplicabilidad del Reglamento 2016/679 y de la Ley 3/2018 a las Administraciones Públicas y a las entidades de su sector público (con algunas excepciones, tales como las sociedades mercantiles de capital enteramente público).

El Reglamento 2016/679 se presentó como un instrumento normativo imprescindible para proporcionar una respuesta inmediata a los diferentes desafíos y retos derivados del fenómeno conocido como «revolución tecnológica». Y es que a lo largo de los más de veinte años de vigencia de la Ley Orgánica 15/1995, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, la globa-

lización y la transferencia internacional de datos han evolucionado a una velocidad tal, que el actual intercambio de información entre las personas físicas y los operadores jurídicos ha alcanzado una escala sin precedentes.

En efecto, toda vez que la aceleración de los procesos tecnológicos se presentaba imparable, se hizo necesario articular un mecanismo normativo que lograra proporcionar determinadas líneas orientativas en aras de evitar, con dicho tratamiento masivo de datos personales, la vulneración de los derechos de las personas físicas. Así las cosas, conviene destacar, tal y como lo hace el autor, como uno de los documentos que propició la modificación normativa en materia de protección de datos personales, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea, COM/2010/0609 final».

A mayor abundamiento, a lo largo de dicho proceso de reconstrucción normativa es igualmente destacable la derogación de la Directiva 95/46/CE y su sustitución por el Reglamento 2016/679. Dicha cuestión no resulta en modo alguno baladí, toda vez que el Reglamento, a diferencia de la citada Directiva, se trata de un instrumento que resulta directamente aplicable, es obligatorio en todos sus elementos y de alcance general. Lo que implica que, en última instancia, y para lo que ahora nos ocupa, la posición del Reglamento

2016/679 respecto a la Ley 3/2018, se asiente en el principio de primacía de la primera y por ende, de complemento de la segunda. Cuestión que dificulta, aún más si cabe, la interpretación de dicho binomio normativo. Además, la regulación de dicha materia a través de una figura como el Reglamento proporciona seguridad jurídica y transparencia, ya que garantiza un tratamiento uniforme en todos los Estados miembros.

En dicho contexto, el nuevo modelo normativo se articula en una concepción proactiva o basada en el denominado «enfoque de riesgos». Es decir, las Administraciones Públicas, así como los entes del sector público, toda vez que tratan grandes cantidades de datos personales, deberán adoptar determinadas medidas tendentes a evitar, precisamente, la erosión de los derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas físicas. De modo y manera que deberán, entre otras cuestiones, implementar un Registro de Actividades de Tratamiento, incrementar las medidas de seguridad en los mismos, efectuar Análisis de Riesgos, realizar evaluaciones de impacto de protección de datos, así como dotarse de la estructura organizativa necesaria para acometer dichas actuaciones (responsables y encargados de tratamiento; Delegado de Protección de Datos; Códigos de Conducta; mecanismos de certificación; autoridades de control, etc.). Es decir, desde el punto de vista institucional, la nueva regulación apuesta por una postura denominada por el autor como de anticipación y prevención: aquella que pone énfasis

en analizar los riesgos y adoptar en consecuencia las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas objeto de protección.

En la presente obra objeto de recensión el autor estudia de manera pormenorizada las diferentes figuras clave de las medidas técnicas y organizativas introducidas por el referido binomio normativo (enumeradas en el párrafo anterior), en aras de explicar el alcance del nuevo sistema de responsabilidad proactiva. Cuestiones, sin duda, de gran impacto para el ámbito de las Administraciones Públicas, y especialmente, para las Administraciones Locales, que son en última instancia, el objeto central de su trabajo.

Por su parte, entrando en el contenido de las novedades introducidas por el citado binomio normativo, sin ánimo de resultar muy extensivos, destacaremos sucintamente las principales líneas-fuerza destacadas por el autor, y que la parte dispositiva de la Ley 3/2018 trata en sus tres primeros títulos (disposiciones generales, principios y derechos de las personas).

En primer lugar, se hace referencia a la novedosa regulación que la Ley 3/2018 realiza sobre las personas fallecidas, quedando el tratamiento de los datos de éstas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, y habilitando a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho solicitar el acceso, rectificación o supresión de dichos datos, salvo que el fallecido lo hubiera

prohibido expresamente o así lo determine una norma con rango de Ley.

Otra de las novedades significativas de la nueva regulación, es la relativa al consentimiento. El nuevo régimen jurídico del mismo obliga a que éste consista en un acto afirmativo y claro que deberá además extenderse para todos los fines del tratamiento cuando éstos fueran varios. Queda, por tanto, excluido el consentimiento tácito. Además, la Ley 3/2018 fija la edad de 14 años como umbral mínimo del consentimiento del menor, debiendo recabar el consentimiento de aquél que ejerza la patria potestad o tutela en los casos en los que no se alcance dicha minoría de edad.

Esta cuestión reviste especial trascendencia en lo que respecta al procedimiento administrativo común. Y es que, la modificación de los artículos 28.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, afecta directamente a la nueva regulación del consentimiento de los interesados en el mismo. Así, los interesados no estarán obligados a aportar datos o documentos no exigidos por la normativa aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado ante cualquier Administración, debiendo ésta recabar aquellos electrónicamente a través de sus redes corporativas, salvo que conste en el procedimiento la oposición expresa del interesado en tal sentido. Esta última afirmación («salvo oposición expresa del interesado»), sin

embargo, no está exenta de críticas doctrinales. Y es que, se estaría presumiendo bajo la misma, —en los supuestos en los que el interesado no ejerza su derecho de oposición—, un consentimiento tácito de éste. Interpretación contraria a la nueva regulación de la Ley 3/2018.

Por otro lado, se prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos personales (tales como, origen étnico y racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, afiliación sindical, datos genéticos y biométricos, relativos a la salud, vida sexual u orientaciones sexuales) salvo que concurren las excepciones recogidas en el artículo 9.2 del Reglamento 2016/679.

En segundo lugar, en relación con los principios que inspiran la presente materia, cabe sistematizarlos en los siguientes: licitud, lealtad, transparencia (entendida como la obligación de información a las personas físicas), limitación de la finalidad, minimización de los datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad. Además, llama la atención la exención al responsable del tratamiento de la imputación de la inexactitud de los datos obtenidos directamente del afectado cuando aquél hubiera adoptado todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación.

Por consiguiente, en relación con los derechos vinculados con la protección de datos personales (denominado por el profesor Diez Picazo como «derecho racimo» a la hora de referirse a la tutela judicial efec-

tiva), el binomio normativo de la Ley 3/2018 y el Reglamento 2016/679, si bien ha mantenido los tradicionales derechos ARCO (Acceso; Rectificación; Cancelación y Oposición) ha incorporado también otros distintos.

El artículo 17 del Reglamento 2016/679 y los artículos 14 y 15 de la Ley 3/2018 regulan los denominados derecho al olvido o derecho a la supresión de datos personales, señalando que los interesados tendrán derecho a que se supriman los datos personales cuando éstos dejaran de servir a los fines para los que fueron recogidos; cuando el interesado hubiera retirado su consentimiento, o cuando éstos se opongan al tratamiento.

Asimismo, el binomio normativo hace referencia al derecho del interesado a la limitación del tratamiento cuando éste hubiera impugnado la exactitud del mismo; cuando el tratamiento fuera ilícito; cuando éste necesitare los datos para interponer reclamaciones y cuando el mismo se hubiera opuesto al tratamiento de sus datos por motivos particulares.

Destaca, sin embargo, la protección que la Ley 3/2018 dispensa a los denominados «derechos digitales». Esto es, la regulación de los referidos derechos digitales mediante Ley Orgánica, —si bien como reconoce gran parte de la doctrina científica más autorizada debiera haberse elevado a rango constitucional, para dotar a los mismos del reconocimiento de un verdadero sistema de garantía—, tiene como última finalidad proporcionar a los mismos de una



mayor protección jurisdiccional en conexión directa con el derecho a la protección de datos personales, así como con otros derechos fundamentales recogidos por la Constitución (derecho a la intimidad o a la dignidad de las personas, entre otros).

Así, el Título X de la Ley 3/2018 introduce los siguientes diecinueve derechos digitales: neutralidad de internet; acceso universal a internet; seguridad digital; educación digital; protección de los menores en internet; rectificación en internet; actualización de informaciones en medios digitales; intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; desconexión digital en el ámbito laboral; intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral; negociación colectiva; protección de datos de los menores en internet; olvido en búsquedas de internet; olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes; portabilidad; testamento digital e impulso de los derechos digitales.

En tercer lugar, el autor hace una sucinta referencia a la nueva regulación sobre infracciones y sanciones administrativas. A este respecto, dos son las consideraciones que se ponen de manifiesto en relación con la presente cuestión. Por un lado, destaca la regulación efectuada por parte del legislador orgánico de un régimen jurídico específico de las infracciones administrativas más allá de lo realizado por el Reglamento 2016/679, que únicamente se refiere

a las infracciones de orden penal. Por otro, llama la atención el régimen excesivamente blando que rige para las Administraciones Públicas y entidades del sector público (cuyos encargados y responsables de tratamiento serían sancionados con meros apercibimientos) frente al conjunto de sanciones a las que deberán hacer frente las empresas y organizaciones del sector privado en caso de incumplimiento de las obligaciones recogidas en el citado binomio normativo.

Todo lo anterior conecta directamente con el análisis que realiza el autor en el tercer bloque de su obra (Nuevo sistema institucional y de gestión de protección de datos en la Administración Pública), y supone, en última instancia, la obligación *sine qua non* para los entes del sector público de adaptar sus procedimientos, estructura y organización a las exigencias impuestas por los ya citados Reglamento 2016/679 y Ley 3/2018. A este respecto, la Agencia Española de Protección de Datos ha publicado a finales del 2018 una guía explicativa de las nuevas obligaciones a las que deberá hacer frente el sector público, entre las que podemos destacar las siguientes: publicación del registro de actividades de tratamiento del órgano del sector público; obligación de información a los ciudadanos de sus derechos; verificación de datos personales de los ciudadanos; identificación de los ciudadanos en la notificación de actos; designación de Delegado de Protección de Datos, así como transparencia en la imposición de sanciones, entre otros.

En definitiva, de la obra recensio-  
nada extraemos las siguientes con-  
clusiones. En un contexto de impar-  
table y continua revolución tecnoló-  
gica, la protección de los datos personales,  
—entendidos estos como derechos  
fundamentales y libertades públicas  
de las personas físicas—, y lo que  
hoy en día la Ley 3/2018 ha regulado  
como los denominados «derechos di-  
gitales», se presenta como uno de los  
pilares básicos de un estado demo-  
crático de derecho. De modo y ma-  
nera que las Administraciones Públi-  
cas y el resto de entes del sector  
público, deberán ajustar su organiza-  
ción institucional a las exigencias con-  
templadas en la normativa señalada a  
lo largo de las presentes líneas. No  
será una labor sencilla. Más bien todo  
lo contrario, toda vez que para una  
adecuada gestión institucional será  
necesario una magnánima inversión  
en recursos humanos y económicos  
que nos permita dar un cambio de  
cultura y nos aproxime a una correcta  
educación digital. Y ello porque tal y  
como concluye el autor en directa re-  
ferencia a Michel Onfray (Decadencia.  
Vida y muerte de Occidente, Paidós,  
2017): «La conectividad virtual apenas  
está dando hoy sus primeros pasos.  
Llegará el día en que la civilización  
mundial será única, monolítica (...), la  
servidumbre del ser humano, en rela-  
ción con las máquinas, presentadas  
como liberadoras cuando en realidad  
nos someten, será cada vez más mar-  
cada hasta hacerse total». Debemos  
estar, por tanto, preparados.

Nerea GARRIDO MARTÍNEZ

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.16>

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (Coord.):  
*Política de residuos: análisis ju-  
rídico desde Euskadi*, Ed. IVAP,  
Oñati, 2018, 445 págs.

La política de residuos es un pro-  
blema ambiental de nuestra socie-  
dad desarrollista siempre latente  
—e incluso destacada por el papa  
Francisco en la Encíclica «*Laudato  
si*»—, y que en el ámbito territorial  
de la Comunidad Autónoma del País  
Vasco (CAPV) ha sido fuente de una  
especial conflictividad, sobre todo en  
el Territorio Histórico de Gipuzkoa.  
Por esta y por las siguientes razones  
que el coordinador de la misma Iñaki  
Agirreazkuenaga se encarga de en-  
marcar en el prólogo, esta obra que  
examina el régimen jurídico de los  
residuos en Euskadi se presenta en  
el *tempus* oportuno.

De un lado, en el plano jurídico,  
el 30 de mayo de 2018 se produjo la  
aprobación de cuatro directivas que  
modificaban otras relacionadas con  
los residuos, concentrando la mayor  
parte de los cambios en la Directiva  
2018/851/UE que modifica la Directiva  
Marco 2008/98/CE sobre los residuos  
(DR)-. Estas directivas obligan en  
consecuencia a su trasposición al ordena-  
miento estatal —La Ley 22/2011, de 28  
de julio, de residuos y suelos conta-  
minados (LRSC)— y a la actualización  
de la normativa del País Vasco —La  
Ley 3/1998, de 27 de febrero, Gene-  
ral de Protección del Medio Ambiente  
del País Vasco (LvMA)—, que, dicho  
sea de paso, lleva tiempo sin estar  
ajustada a la legislación básica estatal  
aunque exista un anteproyecto de ley  
en camino para sustituirla.

De otro lado, hay que indicar que dichos cambios en el Derecho comunitario se sitúan en el contexto general de la economía circular, ya que precisamente las nuevas propuestas legislativas aprobadas se insertan dentro del despliegue de las acciones previstas en el Plan de Acción de la Unión Europea para la economía circular, adoptado mediante la Comunicación de 2 de diciembre de 2015. El reto actual no es otro que la transición hacia la economía circular, y el paradigma de la economía circular debe configurar la nueva arquitectura de la política de residuos inspirando todas sus acciones, y, por supuesto, su regulación normativa. En último término, la finalidad es transformar la Unión Europea en una sociedad del reciclado y de cero residuos, donde no se consideren un deshecho del proceso productivo o de consumo, sino un recurso que debe volver al ciclo productivo.

El libro está compuesto por seis capítulos y un anexo documental final, elaborados por un plantel de cinco académicos e investigadores, consumados expertos en el campo del Derecho Administrativo, que abordan de forma complementaria diferentes aspectos de la materia de referencia. En todos ellos, subyace una visión transversal del medio ambiente, asociada al concepto de economía circular, y, además, al tratar los problemas jurídicos del sector de los residuos abarcan otros distintos planos entrelazados como la ordenación del territorio, el urbanismo, el régimen local o la contratación pública.

A modo de introducción general, en el primer capítulo, René Santa-

maría, autor prolífico e incluso precursor en la materia, esboza el panorama jurídico general de la transición hacia la economía circular, situándolo dentro del objetivo mundial de avanzar hacia un desarrollo sostenible.

En una primera parte, expone los rasgos generales del Derecho de los residuos y las diversas cuestiones jurídicas que debe afrontar el contenido de la regulación. Así, inicialmente pone de relieve la complejidad y desorden del sistema de fuentes normativas, ya que junto con un régimen jurídico más general, suele haber normas específicas que atienden a las diferentes tipologías de residuos, así como normas complementarias que desarrollan aspectos funcionales relativos a las diferentes operaciones de las que son susceptibles. A su vez, hay que tener en cuenta el reparto de atribuciones legislativas a nivel institucional entre la Unión Europea, Estado y Comunidades Autónomas. Asimismo, el autor advierte certeramente de que el legislador sectorial debe hacer frente a numerosos tecnicismos y conceptos jurídicos confusos y equívocos en torno a los residuos y sus diferentes tipologías. Finaliza refiriéndose al eje funcional repasando las diferentes operaciones de gestión, y aprovechando para destacar uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario de los residuos reflejado en la Directiva Marco: la jerarquización de opciones.

En la segunda parte, centra su estudio en las pautas actuales y perspectivas inmediatas de la transición

hacia la economía circular. Los recientes documentos de *soft law* que sirven de orientación han sido el VII Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020 y las Comunicaciones de la Comisión sobre la economía circular, en especial, la Comunicación de 2 de diciembre de 2015 «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular», en el cual se adopta un Plan de Acción de 52 acciones. Con vistas a futuro, la Comisión Europea pretende seguir impulsando la estrategia europea de economía circular sin necesidad de realizar reformas normativas. Como asignatura pendiente por parte del Estado español, la Comisión ha constatado un déficit en el cumplimiento de obligaciones en la aplicación de la normativa medioambiental de la UE, realizando recomendaciones para mejorar la gestión de los residuos y desarrollar el potencial de la economía circular.

Javier Moreno dedica el segundo capítulo a analizar los planes vascos de gestión de residuos. Como punto de partida, presenta la planificación como la técnica jurídica más eficaz tanto para alcanzar los objetivos estratégicos cuantificados de reducción y de valorización de residuos, como para coordinar las actuaciones de todas las administraciones implicadas en los diferentes niveles y tareas de gestión de residuos. En esta línea, el incumplimiento de la obligación normativa de disponer de planificación tiene consecuencias jurídicas importantes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, véase la anulación de autorizaciones para nuevas instalaciones de residuos si

no existe un plan de gestión de residuos aprobado que lo prevea.

Seguidamente, el autor se lanza a desgranar minuciosamente y con detalle el marco jurídico de la planificación, las clases de planes de gestión de residuos, su adecuación a la normativa europea y estatal, su contenido, naturaleza jurídica y el procedimiento para su elaboración y aprobación.

Explica que para la Comunidad Autónoma del País Vasco, la LRSC y la LvMA han configurado cuatro niveles jerárquicamente ordenados de planificación: un plan nacional marco de gestión de residuos —el vigente Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022—; dos planes autonómicos, uno marco para los residuos sólidos urbanos que sigue sin elaborarse formalmente, y otro director para el resto de residuos; tres planes forales de desarrollo, uno para cada territorio histórico —denotando que en la práctica, los Planes Integrales de Gestión de Residuos Urbanos han sido aprobados por los órganos forales en ausencia del plan autonómico—; y por último, potestativamente, los entes locales podrán disponer de programas sobre los residuos de su competencia.

A lo largo de la exposición, el autor formula numerosos, quizás demasiados, interrogantes y debates de carácter jurídico e intenta hallar la mejor solución legal a partir de la doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, cuando hace referencia a la naturaleza doctrinal de los planes de residuos vascos. Poco a poco se en-

cargará de cerrar los paréntesis que se van abriendo sin perder el hilo principal, y el apartado de las conclusiones resume las principales ideas ayudando a comprender la adecuada conjunción del capítulo.

En el tercer capítulo, Carmen Agoues aborda con precisión el problema de la ubicación de instalaciones de gestión de residuos en la CAPV. La eficaz gestión de los residuos domésticos requiere contar con las infraestructuras de recogida, almacenamiento, tratamiento, recuperación o eliminación de los residuos adecuados en cuanto a dimensiones y características. Sin embargo, apunta que la decisión final sobre la localización y ubicación de estas infraestructuras es harto complicada porque al margen de los grandes impactos que generan, concurren distintos poderes públicos responsables de su regulación y ejecución.

La profesora se centra especialmente en los residuos domésticos y traslada el tema a su terreno para concluir resaltando la importancia de los instrumentos de planificación de ordenación del territorio en la consecución de la mejor ubicación de las instalaciones y su interrelación con los planes de residuos. Para ello, desde la claridad y fluidez que caracterizan su estilo, desgrana el marco europeo y el marco estatal; cual es la autoridad competente para decidir sobre el procedimiento de instalación y la localización de las instalaciones; y finaliza planteando los instrumentos jurídicos más adecuados para decidir la ubicación de las instalaciones.

Al hilo de estas consideraciones, la Directiva Marco de Residuos exige a los Estados miembros una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación y valorización de residuos domésticos, de conformidad con los principios de autosuficiencia y de proximidad a los focos de generación, principios consagrados por el Tribunal de Justicia de la UE en numerosas ocasiones. En el ámbito estatal, en cuanto al reparto competencial, incide especialmente en que hay que converger y coherenar la competencia del Estado para dictar la legislación básica en temas de residuos con la competencia autonómica de ordenación del territorio y urbanismo. Si bien el PEMAR y la LRSC establecen unos criterios y desarrollan los principios de proximidad y autosuficiencia para orientar los planes autonómicos de gestión de residuos, la competencia para determinar la localización de las instalaciones de gestión de residuos domésticos corresponde al ámbito autonómico, aunque a diferencia de la normativa europea y estatal, la ley vasca no obliga a implantar una red integrada de instalaciones.

La autora sostiene con buen criterio la necesidad de que el desarrollo del Plan de Residuos se materialice a través de un Plan Territorial Sectorial (PTS) de ámbito autonómico, y de que la CAPV requiere de un único PTS de infraestructuras de residuos domésticos como instrumento de ordenación idóneo y suficiente. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que corresponde al planificador territo-

rial señalar la uniformidad de criterios en la ubicación de las infraestructuras, pero no así la ordenación pormenorizada de las infraestructuras si no se justifica que ello resulta absolutamente imprescindible para la definición del modelo territorial adoptado, por lo que la ordenación pormenorizada puede dejarse en manos de planes especiales de competencia municipal. En este extremo, concluye específicamente que el PTS debiera distinguir entre infraestructuras autonómicas únicas de primer nivel cuya localización estaría prevista en el propio PTS a modo de determinaciones vinculantes, y las infraestructuras públicas o privadas que serían legitimadas por el planeamiento urbanístico a partir de unos criterios claros de ubicación establecidos en el PTS.

Eunate Prieto, en el cuarto capítulo, presenta un trabajo valioso bajando al eslabón y escalón local. En primer lugar, abre el capítulo con una síntesis del Derecho comunitario de aplicación a los residuos municipales. A continuación, ofrece las líneas maestras de las competencias que la legislación atribuye a las entidades locales en materia de residuos, tanto por la Ley de Bases de Régimen Local estatal y la Ley de Instituciones Locales de Euskadi como por la legislación medioambiental específica de residuos. Ya en una tercera parte, hace referencia a distintas ordenanzas municipales en materia de residuos, y quizás sea este el apartado más notable de su trabajo, en cuanto nos acerca a la realidad de la regulación más próxima a la ciudadanía trayendo a colación distintos asuntos

tratados por las ordenanzas. De este modo, refleja el problema señalado de la terminología confusa e indistintamente utilizada por las ordenanzas —en este caso en cuanto a los residuos calificados como urbanos, municipales y domiciliarios—; los diferentes sistemas de recogida selectiva adoptados mediante contenedores o «puerta a puerta» o una combinación de ambos sistemas; y la potestad inspectora y sancionadora de los municipios.

La autora hace hincapié en el hecho de que en la CAPV es normal que la gestión de los residuos municipales se desarrolle de forma conjunta entre los municipios vecinos a través de mancomunidades de distintos tipos, bien creadas con tal objeto, bien sean mancomunidades de servicios públicos comarcales que asumen la gestión. Aparte del funcionamiento de las Cuadrillas alavesas, se pueden crear consorcios de residuos en un marco territorial superior o distinto del de las mancomunidades, y por su realidad conflictiva en el plano jurisdiccional-contencioso destaca el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa. Esta institución engloba distintas Mancomunidades y entre ellas está la Mancomunidad de Debabarrena, por lo que al englobar a los municipios de Mallabia y Ermua se extiende a parte de Bizkaia. A tal efecto, la profesora considera, al igual que Iñaki Agirrezkuenaga en su artículo posterior, que las Juntas Generales de Gipuzkoa no tienen competencia para dictar Normas Forales de aplicación a un consorcio de residuos cuando excede de su territorio histórico.

Javier Moreno repite en un extenso quinto capítulo, y en razón de la necesaria participación de los ciudadanos en la toma de decisiones en materia de gestión de residuos, investiga la utilización de las consultas populares como fórmula de participación pública.

En este aspecto, parte de la distinción entre las consultas referendarias o referéndums —materia reservada a Ley Orgánica y regulada por el Estado— y las consultas no referendarias cuya configuración jurídica ha desgranado la doctrina del Tribunal Constitucional a través de sus pronunciamientos. El autor realiza un análisis exhaustivo de los requisitos y la naturaleza de los dos tipos de consultas, siguiendo una línea discursiva clara y desarrollando generosamente los diferentes tipos de consultas que a nivel local, autonómico y foral figuran expresamente en la normativa. Ciertamente, este estudio concienzudo y extenso de las modalidades de consulta sería digno de una monografía por sí mismo.

Su conclusión inevitable es que cuando los poderes públicos recaban la opinión de la gente en materia de residuos, su encaje jurídico se produce en las consultas no referendarias. Como detalle y prueba de la minuciosidad de su trabajo, para acabar cita las diez consultas populares que se han celebrado en la CAPV a nivel local sobre aspectos relacionados con el sistema de recogida de los residuos domésticos.

El Catedrático Iñaki Agirreazkueña se encarga de cerrar el círculo

en el sexto capítulo ilustrándonos sobre la conflictividad del tema de los residuos en Gipuzkoa, centrándose, eso sí, en los aspectos jurídicos de las cuestiones surgidas en el seno del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, y dejando a un lado con tacto y delicadeza los enfrentamientos políticos que han podido subyacer.

En concreto, el profesor ahonda en los diversos conflictos jurídicos en relación a los Estatutos del Consorcio; la incorporación de la Mancomunidad de Txingudi al Consorcio; la incompetencia de las Juntas Generales de Gipuzkoa para aprobar Normas Forales que regulan el régimen y funcionamiento del Consorcio; o la nulidad del PTS de Infraestructuras de Residuos Urbanos de Gipuzkoa respecto a la ordenación pormenorizada, principalmente en relación con la construcción de la incineradora. El apartado más importante de este capítulo se refiere al relato de las causas de nulidad y anulabilidad del primer contrato de construcción del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa —Se trata de un tema que conoce bien como autor de uno de los dictámenes jurídicos realizados a requerimiento del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa— y de los vaivenes acaecidos en torno a la resolución de mutuo acuerdo de dicho contrato. También pone en solfa el segundo contrato para la construcción de la nueva incineradora, denominada ahora el Complejo Medioambiental de Gipuzkoa y con una capacidad más reducida, a la par que critica el hecho de que se enmascare como un contrato de concesión de obras públicas lo que en realidad sería un contrato de concesión.

En su exposición, el catedrático refleja un absoluto control de todas las disciplinas del Derecho Administrativo: urbanismo, medio ambiente, contratación, procedimiento administrativo... A nuestro entender, la exposición final de este caso real y su historia judicial resulta una elección estructural muy acertada para poner un colofón brillante a un estudio jurídico tan variado y completo.

No hay que olvidar el complemento final, pues la obra contiene un Anexo documental de la normativa de referencia y de la jurisprudencia referente, cuyas sentencias demuestran nuevamente que estamos ante un tema nada pacífico con tensiones constantes, y permite comprobar la extraordinaria complejidad administrativa que entraña la gestión de los residuos en el ámbito de la Comunidad Autónoma con tantos niveles administrativos con competencias parciales en la materia.

En suma, la obra colectiva que analizamos representa un buen ejemplo de colaboración académica y un trabajo excelente desde el punto de vista metodológico. Desde una adecuada selección de contenidos principales, supone una obra muy bien ensamblada, atacando el tema desde diferentes flancos pero inexorablemente conectados entre sí, lo cual favorece la visión diversa a la par que completa del sistema jurídico aplicable en su conjunto.

Si bien cada uno con su pluma, los autores reman en el mismo barco y en la misma dirección, de forma que coinciden en ocasiones en la

descripción de matices y la identificación de las aristas pendientes de salvar. Las conclusiones son reveladoras de que queda pendiente por actualizar la legislación anticuada del País Vasco; falta por elaborarse el Plan Vasco Marco de Residuos Sólidos Urbanos para los distintos planes forales; y de que el nuevo paradigma de la economía circular debe inspirar la interpretación y aplicación de las normas existentes, si bien a la vista de los últimos datos de residuos gestionados y depositados en vertedero, todavía estamos lejos de una economía circular.

Con carácter general, el estilo se caracteriza por una auténtica vocación investigadora y didáctica por igual. Se ponen de manifiesto dudas ya planteadas en sede administrativa y judicial, y otras que a buen seguro llegarán a plantearse con motivo de la resolución de controversias, aportando rutas o pistas de solución para los operadores jurídicos. Ello no obstante, como quiera que las complicaciones se van desgranando pieza por pieza acompañadas de explicaciones generosas y reveladoras, la obra aspira a ser igualmente útil para la comunidad jurista como para el público no jurista.

En definitiva, constituye un estudio altamente interesante elaborado con rigor científico que muestra una calidad técnico-jurídica sobresaliente. Efectivamente, sus autores han realizado una valiosa aportación conformando una lectura imprescindible y de obligada consulta sobre el régimen jurídico de los residuos para todo aquel que quiera comprender y



profundizar en la materia, y que, sin duda, los operadores tanto jurídicos como del sector agradecerán.

Iñaki SERRANO LASA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.17>

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, prólogo de Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 304 páginas.

I. Resulta manifiesta la actualidad del tema abordado por el doctor Delgado del Rincón, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos, en el libro que pretendo recensionar; actualidad que discurre paralela a la del fenómeno migratorio. Es cierto que la llegada de migrantes económicos (dejamos aparte, pues, a los refugiados) se ha visto reducida —que no detenida, ni mucho menos— desde el inicio de la crisis económica. Pero, precisamente por efecto de esta crisis, ganaron notoriedad cuestiones jurídicas derivadas de la presencia de extranjeros en España. En este sentido, resulta llamativa la atención que la doctrina ha prestado, en concreto, a la asistencia médica a los extranjeros en situación irregular. Evidentemente, este interés doctrinal se ha visto espoleado por las alteraciones normativas habidas en España durante los últimos años en relación con esta asistencia médica. Y es que este régimen asistencial se reformó —en un sentido restrictivo para

los inmigrantes— por vía de Decreto-Ley en el año 2012, alegando el Gobierno para ello, precisamente, la crisis económica —según manifestó el preámbulo de la norma—. El caso es que esta legislación estatal, el subsiguiente refrendo del Tribunal Constitucional, la reacción normativa de varias Comunidades Autónomas y, finalmente, la contrarreforma operada por un nuevo Decreto-Ley aprobado en julio de 2018, han provocado un poderoso tsunami doctrinal. Para comprobarlo, basta contemplar la cantidad ingente de libros, artículos e informes que se citan en el trabajo de Luis Delgado. A nadie se escapa que esta atención de la Academia se ha visto alentada, sin duda, por la carga ideológico/política y de activismo social que subyace en un tema como este, y que, sin duda, pueden poner en riesgo la valoración cabal y desideologizada que se espera de los juristas. Dicho esto, presentemos el valioso trabajo al que nos enfrentamos.

Quiero señalar, de entrada, que estamos ante un libro exquisitamente redactado, lo que este recensionante valora sobremanera. Por comenzar por el principio, y desde la perspectiva lingüístico-jurídica, celebro que el profesor Delgado del Rincón, desde el título de su obra hasta su remate final, hable *siempre* —sin excepción alguna— del «derecho a protección de la salud» (como certamente había hecho el constituyente español en 1978) o del «derecho a la asistencia sanitaria» (o expresiones equivalentes) y no del «derecho a la salud», como, sin embargo, hacen buena cantidad de los autores allí citados (incluido un ma-

gistrado del Tribunal Constitucional en su voto particular) y hasta los mismísimos plenos de nuestro Alto Tribunal(1) o de la Corte Constitucional italiana. Comienza el autor señalando que «no existe un derecho a la salud propiamente dicho, es decir, un derecho a ser curado, porque su garantía es imposible». En esta línea, no me resisto a advertir que la salud es un estado o circunstancia fáctica de las personas, dependiente de factores de diversa índole (herencia genética, factores ambientales, decisiones personales y, en último término —quizá especialmente—, del azar). Se trata, pues, de un estado personal que ni el mejor de los médicos o de los tratamientos puede garantizar, y que está abocado a deteriorarse con el paso de los años: todos, irremisiblemente, terminaremos perdiendo la salud. Es decir, la salud no puede «exigirse» ante nadie; con lo que hablar de un «derecho a la salud» equivaldría a dar carta de naturaleza a una pretensión de inmortalidad. Lo que sí puede exigirse ante los poderes públicos es la atención sanitaria encaminada a preservar, en lo posible, la salud; y en ese sentido debería hablarse siempre de derecho a la protección de la salud.

Amén de esta cuestión semántica, el libro resulta de lectura ágil y de estructura impecable. Y, lo que es más importante, no esquivo nin-

guno de los arduos problemas jurídicos que concurren en esta temática. Otra cosa es que quien redacta estas líneas comulgue con todas las valoraciones jurídicas que el autor realiza acerca de esos problemas (ya lo adelanto: no lo hago). Pues bien, primero resumiré el contenido del libro, para después añadir unos breves aportes personales.

II. El libro se estructura en cinco epígrafes o capítulos, el último de los cuales acoge sus conclusiones. El primero, introductorio, se dedica a precisar el carácter del derecho sanitario del art. 43 CE. En el segundo, primero de los epígrafes nucleares, el autor lleva a cabo un recorrido por las distintas regulaciones de la asistencia sanitaria a los extranjeros, itinerario que se inicia con la Ley orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y que se cierra con el antes aludido Decreto-ley 7/2018, de acceso universal al Sistema Nacional de Salud. El tercer epígrafe se dedica a analizar, específicamente, la constitucionalidad del Decreto-ley 16/2012, que operó una restricción del derecho de asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular. Censurando el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional al enjuiciar la norma, el autor plasma aquí su valoración personal sobre la reforma, tanto en el aspecto formal (el tan manido como polémico recurso al Decreto-ley), como en la perspectiva material. En el cuarto de los apartados, el autor se ocupa de los problemas competenciales en este campo habidos entre el Estado y las Comuni-

(1) A modo de ejemplo, y por limitarme a las dos sentencias más importantes del Tribunal Constitucional que se analizan en este trabajo —la 139/2016 y 134/2017—, en la primera, la expresión «derecho a la salud» aparece en 31 ocasiones, y en la segunda, 11 veces.

dades Autónomas, pues a la norma estatal restrictiva de 2012 siguieron reacciones normativas autonómicas dispares, que también fueron sometidas al Tribunal Constitucional. Veamos, someramente, el contenido de cada epígrafe.

A) Se inicia el trabajo con un breve epígrafe bajo la rúbrica «la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE». Allí, el autor recuerda que en nuestro ordenamiento jurídico prevalece la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud; esto, por mor de la ubicación sistemática del art. 43 en el capítulo III del Título I. Y es que la mayoría de los preceptos de este capítulo se refieren a acciones positivas del Estado, sin perjuicio de que contenga también algunos derechos y principios rectores que no se ajustan a la actividad prestacional del Estado. Ahora bien, acto seguido advierte que precisamente la ubicación sistemática de este artículo en el texto constitucional ha llevado a la mayoría de la doctrina y a la jurisprudencia constitucional a sostener, en relación con su naturaleza y eficacia jurídica, que no estamos ante un verdadero derecho fundamental, ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un principio rector de la política social y económica, ante una norma de acción o mandato dirigido a los poderes públicos, ante un derecho social de libre configuración legislativa. Como tal, puede corresponder 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 ejerci-

cio». Punto este —la diferencia entre nacionales y no nacionales, y entre migrantes legales e ilegales, y lo que esto comporta en cuanto a las obligaciones asistenciales de Estado— que constituirá el nudo gordiano de este trabajo, desplegado en los siguientes epígrafes.

B) El segundo de los capítulos, pues, aborda la evolución del régimen jurídico de la asistencia sanitaria a los extranjeros, desde 1985 a 2018. Queda claro, desde el arranque, que la cuestión central a debate es la determinación subjetiva del derecho a la protección de la salud. Al respecto, se recuerda que la Ley Orgánica 7/1985 no contenía un precepto específico sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, y que la norma de desarrollo, el Real Decreto 155/1996, remitía a «la legislación específica sobre la materia». Constituían esta legislación la Ley General de Sanidad de 1986 y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, conforme a los cuales tenían derecho a la asistencia sanitaria pública los extranjeros que tuvieran su residencia legal y efectiva en el territorio nacional y estuvieran incluidos en el régimen de la Seguridad Social.

El primer cambio radical en el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros fue el introducido por el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que amplió considerablemente el ámbito subjetivo de la

atención sanitaria pública: cualquier extranjero que se encontrara en el territorio nacional, con independencia de su situación legal, podría acceder a la asistencia sanitaria y a otras prestaciones de carácter social con tal de que estuviera empadronado (para lo que no se exigía permiso de residencia). Y ni siquiera se exigía empadronamiento en los casos de «urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa», atención sanitaria que se extendía también a los menores y las mujeres embarazadas que se encuentren en España, al margen de su situación legal.

Un salto cualitativo en esta materia vino de la mano del Decreto-ley 16/2012, que modificó sustancialmente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo art. 3 era el que detallaba el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública. A partir de entonces, estas serían, resumidamente, las condiciones de acceso a la sanidad pública:

- Según el art. 3.1, «la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado», condición que concreta el apartado 2 del artículo.
- El art. 3.3 estableció, respecto de los nacionales, que «en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española (...)

podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente», cantidad que el Real Decreto 1192/2012 fijó en cien mil euros, computados anualmente (remisión a reglamento que el Tribunal Constitucional, en la STC 139/2016, consideró contraria a la reserva de ley impuesta por la Constitución).

- El mismo artículo establecía que los extranjeros procedentes de la UE, de otro Estado parte del EEE y Suiza podrán acceder a la condición de asegurado y a la asistencia sanitaria pública siempre que acrediten que no tienen unos ingresos superiores a cien mil euros computados anualmente. A estos les es aplicable también el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), reformado por el Decreto-ley 16/2012, que exige, en su apartado 1.b), que el ciudadano europeo disponga, «para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España». Este seguro médico puede ser cubierto por las instituciones de la seguridad social de sus Estados de origen o por entidades privadas.

— Y, por último, el punto más problemático, eje de esta investigación: los extranjeros en situación administrativa irregular. Según el art. 3 *ter*, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en los casos de «urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica», «de asistencia al embarazo, parto y postparto», «en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

Precisamente sobre este último punto, ya hemos dado cuenta de la reforma operada por el Decreto-ley 7/2018, legislación vigente en este momento. La nueva redacción que da al art. 3 de Ley 16/2003 atribuye la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a «todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español». Como señala el profesor Delgado, de una primera lectura e interpretación literal de la norma, podría deducirse que son titulares del derecho tanto los españoles como los extranjeros residentes en España, con independencia de que la residencia sea legal o no, habitual o efectiva. Omiso aportar más detalles, que el lector encontrará perfectamente descritos en la obra referenciada. Baste señalar que la norma estatal atribuye ahora el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso

de residencia en las mismas condiciones que a los españoles, sin exigir expresamente el empadronamiento en un municipio, ni fijar un periodo de tiempo de residencia en España, ni establecer un nivel máximo de renta. En esto, el autor muestra su sorpresa porque la Disposición final segunda establezca que para que este colectivo de personas pueda acceder a la lista de espera de trasplantes haya que esperar a que se dicte una orden ministerial, previo informe favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se establezcan «los requisitos y período mínimo para (...) acceder a la lista de espera».

C) El epígrafe tercero del libro se dedica, decíamos, a analizar la constitucionalidad de la restricción de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular operada por el Decreto-ley 16/2012, con el consiguiente comentario crítico a la STC 139/2016, de 21 de julio. Y es que contra esta norma con fuerza de ley presentaron recurso de inconstitucionalidad varias Comunidades Autónomas. Luis Delgado analiza el dictamen del Tribunal abordando primeramente los aspectos formales y después los sustantivos.

Desde la perspectiva formal, el autor examina la constitucionalidad de la utilización del Decreto-ley, poniendo en tela de juicio la interpretación flexible que el Tribunal hace (que ha hecho tradicionalmente) de la «extraordinaria y urgente necesidad» requerida por el art. 86 CE. A su juicio, aunque resultaba previsible que la Sala desestimaría el motivo

de inconstitucionalidad invocado, el Gobierno ofreció en este caso un razonamiento somero, general e insuficiente, basado en razones ligadas a la crisis económica, pero sin la motivación suficiente. Así lo considera, sobre todo, respecto de la medida concreta de regulación de la condición de asegurado y de exclusión de la atención sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular, pero empadronados y sin recursos económicos.

También desde esta perspectiva formal, se aborda aquí si la norma excede los límites materiales constitucionalmente impuestos al Decreto-ley, al afectar aquella a los derechos y libertades del Título I —por entender que la condición de asegurado constituye un elemento esencial del derecho—. Frente a la postura del Alto Tribunal de que la legislación de urgencia podrá desarrollar aspectos concretos de los derechos y regular elementos no esenciales de ellos, reforzada por la colocación en el Texto constitucional del que ahora nos ocupa, el autor se suma a la opinión discordante formulada por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré. Y considera que el derecho a la protección de la salud no puede quedar excluido de la prohibición de afectación por el Decreto-ley a los derechos y deberes del Título I de la CE a la vista de la propia naturaleza del derecho del art. 43 CE: es decir, a la luz de su conexión con el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE.

Atendiendo a la perspectiva material o sustantiva, el libro trata de valo-

rar si la regulación en causa infringe o no el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE desde el momento en que excluye de la condición de asegurado a los extranjeros en situación irregular. Esta es, condensadamente, la postura del Tribunal Constitucional al respecto, recogida en los fundamentos jurídicos 8 y 10:

- La «pretensión» de una sanidad universal, «proclamada legislativamente» [que no constitucionalmente], «ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas». La sanidad universal no significa un «derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias».
- El derecho a la protección de la salud, del art. 43 CE, es «un derecho de configuración legal» que «permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo». Como derecho de configuración legal, «el legislador dispone de un amplio margen de configuración (...), en tanto que [estamos ante un] precepto incluido en el capítulo III del título I CE».
- El derecho a la protección de la salud es un derecho que puede «ser modulado en su aplicación a los extranjeros», es un derecho cuya titularidad y ejercicio puede corresponder a los extranjeros, «según lo [que] dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible una diferen-

- cia de trato con los españoles en su ejercicio». De conformidad con una jurisprudencia constitucional ya consolidada, «el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales»
- Del nuevo régimen jurídico fijado por el legislador, puede deducirse que este ha actuado dentro del margen de que dispone para «establecer sus prioridades», sin que «la norma examinada responda a una opción arbitraria», sino todo lo contrario: esta preserva «bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia».
  - El Tribunal «olvida la conexión e instrumentalidad de determinados derechos o principios constitucionales «no fundamentales» respecto de otros que sí lo son por ubicarse en el capítulo II del título I», en referencia al derecho a la vida y a la integridad física y moral.
  - La modificación del sistema de protección de la salud del que venía disfrutando este colectivo infringe el art. 43 CE por distintos motivos: en primer lugar, porque se trata de una medida «claramente regresiva», por lo que el Tribunal debería haber realizado un esfuerzo de motivación para explicar detalladamente las razones de la reversibilidad de los ámbitos subjetivo y objetivo de un derecho social ya alcanzado; en segundo lugar, porque se priva del acceso gratuito a las prestaciones sanitarias básicas vinculadas a la atención primaria a un colectivo determinado, sin tener en cuenta unos parámetros como «la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema sanitario público»; y en tercer lugar, porque, a su juicio, la Sala desatiende su propia jurisprudencia que había sentado que la libertad del legislador de establecer limitaciones a las condiciones de ejercicio por los extranjeros de algunos derechos, entre ellos el «derecho a la salud», se ve asimismo restringida en la medida en que «las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España solo serán constitucionalmente válidas

También en esta cuestión de fondo, el profesor Delgado del Rincón se muestra crítico con el dictamen del Alto Tribunal; y lo hace de la mano de los argumentos del magistrado Valdés Dal-Ré (a su voto particular se adhirió la magistrada Asua Batarrita):

si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

Para una valoración de este punto me remito a las reflexiones personales que más adelante volcaré.

D) El epígrafe cuarto del libro analiza la cuestión competencial Estado/Comunidades Autónomas en relación con la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, en decir, sin permiso de residencia. Esto en cuanto a que a la normativa estatal restrictiva (de carácter básico) que acabamos de referir, aprobaba en 2012, siguieron numerosas normas autonómicas que extendieron este derecho sanitario a colectivos que habían sido excluidos de su disfrute. Algunas de estas normas fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad (o conflicto positivo de competencia) planteado contra ellas por el Gobierno. De entre las sentencias resultantes, en el libro se analiza, en particular, la STC 134/2017, que fija la doctrina constitucional al respecto.

Luis Delgado hace un minucioso recorrido por las distintas respuestas autonómicas ante la norma estatal básica de 2012, clasificándolas así: a) las Comunidades Autónomas que aplicaron de forma efectiva el Decreto-ley; b) las que no lo aplican de forma efectiva, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros

sin autorización de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplan determinados requisitos; c) y las que prestan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social. Para el detalle me remito al texto recensionado. Basta ahora advertir que esta situación jurídica de diversidad legislativa y, por ende, de inseguridad e inequidad, vio su fin con la aprobación del Decreto-ley de 2018, que —también con carácter básico— sabemos que amplió la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. Con lo que el problema de interpretación jurídica que subyace en este apartado —si las Comunidades Autónomas podían desarrollar las bases estatales alterando el ámbito subjetivo prestacional establecido en ellas, en este caso ampliándolo— ya no se plantea, pues es doctrina constitucional que el desarrollo de bases estatales no lo pueden realizar las Autonomías restringiendo los derechos definidos en aquellas.

No obstante, es cierto que un sesudo análisis del caso que aquí ocupa tiene indudable interés para intentar precisar la doctrina general sobre el juego competencial entre las bases estatales y el consiguiente desarrollo autonómico, que —por lo visto para este caso— permanece poco definido. Me remito al apartado siguiente de esta recensión. Adelanto que el autor sostiene que, del mismo modo que las Comunidades Autónomas pueden otorgar prestaciones



adicionales a sus residentes (guste o no, el Tribunal Constitucional admitió que aquellas pudieran ampliar la «cartera común» sanitaria establecida por el Estado), podrían ampliar también el ámbito subjetivo de la prestación sanitaria pública gratuita: de esta manera desarrollarían las bases estatales, concebidas estas —se dice— de una manera «cuantitativa». Conforme a esta concepción, se dice que el uso de las bases del Estado como límite máximo, como prohibición de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas para mejorarlas o ampliarlas, las desnaturaliza como técnica legislativa de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

No fue esta la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de las bases estatales que fijaron el ámbito subjetivo prestacional sanitario. En la sentencia 134/2017, además de advertir que la competencia que guarda relación más estrecha con la materia en cuestión es la del art. 149.1.16ª CE, señaló —y es lo determinante— que para la definición de lo básico por el legislador estatal existen varias técnicas, según la materia de que se trate o los sectores del ordenamiento afectados. Una de ellas consiste en concebir a las bases «como un mínimo común uniforme, pero mejorable, por parte de las Comunidades Autónomas» (acabo de decir que así ocurre con las prestaciones sanitarias); pero que también es posible «que la legislación básica agote legítimamente el espacio normativo en un subsector de aquella materia»: así lo hizo el artículo discutido al definir el ámbito subjetivo

de las prestaciones, concebido con «una clara vocación de exhaustividad». Esta interpretación topó con la disidencia de varios magistrados, a cuyo dictamen se suma el autor del libro. Básicamente, contrapusieron: en primer lugar, la concepción de las bases como nivel mínimo de las prestaciones sanitarias públicas susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales, siempre que se respete el principio de solidaridad y dispongan aquellas de financiación propia; y en segundo lugar, el Tribunal debió haber interpretado los títulos competenciales confrontados en relación con el mandato proclamado en el art. 43 CE de protección de la salud.

III. No corresponde aquí hacer un examen detallado el trabajo reaccionado, que exigiría otro de dimensiones semejantes. Del resumen aportado puede deducirse su valía, su valentía para criticar vicios normativos consolidados (como el abuso del Decreto-ley) o su positiva orientación a ampliar los derechos de colectivos desfavorecidos. Aportaré, sin embargo, unas reflexiones que —ya lo adelanté al inicio de estas páginas— tendrán un componente crítico sobre algunos puntos abordados en el libro.

A) Cuando, en la asignatura *Derecho de la Unión Europea*, explico a mis alumnos la lección sobre la política migratoria de la UE, comienzo planteándoles si existe el derecho de emigrar a otro país; es decir, un derecho de entrada en un país distinto del propio. A buen seguro, el lector

conoce lo que al respecto afirma el art. 13 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la ONU de 1948(2); lo que se complementa con lo dispuesto por el art. 1. de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* (adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1985), según el cual «Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado». La interpretación de estos preceptos es suficientemente clara: uno tiene el derecho de ingresar solo en *su país* (o de regresar a él), lo que no opera para el resto de países. El acceso de no nacionales y el control de fronteras es, pues, una cuestión que pertenece a la soberanía de cada país. Acto seguido, explico a mis alumnos que esto no quiere decir que un Estado pueda «cerrar fronteras» de modo absoluto e incondicionado por razón de aquella soberanía. En absoluto: se requiere un equilibrio racional entre la soberanía de los Estados (y otros intereses públicos subyacentes) y los deberes genéricos humanitarios —auténtica hipoteca social— que pesan sobre todos los Estados en relación con los demás, con la comunidad internacional. La riqueza de unos Estados no puede hacer caso omiso de la pobreza de otros. En este sen-

tido, suelo citarles un discurso de Kofi Annan ante el Parlamento Europeo, en el año 2004(3).

Comienzo mis reflexiones con este *excursus* —antecedente teórico-jurídico a lo tratado en este libro— con un doble propósito. Primero, con el deseo que nadie interprete mis palabras como una llamada a la insolidaridad del Estado con los nacionales de otros países (pretendo que sean lo contrario: una invitación a la generosidad —¡a la humanidad!— en su acogimiento). Y, en segundo lugar, al objeto de enmarcar el «derecho» de asistencia sanitaria a quienes, en realidad, carecen de un auténtico derecho de entrada y permanencia en un país que no es el suyo y que habitan en él de manera ilegal. Si se carece de este segundo derecho, es claro que no puede presentarse el primero —el sanitario— como una exigencia del Derecho, como algo que impone el respeto a la dignidad humana: una cosa es que el Estado (no como un universal, sino un Estado concreto) deba respetar *en todo caso* la dignidad de toda persona (dignidad que toma cuerpo en los llamados «derechos humanos») y otra es cargar sobre él la satisfacción de todas las necesidades de cuantos estén dentro de sus fronteras, independientemente de que sean estos nacionales o extranjeros (primera y relevante diferencia), o in-

(2) «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país».

(3) El que era entonces Secretario General de la ONU decía: «Todos los Estados tienen el derecho soberano de decidir qué migrantes voluntarios aceptan, y en qué condiciones. Pero no podemos cerrar las puertas sin más, ni tampoco cerrar los ojos ante esta tragedia humana».

dependientemente de que los segundos permanezcan allí legal o ilegalmente (segunda diferencia, también relevante). Quiero con esto decir que considero tan legítima, tan acorde al Derecho, la solución restrictiva de 2012 como la generosa y humanitaria de 2018. Y que la respuesta que respecto a la primera da el Tribunal Constitucional en su sentencia 139/2016 (que, recuérdese, negaba un «derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias») me parece irreprochable.

No quiero ahora profundizar en un juicio de razonabilidad de las dos soluciones apuntadas. Baste advertir que con el régimen actual de asistencia sanitaria a inmigrantes ilegales se reconoce, *de iure*, un derecho —básicamente, en iguales términos que a los nacionales— a todos cuantos, *de facto*, incluso *contra iure*, ingresen en nuestras fronteras. Es decir, los potenciales beneficiarios de este «derecho» serían unos 7000 millones de ciudadanos del mundo que carecen, sin embargo, del derecho de entrada: si *de facto* accedieran a España provocarían la quiebra de las cuentas del Estado.

B) Considero que un punto requiere algún detenimiento, por exigencias de la coherencia (coherencia que suele operar como parámetro de la razonabilidad del Derecho). Decíamos antes que la normativa española, de acuerdo con la europea, exigía a los nacionales de la Unión Europea que pretendan asentarse en España que dispusieran de recur-

sos suficientes para no ser una carga a la asistencia social española y, en concreto, que contaran con «un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España». Advierte el profesor Delgado que esta norma no fue reformada por el Decreto-ley 7/2018. Seguramente lo hace porque es consciente —aunque no lo dice— de que esta norma esconde una palmaria incoherencia con el núcleo positivo del Decreto-ley: se otorga un trato sanitario mucho más ventajoso a quienes acceden a nuestras fronteras, y permanecen en España, de manera ilegal, que a quienes lo han hecho legalmente, amparados por la libre circulación.

C) No puedo dejar de verter mi opinión acerca de una parte nuclear del trabajo: la dedicada a la asistencia sanitaria a inmigrantes ilegales por las Comunidades Autónomas tras el Decreto-ley de 2012, y a examinar críticamente la respuesta que a este tratamiento dio el Tribunal Constitucional en su sentencia 134/2017. Se recordará que se trata de precisar lo que es básico en la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria. También en este punto la valoración del Alto Tribunal me parece irreprochable, y las críticas que a su doctrina dirige Luis Delgado —de la mano de Valdés Dal-Ré— me parecen inconsistentes. Quizá en este punto no se percibe que un elemento característico de las bases estatales es su indeterminación, de modo que su concreción corresponde en cada caso y para materia o submateria al escalón estatal (no solo al Congreso: miles de páginas del BOE acogen normas básicas reglamentarias; sin perjuicio

de que «lo básico» puede extenderse a actuaciones ejecutivas). Por mor de esta indeterminación, unas veces procederá que las Comunidades Autónomas desarrollen las bases «cuantitativamente», mientras en otras estas agotarán el contenido normativo en esta concreta cuestión. Así, ¿alguien puede interpretar la norma básica estatal que fija en los 65 años la edad de jubilación de funcionarios como una norma susceptible de desarrollo o alteración autonómica? Considero —con el Tribunal Constitucional— que lo mismo cabe decir del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria: podrá criticarse el que el legislador estatal estableció en 2012, pero creo que pocas dudas caben sobre su interpretación como norma con vocación de exhaustividad.

Insisto en que estas valoraciones en nada empecen el indudable interés del libro, cuya lectura este recensionante recomienda encarecidamente.

Tomás PRIETO ÁLVAREZ

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.18>

BURLADA ETXEBESTE, José Luis, *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait*, Ed. Bosch, Barcelona, 2018, 264 págs.

La dramática situación de Vincent Lambert, profesional sanitario que en 2008 sufriera un accidente de tráfico que lo ha abocado a permanecer du-

rante más de una década en estado vegetativo crónico irreversible, ha vigorizado la importante controversia ética sobre el derecho a morir dignamente y avivado el efervescente debate sobre la muerte asistida y la eutanasia, desde el seno de su familia hasta traspasar las fronteras del territorio galo, al tiempo que constituye un recordatorio de la evidente utilidad de manifestar la voluntad individual a través del testamento vital.

La trascendencia social de todos estos temas ha podido trasladar a un segundo plano la incidencia que la teoría de la vía de hecho ha mostrado en el devenir judicial del asunto (y, paralelamente, en la evolución vital del propio Lambert), a raíz de la resolución adoptada por Tribunal de Apelación de París, este pasado 20 de mayo de 2019, que reconoce a la jurisdicción ordinaria, con carácter exclusivo, su competencia en un litigio cuyo conocimiento, en otro caso, hubiera correspondido a la jurisdicción administrativa. Todo ello no constituye sino una muestra más de la influencia que la legendaria *théorie de la voie de fait* aún ejerce en la escena jurídico-administrativa francesa actual.

Ciertamente, a los ojos de quien observa lo acontecido desde el otro lado de los Pirineos, esta decisión puede resultar llamativa, puesto que, a pesar de tratarse de una figura jurídica de origen común, difieren las consecuencias procesales que se le anudan en los ordenamientos de ambos países, un indicativo evidente de la disparidad de trayectorias que el citado concepto ha seguido en los ordenamientos francés y español, tal

y como se puede comprobar en una interesante monografía, elaborada por José Luis Burlada Etxebeste, que tenemos el placer de comentar en estas líneas.

A lo largo de sus catorce capítulos, la aludida monografía hace honor a su título y efectúa un detallado estudio del recorrido transitado por la teoría de la vía de hecho en el ordenamiento galo y la progresiva modulación que ha experimentado desde sus orígenes hasta el momento presente.

Todo ese análisis arranca con la aclaración, en el Capítulo I, de unas nociones previas, acerca de la relación de la vía de hecho con la inexistencia (en el sentido de ilegalidad flagrante) del acto administrativo ejecutado en el Derecho francés, una relación cuya evidente fragilidad en aquellos supuestos de acto lícito cuya ejecución se practica mediante una actividad material irregular, franquea el autor con la aplicación de un concepto extenso de acto administrativo propuesto por Le Mire.

A partir de ahí, y antes de concretar la definición de vía de hecho, el Capítulo II traza un sucinto pero necesario esbozo del itinerario transitado por la teoría desde su inicial enunciación por Jean Bodin, en su obra *Les six livres de la République*, hace ya más de cuatro centurias, pasando por el declive padecido en el periodo transitorio entre el *Ancien Régime* y el *Nouveau Régime*, la labor doctrinal desarrollada a lo largo del siglo XIX y los vaivenes jurisprudenciales sufridos hasta ser reafir-

mada por resoluciones adoptadas, en ámbitos considerablemente dispares, en los años sesenta del siglo XX.

Seguidamente, como se ha adelantado, a partir de un repaso de la doctrina francesa, en el Capítulo III procede a delimitar el concepto de esta construcción jurisprudencial orientada a atemperar el principio de independencia de la Administración y de la jurisdicción administrativa en relación con la jurisdicción ordinaria, extrayendo del mismo sus presupuestos tradicionales, que luego desgrana en el Capítulo VI.

No obstante, con carácter previo, se analizan, consecutivamente, las distintas causas que han dado lugar a una reducción jurisprudencial del dominio abarcado por esta teoría e, incluso, en algunos casos, a su desconocimiento.

Para comenzar, el Capítulo IV nos muestra que la caracterización elástica del propio concepto de vía de hecho, ha permitido, a partir aproximadamente, de mediados del siglo XX, una ampliación de las competencias administrativas (ampliación «natural», puesto que ya no se exige un texto legislativo o reglamentario expreso que las respalde, y, sobre todo, «temporal», ya que se admite la convalidación de una actuación material irregular mediante una decisión administrativa posterior, retroactiva) y que, en la década posterior, la jurisprudencia precisa con rigor el objeto lesionado por la actuación administrativa material irregular, que se limita a la propiedad privada (aunque también si pertenece a una per-

sona pública) y a las libertades fundamentales.

En cualquier caso, podemos constatar, en el Capítulo V, que, a través de conceptos diversos, como acto de gobierno (*acte de gouvernement*), suceso de guerra (*événement de guerre*), urgencia o intervención de los gobernantes, se llega a «blanquear» determinados supuestos de actuación administrativa material manifiestamente atentatoria de los citados derechos, trastocándose sus consecuencias, de modo que, en lugar de una responsabilidad agravada de la Administración autora, se les anuda la exoneración de responsabilidad de aquélla. En otros casos, la actuación es calificada como simple ilegalidad, lo cual es factible, en momentos o periodos determinados, por aplicación de la teoría de las circunstancias excepcionales, así como de la teoría de *l'emprise irrégulière*, que posteriormente es objeto de análisis específico en el Capítulo XIII.

Se llega así al análisis que el Capítulo VI realiza de las condiciones requeridas en el ordenamiento del país vecino para la constatación de la existencia de vía de hecho: una actividad administrativa material de ejecución (o «amenaza» de la misma); una irregularidad manifiesta (derivada de la irregularidad del acto administrativo ejecutado, de la inexistencia de título ejecutivo previo, de la discordancia entre el título ejecutivo y la propia ejecución, de la comisión de irregularidades en la fase de ejecución o en la ocupación posterior, o de la duplicidad de irregularidades,

presentes tanto en el título ejecutivo como en la ejecución); y la comisión de un atentado contra el derecho de propiedad privada (sea mobiliaria o inmobiliaria) o contra las libertades fundamentales.

Dada la desnaturalización de la actuación administrativa que da lugar a la vía de hecho, su efecto inmediato se refleja en la atribución de plenitud de jurisdicción a la autoridad judicial, a quien compete de modo exclusivo la determinación de sus consecuencias, aunque la constatación de la existencia misma de la vía de hecho sí puede realizarla, en algunos casos, el juez administrativo. Pues bien, el Capítulo VII examina aspectos relativos a la determinación de la obligación administrativa de reparación de los perjuicios causados por la vía de hecho, a la adopción judicial de órdenes (*injonctions*) dirigidas a la Administración en orden al cese de la situación irregular provocada o de prohibiciones en orden a la prevención de comportamientos inminentes susceptibles de constituir vía de hecho, así como, en su caso, a la determinación de la existencia de responsabilidad personal de agentes públicos, con base en la comisión de una falta personal.

A partir de aquí, la obra efectúa una aproximación más pausada, analizando el tratamiento jurisprudencial de diversos aspectos aflorados con anterioridad. Para empezar, el Capítulo VIII analiza la evolución experimentada por la teoría de la vía de hecho en el periodo transcurrido entre la adopción por parte del Tribunal de Conflictos del denominado *arrêt*

*Guigon*, en junio de 1966 (a partir del cual se reconoce una competencia compartida entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa en la apreciación de la vía de hecho), y la promulgación de la Ley de 30 de junio de 2000, relativa al *référé* en la jurisdicción administrativa. A lo largo del mismo, se analiza detenidamente una serie de decisiones que resultan especialmente importantes en el devenir de la teoría en cuestión. En octubre de 1969, el Consejo de Estado adopta la decisión *Consorts Muselier*, que reconoce el principio de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria en lo relativo a la reparación de los perjuicios ocasionados por vía de hecho. Por otra parte, la jurisprudencia en materia de pasaportes da lugar a una nueva configuración de la teoría, extendiendo la noción tradicional: así, en noviembre de 1984, la Corte de Casación adopta una tríada de decisiones en las que se califica de vía de hecho la retirada de pasaportes o la denegación de su renovación como sanción al impago de impuestos a la Hacienda pública francesa; en junio de 1986, el Tribunal de Conflictos adopta el *arrêt Eucat* en un supuesto similar, en el que considera vía de hecho la utilización de concretos poderes por parte de la Administración en orden a la consecución de fines diferentes a los previstos por la norma habilitante, con una aparente flexibilización de la noción que mantiene en decisiones posteriores y es asumida incluso por el Consejo de Estado. Sin embargo, en los años noventa del siglo pasado, y, ante la utilización «abusiva» de la vía de hecho por parte de los tribunales ordinarios, el Tribunal de

Conflictos se encarga, de alguna manera, de «frenar» tal tendencia.

Llega así, en el año 2000, la ya mencionada Ley reguladora del *référé* en la jurisdicción administrativa, de cuyo estudio se encarga el Capítulo IX de la obra, en el que se compara tal regulación con la del *référé* civil y se observa que tienen características objetivas idénticas, lo cual significa que la Ley otorga a los tribunales administrativos una capacidad idéntica a la de los tribunales ordinarios para hacer cesar situaciones constitutivas de vía de hecho.

El principio de intangibilidad de las obras públicas, constitutivo de una importante limitación (a juicio del autor, «probablemente, el límite más importante») de la teoría de la vía de hecho, impide a los tribunales, tanto civiles como administrativos, ordenar que se destruya, modifique o desplace una obra pública. En el Capítulo X, que analiza la incidencia de este principio en el control de la vía de hecho, puede observarse que el Tribunal de Conflictos, el Consejo de Estado y la Corte de Casación han remodelado el principio a comienzos del presente siglo, de modo que el Tribunal de Conflictos admite que se pueda ordenar el desplazamiento o demolición de una obra, en supuesto de vía de hecho, y cuando no se haya iniciado el procedimiento apropiado para su regularización, mientras que el Consejo de Estado añade, además, como requisito que, por aplicación de la *théorie du bilan*, se entienda que los inconvenientes originados por la obra superen a sus ventajas. La Corte de Ca-

sación asume la postura del Tribunal de Conflictos.

A continuación, el Capítulo XI examina la concurrencia competencial entre tribunales administrativos y ordinarios en relación con la finalización de una situación de vía de hecho, y, muy en concreto, la *ordonnance* adoptada por el Consejo de Estado, en enero de 2013, en el asunto *Commune de Chirongui*, en la que confirma tal concurrencia competencial en lo relativo a la constatación y cesación de la vía de hecho.

El *arrêt Bergoend*, adoptado por el Tribunal de Conflictos en junio de 2013, es objeto específico de examen en el Capítulo XII, en tanto en cuanto aporta a la fundamentación de la teoría de la vía de hecho, al tiempo que reduce su ámbito material, pues, aunque no se menciona ya el requisito de gravedad del atentado producido con la actuación administrativa material, se limita su ámbito de protección a la libertad individual (limitada a su contenido esencial, la seguridad) y únicamente protege el derecho de propiedad de ataques que supongan su extinción (esto último ha sido corroborado por una decisión de enero de 2018 de la Corte de Casación). El Capítulo continúa con la búsqueda del fundamento constitucional de la vía de hecho, tanto en lo relativo a la libertad individual, como en lo relativo a la extinción del derecho de propiedad. El *arrêt Bergoend* niega la calificación de vía de hecho a la instalación irregular, sin título que lo legitime (*même sans titre*), de un poste de distribución de energía eléctrica so-

bre un terreno privado, cuando la misma ha sido aparentemente tolerada durante mucho tiempo. Se trata de un nuevo concepto de vía de hecho, asumido de inmediato por el Consejo de Estado y seguidamente por la Corte de Casación (decisiones adoptadas en mayo de 2014, marzo de 2015 y diciembre de 2016) y que ha sido confirmado por el propio Tribunal de Conflictos en una decisión de enero de 2016, en este caso, en relación con la destrucción de bienes muebles privados ubicados en dominio público.

En su versión clásica, la teoría de *l'emprise irrégulière*, que constituye el objeto de estudio del Capítulo XIII, penúltimo de la monografía reseñada, se refiere a la requisa irregular de inmuebles, la cual, aunque responde a principios similares a los aplicables a la vía de hecho, con la que muestra una íntima conexión, mantiene con ella divergencias importantes (*l'emprise irrégulière* sólo se materializa sobre la propiedad inmobiliaria y, ante su constatación, los tribunales únicamente pueden decidir sobre la reparación de los perjuicios causados). Pues bien, el Tribunal de Conflictos, en su *arrêt Panizzon*, adoptado en junio de 2013, algunos meses después del *arrêt Bergoend*, distingue entre desposesión temporal o definitiva, de modo que sólo esta última (sea o no producida por vía de hecho) atribuye a los tribunales ordinarios competencias en materia de reparación de perjuicios derivados de la misma.

Finalmente, el Capítulo XIV, colofón de la monografía, efectúa una



síntesis conclusiva, plagada de alusiones doctrinales, al igual que el conjunto de la obra, y crítica con la debilitación sufrida por la teoría de la vía de hecho en su aplicación práctica, y con un breve, pero firme, alegato final a favor de la misma, sobre la que comparte la visión de Vedel, quien la ha considerado «l'une des plus précieuses garanties pour les libertés publiques et le droit de propriété».

Además, de acercarnos a la idiosincrasia actual de un ordenamiento que ha sido clave en la formación evolucion del Derecho Administrativo en España, la lectura de la monografía nos permite comprender mejor el trasfondo jurídico-administrativo de la decisión del Tribunal de Apelación parisino referida al inicio de la presente recensión.

Recordemos brevemente los principales detalles del tramo más reciente del periplo procesal discurrido en el asunto Lambert.

El día 17 de abril de 2018 los padres de Vincent Lambert, Pierre y Vivianne, su hermana Anne (quien, tras haber contraído matrimonio, actualmente lleva el apellido Tuarze) y su hermano David Philipon, presentan ante el tribunal administrativo de Châlons-en-Champagne un requerimiento *référé liberté* (en un procedimiento de urgencia suscitado en relación con una decisión administrativa interpretada como causante de una infracción grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, en este caso el derecho a la vida, cuya protección se solicita)

en relación con la decisión adoptada por el Hospital Universitario de Reims, el día 9 de abril de 2018, de interrumpir su alimentación e hidratación y de aplicarle de una sedación paliativa hasta su deceso. Una *ordonnance* adoptada por el citado tribunal el día 20 de abril de 2018, modificada el 2 de julio de 2018, recaba la realización de una pericia para determinar el cuadro clínico de Vincent Lambert antes de resolver acerca de la legalidad de la decisión del centro sanitario. Visto el informe pericial, el tribunal administrativo, por un lado, considera probada la voluntad de Lambert de no ser mantenido artificialmente con vida en la hipótesis de encontrarse en un estado de gran dependencia y, por otro, que los cuidados que se le dispensan no tiene otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida del paciente, por lo que descarta una infracción de la Ley *Claeys Leonetti*, de 2 de febrero de 2016, cuyos preceptos forman parte del Código de Salud Pública, que atentaría contra su libertad fundamentales.

Interpuesto recurso ante el Consejo de Estado, éste confirma la resolución del tribunal administrativo el día 24 de abril de 2019, ante lo cual solicitan medidas cautelares al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien se las deniega por decisión adoptada de fecha 29 de abril de 2019.

Parecía que, con ese doble aval, el asunto podía darse por finalizado. Sin embargo, los recurrentes abren el mismo día 24 de abril dos vías procesales, dirigiéndose simultá-

neamente (además de al Consejo de Estado) al Comité Internacional de los Derechos de las Personas Discapacitadas (CIDPD) de la ONU, que, con fecha de 3 de mayo, otorga al Estado francés un plazo de 6 meses para que presente sus observaciones, tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo del asunto, y le pide que adopte las medidas necesarias para evitar la interrupción de la alimentación y la hidratación de Lambert mientras se tramita el expediente, a lo cual responde el Director Adjunto de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, el día 10 de mayo, que no está legitimado para aplicar la medida cautelar solicitada. En consecuencia, el hospital comunica ya a la familia Lambert la previsión de interrupción de tratamientos y aplicación de la sedación paliativa para la semana del 20 de mayo de 2019.

Los padres y hermanos acuden el 12 de mayo de 2019 también al *Défenseur des Droits* de la República francesa, quien el 17 de mayo aprecia su incompetencia para la resolución de un eventual conflicto de normas, y, por otra parte, solicitan al juzgado administrativo de medidas provisionales que declare que el rechazo del Gobierno francés de adoptar las medidas cautelares solicitadas por el CIDPD constituye una infracción manifiesta del derecho a la vida y a los cuidados y del derecho a la tutela efectiva, lo cual rechaza el citado órgano en decisión adoptada el día 15 de mayo de 2019.

El asunto llega finalmente al Tribunal de Gran Instancia de París,

en procedimiento de urgencia (en el que, además de los recurrentes y la representación del Estado francés, interviene asimismo la UNAFTC o *Union Nationale des Associations de Familles de Traumatisés crâniens et de Cérébro-lésés*), pero, dos días más tarde, el citado órgano judicial se declara incompetente para conocer del litigio y condena en costas a la parte recurrente.

Estos se dirigen el 20 de mayo de 2019 al Tribunal de Apelación de París, órgano que, como conclusión de una argumentación que ha sido calificada de «sorprendente» (Margaux Rioualen, Dalloz Actualité), constata la existencia de una vía de hecho, lo cual se traduce en que la competencia para conocer del litigio corresponda únicamente a la jurisdicción ordinaria, cuando, en circunstancias normales, hubiera sido competente la jurisdicción administrativa.

Es muy posible que la resolución haya sido puntual y se haya producido en atención a las peculiares características del asunto, pero, por otra parte, también muestra que la *voie de fait* permanece aún presente en el ámbito forense galó. Por ende, probablemente resulte exagerado el vaticinio de un ocaso de la *voie de fait* que el propio Burlada Etxebeste efectúa en un reciente artículo publicado en el *Diario La Ley* (núm. 9406, 2019), y sea más cierto que vaya a mantenerse, como el mismo autor ha señalado en algún trabajo anterior, a modo de «categoría que se resiste a desaparecer» (*RVAP*, núm. 67, 2003).

Con independencia de la mayor o menor certidumbre de tales elucubraciones, la monografía publicada por Burlada Etxebeste, nos otorga la posibilidad de sumergirnos en un sugestivo repaso del significado y extensión que han tenido y van adquiriendo en el país vecino importantes conceptos jurídico-administrativos, una sumersión que podemos aprovechar para reparar en las divergencias que exhiben con el tratamiento que han recibido y reciben en el nuestro.

Espero y deseo que esta monografía sobre la vía de hecho en el Derecho Administrativo francés, huella de un nuevo avance en la senda iniciada, hace más de tres lustros, con la elaboración y defensa de una tesis doctoral sobre las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración, publicada en su momento (2004) por el IVAP, sea proseguida por la publicación de nuevas investigaciones que aguardaremos expectantes.

Jasone URKOLA IRIARTE

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.114.2019.19>

# IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO

