

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 38 • Junio 2018

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: *La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos.*
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA Y VILLACORTA MANCEBO, LUIS-QUINTÍN: *La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar.*

II. NOTAS Y DICTÁMENES

- ARÉVALO GUTIÉRREZ, ALFONSO: *Prontuario del régimen de los recursos contra las resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo.*
- GUILLEM CARRAU, JAVIER: *Las enmiendas o proposiciones de ley que afectan al acceso al mercado (Directiva Servicios, 2006/123/CE): el cumplimiento de la obligación de notificación a la Comisión Europea.*

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- ASENSIO VELASCO, MARÍA: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados.*

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- NIETO LOZANO, ÁNGELES; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2017 (X Legislatura).*

V. RECENSIONES

- MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: *El rapto de Europa: una interpretación histórica de nuestro tiempo*, de Luis Díez del Corral.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, ESTHER: *Régimen jurídico y práctica del juramento en España*, de Carmen Castañón Jiménez.
- ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE: *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, de Nicolás González Cuellar y Eduardo Demetrio Crespo (dirs.).
- SERRA, JUAN PABLO: *La política va al cine*, de Manuel Alcántara y Santiago Mariani (coords.).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: *El oficio de vivir, de enseñar, de escribir. Conversación con Pietro Polito*, de Norberto Bobbio.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

38

Junio
2018

Asamblea de Madrid
- Servicio de Publicaciones -

Plaza de la Asamblea, 1. 28018 – Madrid

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de la Asamblea de Madrid.

Edita: Asamblea de Madrid
Depósito Legal: M. 30.989-1999
I.S.S.N.: 1575-5312
Imprime: NEMAC COMUNICACIÓN, S.L.

MADRID, 2018

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENTE

- Paloma Adrados Gautier
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

- Ramón Espinar Gallego
- Pedro Díez Olazábal
- Juan Van-Halen Acedo
- Jesús Pedroche Nieto
- Concepción Dancausa Treviño
- María Elvira Rodríguez Herrero
- José Ignacio Echeverría Echániz
Ex-Presidentes de la Asamblea de Madrid

CONSEJO ASESOR

- Juan Trinidad Martos
Vicepresidente Primero de la Asamblea de Madrid
- Modesto Nolla Estrada
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- Laura Díaz Román
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- Ana Isabel Mariño Ortega
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
- María Carmen López Ruiz
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
- Juan Antonio Gómez-Angulo Rodríguez
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- Enrique Matías Ossorio Crespo
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
- Ángel Gabilondo Pujol
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- Lorena Ruiz-Huerta García de Viedma
Portavoz del Grupo Parlamentario Podemos Comunidad de Madrid en la Asamblea de Madrid
- Ignacio Jesús Aguado Crespo
Portavoz del Grupo Parlamentario Ciudadanos en la Asamblea de Madrid
- Manuel Alba Navarro
- Manuel Aragón Reyes
- Feliciano Barrios Pintado
- José Antonio Escudero López
- Manuel Fraile Clivillés
- Pedro González-Trevijano Sánchez
- Carmen Iglesias Cano
- Luis López Guerra
- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
- José F. Merino Merchán

- Santiago Muñoz Machado
- Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
- Luciano Parejo Alfonso
- Benigno Pendás García
- José Luis Piñar Mañas
- Emilio Recoder de Casso
- Francisco Rubio Llorente
- José Manuel Sala Arquer
- Miguel Sánchez Morón
- Juan Alfonso Santamaría Pastor
- José Eugenio Soriano García

CONSEJO TÉCNICO

- Alfonso Arévalo Gutiérrez
- Almudena Marazuela Bermejo
- Esther de Alba Bastarachea
- Antonio Lucio Gil
- Javier Sánchez Sánchez
- Ana María del Pino Carazo
- Blanca Cid Villagrasa
- Esteban Greciet García
- Mónica Martín de Hijas Merino
- Tatiana Recoder Vallina
- Roberto González de Zárate Lorente
- Lidia García Fernández (*excedencia voluntaria*)
- Andrés Sánchez Magro (*excedencia voluntaria*)
- Laura Seseña Santos (*excedencia voluntaria*)
- Clara Garrido Criado (*excedencia voluntaria*)
Letrados de la Asamblea de Madrid

DIRECTOR

- Raquel Marañón Gómez
Secretaria General de la Asamblea de Madrid

SECRETARIO

- Alfonso Arévalo Gutiérrez
Director de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES

- Ana Villena Cortés
Jefa del Servicio de Publicaciones
- Gema Moreno Rodríguez
Jefa de la Sección de Publicaciones
- Susana Moreno Rodríguez
Jefa del Negociado de Publicaciones no Oficiales
- Raquel del Sol Herreros
Administrativa del Negociado de Publicaciones no Oficiales

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA «ASAMBLEA»

La Revista *Asamblea* tiene una vocación esencialmente jurídico-pública, constitucional y administrativa, centrando su enfoque en el Derecho constitucional, parlamentario y autonómico, con especial atención a las cuestiones referentes al Parlamento y a la Comunidad de Madrid. Su carácter es semestral.

1. Lugar y modo de presentación de originales

Los trabajos o colaboraciones remitidos para su publicación en la Revista *Asamblea* deberán ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas. Se presentarán escritos en lengua castellana y se enviarán por correo electrónico, en formato Microsoft Word, al Secretario de la Revista, a la dirección: egreciet@asambleamadrid.es, o bien en papel acompañado de soporte electrónico (CD) dirigidos al Servicio de Publicaciones. Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 – Madrid.

La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

La Revista se reserva la iniciativa, especialmente en números monográficos, de invitar a los más prestigiosos especialistas en la materia.

2. Extensión y formato de presentación

— Datos del autor

Los trabajos originales irán encabezados por el nombre del autor o autores, número de teléfono, de fax y dirección de contacto y de correo electrónico. Deberá incluirse a pie de página con asterisco (*) la profesión, cargo principal o condición profesional con la que deseen ser presentados.

— Extensión y formato

Los trabajos tendrán una extensión máxima aproximada de treinta y cinco páginas (DINA4) y las recensiones de seis a ocho páginas. El tipo de letra deberá ser Times New Roman, cuerpo 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

— Título del trabajo

Los trabajos irán encabezados por el título o enunciado, en letra negrilla, Times New Roman, cuerpo superior a 12, texto en minúscula y en mayúsculas solo las palabras pertinentes. Ejemplo:

**La técnica legislativa en Derecho comparado,
en especial en América Latina**

— Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán en mayúscula, numerados I, II, III... y los epígrafes de los subapartados en minúscula 1.1, 2.1, 2.2...3.1... etc. Ejemplo:

Sumario: RESUMEN.—I. LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN EUROPA.—1.1. El modelo alemán: origen de la normativa sobre técnica legislativa.

— Resumen, palabras clave, *abstract* y *key words*

Los trabajos incluidos en las Secciones de la Revista II. ESTUDIOS y III. NOTAS Y DICTÁMENES, deberán presentar un RESUMEN en español de entre 120 y 150 palabras, así como tres o cuatro palabras clave identificativas del tema tratado. Si fuera posible, el resumen y las palabras clave se presentarán también en inglés.

Ejemplo:

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Constitucional de noviembre de 2012 declarando la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio...

PALABRAS CLAVE: Constitucionalidad, matrimonio, igualdad.

ABSTRACT

The ruling of the Spanish Constitutional Court of November 2012 declaring the full constitutionality of the 13/2005 law, of 1 July, amending the Civil Code in matters of law to marry...

KEYWORDS: Constitutionality, marriage, equality.

— Notas a pie de página y referencias bibliográficas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 9, numeradas correlativamente. Cuando se cite a un autor y su obra seguirá el siguiente formato: apellidos del autor, nombre con inicial mayúscula en versalita (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica como José ORTEGA Y GASSET, etc.), título del artículo entrecomillado y obra a la que pertenece en cursiva, número de la obra a la que hace referencia en abreviatura núm. Para señalar el número de páginas utilizarán p. o pp., y ss. para indicar las siguientes. Ejemplo:

¹ FERRERES COMELLA, V., «El principio de igualdad y el derecho a no casarse» (a propósito de la STC 222/1992). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, p. 170.

— Bibliografía

Las obras citadas o referencias bibliográficas se incluirán siempre al final del trabajo en un listado, con el siguiente formato.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, pp. 205-222.

— Ilustraciones

Las ilustraciones, fotos, gráficos, mapas, tablas, cuadros...etc., deberán ir insertados en el texto en el lugar exacto donde deban reproducirse, tendrán la suficiente calidad técnica y contener el título y la fuente de los datos mostrados.

NOTA DE REDACCIÓN: la Revista *Asamblea* no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores y colaboradores, quienes las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

ÍNDICE

Pág.

I. ESTUDIOS

- MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: *La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos* 13
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA Y VILLACORTA MANCEBO, LUIS-QUINTÍN: *La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar* 47

II. NOTAS Y DICTÁMENES

- ARÉVALO GUTIÉRREZ, ALFONSO: *Prontuario del régimen de los recursos contra las resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo* 91
- GUILLEM CARRAU, JAVIER: *Las enmiendas o proposiciones de ley que afectan al acceso al mercado (Directiva Servicios, 2006/123/CE): el cumplimiento de la obligación de notificación a la Comisión Europea* 143

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- ASENSIO VELASCO, MARÍA: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados* 163

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- NIETO LOZANO, ÁNGELES; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2017 (X Legislatura)* 173

V. RECENSIONES

- MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: *El rapto de Europa: una interpretación histórica de nuestro tiempo*, de Luis Díez del Corral 201
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, ESTHER: *Régimen jurídico y práctica del juramento en España*, de Carmen Castañón Jiménez 205
- ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE: *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, de Nicolás González Cuellar y Eduardo Demetrio Crespo (dirs.) 211
- SERRA, JUAN PABLO: *La política va al cine*, de Manuel Alcántara y Santiago Mariani (coords.) 217
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: *El oficio de vivir, de enseñar, de escribir. Conversación con Pietro Polito*, de Norberto Bobbio 227

I

ESTUDIOS

La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos

Sumario: RESUMEN.—I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO NORMATIVO ESTATAL E INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.—1.1. El concepto de protección integral de los derechos del niño.—1.2. El diseño de un sistema de protección con enfoque de derechos.—II. LOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—III. LAS “FASES” DEL CICLO DE LA DESPROTECCIÓN Y LAS CORRELATIVAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.—3.1. La promoción de derechos.—3.2. Las actuaciones de prevención.—3.3. Las medidas de protección. La situación de riesgo y la situación de desamparo.—3.3.1. La situación de riesgo.—3.3.2. La situación de desamparo y la guarda administrativa.—3.3.3. Las modalidades alternativas de cuidado parental: acogimiento familiar y acogimiento residencial.—3.4. El tránsito a la vida adulta: la reintegración en la familia vs. la preparación para la vida independiente de los niños sujetos a una medida de protección.—IV. ASPECTOS COMPETENCIALES Y ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL SISTEMA MADRILEÑO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.—V. RECAPITULACIÓN.

RESUMEN

El vigente marco normativo sobre protección de las personas menores de edad en la Comunidad de Madrid está constituido principalmente por la ley 6/1995, de 28

* Profesora Propia Agregada de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Directora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores.

de marzo, de garantías y derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid. Este marco precisa de una revisión para su actualización y adecuación a la legislación estatal sobre el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, modificada significativamente en 2015, atendiendo al concepto de protección integral del niño con enfoque de derechos que acoge la Convención de Derechos del Niño de 1989. Es preciso, pues, repensar el marco legislativo autonómico en relación con el alcance de la protección que corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid y adecuar sus normas e instituciones a los estándares internacionales y nacionales. En el presente trabajo no se pretende hacer una disección de la normativa madrileña vigente, sino más bien apuntar algunos aspectos para el diseño de un nuevo marco legal autonómico sobre protección de la infancia y la adolescencia.

PALABRAS CLAVE: Infancia y adolescencia, protección integral, derechos del niño, enfoque de derechos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO NORMATIVO ESTATAL E INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO¹

La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías y derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid², dictada en desarrollo de la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de protección a la infancia³, es el texto legal fundamental alrededor del cual se estructura el sistema de protección de la infancia de la Comunidad de Madrid. Otras normas de distinto rango y fecha –incluso anteriores a la propia ley– lo complementan o lo desarrollan conformando un sistema normativo e institucional que, aunque solo sea por el transcurso de veintitrés años desde su aprobación, parece requerir una revisión que vaya más allá de una adecuación formal al conjunto de normas estatales y documentos internacionales que se han aprobado a lo largo de ese tiempo, adaptación que, por lo demás, también habrá de abordarse.

Efectivamente, la ley madrileña es anterior a la Ley orgánica de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) aprobada en su versión inicial en 1996⁴. Esta ley estatal ha sido modificada por dos leyes en

¹ De conformidad con el marco ofrecido por la Convención de Derechos del Niño, en el presente trabajo se emplearán las expresiones “niño” para hacer referencia a personas menores de dieciocho años, incluyendo, pues, a los adolescentes. También se utiliza de forma genérica entendiéndose que esta expresión incluye tanto al género femenino como masculino.

² BOCM de 7 de abril de 1995.

³ Artículo 26.1.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE núm. 1, de 1 de marzo de 1983).

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, d 17 de enero de 1996).

el año 2015⁵, perfeccionando los mecanismos del sistema de protección que contemplaba en su redacción inicial, además de haber introducido los elementos esenciales que vienen marcados tanto por las disposiciones de carácter internacional como por resoluciones judiciales nacionales. Resulta, pues, imprescindible, adecuar el marco normativo autonómico al estatal, no solo desde la lógica de las relaciones entre las leyes estatales y autonómicas sino también de la necesaria ordenación o alineación del subsistema autonómico al modelo asumido por la Convención de Derechos del Niño ratificada por España en 1990, así como en otras disposiciones que, tanto del Comité de Derechos del Niño como de otros Comités de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, han ido publicando en las dos últimas décadas. Este corpus normativo acoge un fundamental cambio de paradigma en la materia al asumir plenamente una concepción del niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección. Ciertamente esa idea aparece ya mencionada en la ley madrileña⁶ –lo que debe calificarse como una acertada novedad de aquel momento– si bien no resulta proyectada con toda su potencialidad al desarrollar las instituciones, competencias, órganos y agentes del propio sistema de protección, que deben ordenarse, además, con enfoque de derechos.

Antes bien, la ley madrileña se edifica más bien en torno a las distintas competencias autonómicas asumidas estatutariamente en tanto pueden incidir en mayor o menor medida en la infancia y no tanto desde una centralidad de los derechos del niño y las actuaciones debidas para posibilitar su ejercicio⁷. Al situar el foco en los deberes de las Administraciones públicas y, como se dirá después, adoptar un concepto restrictivo de lo que significa la protección de la infancia y la adolescencia, la ley madrileña ha ido quedando cada vez más lejos de los estándares internacionales en la materia y de las normas de protección establecidas a nivel estatal. Dicho de otro modo, la protección entendida como conjunto de actuaciones administrativas que puedan afectar al niño desde el ejercicio de las competencias administrativas principalmente autonómicas, y especialmente en los casos de declaración de desamparo y asunción de la tutela administrativa por ministerio de

⁵ Por Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio) y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

⁶ Preámbulo de la Ley 6/1995.

⁷ “En efecto, no se ha pretendido regular un Estatuto de los menores de la Comunidad de Madrid, entendido como cuerpo normativo que regule omnicomprendivamente su *status* jurídico, puesto que no existe título competencial sobre la materia. Por tanto, más que normativizar todas las situaciones o relaciones jurídicas que pudieran afectar a los menores, se ha optado por recoger en la Ley aquellas materias que puedan incidir en los menores y respecto de las cuales la Comunidad de Madrid ostente algún tipo de competencia, bien plena, como las relativas a la asistencia social, casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las deportivo-benéficas, o espectáculos públicos (art. 26 apartados 18, 20 y 22 del Estatuto de Autonomía), bien de desarrollo legislativo, como las referidas a la sanidad e higiene, defensa del consumidor y usuario, protección del medio ambiente, medios de comunicación social o enseñanza (art. 27, apartados 6, 10, 11 y 13, y art. 30)” (Exposición de Motivos de la Ley 6/1995).

la ley no pone en el centro al niño como sujeto de derechos, tal como exige la legislación estatal y los estándares internacionales. La protección del niño debe ser la protección de sus derechos y ello debe tener la correlativa traducción en el marco legal.

La Convención de Derechos del Niño es en este tema la referencia ineludible, “el primer tratado específico dirigido al reconocimiento, garantía y protección de los derechos de la infancia” y tal como ha señalado CILLERO BRUÑOL “es el resultado de una larga evolución de la concepción social y jurídica de la infancia que durante el siglo XX vino a materializarse en instrumentos jurídicos internacionales primero de carácter declarativo y, luego, en cuerpos jurídicos vinculantes”⁸. La Convención es, pues, un texto normativo que crea obligaciones y responsabilidades para todos aquellos Estados que la han firmado y ratificado, como hiciera España en 1990. Junto con la Convención (y los tres Protocolos Facultativos que complementan algunos aspectos del tratado original)⁹, se han publicado un total de veintitrés Observaciones Generales por parte del Comité de Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención y de sus protocolos, con las que se pretende orientar a los Estados Parte acerca del correcto entendimiento y alcance de algunas disposiciones de la Convención. Estas Observaciones, aunque no son normas de eficacia directamente vinculante (*soft law*), tienen un valor interpretativo indiscutible para guiar las medidas legislativas y de otra índole que adopten los Estados en relación con la protección de la infancia y la adolescencia.

Dos son las ideas clave que deben ser acogidas y desarrolladas por los Estados: por un lado, el concepto de protección integral y, por otro, el de enfoque de derechos. Este es el cambio de paradigma fundamental que incorpora la Convención y que necesariamente ha de ser traducido en el ámbito interno, también en el autonómico.

⁸ Vid., CILLERO BRUÑOL, M. “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Tratado del menor. Protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, p. 85, 85 a 121, Cizur Menor, 2016. Igualmente, con una perspectiva de Derecho internacional, CARMONA LUQUE, M. R., “Incidencia de la Convención sobre los derechos del niño en la precisión del *Ius Cogens* internacional”, *American University International Law Review* 27, núm. 3, 2012, pp. 511 a 542; y de la misma autora, *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2011. Sobre la eficacia vinculante y la incorporación de la Convención al Derecho interno español, el primer y más completo trabajo sobre este texto es el de ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho constitucional español*, Madrid, 1994.

⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (AG/66/53).

1.1. El concepto de protección integral de los derechos del niño

La falta de madurez física y mental de los niños está en la base de la necesidad de procurarles una protección y cuidados especiales —en el sentido de diferente, reforzada— a la que el ordenamiento proporciona a las personas que ya han alcanzado la mayoría de edad. Para ello, la Convención impone a los Estados partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma (art. 4 CDN). El reconocimiento se hace, pues, en la Convención, en tanto se fundamenta en la condición del niño como titular de derechos, y los Estados se han de organizar para garantizar el ejercicio de los mismos¹⁰.

El carácter integral de dicha protección alude a la necesidad de que la misma tenga el alcance más amplio posible (integralidad como totalidad): se han de proteger todos los derechos de todos los niños por medio de medidas de toda índole (normativa, administrativa, política, presupuestaria, estadística, etc.) y por parte de todos los miembros y poderes de la sociedad, formando un auténtico sistema de protección¹¹. Los Estados Parte son los destinatarios principales de lo dispuesto en la Convención, que luego, internamente, diseñarán la respuesta institucional, normativa, política, estadística, etc., con plena soberanía. Como acertadamente ha afirmado CARMONA LUQUE, “en definitiva, la lectura de la Convención y su interpretación, nos sitúan ante obligaciones reales y efectivas; imperativas y/o programáticas; holísticas y no jerárquicas; y de vocación universal, e imponen su aplicación desde la perspectiva de los derechos del niño, quedando comprometidos los Estados partes, conforme al principio de efectividad, a adoptar medidas positivas para su implementación, no existiendo exclusión alguna ni respecto a los derechos, ni respecto a los Estados llamados a aplicarla”¹².

1.2. El diseño de un sistema de protección con enfoque de derechos

La necesaria adopción de un enfoque de derechos entronca directamente con el concepto de protección anteriormente referido. La protección que se ha de dispensar a los niños de acuerdo con la Convención no

¹⁰ Sobre los distintos modelos de protección a lo largo de la Historia, CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Madrid, 2006.

¹¹ CARMONA LUQUE destaca como notas esenciales de la Convención su universalidad y su carácter holístico y la interdependencia de derechos que regula, CARMONA LUQUE, M. R., “Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque de derechos en las políticas de infancia en España”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 69-88, p. 71.

¹² CARMONA LUQUE, M. R., “Las obligaciones derivadas de la Convención...”, *op. cit.*, p. 75.

es solo —ni principalmente— reactivo, es decir, no solo se pone en marcha una vez que se ha constatado una situación de desprotección de un niño, siendo aquél (Estado) el que, desde el asistencialismo (o la caridad) y sobre la base de la incapacidad del niño para valerse por sí mismo en orden a cubrir sus necesidades, actúe para reparar en la medida de lo posible el daño causado. Antes bien, la protección entendida con enfoque de derechos es una cuestión de titularidad de derechos humanos por los niños (en tanto que personas).

El entendimiento de la protección de los niños desde un enfoque de derechos se contrapone al enfoque de necesidades¹³. No es que los niños no sean inmaduros o adolezcan de una falta de cierta capacidad o madurez (afirmación que hace incluso la propia Convención); es que dicha incapacidad no puede ser el fundamento de la acción protectora, sino que deben serlo los derechos cuya titularidad les corresponde como sujetos. Como titulares de los derechos humanos, los niños han de participar activamente en todo aquello que les atañe, de acuerdo con su madurez y progresiva autonomía, debiendo contar con el apoyo de toda la institucionalidad del Estado, como un todo (administraciones públicas, poder judicial, etc.), la sociedad civil, los profesionales de servicios públicos (educativos, sanitarios, policiales, sociales) y las propias familias¹⁴. La protección que requieren los niños consiste en garantizarles el disfrute y ejercicio de todos sus derechos, lo que atañe a los Estados Partes a través del sistema de protección interno que se establezca¹⁵.

II. LOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

La vigente ley madrileña de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia recoge en su artículo 3 unos principios de actuación a los

¹³ Resulta muy esclarecedora la tabla que sintetiza los principales elementos de ambos enfoques recogida en el documento publicado por Save the Children *Programación de los Derechos del Niño. Cómo aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación*, elaborado por E. Geidenmark y Lena Karlsson, Suecia, 2012.

¹⁴ Para un adecuado entendimiento del concepto de enfoque de derechos en relación con la protección de los niños, vid., CEPAL-UNICEF, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición*, Santiago de Chile, 2012.

¹⁵ El Comité va más allá de una afirmación que pudiera parecer puramente teórica y apunta aquellos elementos que considera deben estar comprendidos dentro de un sistema de protección acorde con sus prescripciones: “Las medidas generales de aplicación identificadas por el Comité y descritas en esta Observación general tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados”, Observación General núm. 5 del Comité de Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44 (CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003).

que han de ajustarse las acciones que se promuevan por parte de las Administraciones públicas de la Comunidad de Madrid. Dicha enumeración responde a la idea del legislador autonómico de diseñar el marco regulador de las tareas y organización de las Administraciones públicas en relación con los niños que se encuentran en alguna situación de desprotección. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la idea de protección integral no limita a las administraciones públicas la responsabilidad de la respuesta protectora, sino que abarca todo un conjunto de medidas y sujetos a los que se imponen deberes para con los niños: los padres y madres, tutores, guardadores, autoridades escolares, personal sanitario, personal de servicios sociales, instituciones del tercer sector, los ciudadanos en general, etc. No sería suficiente, por tanto, señalar cuáles son los principios por los que se han de regir las Administraciones públicas (por lo demás, recogidos en la legislación administrativa general, principalmente, aunque no solo, en las leyes 39 y 40 de 2015)¹⁶, sino de identificar aquellos que son específicos y propios de un sistema de protección integral de la infancia y la adolescencia.

La Convención señala cuatro ejes fundamentales, si bien se pueden identificar otros que han de ser incorporados a la legislación y aplicados en la práctica administrativa y judicial.

Si bien todos los derechos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño tienen la misma importancia y deben ser interpretados conjuntamente, de manera holística, si hubiera que destacar uno de los cuatro supraprincipios que vertebran un sistema de protección de la infancia ese sería el *interés superior del niño*¹⁷, o lo que es lo mismo, en palabras de CILLERO, la satisfacción integral de todos sus derechos¹⁸.

La Ley madrileña menciona como el primero de los principios a los que han de responder las acciones que se promuevan por las Administraciones Públicas para la atención a la infancia y la adolescencia en garantía del ejercicio pleno de sus derechos el “primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente, en los términos establecidos en el Código Civil y en la Convención sobre los Derechos

¹⁶ Principalmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

¹⁷ La bibliografía sobre este capital concepto del derecho de la infancia es enorme. Citamos algunos de los más relevantes, sin ánimo de exhaustividad: ALSTON, P. “The best interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 1-25; ARIÈS, P. *Centuries of Childhood*, Harmondsworth, 1973. CARDONA LLORENS, J. “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, 30 (2), 2012, pp. 47-68; FREEMAN, M. “The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?”, *Int. Law Policy Family*, 11 (3), 1997, pp. 360-388; GROSSBERG, M. “Who Determines Children’s Best Interests?” *Law and History Review*, Vol. 17, No. 2 (Summer, 1999), pp. 309-314; VAN BUEREN, G. *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 45-51.

¹⁸ CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en VV.AA. *Derechos de la niñez y la adolescencia. Antología*, Costa Rica, 2001.

del Niño”¹⁹. Esta previsión debe ser ahora suplida por lo dispuesto en el artículo 2 LOPJM, precepto de carácter orgánico que, siguiendo el contenido de la Observación General número 14, dispone con carácter mucho más amplio que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado” y que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por tanto, no se trata solo de un principio, es también un derecho subjetivo del niño y una norma de procedimiento que lleva a la determinación de dicho interés en cada caso y no afecta solo a las Administraciones públicas, pues debe ser también tenido en cuenta por todo tipo de instituciones, públicas y privadas, y en todas las acciones y decisiones que conciernan al niño.

El interés superior del niño no es, por tanto, una expresión cuya mención sirva para justificar cualquier decisión que se adopte respecto de una persona menor de edad como si de un ámbito de discrecionalidad subjetiva se tratara, sino que debe garantizar el “disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”²⁰. Para ello, como dispone la LOPJM, debe ser evaluado y determinado en cada caso, concretándose individualmente atendiendo a las circunstancias de cada niño, teniendo en cuenta los criterios generales, que se han de ponderar teniendo en cuenta los elementos generales y respetando unas mínimas garantías de procedimiento, tal como detalla profusamente la ley estatal. El resultado de dicho proceso debería ser el mismo con independencia del sujeto que lo vaya a apreciar. No se trata, pues, de un ámbito de discrecionalidad sino de un concepto jurídico indeterminado.

El interés superior del niño no puede entenderse ni determinarse sin el *derecho a ser escuchado* o, como más ampliamente suele denominarse, el derecho a la participación de los niños. Recogido en el artículo 2 CDN y en el artículo 9 LOPJM (que lo desarrolla bajo el título de derecho a ser oído y escuchado), va más allá del derecho procesal a ser oído (aunque lógicamente lo comprende) y se configura como único cauce efectivo para el pleno ejercicio de los derechos del niño. Como correlato lógico del interés superior del niño el derecho a ser escuchado constituye el segundo de los ejes vertebradores de la Convención y, por tanto, del sistema de protección²¹.

¹⁹ Artículo 3.a de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

²⁰ Observación General Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), *CRC/C/CG/14*, de 29 de mayo de 2013, ap. 5.

²¹ Así lo explica el Comité al referirse a los artículos 3.1 y 12 de la CDN: “Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y

La legislación madrileña vigente contempla como segundo principio de actuación administrativa el de “velar por el ejercicio de los derechos subjetivos del menor y, en todo caso, el derecho a ser oído en cuantas decisiones le incumben, en los términos establecidos en el Código civil”, previsión que queda desbordada por la redacción del actual artículo 9 LOPJM, que reconoce el derecho del niño “a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. Es, pues, mucho más que el derecho procesal a ser oído en los procedimientos administrativos o judiciales o en las situaciones que contempla el Código civil. De acuerdo con la consideración del niño como sujeto titular de derechos, debe ser tenido en cuenta en todo aquello que le afecta, en todos los ámbitos de su vida, en los términos más amplios posibles²².

El *derecho a la no discriminación*, fundamentado en la dignidad de la persona y base para la incorporación efectiva del enfoque de derechos en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia, es incorporado en la legislación madrileña como el tercero de los principios de actuación de las administraciones, que han de “eliminar cualquier forma de discriminación en razón de nacimiento, sexo, color, raza, religión, origen nacional, étnico o social, idioma, opinión, impedimentos físicos, condiciones sociales, económicas o personales de los menores o sus familias, o cualquier otra circunstancia discriminatoria”. Esta previsión de la ley autonómica, redactada en términos ciertamente amplios, pretende justamente evitar que alguna circunstancia particular de un niño impida la satisfacción de todos sus derechos. Para ello puede ser necesario no solo proveer los cuidados y protección especiales que requiere todo niño sino, incluso, la adopción de medidas positivas que corrijan una situación de desigualdad real²³. De ahí la necesidad de atender específicamente en la legislación a los colectivos de niños que pueden encontrarse en una situación de desventaja (niñas, niños extranjeros no acompañados, niños con discapacidad, niños LGTBI, etc.).

El cuarto de los grandes principios es el que se refiere al *derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo* (art. 6 CDN). Sin el derecho a la vida no

su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (Observación General núm. 14 (2013), *cit. ap.* 43).

²² Así lo explica el Comité de derechos del Niño en su Observación General Núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/CG/12 de 20 de julio de 2009, ap. 27. La Observación desarrolla este derecho cuando la titularidad corresponde a un individuo (derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo aquello que le afecte) o a los niños como colectivo, desarrollando el concepto de participación.

²³ Observación General Núm. 14 (2013), ap. 41.

tiene sentido hablar de todos los demás, pues la vida es condición previa para la propia existencia de los derechos de la persona. La vida entendida no como pura supervivencia sino como una existencia digna, conduce a un tema capital en relación con la desprotección de los niños como es la violencia que se ejerce contra ellos. La violencia, en cualquiera de sus formas y grados, supone una violación del derecho a la integridad física y psicológica de los niños y, por la dimensión de la realidad de la violencia contra los niños, el Comité de Derechos del Niño ha sido claro y contundente²⁴: debe prohibirse de forma explícita cualquier forma de violencia contra los niños y debe articularse una respuesta integral que aborde esta lacra. Para ello, también como ha indicado el Consejo de Europa²⁵, es preciso diseñar e implementar una estrategia nacional sobre violencia contra la infancia²⁶, cuyo eje principal lo constituya una ley orgánica que desarrolle esta idea con la debida articulación con los sistemas de protección autonómicos²⁷.

En inseparable relación con la garantía del derecho a la vida y al desarrollo debe hacerse mención al principio y derecho al *buen trato*. El derecho a la vida y a la integridad se desarrolla en parte en la Convención como derecho del niño a no sufrir ningún tipo de violencia. La obligación de los Estados debe consecuentemente ir enfocada a erradicar la violencia contra los niños, tanto mediante la protección y reparación de las situaciones en las que se ha producido violencia, como mediante la prevención de aquellas conductas que puedan conducir a aquéllas, para evitarla. Sin embargo, dado que no solo se reconoce el derecho a la vida sino también al desarrollo holístico, buscando el mayor nivel posible de realización de los derechos, es preciso identificar actuaciones positivas en los responsables de la protección del niño como parte del concepto de protección. Para garantizar la vida y el desarrollo del niño las actuaciones tendentes a la eliminación de aquello que es negativo o atenta contra sus derechos es tan necesario como el fortalecimiento de lo que es positivo o promueve los factores de protección. El derecho al buen trato deriva del derecho al desarrollo del niño en relación

²⁴ También el llamado *Informe Pinheiro* se refiere al enorme problema de la violencia contra la infancia y lo analiza atendiendo a los cinco principales ámbitos en los que se produce: la familia, la escuela, la comunidad, los centros tanto de protección como de reforma y el lugar de trabajo. De las conclusiones que extrae, en línea con lo que reiteradamente ha señalado el Comité, cabe destacar la importancia de priorizar la prevención de la violencia, sin dejar de proteger a quienes han sido víctimas de la misma. Igualmente, destaca la importancia de contar con datos confiables sobre el fenómeno que sirvan de base para la toma de decisiones tanto en el diseño de las políticas públicas como para la elaboración de los presupuestos y la coordinación entre todos los que actúan en la protección de la infancia, PINHEIRO, P.S. *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas*, Naciones Unidas, 2006.

²⁵ *Directrices del Consejo de Europa sobre las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia* (CM/Rec (2009)10).

²⁶ SAVE THE CHILDREN, *Violencia contra la infancia. Hacia una estrategia integral*, Madrid, 2015.

²⁷ En 2010 el Comité de Derechos del Niño recomendó a España la elaboración de una ley de protección integral de los niños contra la violencia, como la que se había aprobado en relación con la violencia de género (Observaciones Finales a España, 2010, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 44 de la Convención, CRC/C/ESP/CO/3-4, ap. 38).

con la necesaria garantía de su interés superior²⁸ e impone a los responsables de aquél obligaciones de hacer que el Derecho tendrá que identificar y garantizar para cumplir efectivamente con el compromiso de garantizar la protección de los niños.

Un pilar fundamental de todo sistema de protección de la infancia y la adolescencia es la familia. Todos los documentos internacionales en esta materia adoptan como punto de partida el *carácter nuclear de la familia* para garantizar precisamente el desarrollo holístico del niño y como ámbito fundamental para lograr la satisfacción de sus derechos y necesidades. La familia es considerada un “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños” para lo cual “debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”²⁹. Son los padres los primeros responsables de la crianza, educación y desarrollo de sus hijos y, por tanto, los Estados deben encaminar sus actuaciones a apoyar a éstos en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus responsabilidades. Además, los niños tienen derecho a no ser separados de los padres salvo cuando lo exija, excepcionalmente, el interés superior del niño (art. 9 CDN).

Con este planteamiento la ley madrileña señala como principio de actuación administrativa “promover las condiciones necesarias para que la responsabilidad de los padres o tutores, en el efectivo ejercicio de los derechos de sus hijos o tutelados, pueda ser cumplida de forma adecuada”, asumiendo las Administraciones dicha responsabilidad cuando los padres o tutores “no puedan ejercerla o lo hagan de forma contraria al interés superior del menor, en los términos establecidos en el Código Civil y en la Convención de los Derechos del Niño” (art. 3.d). El principio así enunciado está alineado con lo que señalan los textos internacionales, pero no encuentra un desarrollo posterior en el articulado de la ley que, en cumplimiento del derecho del niño a vivir en una familia, contemplara un conjunto de actuaciones concretas y exigibles de apoyo al núcleo familiar de carácter preventivo y prioritario frente a la decisión de separar al niño de sus padres.

Un principio que debe explicitarse como elemento de funcionamiento del sistema de protección se refiere a la *prioridad presupuestaria* que debe tener esta cuestión en la confección y ejecución de los presupuestos públicos. De poco serviría diseñar un perfecto sistema de protección de la infancia si no se puede llevar a efecto por no contar con el apoyo presupuestario correspondiente. Dado que la infancia suscita, en palabras de FERRÁN

²⁸ Sobre el buen trato, vid., ALLER FLOREANCIG, T., Hacia el buen trato a la infancia: parentalidad positiva, competencia parental y prevención del maltrato infantil, *Papeles salmantinos de educación*, núm. 14, 2010, pp. 29 y ss.; BARUDY; DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Barcelona, 2009; LÓPEZ, F., *Necesidades en la infancia y en la adolescencia. Respuesta familiar, escolar y social*, Madrid, 2015R.

²⁹ Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño, párrafo cuarto.

CASAS, un “alto consenso de baja intensidad”³⁰, se hace imprescindible trasladar al ámbito normativo y de las políticas públicas el principio de prioridad presupuestaria. Así lo ha afirmado el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 19³¹, que proporciona a los Estados Partes criterios para que puedan cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención “en lo relativo a la asignación de presupuestos para reforzar la efectividad de los derechos del niño y fomentar un cambio real en la forma en que tales presupuestos se planifican, se aprueban, se ejecutan y se supervisan”. No es suficiente, pues, con la enunciación vigente en el artículo 6 de la Ley 6/1995 sobre prioridad presupuestaria (“la Asamblea de Madrid tendrá entre sus prioridades presupuestarias las actividades dedicadas a la formación, promoción, protección y ocio de los menores y procurará que las Corporaciones Locales asuman tal prioridad”), que deberá recoger la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos del niño, debiendo las Entidades Locales cumplir esa misma obligación en el ámbito de sus respectivas competencias.

En relación con el anterior principio, en tanto hace referencia a las medidas generales que los Estados deben adoptar para la efectiva protección de los derechos de los niños, la ley tendría que atender al principio de *adopción de decisiones basadas en evidencias*, es decir, que toda medida de toda índole que adopte un poder público en el marco del sistema de protección de la infancia, especialmente las de carácter general (normativas, presupuestarias, de planificación, programáticas)³² se basen en la información que proporcionan los datos sobre la situación de la infancia. La incorporación de la necesidad de generar, tratar y utilizar los datos obtenidos de forma completa, homogénea y desagregada como base de las decisiones de los poderes públicos representa la superación del modelo asistencial de protección, pues no se trata de dedicar más o menos cantidad de recursos a proteger a los niños en función de la “sensibilidad social” hacia ellos sino de emplear lo necesario para la garantía de sus derechos en función de las necesidades reales puestas de manifiesto por los datos.

Dicha objetivación permite, además, evaluar y medir el impacto de las normas y políticas sobre infancia, así como una continua adaptación de las mismas para orientarlas de manera más eficaz y eficiente al cumplimiento del superior interés del niño, en un proceso de mejora continua del conjunto del sistema. El establecimiento de indicadores y estándares de calidad para las distintas actuaciones y medidas administrativas y la consi-

³⁰ CASAS, F., “Los derechos de los niños y las relaciones intergeneracionales”, *Educación Social*, núm. 38, pp. 14-25.

³¹ Observación General Núm. 19, sobre la elaboración de los presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)”, *CRC/C/GC/19*, de 21 de julio de 2016.

³² Apartado 21.b de la Observación General Núm. 19 (2016), *cit.* Ya antes la Observación General Núm. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44) se refería a la obligación de los Estados partes de reunir datos de gran alcance (*CRC/C/GC/5*, de 27 de noviembre de 2003).

guiente exigibilidad de las mismas es también una prueba de la superación del sistema asistencialista y tutelar, basado en criterios de beneficencia. No cabe, pues, dejar la decisión sobre la cantidad, tipo y calidad de cuidados que requiere el niño a la coyuntura política o económica del momento, o al modo subjetivo de entender la necesidad de protección especial de los niños en cada caso sino que debe objetivarse, cuantificarse y formalizarse normativamente. El principio de legalidad administrativa cobra, en el modelo español de protección de la infancia y la adolescencia, todo su sentido.

III. LAS “FASES” DEL CICLO DE LA DESPROTECCIÓN Y LAS CORRELATIVAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

El modelo “tradicional” tutelar y asistencial ha puesto el peso principal de la respuesta protectora en España en la declaración de la situación de desamparo, la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública competente, la suspensión de la patria potestad de los progenitores y la separación del niño de su núcleo familiar. A este esquema responde en esencia la vigente ley madrileña, que sin eliminar la regulación de la situación de desamparo debe redimensionar su alcance en el conjunto del sistema, en el que la prioridad debe estar puesta en la prevención de las situaciones de vulneración de derechos y en la prevención de las situaciones que dan lugar a una declaración de desamparo.

3.1. La promoción de derechos

Antes, incluso, de que algún elemento pueda apuntar a la existencia de indicios de eventuales situaciones de desprotección de un niño o de un colectivo determinado, los poderes públicos deben actuar para fortalecer toda práctica que contribuya a la mejora del bienestar de la infancia y la adolescencia. Esta promoción de derechos no constituye, en sentido estricto, una “fase” dentro de la lógica de las actuaciones públicas en caso de vulneración de derechos, sino más bien un mandato general a los poderes públicos para informar, sensibilizar y concienciar sobre los derechos del niño a la sociedad civil, las familias, los servicios educativos, sanitarios, sociales y a los propios niños, quienes deben ser protagonistas de la defensa de sus propios derechos, comenzando por que reciban una educación con dicho enfoque. El concepto de promoción incluye tanto acciones dirigidas a dar a conocer o a mejorar las condiciones de la infancia y sus derechos, como la preparación o disposición de la sociedad y sus miembros para anticipar lo necesario para proteger mejor los derechos de los niños; la primera idea responde más al concepto de promoción mientras que la segunda entenderse como acción de prevención. En todo caso, lo relevante es que ambas deben estar comprendidas dentro de la acción protectora de los poderes públicos.

Asimismo, la formación y capacitación con enfoque de derechos de los profesionales que trabajan habitualmente con niños resulta fundamental no solo como transmisores de (y formadores en) dicho enfoque sino como base para favorecer la detección de situaciones de desprotección o de vulneración de derechos. Este es un elemento clave cuando la protección de la infancia y la adolescencia no es entendida solo como un catálogo de respuestas de los poderes públicos a situaciones de efectiva desprotección de niños y adolescentes sino como un verdadero sistema de protección, es decir, como un conjunto ordenado de elementos (normas, instituciones, sujetos) que pretenden un mismo fin. Consecuentemente, la ciudadanía en general tiene el deber de poner en conocimiento de los servicios competentes cualquier situación de posible desprotección y, en el caso de profesionales que trabajan con niños, debe explicitarse la obligación de hacerlo. La obligación que asume un Estado al firmar la Convención no puede cumplirse plenamente si su traducción institucional y jurídica queda reducida a un problema de distribución funciones entre instituciones públicas competentes para la protección de la infancia, debiendo corresponsabilizar al resto de los ciudadanos en la medida que corresponda.

En este sentido, la vigente ley madrileña carece de una previsión específica sobre esta cuestión, clave para extender y reforzar la eficacia del funcionamiento del sistema de protección autonómico³³, aunque debe valorarse positivamente la atribución a las Corporaciones Locales de la responsabilidad sobre la promoción de cuantas acciones favorezcan el desarrollo de la comunidad local y muy especialmente de sus miembros más jóvenes, procurando garantizarles el ejercicio de sus derechos, ofreciéndoles la protección adecuada y ejerciendo una acción preventiva eficaz” (art. 81.1).

3.2. Las actuaciones de prevención

Como se ha señalado anteriormente, en un sistema con enfoque de derechos la actuación principal de los poderes públicos debe ir encaminada precisamente a favorecer en el mayor grado posible el ejercicio de todos los derechos por sus titulares, lo que traslada el centro del problema de la reparación de la situación dañosa a las actuaciones de prevención de la misma, centrando la actuación pública en las causas que conducen al desamparo. Dichas actuaciones preventivas forman también parte del concepto de protección a la infancia y la adolescencia o, dicho de otro modo, su diseño e implementación no constituyen una decisión política sino una obligación impuesta a los poderes públicos. Ahora bien, dentro de las actuaciones de prevención, como evitación de algo, debemos hacer una distinción que tiene consecuencias importantes a efectos jurídicos en función del objeto

³³ Efectivamente, resulta escasa la previsión del artículo 3.g de la Ley 6/1995 que recoge como principio de la actuación administrativa “promover la participación de la iniciativa social en relación con la atención y promoción de la infancia y la adolescencia, procurando su incorporación a los planes y programas de atención impulsados por las Administraciones Públicas”.

de la acción preventiva (el riesgo de desprotección o el riesgo de separación de la familia).

El objeto de las actuaciones de prevención está constituido por las situaciones que afectan a un niño o a un conjunto de niños en las que se dan factores de riesgo que apuntan a una determinada probabilidad de desprotección ya sea porque se produce un perjuicio en su desarrollo o bienestar o porque se desatienden sus necesidades básicas, pudiendo impedirles o dificultarles el ejercicio de sus derechos. En dichas situaciones las Administraciones públicas, de acuerdo con los indicadores o factores de riesgo, pondrán en marcha actuaciones tendentes, por un lado, a reducir o eliminar dichos factores negativos y, por otro, a fortalecer aquellos factores de protección o resiliencia, sin que sea suficiente con abordar únicamente los primeros. Generalmente la legislación autonómica centra las acciones preventivas en la eliminación o reducción de los factores de riesgo, olvidando que tan necesario (y obligado) como lo primero es el fortalecimiento de los factores de protección.

Además, para el diseño de las actuaciones de prevención, es preciso tener en cuenta los entornos en los que habitualmente se desenvuelven los niños: la familia, la escuela y la comunidad (barrio, municipio), principalmente. En todos ellos es preciso, en línea con la idea de sistema de protección que antes se apuntaba, que asuman que deben realizar también actuaciones tanto de detección y reducción o eliminación como de refuerzo. Asimismo, la legislación debe contemplar medidas específicas para aquellos colectivos que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad porque el riesgo de ver vulnerados sus derechos o no atendidas sus necesidades es mayor.

Entre las actuaciones preventivas el apoyo a la familia resulta singularmente importante y es uno de los que más se ha impulsado tanto a nivel internacional como interno³⁴ sobre la base del derecho del niño a vivir en familia³⁵. Siendo los padres los primeros y principales responsables de la educación y cuidado de los hijos, los poderes públicos deben tanto respetar (no interferir) el ejercicio de las facultades y responsabilidades de aquellos respecto de sus hijos como apoyarles activamente para que lo hagan adecuadamente, es decir, de acuerdo con el superior interés del niño. De este modo la familia adquiere una dimensión pública, destinataria de la acción de los poderes públicos como garante de los derechos de sus miembros y, en particular de los hijos menores de edad. Con esta finalidad se ha elaborado

³⁴ La Convención de Derechos del Niño parte del convencimiento “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Preámbulo de la CDN).

³⁵ Compartimos la afirmación de GÓMEZ BENGOCHEA y BERÁSTEGUI acerca del papel de la familia desde la óptica de los derechos del niño: “la familia, en su sentido más profundo es, fundamental y prioritariamente, un derecho de los niños que hay que proteger y por el que hay que velar”, GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”, *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, 2009, núm. 130, pp. 175-198 (176).

a nivel europeo una línea de acción preventiva que promueve el llamado ejercicio positivo de la parentalidad referido “al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño”³⁶, que debe ser incorporado en el marco legal autonómico sobre prevención.

3.3. Las medidas de protección. La situación de riesgo y la situación de desamparo

Las medidas de protección *stricto sensu* son la situación de riesgo y la situación de desamparo. En ambas el niño sufre un determinado perjuicio en su bienestar o en sus derechos, pero el alcance de la intervención administrativa en uno y otro caso será proporcional a la gravedad del perjuicio, llegando a la separación del niño de su núcleo familiar en los casos excepcionales de mayor gravedad.

La situación de desamparo es la que más (y antes) se ha desarrollado normativamente, pues el alcance de la obligación protectora se circunscribía casi exclusivamente a la separación del niño de su núcleo familiar cuando se encontraba una situación de desprotección grave. Así lo hace la ley madrileña, que únicamente contempla como medida de protección la declaración de la situación de desamparo y no regula la situación de riesgo.

La LOPJM, promulgada un año después que la ley madrileña, introdujo junto con el desamparo la situación de riesgo, con el fin de atender situaciones “caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar”, limitándose la intervención “a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo”³⁷. Consecuentemente, la situación de riesgo comprendía un amplísimo abanico de situaciones de desprotección que se definían de forma residual o negativa, como todas aquellas que no constituían situación de desamparo.

Ambos conceptos han sido modificados por la reforma de 2015 con el fin de precisar mejor sus contornos, lo que resulta fundamental de acuerdo con el principio de legalidad de la Administración pública, que tendrá que apreciarlas, valorarlas e intervenir en ellas. Para ello, con carácter general se establece que “en las actuaciones de protección deberán primar, en todo

³⁶ Recomendación *Rec(2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las políticas de apoyo a la parentalidad positiva*. Sobre parentalidad positiva, vid. ALLER FLOREANCIG, T. “Hacia el buen trato a la infancia: parentalidad positiva, competencia parental y prevención del maltrato infantil”, *Papeles salmantinos de educación*, núm. 14, 2010, pp. 29–61. Para una visión del marco europeo, DALY, M. (ed.), *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, MSSSI-BOE, Madrid, 2012. Como actuación propia del nivel local, vid., BARAJAS, F.; CORCOBADO, J., (Dirs.), *Parentalidad positiva y políticas locales de apoyo a las familias. Orientaciones para favorecer el ejercicio de las responsabilidades parentales desde las corporaciones locales*, MSPS-FEMP, Madrid, 2010.

³⁷ Exposición de Motivos de la LOPJM.

caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas” (art. 12.1 LOPJM).

3.3.1. *La situación de riesgo*

La situación de riesgo se define en el artículo 17 LOPJM como “aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)”.

Tal como se desprende de la definición de la ley estatal, el niño ha sufrido efectivamente un perjuicio en su bienestar, en su desarrollo o en sus derechos (no es que exista probabilidad de que lo padezca, en cuyo caso estaríamos en las actuaciones de prevención general), por lo que los poderes públicos, en particular la administración competente, debe actuar para su protección sin separarlo de su entorno familiar. Pese a que la redacción de 2015 especifica más que la de 1996 la situación habilitante para la intervención administrativa sería conveniente que la ley (en este caso autonómica) enunciase los supuestos concretos que constituyen situación de riesgo, pues dada la trascendencia de las medidas que cabe adoptar debe reducirse en lo posible la discrecionalidad. A la vista de lo que otras leyes autonómicas han especificado como supuestos de situación de riesgo, cabría incluir en el texto legal los siguientes³⁸:

- a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.
- b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.
- c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico, psicológico o emocional sobre el niño o el adolescente o la utilización de pautas de corrección

³⁸ La LOPJM recoge dos situaciones de riesgo específicas: la situación de riesgo prenatal y la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para el menor (ap. 9 y 10 del art. 17 LOPJM).

- violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.
- d) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.
 - e) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.
 - f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra los niños y niñas, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo la no aceptación de la condición o identidad sexual del menor y el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra las niñas, o la ejercida contra niños y niñas con discapacidad.
 - g) La identificación de las madres como víctimas de trata.
 - h) El sometimiento a terapias de aversión a menores LGTBI por parte de sus padres.
 - i) Cualquier otra circunstancia que implique violencia contra los niños que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente.

Identificada y valorada una posible situación de riesgo (supuesto de hecho de la norma) la administración competente debe intervenir. Esa administración será la que determine la legislación autonómica, si bien parece razonable que sean las Administraciones locales (municipales) las que intervengan en las situaciones de riesgo, dada la conexión (o identificación) con los servicios sociales generales y especializados. Estos servicios realizarán su intervención según la especificidad y gravedad de la situación, si bien debe contemplarse legalmente (i) la formalización de las situaciones de riesgo y (ii) la necesidad de registrar la información sobre cada caso a efectos estadísticos.

De acuerdo con la legislación estatal, la valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar, en cuya elaboración y ejecución se procurará la colaboración de los progenitores. Ello no es incompatible con la necesaria formalización de la acción administrativa en riesgo. La LOPJM dispone que “la situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada” (art. 17.6 LOPJM). Será, pues, la legislación autonómica la que deba determinar qué administración es la competente para declarar el riesgo y en qué casos. Este segundo aspecto no podrá concretarse en todo su detalle en un texto de rango legal, que no ha de recoger específicos estándares y criterios técnicos y profesionales, si bien los instrumentos de valoración de la gravedad

del riesgo que vayan a ser empleados por los servicios de protección en la toma de decisiones sí que han de ser aprobados formalmente por la Administración tanto por razones de legalidad y seguridad jurídica, como para favorecer la aplicación de criterios homogéneos en toda la Comunidad de Madrid³⁹. La atribución de la decisión a una administración pública no puede desconocer el régimen jurídico general de funcionamiento de los entes públicos, que solo pueden actuar mediante procedimientos que finalicen con la adopción de una decisión formal, garantizando con ello la participación de todos los interesados y el posible control de legalidad sobre dicha actuación⁴⁰. Dicho control no solo abordará los aspectos formales de la decisión sino muy especialmente la motivación a la que obliga la ley, las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión sobre la base del interés superior del niño.

Además de formalizar el riesgo en una resolución administrativa como tal es preciso que los servicios que intervienen en la misma recopilen y registren la información relativa a cada uno de los casos, también conforme a instrucciones y directrices adoptadas a nivel autonómico. Tanto la formalización administrativa del riesgo como la obtención y registro de datos e informaciones no forman parte de la intervención profesional en sí, pero son actividades conexas necesarias en el marco de un sistema de protección a la infancia. Se ha de intervenir profesionalmente, pero ello no es incompatible con (i) su posible control de legalidad ni (ii) con la obtención y tratamiento de información que permita mejorar la eficiencia del sistema.

En este sentido, las normas internacionales señalan que la reunión de datos suficientes y confiables sobre la infancia forma parte de las obligaciones que asumen los Estados firmantes de la Convención, debiendo realizar análisis cuantitativos y cualitativos de los mismos para la evaluar el impacto y abordar mejoras en el propio sistema⁴¹. Partiendo del registro del expediente completo y actualizado de cada niño para el que se ha adoptado una medida de protección, las autoridades autonómicas deberán establecer tanto los indicadores como los mecanismos para la recogida y tratamiento de esos datos⁴².

³⁹ El primero de los instrumentos de valoración de la gravedad del riesgo social en desarrollarse y aplicarse fue el BALORA asumido para toda la Comunidad por norma del Gobierno Vasco (Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba la actualización del instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco). Otras Comunidades autónomas lo han incorporado también, con las debidas adaptaciones a sus respectivas organizaciones administrativas y de servicios sociales, como Andalucía o Valencia.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, más en profundidad, vid., MARTÍNEZ GARCÍA, C., "El sistema de protección de menores en España", en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.) *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, 2016, pp. 391 y ss.

⁴¹ Observación General Núm. 5 (2003), CRC/C/CG/5, de 27 de noviembre, apartado 48.

⁴² Los apartados 109 a 111 de las Directrices de Naciones Unidas hacen referencia a esta necesidad de llevar un registro completo de los expedientes de los niños acogidos, pero en tanto estas normas se aplican también a los niños que están en riesgo de ser privados de los cuidados, también puede aplicarse en nuestra legislación a los casos de situación de riesgo.

3.3.2. *La situación de desamparo y la guarda administrativa*

Cuando la gravedad de la desprotección exige para su superación la separación del niño del medio familiar, ya sea definitivamente (desamparo) o de forma temporal (guarda administrativa) la Entidad Pública adoptará las correspondientes medidas⁴³.

En estos dos supuestos la legislación madrileña se remite en todo a lo dispuesto en el Código civil (concepto y régimen jurídico)⁴⁴, salvo algunas cuestiones generales de carácter en principio procedimental para las que se remite a una norma reglamentaria y anterior a la propia ley⁴⁵, lo que a todas luces demanda una modificación legal completa de ambas figuras ya sea para adaptarse a lo dispuesto en la nueva legislación, ya sea para elevar al rango normativo adecuado algunas previsiones que están hoy vigentes.

En primer lugar, en cuanto a la declaración de la situación de desamparo, dadas las extraordinarias consecuencias que de la misma se derivan para el niño y su entorno familiar (separación del niño, suspensión de la patria potestad, asunción de la tutela *ex lege* por la Entidad Pública competente), es necesario concretar con el mayor grado de detalle posible las circunstancias que amparan su adopción, intentando, como se dijo antes respecto del riesgo, reducir el margen de apreciación discrecional de la Administración que haya de resolverla. En el marco normativo actual de la Comunidad de Madrid, todo ello queda en manos de la Comisión de Tutela del Menor, órgano colegiado que “ejercerá sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el Título X del Libro I del Código Civil” (art. 55), sin mayor especificación legal (ni reglamentaria).

En este sentido la LOPJM ha añadido a la definición genérica del artículo 172.2 del Código civil, una serie de circunstancias cuya concurrencia con la suficiente gravedad pueden justificar la declaración de desamparo. Lo que los principios de legalidad y de seguridad jurídica exigen es que la ley madrileña especifique los supuestos de desamparo, para lo cual puede, bien enumerar los que considere procedentes, o bien remitirse a lo ya dispuesto en el artículo 18.1 LOPJM, que refleja los que otras leyes autonómicas venían contemplando.

Una segunda consideración sobre la declaración de desamparo se refiere a la relación formal y procedimental entre esta figura y la declaración de

⁴³ Estas medidas, en la lógica del sistema de protección, deben tener siempre carácter excepcional. Así lo afirman también las Directrices de Naciones Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños: “La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible” (ap.14).

⁴⁴ Artículo 51.1 de la Ley 6/1995: “La Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley de menores en situación de desamparo y la guarda temporal de menores a petición de sus padres o tutores, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil”.

⁴⁵ El Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, de procedimiento de constitución y ejercicio de tutela y guarda de menores desamparados (BOCM núm. 299, de 16 de diciembre de 1988) excede la remisión que la norma legal hace para desarrollar las cuestiones procedimentales, lo que se puede explicar por ser la norma que regulaba estas cuestiones antes de la ley madrileña, pero es discutible que algunas de ellas puedan seguir estando recogidas en una norma de rango reglamentario.

riesgo pues aunque cada tipo de medida responde a situaciones distintas en grado y en consecuencias, atendiendo al carácter gradual del sistema de protección lo razonable es pensar que en la inmensa mayoría de los supuestos que van a ser tramitados como expediente de tutela (o de guarda) se haya realizado previamente algún tipo de intervención psicosocial, especialmente como situación de riesgo.

La legislación estatal dispone que si la administración competente para apreciar e intervenir en riesgo estima que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando el proyecto de intervención no haya fructificado con los resultados esperados “lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal”. Ésta puede considerar que no existe desamparo “pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente”, lo que comunicará a la administración competente en riesgo y al Ministerio Fiscal, que deberá realizar una supervisión del niño (art. 17.8 LOPJM). La previsión de la ley estatal debe ajustarse con mayor precisión en la autonómica. En este ámbito la continuidad de la actuación debe garantizarse al niño sin que puedan existir intervalos temporales en los que no quede clara cuál es la medida a la que está sujeto. Una de las principales razones para contar con un sistema de registros y de información en la Comunidad de Madrid basados en la idea de “historia social” de cada niño tiene que ver con esta garantía, pues los procedimientos se agilizarían y la información sería completa e igual para todos los órganos que deban intervenir y, sobre todo, se articularía en torno a la persona menor de edad y no al órgano que realice unas u otras actuaciones. El sistema de protección no puede consistir en una mera yuxtaposición de procedimientos y resoluciones en función del nivel administrativo competente en cada caso sino articularse desde la continuidad de la acción protectora.

En segundo lugar, las previsiones de la normativa madrileña sobre la guarda administrativa deben igualmente adaptarse a las modificaciones que la reforma estatal de 2015 ha introducido en el Código Civil también para reducir los márgenes de apreciación discrecional por la Entidad pública competente. Aquella se remite a los supuestos habilitantes del Código civil, regulando por medio de una norma reglamentaria el procedimiento para su declaración. Ahora la legislación estatal (art. 19 LOPJM y 172 bis CC) dispone la obligación de la Administración de asumir la guarda “cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda” (no es una prestación que la Administración pueda decidir si proporciona o no, sino que ahora se contempla como actuación debida, reglada), limita la temporalidad a un máximo de dos años, excepcionalmente prorrogable por exigencias del interés superior del niño y establece que debe concluir por medio de una resolución administrativa, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva tanto para su adopción (procedimiento administrativo) como para su posible control por el órgano judicial.

3.3.3. *Las modalidades alternativas de cuidado parental: acogimiento familiar y acogimiento residencial*

Uno de los aspectos de la actual legislación madrileña que más profunda reforma requiere es la que se refiere al ejercicio de la guarda cuando la Entidad Pública haya declarado el desamparo o la guarda administrativa de un niño⁴⁶ que adopta el siguiente punto de partida: “Durante el tiempo en que una Administración Pública de la Comunidad de Madrid ostente la guarda de un menor la Entidad Pública competente acordará su atención por medio de alguna de las siguientes modalidades: a) atenderle en un centro residencial; b) formalizar administrativamente un acogimiento”⁴⁷.

La legislación estatal ha abordado una reforma importante sobre las modalidades para el ejercicio de la guarda de los niños que se hallan bajo la responsabilidad legal de la Entidad Pública teniendo como referencia la Convención de Derechos del Niño, las Observaciones Generales y las Finales a España de 2010 y 2018, así como las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2010⁴⁸.

Estas últimas se presentan como “un conjunto de pautas que contribuyan a orientar la política y la práctica” de los Estados. El punto de partida es, una vez más, la consideración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños. Consecuentemente, los Estados deben encaminar todos sus esfuerzos al apoyo a la misma para que el niño permanezca o vuelva a ella. Solo “cuando la familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado” que garantice la seguridad, el bienestar y desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo, así como la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada⁴⁹. La elección de la concreta modalidad debe responder a los criterios que ahora también se especifican en la legislación estatal y que deben incorporarse a la legislación madrileña.

A nivel estatal el planteamiento general se recoge en el artículo 172 ter 1 del Código civil: “La guarda se realizará mediante acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”. La LOPJM inequívocamente opta por el acogimiento familiar frente al residencial para todo niño, especialmente para los de menos de seis años⁵⁰, si bien los dos tipos de acogimiento son

⁴⁶ Título III, Capítulo V, Sección 7.ª de la Ley 6/1995.

⁴⁷ Artículo 63.1 de la Ley 6/1995.

⁴⁸ Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Resolución aprobada por la Asamblea General, A/64/434, de 24 de febrero de 2010.

⁴⁹ Apartado 5 de las Directrices de Naciones Unidas, *cit.*

⁵⁰ “No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En

“modalidades complementarias para atender las necesidades de los niños”, es decir, que la prioridad del acogimiento familiar no excluye, ni mucho menos, la existencia del residencial, si bien adecuando el recurso al mismo a los criterios que legalmente se establezcan⁵¹.

La vigente ley madrileña no establece la preferencia por el acogimiento familiar frente al residencial, presentándolas como opciones entre las que se puede escoger indistintamente, siendo el Decreto de 1988 el que concreta las posibles formas de atención a los niños bajo la tutela de la Entidad Pública. No solo se trata de una norma de rango insuficiente (y anterior a la propia ley), sino que tampoco su contenido en este punto se adecúa a los criterios de la LOPJM ni a los estándares internacionales⁵². Además, junto con los límites de edad para la elección del tipo de acogimiento que proceda, es preciso que la ley establezca la obligación de la revisión periódica de las medidas que se adopten (art. 12.3 LOPJM).

En el marco de esos criterios generales, la decisión debe evaluarse caso por caso por equipos profesionales multidisciplinares en el procedimiento que se siga, responder siempre al interés superior del niño y basarse en una evaluación, planificación y revisión, escuchando siempre al niño⁵³. A los criterios generales reproducidos anteriormente sobre las actuaciones de protección cabe añadir una que no se recoge específicamente en la legislación estatal pero sí en las Directrices de Naciones Unidas, la conveniencia de mantener la niño lo más cerca posible de su residencia habitual, para facilitar la relación con la familia biológica y minimizar el impacto en los demás aspectos de su vida facilitando su socialización y desarrollo, lo que remite a reconsiderar el papel del nivel local (especialmente municipal) en la aplicación de las medidas de acogimiento⁵⁴.

Sentado lo anterior con carácter general, las dos modalidades básicas de acogimiento responden a una misma lógica. Dado que el niño no puede seguir en su familia, la garantía de la adecuación de la opción que se escoja reside en la comprobación de la idoneidad de la familia (acogimiento familiar) o de la previa habilitación del centro (acogimiento residencial), respectivamente, conforme a criterios generales objetivos recogidos en estándares de acogimiento (tanto familiar como residencial) que garanticen la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, es decir,

todo caso, y con carácter general el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses” (art. 21.3 LOPJM).

⁵¹ Las Directrices no proscriben el acogimiento residencial, en absoluto, pero sí apuntan a llevar a cabo estrategias de desinstitucionalización donde siga habiendo grandes centros (instituciones) de acogimiento residencial (ap. 23).

⁵² El artículo 12 del Decreto 121/1988 enumera una serie de opciones para el ejercicio de la guarda de un niño derivada de la declaración de desamparo, dejando la decisión sobre la concreta elección a la Comisión de Tutela del Menor, a la que únicamente se impone la obligación de revisar semestralmente las medidas.

⁵³ Los apartados 57 y ss. de las Directrices de Naciones Unidas desarrollan la “determinación de la modalidad de acogimiento más adecuada”.

⁵⁴ Apartado 157 de las Directrices de Naciones Unidas, *cit*.

la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus derechos (educación, salud, juego, vida religiosa, identidad, etc.).

En relación con el acogimiento familiar, específicamente, y sin ánimo de exhaustividad⁵⁵, los cambios principales que cabe destacar en este momento a efectos de su incorporación al ordenamiento autonómico madrileño sobre protección a la infancia se refieren a los siguientes aspectos:

- a) Se han modificado los tipos de acogimiento familiar previstos en el Código civil, que ahora pueden ser de urgencia, temporal o permanente, habiendo suprimido el acogimiento preadoptivo y el provisional.
- b) La constitución y formalización del acogimiento familiar se ha de hacer mediante resolución administrativa de la Entidad pública que tenga la guarda o tutela, haya o no consentimiento de los padres. La resolución debe ser motivada sobre la base del interés superior del niño evaluado y determinado en cada caso, atendiendo a los criterios generales de idoneidad de la familia, que deben establecerse normativamente. Las condiciones de idoneidad son un requisito general que deben cumplir quienes se ofrezcan para acoger, pero la decisión última que se adopte debe fundarse en la adecuación de aquellas personas a la mejor satisfacción del interés del niño, caso por caso. La resolución se acompaña de un documento anexo que recoge todos los extremos relativos al acogimiento que se ha constituido (identidad de acogedores y acogido, consentimientos, modalidad de acogimiento y duración, derechos y deberes de las partes, régimen de visitas, compensación económica, plazos para la revisión de la medida, apoyos, etc.).
- c) Se ha regulado un conjunto de derechos y deberes de las personas acogedoras, tanto en relación con el niño acogido como con la Entidad Pública que les ha encomendado su guarda y con la familia del niño (art. 20.bis LOPJM). Igualmente, junto con los derechos de todo niño en acogimiento, se enumeran algunos derechos específicos de los que se encuentran en acogimiento familiar (art. 21.bis.2 LOPJM).

Cabe añadir ahora como apreciación general que incide directamente sobre la vigente legislación madrileña que la figura del acogimiento familiar se regula en la legislación estatal con total independencia de la adopción, como figuras separadas que persiguen fines distintos en relación con la protección de un niño y consecuentemente se articulan sobre lógicas y regímenes jurídicos también diferentes. La actual legislación madrileña, sin embargo, aborda de manera conjunta, simultánea, la promoción de la adopción y el acogimiento (requisitos de los solicitantes, valoración de las solicitudes, eficacia de la aceptación de ofrecimiento)⁵⁶.

⁵⁵ Para mayor detalle vid. MARTÍNEZ GARCÍA, C., "El sistema de protección...", *op. cit.*, pp. 411 y ss.

⁵⁶ Sección 5.ª del Capítulo V del Título III de la Ley 6/1995.

La medida de acogimiento residencial, por su parte, ha sido también abordada en la reforma legal de 2015, que introduce mucho mayor detalle en la regulación de la figura incorporando los estándares internacionales en la materia. La legislación autonómica contemplaba el acogimiento en centros con mayor detalle que el familiar en ausencia de un marco general común, soliendo remitir en gran medida las principales prescripciones a normas de carácter reglamentario. La legislación madrileña no es una excepción y, si bien enumera los derechos y obligaciones de los menores residentes en su artículo 66, remite a una norma de carácter reglamentario el “Estatuto de Centros Residenciales, que defina la tipología de Centros, principios fundamentales de actuación, objetivos, criterios de organización y reglas esenciales de funcionamiento, que afectará a cuantos centros de carácter residencial se integren en la red de Atención a la Infancia de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la Administración o Entidad de la que dependan”. Esta previsión se ha desarrollado por Decreto 18/1998, regulador del Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y la Adolescencia⁵⁷.

Como se señaló anteriormente, ni la elección entre acogimiento familiar y residencial es neutral para la administración que ha de constituirlo, ni el modo de llevar a cabo cada uno de ellos se ha de desarrollar al margen de la norma. El acogimiento residencial es una modalidad alternativa de cuidado de los niños privados del cuidado parental, complementaria del familiar (no es, pues, una modalidad a extinguir), si bien al familiar se otorga, como regla general, carácter prioritario. Puesto que en ambos el responsable legal del niño es la Entidad Pública, del mismo modo que en el acogimiento familiar se exige el cumplimiento de una serie de requisitos de idoneidad a la familia que va a colaborar en la guarda, en el acogimiento residencial el centro en el que se desarrolle el acogimiento debe cumplir unos requisitos (instalaciones, profesionales, proyecto educativo) cuya elaboración y comprobación corresponde a la Entidad Pública por medio de la correspondiente habilitación.

La legislación estatal no recoge una definición ni una tipología de acogimiento residencial, sino que establece unas obligaciones básicas comunes (art. 21 LOPJM), enuncia los derechos de los niños en acogimiento residencial (art. 21.bis.3 LOPJM) y sujeta a varios requisitos administrativos la puesta en marcha y el funcionamiento de los centros (habilitación previa, registro, supervisión e inspección).

En la normativa madrileña, las residencias de atención a la infancia se definen como “instituciones destinadas a acoger, atender y educar a los menores de edad por decisión de la Comisión de Tutela del Menor o decisión judicial de modo temporal en tanto se promueve su integración sociofamiliar”⁵⁸. Los tipos de centros se organizan en la Comunidad de Madrid en torno a dos criterios: el de la titularidad, pública o privada-con-

⁵⁷ BOCM núm. 126, de 29 de mayo de 1988.

⁵⁸ Artículo 2 del Decreto 88/1998.

certada, y el de las necesidades que cada tipo pretende satisfacer⁵⁹. Ni la ley ni el Estatuto de centros recogen requisitos previos formales ni materiales de puesta en marcha o de funcionamiento, limitándose casi por completo a la estructura organizativa, las funciones internas y alguna previsión sobre las normas de convivencia interna. El catálogo de “derechos y obligaciones de los menores residentes” (art. 66 de la Ley 6/1995) debe, además, actualizarse conforme a la legislación del Estado.

Esta regulación es insuficiente tanto desde el punto de vista del rango de la norma como atendiendo a los requisitos que se establecen en la legislación estatal (y en las Directrices internacionales).

En primer lugar, la LOPJM exige una habilitación previa a la puesta en marcha de todos los centros de acogimiento residencial, que deberá otorgar la Entidad Pública “debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado”, previsión un tanto chocante teniendo en cuenta que su objeto va referido a actividades de carácter económico desarrolladas en mercados libres, lo que a todas luces no es el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, ni siquiera cuando la gestión del centro corresponde a una entidad privada. Lo que sí es coherente con lo que disponen las Directrices en este punto es la exigencia de un acto previo de la Entidad Pública responsable de la protección del niño tendente a la comprobación del cumplimiento de unas condiciones adecuadas para el ejercicio de la guarda, lo que no solo remite a la exigencia de una habilitación administrativa previa sin la cual no podrá desarrollarse legalmente la actividad sino, antes, a la necesidad de basar su otorgamiento en estándares de calidad normativamente aprobados por el órgano competente. La legislación estatal no señala aspectos concretos al respecto, pero pueden servir como referencia los que citan las Directrices de Naciones Unidas (objetivos de la agencia o del centro, su funcionamiento, la contratación y aptitudes del personal, las condiciones de acogida, la gestión y los recursos financieros)⁶⁰, que deben considerarse como un mínimo que pueden mejorar las entidades responsables de su aprobación y aplicación.

La Entidad Pública debe proporcionar a cada niño la protección que exija su superior interés, lo que debe traducirse en criterios técnicos y profesionales mensurables y, así, exigibles. De otro modo, el marco legal de protección conservaría reductos asistencialistas contrarios a la protección con enfoque de derechos que acoge la Convención.

Solo una vez comprobado que el centro cumple dichos estándares⁶¹ y que es adecuado para la guarda de un niño concreto, se podrá otorgar la habilitación de puesta en marcha.

⁵⁹ Residencias de primera acogida, residencias de primera infancia, residencias infantiles, residencias y pisos juveniles, hogares, residencias especializadas y residencias para el cumplimiento de medidas judiciales (estas últimas, por cierto, quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños) (art. 3 del Decreto 88/1988).

⁶⁰ Ap. 105 de las Directrices de Naciones Unidas.

⁶¹ La elaboración de dichos estándares debe tener en cuenta el marco de derechos establecidos por la Convención y los demás documentos del Comité de Derechos del Niño, por lo que lo desea-

En segundo lugar, también en paralelo con el seguimiento que se establece en toda medida de acogimiento familiar, en el residencial debe llevarse a cabo una supervisión e inspección periódica de los centros (sin perjuicio de la función del Ministerio Fiscal), para cuya inobservancia deben preverse legalmente las consecuencias que procedan (sanción pecuniaria, retirada de la habilitación) puesto que el centro solo ejerce la guarda del niño cuyo responsable legal sigue siendo la Entidad Pública durante la vigencia de la medida adoptada.

En tercer lugar, la legislación estatal también se refiere al registro de los centros que llevan a cabo el acogimiento residencial. Tendrá que especificarse en la ley autonómica (o en la normativa de desarrollo) de qué tipo de registro se trata, qué finalidad persigue el mismo (constitutiva o solo informativa), qué datos van a ser anotados (seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyen a asegurar sus derechos)⁶², quiénes tiene acceso a los mismos, etc⁶³.

3.4. El tránsito a la vida adulta: la reintegración en la familia vs. la preparación para la vida independiente de los niños sujetos a una medida de protección

Uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos recogidos en la legislación estatal es la “integración familiar y social del niño” (art. 11.2.c LOPJM). Cuando la decisión ha consistido en la separación del mismo de su medio familiar por exigencia de su superior interés es preciso diseñar la medida de protección no solo para atender los derechos del niño en el momento de la adopción de la medida sino también con la finalidad de ponerlo en las mejores condiciones posibles al alcanzar la mayoría de edad y dejar de estar bajo la protección que le proporciona el estatus de menor de edad. Las actuaciones de protección deben, pues, contemplar también el elemento finalista para intervenir, bien con el fin de que el niño vuelva a su familia de origen, que sería lo deseable, o bien para procurar que pueda tener una vida independiente, si lo anterior no fuera posible o conveniente. Lo que no parece coherente con la idea de protección integral es que el niño sujeto a una medida de protección al alcanzar la mayoría de edad no tenga más opción que la de regresar a la familia de

ble sería la elaboración de unos mínimos estándares comunes entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas como apunta la Disposición Adicional Tercera la Ley 26/2015. De otro modo, las Comunidades Autónomas tendrán que aprobar los que vayan a aplicar en su respectivo ámbito territorial.

⁶² Artículo 22.2 párrafo segundo de la LOPJM.

⁶³ La normativa actual al respecto viene constituida por la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y de mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 304, de 23 de diciembre de 2002), que habrá de adaptarse a las especificaciones del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

la que tuvo que ser separado justificadamente, especialmente si durante ese tiempo no se ha realizado ninguna intervención con ella. Esa actuación del Estado es debida en tanto los niños sujetos a una medida de protección son (ya) “futuros ex tutelados”, es decir, niños que alcanzarán la mayoría de edad desde la condición de sujetos a medida de acogimiento por la Entidad Pública⁶⁴. De ahí que las actuaciones para ese tránsito deban comenzar antes de llegar a la mayoría de edad, aunque deban prolongarse durante un tiempo después de la misma.

Las normas internacionales apuntan a la necesaria promoción de la reintegración familiar del niño como primer posible destino del niño que ha estado sujeto a una medida protección. Para ello es preciso decidir si eso es posible y si redundará en favor de su interés superior, de ahí la importancia crucial de las visitas y del trabajo con la familia del niño mientras está en acogimiento. Incluso si se decide esta reintegración familiar “debería concebirse como un proceso gradual y supervisado, acompañado de medidas de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, sus necesidades y desarrollo evolutivo y la causa de la separación”⁶⁵.

Dada la dificultad —o directamente la imposibilidad en muchos casos— de dicha reintegración, es preciso que durante la vigencia de la medida de acogimiento (especialmente residencial) los centros preparen al niño para asumir su independencia e integrarse socialmente. La legislación estatal incorporó en 2015 el mandato a las Entidades Públicas de ofrecer “programas de preparación para la vida independiente dirigidos a jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida ésta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas”⁶⁶.

La preparación para la reinserción social de los niños en acogimiento no es, pues, una opción sino una obligación dentro del deber de protección que ha asumido el Estado, de ahí que deba iniciarse mucho antes de que el niño abandone el sistema y que la normativa (en este caso autonómica) deba también contemplar entre las responsabilidades de los poderes públicos.

⁶⁴ De ahí que las Directrices de Naciones Unidas también sean aplicables, “según convenga, a los jóvenes que ya se encuentran en acogimiento alternativo y que necesitan que se les siga brindando cuidado o apoyo durante un periodo transitorio después de haber alcanzado la mayoría de edad” (ap. 28).

⁶⁵ Apartado 52 de las Directrices.

⁶⁶ Artículo 22 bis LOPJM. Las Directrices añaden que dicho proceso debe tener en cuenta el género, la edad, el grado de madurez y las circunstancias particulares del niño y comprender orientación y apoyo, en especial para evitar la explotación. Habría que facilitar la participación de los niños en el diseño de ese proceso y proveer con servicios específicos a los niños con diversidad funcional. Sería también deseable que contarán con un especialista que pueda facilitar la independencia del niño al acabar el acogimiento y que pudieran acceder a servicios sociales, jurídicos, de salud y a una asistencia financiera adecuada (Directrices, apartados 131 a 136). En el mismo sentido, ap. 54 de la Observación General Núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/CG/20, de 6 de diciembre de 2016).

IV. ASPECTOS COMPETENCIALES Y ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL SISTEMA MADRILEÑO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

La traslación del modelo de protección hasta aquí expuesto debe concretarse legalmente en un reparto competencial que especifique las funciones que dentro del sistema de protección a la infancia y la adolescencia tiene atribuido cada nivel territorial (autonómico y local), sobre la base de la competencia exclusiva que el Estatuto de Autonomía reconoce a la Comunidad de Madrid para la “protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud” (art. 26.1.24).

El Título IV de la vigente Ley madrileña prácticamente se limita a establecer las funciones de la Comisión de Tutela del Menor, como órgano colegiado que ejercerá las funciones que corresponden a la Comunidad de Madrid, y las de las Corporaciones Locales, definiendo la acción protectora en función de la población de cada municipio.

La primera de las cuestiones debe ser ampliada para asignar de manera expresa competencia a la Comunidad de Madrid sobre el sistema autonómico de protección de la infancia, más allá de la condición de Entidad Pública señalada por el Código civil como responsable de la declaración de la situación de desamparo o de la asunción de la guarda administrativa, que es a lo que actualmente se limita la Ley 6/1995 en este punto, independientemente del órgano que las tenga que llevar a cabo y que no parece que pueda ser para todo ello la Comisión de Tutela del Menor.

Así, algunas de las competencias que corresponden al nivel autonómico en el sistema de protección a la infancia se refieren a:

- a) La aprobación de la planificación estratégica sobre protección integral de niños y adolescentes en la Comunidad de Madrid, periódicamente, contando con la participación de las demás administraciones, de la sociedad civil y de los propios niños.
- b) El diseño y coordinación de las políticas públicas de promoción, prevención y protección de menores en la Comunidad de Madrid.
- c) La declaración de las situaciones de desamparo y de guarda administrativa y la adopción de las medidas de protección previstas (acogimiento familiar y residencial).
- d) La aprobación o el apoyo a las Entidades Locales para el diseño de programas de preparación para la vida independiente de los niños sujetos a medida de protección
- e) La coordinación de los servicios de protección de menores de competencia de la Comunidad de Madrid y los servicios sociales generales y especializados dependientes de las Administraciones locales, principalmente a través de la cartera de servicios sociales.
- f) La prestación de servicios sociales especializados según la demarcación que se establezca en la Ley.

- g) La aprobación de los instrumentos de valoración de la gravedad de las situaciones de desprotección que han de aplicarse por parte de los servicios sociales.
- h) La elaboración y aprobación de los estándares de calidad de los centros de acogimiento residencial en función de los tipos de centro.
- i) La regulación, habilitación de los centros de acogimiento residencial para autorizar su puesta en marcha, así como su inspección y supervisión periódicas.
- j) El establecimiento de un sistema de información sobre de menores de la Comunidad de Madrid en los términos establecidos en la ley.
- k) El impulso de la investigación en relación con la situación de los menores, como condición previa de todo proceso de planificación estratégica.
- l) El impulso de la formación continua de los trabajadores de los servicios sociales en materia de protección de menores, especialmente cuando se aprueben instrumentos técnicos para su mejor actuación.
- m) El impulso y apoyo de iniciativas de participación de menores en todos los niveles territoriales.
- n) El ejercicio la potestad sancionadora de acuerdo con lo establecido en la ley.

Por su parte, las Entidades Locales (municipales) tienen un papel clave en el buen funcionamiento del sistema de protección a la infancia, dada su condición de administración más próxima al ciudadano, como recuerda la Ley 6/1995. El Comité de Derechos del Niño ha apuntado no solo el carácter de la descentralización como principio del sistema de protección, sino que también ha señalado el papel de las entidades locales en relación con el ejercicio de derechos del niño como la educación, el acceso a servicios sanitarios, el juego, ocio y esparcimiento, el acceso a la cultura, el entorno urbano, etc. Asimismo, se echa en falta en la vigente Ley la definición del ámbito de las actuaciones de prevención específicamente (o principalmente) como una competencia municipal, así como una definición clara de la administración que debe intervenir, valorar y, en su caso, formalizar las situaciones de riesgo, en el marco de la legislación sobre los servicios sociales⁶⁷.

En lo que a los aspectos organizativos se refiere, cabe valorar como positiva la previsión de la legislación madrileña sobre la estructura de los Consejos de Atención a la Infancia como órganos colegiados de coordinación de las distintas Administraciones y de participación de la iniciativa social y de los propios niños con distintos ámbitos territoriales como fórmula para

⁶⁷ Sobre este particular la STC 41/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril) en relación con la LRSAL, afirma que el Estado puede suprimir la mención a los servicios sociales de los artículos 25 y 26 de la LBRL, pero en tanto son competencia exclusiva autonómica (y, dentro de ellos, los de protección a la infancia y la adolescencia), es posible su atribución al municipio bien por delegación (forma menor de descentralización, en palabras del TC) o por ley como competencia propia (FJ 10).

la cooperación y la coordinación interadministrativa, que además es propia de la Comunidad de Madrid⁶⁸.

En cuanto a los aspectos institucionales no puede dejarse de mencionar la inusual Observación realizada por el Comité de derechos del Niño a España en relación con el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid:

“11. Observando la supresión de la institución del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid como parte de la optimización de recursos públicos, el Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para proteger y reforzar la supervisión independiente de los derechos de los niños y vuelva a abrir la oficina del Defensor del Menor en Madrid, además de fortalecer la capacidad de la oficina nacional del Defensor del Pueblo para recibir, investigar y abordar quejas presentadas por niños de manera adaptada a las necesidades de estos, particularmente las presentadas por niños de comunidades autónomas donde no exista una oficina del defensor de la infancia”⁶⁹.

El Estado (central) no puede por sí imponer la restitución de la figura del Defensor de los Menores, creada por la Ley en 1996⁷⁰, pero ello no obsta al cumplimiento de la observación del Comité. Tendría que ser, pues, una ley de la Comunidad de Madrid la que lo hiciera, lo que supondría un enorme refuerzo del sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, basado en un enfoque de derechos humanos de los niños.

Entre las razones para su supresión se adujo que “dentro de las competencias del Defensor del Pueblo estatal se encuentran recogidas, en líneas generales, las competencias que la Ley 5/1996, de 8 de julio, otorga al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid”, por lo que las de este podían quedar subsumidas en las de aquél. Ciertamente el Defensor del Pueblo estatal atiende y tramita las quejas relativas a personas menores de edad en todo el territorio nacional con un rigor técnico y una calidad fuera de toda duda. Sin embargo, el Comité de Derechos del Niño alienta desde hace tiempo a los Estados Partes de la Convención a la creación de una institución independiente y específica para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención, como la hay en otros países (Suecia, Noruega,

⁶⁸ Artículos 86 a 89 de la Ley 6/1995 y Ley 18/1999, de 29 de abril, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

⁶⁹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, de 5 de marzo de 2018.

⁷⁰ El artículo 76 de la Ley 6/1996 lo creó como “Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid para salvaguardar los derechos de los menores en el Comunidad de Madrid, mediante la recepción de sus denuncias y quejas, la supervisión de la aplicación de las leyes que los protegen y la información y orientación de la acción de las Administraciones de la Comunidad de Madrid y de las familias en favor de los derechos de la infancia”. La Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor (BOCM núm. 169 de 17 de Julio de 1996) estableció su regulación y fue suprimido por la Ley 3/2012, de supresión del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (BOCM de 30 de junio de 2012) tanto por razones de austeridad del gasto como por entender que “dentro de las competencias del Defensor del Pueblo estatal se encuentran recogidas, en líneas generales, las competencias que la Ley 5/1996, de 8 de julio, otorga al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid”.

Dinamarca). La razón fundamental es que “existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños, como el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado”⁷¹.

Esa protección reforzada y específica que se demanda de los derechos de los niños, especialmente de los que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, es la que justifica la oportunidad de crear (en el caso de Madrid, restaurar) la figura del Defensor de los derechos del niño. Y puesto que la competencia exclusiva en materia de protección de la infancia y la adolescencia corresponde a las Comunidades Autónomas son éstas las competentes para crear estas instituciones y no el Estado central.

Las funciones que corresponden a una institución independiente de derechos humanos de los niños aparecen enunciadas con bastante detalle (para lo que suele ser propio de una observación general) en el apartado 19 de la Observación General número 2 y, con las debidas adaptaciones al ámbito autonómico son las que corresponderían al Defensor del Menor:

- a) Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato;
- b) Llevar a cabo indagaciones sobre asuntos relativos a los derechos del niño;
- c) Preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades autonómicas o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño;
- d) Mantener en examen la adecuación y eficacia de la normativa y la práctica en relación con la protección de los derechos del niño;
- e) Promover la adecuación de la normativa autonómica con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados sobre la interpretación y aplicación de la Convención;
- f) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención, exigir que una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños sea el interés superior del niño, y velar por que los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde el momento de su elaboración hasta su aplicación y más allá;
- g) A la luz del artículo 12,

⁷¹ Observación General Núm. 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, *CRC/C/CG/2*, de 15 de noviembre de 2002.

velar por que los niños puedan expresar su opinión y ser escuchados en los asuntos que conciernen a sus derechos humanos y en la definición de las cuestiones relacionadas con sus derechos; h) Fomentar la comprensión y la toma de conciencia en el público de la importancia de los derechos del niño y, con este fin, trabajar en estrecha colaboración con los medios informativos y emprender o patrocinar investigaciones y actividades educativas en la materia; etc.

A las funciones que corresponden a todo Ombudsman para la protección de los derechos del niño⁷² sería importante añadirle la que se contempla en la normativa internacional (Directrices) respecto de los niños que están en acogimiento (que no se recoge en la LOPJM) como es la articulación de un “mecanismo conocido, eficaz e imparcial mediante el cual puedan notificar sus quejas e inquietudes con respecto al trato que se les dispensa o las condiciones de acogida”⁷³, derecho de estos niños que debe poder hacerse efectivo y hoy no aparece articulado en la legislación, tampoco en la estatal.

V. RECAPITULACIÓN

El modelo de protección que acoge la Convención de Derechos del Niño debe ser el que incorpore la legislación madrileña de protección a la infancia y la adolescencia. La condición del niño como titular de derechos y la actuación de los poderes públicos para favorecer –de acuerdo con su superior interés– el ejercicio de los mismos deberían ser los ejes alrededor de los cuales girase el marco legal madrileño que, tras más de dos décadas en vigor, debe revisarse y perfeccionarse en línea con lo establecido por los organismos de los que forma parte el Estado, incluido por tanto el nivel autonómico. Éste resulta especialmente obligado a incorporarlo en tanto ha asumido estatutariamente la competencia exclusiva sobre protección de la infancia y la adolescencia.

La promoción de derechos y la prevención del riesgo de desprotección y de la separación del niño de su medio familiar deben ser las actuaciones prioritarias que han de abordar los poderes públicos en apoyo del ejercicio de los derechos de los niños. La reparación de las situaciones de desprotección y la separación del niño se han de contemplar como medidas excepcionales y residuales, el último recurso al que acudir, pues por su gravedad son reflejo de alguna manera del fracaso de todas las demás medidas que en apoyo de los derechos del niño y de su desarrollo en el ámbito familiar se hayan podido desarrollar. La traslación institucional de este modelo debe concretar las competencias de cada nivel territorial, las relaciones entre ellos y con la iniciativa social, que desempeña un papel crucial en el siste-

⁷² Recogidas genéricamente en los apartados 13 y 14 y enumerados, aunque no de forma agotadora, en el apartado 19 de la Observación General Núm. 2, *cit.*

⁷³ Apartado 99 de las Directrices, *cit.*

ma. Como cierre del mismo, la instauración de la figura del defensor de los derechos del niño alinearía definitivamente el marco legal madrileño con las observaciones del Comité en aplicación de la Convención de Derechos del Niño.

La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. PARA SITUAR LA CUESTIÓN.—1.1. Aspectos substanciales: perspectiva genérica.—1.2. Mención a las vías procedimentales: teleología compartida.—II. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, EN CUANTO ÓRGANO DE CONTROL DE LA LEGISLACIÓN.—III. UN INTENTO ABREVIADO DE AQUILATAR LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL SUSTANCIALMENTE COOPERATIVA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR.—3.1. La situación real de este aspecto.—3.1.1. Órganos o poderes forzosamente cooperativos por exigencia del principio democrático.—3.1.2. Los Derechos Fundamentales auténticamente eficaces refuerzan aún más la necesidad de cooperación.—3.1.3. La apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional al servicio nuevamente de la cooperación.—3.2. A la búsqueda del equilibrio: rechazo definitivo de la fraseología de la espectacularidad pretendida, y quizá parcialmente lograda de modo ocasional.—3.3. Otra muy corta alusión matizadora, en este caso, tocante al Derecho de la Unión Europea.—IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FUNCIÓN ESTIMULANTE EN CUANTO POTENCIAL-EVENTUAL INICIADOR DE LA LEGISLACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA MISMA.

RESUMEN

La Constitución española de 1978 incorporó la jurisdicción constitucional como consecuencia lógica de la evolución del Estado Democrático de Derecho, a cuyo modelo nos incorporara (art. 1.1). Y, en el Estado constitucional, todos los poderes del Estado, incluido el Legislador, están vinculados a la Constitución en su calidad de Derecho de

* Catedráticos de Derecho Constitucional.

aplicación directa. Es tarea del Legislador y de su órgano de control último, el Tribunal Constitucional, dotados ambos de legitimidad democrática, guardar, mantener y desarrollar la Constitución de forma cooperativa, y en cuanto tarea común, suelo firme que no han de abandonar. La relación estructural entre ambos órganos es de vez en vez problemática, y de verdadera envergadura político-constitucional. Ante tal tesitura, la aspiración irrenunciable ha de ser el equilibrio que, por naturaleza, va a ser inestable.

PALABRAS CLAVE: Vinculación constitucional; Legislador; Tribunal Constitucional; legitimación democrática; cooperación funcional de poderes.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1978 incorporated the constitutional jurisdiction as a logical consequence of the evolution of the Democratic State of Law, to whose model it will incorporate us (Article 1.1). And, in the constitutional State, all the powers of the State, including the Legislator, are linked to the Constitution in its capacity as a Right of direct application. It is the task of the Legislator and its ultimate control body, the Constitutional Court, endowed both with democratic legitimacy, to keep, maintain and develop the Constitution in a cooperative manner, and as a common task, firm ground that they must not abandon. The structural relationship between both bodies is sometimes problematic, and of true political-constitutional scope. Given such a situation, the unwavering aspiration must be the balance that, by nature, will be unstable.

KEYWORDS: Constitutional linkage; Legislator; Constitutional Court; democratic legitimation; functional cooperation of powers.

I. PARA SITUAR LA CUESTIÓN

1.1. Aspectos sustanciales: perspectiva genérica

Vamos a considerar, por indudable su interés, algunos aspectos esenciales de la relación delicada entre dos órganos constitucionales del Estado Democrático de Derecho: el Parlamento y el Tribunal Constitucional, siendo este el más joven desde el plano de su incorporación a la estructura organizativa estatal, y al que sin embargo se otorgan por los padres constituyentes amplias responsabilidades y gran “libertad” en la interpretación (evolutiva) de la Constitución. Un rol (función) desconocido para la historia constitucional europea hasta el final del segundo decenio del siglo XX, y que parece deberse inicialmente a cierta desconfianza en los mecanismos más estrictamente políticos, situándose sin embargo en la tensión entre el Derecho y la política (delimitados en sentido lato), que salta de vez en vez en la discusión pública y no concierne solo al debate académico; porque, trascendiendo, la “Justicia constitucional, independientemente de su forma

de manifestación”, es “algo problemático y no de forma ocasional, sino de manera necesaria y permanente”, constituyendo un verdadero “problema político-constitucional”, temática que, adicionalmente, carece de “una solución absoluta y definitiva”¹.

Del modo bien nos resulta sobradamente conocido, y de acuerdo con lo establecido nítidamente por la Constitución española de 1978 (en adelante CE), la legislación está sujeta al orden constitucional diseñado, obviamente, por la aludida Norma Suprema del ordenamiento jurídico español², del que por demás es su parte general³; a su orden jurídico-político⁴, que se impone a todos los poderes del Estado y es fundamento de su actividad. El Legislador se halla ahora incluido tocante a esa vinculación, pues su “soberanía” (limitada) tiene idéntica fuente-norma que el propio principio estructural del Estado de Derecho: la Constitución, que dispone del carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre, plural y vivo, y tales premisas van a permitir su consideración en cuanto ordenación jurídica estatal fundamental, siendo ello a tener muy en cuenta⁵. Expresa a propósito con claridad meridiana mediante fórmula declarativa

¹ JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 16.

² Cuestión que, dice nuestro Tribunal Constitucional, “aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus artículos 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (F1)”, y, debido a ello, “la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el artículo I.6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”, texto recogido por la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional; en la que dicho sea de paso, parece superarse el concepto de *Grundnorm* (Norma fundamental) kelseniana, como norma “presupuesta”, pensada, e hipótesis “necesaria” de partida, frente a la Constitución jurídico-positiva como norma suprema “puesta”. Y bien conocida y clásica la STC 16/1982, de 28 de abril: la Constitución es “una norma jurídica, la norma suprema del ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos” están sujetos a ella; o con parecidos términos es también clásica la STC 80/1982, de 20 de diciembre.

³ STC 112/1989, de 19 de junio.

⁴ La normatividad constitucional apelante a su especificidad jurídica debido a los efectos desplegados, siempre orientados a fortalecer la unidad política, permitiendo el despliegue de eficacia de los valores constitucionales y operando al mismo momento como control del proceso los procesos de poder [*Machtprozesse*], algo bien analizado por THORSTEN KINGREEN, “Vorrang und Vorbehalt der Verfassung”, en: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), Bd. XII, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 293 y ss; asimismo puede verse HEINRICH LANG, “Funktionen der Verfassung”, en: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), Bd. XII, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 415 y ss. Ambos autores ponen en un primer plano el inevitable doble carácter político-jurídico inherente a la Constitución democrática, en el cual radica su propia esencia; lo que no es cosa distinta del refinamiento, pasando por numerosos autores intermedios, de la tesis clásica bien esgrimida por HEINRICH TRIEPEL, que se opusiera rotundamente a la pura normatividad kelseniana, y definiera a la Constitución como “un Derecho para la Política”, *Staatsrecht und Politik*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 5, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, pp. 7-8.

⁵ Por todos, HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin 1953.

el artículo 9.1 de la CE, cómo la Constitución española dado su carácter de norma jurídica suprema del ordenamiento que configura, vincula (de igual modo que el resto del orden jurídico) al Legislador en calidad de Derecho de aplicación directa; y repite retórica-vinculatoriamente esa sujeción para todos los poderes públicos el artículo 53.1 CE para enfatizar tocante a los “derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II” del Título I, los cuales, “con independencia de que hayan sido desarrollados o no por el legislador, «vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos»”⁶, siendo los mismos lógicamente de aplicación directa “sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo”⁷. Importante tarea de concretización constitucional en una forma jurídica de Estado democrática delimitada por un conjunto de valores materiales, los cuales, ciertamente impulsan la vida constitucional, pero proscriben su puesta a disposición libremente en virtud de los intereses de la mayoría gubernamental pertinente, puesto que también limitan a esta en cuanto debe someterse a los Derechos Fundamentales; y ahí es cuando puede entrar en escena el Tribunal Constitucional con efectos correctores de concretizaciones legislativas constitucionalmente desafortunadas por inconstitucionales en el desarrollo de los Derechos Fundamentales⁸.

Consecuentemente, vemos declarado que, por exigencia de la propia naturaleza de las cosas, en Democracia, cual es nuestra forma jurídica de Estado, rige en su conjunto como principio autopocéntrico que el poder estatal constituido se encuentra vinculado-sometido a la Constitución⁹, e indudablemente a la totalidad de ordenamiento jurídico por ella constituido y organizado; volvamos a recordar que el texto articulado de la Constitución española dice en su mismo inicio que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

En el Estado Democrático de Derecho, nos topamos venturosamente desde el momento primero con el reconocimiento de la Dignidad humana como valor supremo del orden jurídico-político y fundamento del mismo, junto con la protección de los Derechos individuales, el libre desarrollo de la personalidad, o el imperio de la Ley (art. 10.1 de la CE). Y, reiterando lo dicho escuetamente arriba y ahora para singularizar acerca del órga-

⁶ Por todas, STC 169/2003, de 29 de septiembre.

⁷ Por todas, STC 39/1983, de 17 de mayo.

⁸ BVerfGE 7, 377, 404.

⁹ Esta vinculación o sujeción de los poderes públicos a la Constitución en el ejercicio de sus funciones, consecuencia “obligada de su carácter de norma suprema”, dirá el Tribunal Constitucional español, “se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos”, STC 101/1983, de 19 de noviembre, y hasta aquí la declaración hasta puede compartirse; distinta opinión tenemos respecto la consecuencia radical que de inmediato establece, la cual, sin poder detenernos en el asunto, sí vamos a cuestionar: “mientras los primeros (ciudadanos) tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido”.

no (poder) en inmediatez con la soberanía popular (las Cortes Generales representan al pueblo español, “del que emanan todos los poderes del Estado” expresa el art. 2.1 de la CE), encomienda a la Cortes Generales su representación (art. 66.1 de la CE), eligiéndose las mismas “por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto” (arts. 68.1 y 69.2 de la CE)¹⁰. Pero, como decimos, asegurada la primacía incondicionada de la Constitución en cuanto elemento indispensable del Estado constitucional constituido, también el Legislador se halla plenamente sometido y vinculado por la Constitución, además de instituido (constituido) por esta. La Constitución tiene prioridad absoluta (primacía y supremacía) sobre la Ley¹¹, y naturalmente sobre todas las normas integrantes del escalón legislación, siendo la pauta o modelo por el que ha de regirse el Legislador, al que establece sus límites de actuación¹²; además, las constituciones del Estado social son todas constituciones-fundamento o constituciones-programa, y no meras constituciones-marco, con independencia de que hablemos frecuentemente para referirnos a la Norma Suprema y su carácter delimitador, de marco constitucional¹³. A la Constitución del Estado Social y a sus pertinentes funciones sociales concretas, le corresponde sí establecer límites, pero es también inequívoco mandato y directriz tocante a la realización del orden social que promete, esto es, en función del orden substancial que proclama, constituye además un plan que regula normativamente funciones procedimentales y materiales, supone un decidido intento proyectivo de configurar el futuro sociopolítico de un Pueblo, de una Comunidad política concreta,

¹⁰ A veces parece tenerse cierta pretensión así como de pasar de largo, a un segundo plano como mínimo, que el Senado, denominado “Cámara de representación territorial” (aunque luego no responde de hecho a tal inicialmente declarada naturaleza), previo a esa definición, tal como hemos recordado, es porque así lo quiso el propio titular de la soberanía popular, una de las dos cámaras que representan al Pueblo español.

¹¹ A esta primacía de la constitución se referiría la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero: “El Tribunal Constitucional –art. 161.1 a) de la Constitución– es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el artículo 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados»”.

¹² Clásica, por la referencia a esos límites vinculantes para el Legislador, la STC 76/1983, de 5 de agosto: “las Cortes Generales, como titulares «de la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de este, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no solo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”.

¹³ Si resumimos con FRIEDRICH MÜLLER, el sentido “político de una Constitución en la Historia, es ser un orden fundamental determinante de una determinada comunidad, comprendidas en ella sus fuerzas divergentes”, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 257.

mediante la incorporación de ideas guía y directrices materiales que marquen la incorporación del proceso político y la eficacia del Estado¹⁴.

Al constituir el Pueblo soberano el Estado Democrático de Derecho español, reiteramos, la Constitución diseñaría y con su entrada en vigor lograría su propia prioridad jurídica indispensable e incondicionada¹⁵, al igual que sucede en el resto de ordenamientos de idéntica legitimidad democrática, como característica de un Estado constitucional de corte moderno, y lo ha hecho además atribuyendo al Tribunal Constitucional, en lo que ahora nos interesa resaltar, una función de control muy considerablemente amplia, siguiendo para ello en importante medida como modelo el diseño previamente perfilado a cargo de la Ley Fundamental de Bonn y su Derecho constitucional de desarrollo. En este sentido, el Estado de Derecho constituido se materializa, vemos, también con la recepción de los elementos que aporta la jurisdicción constitucional. Esa incorporación, y la amplia pluralidad de competencias atribuidas al Tribunal Constitucional español a los efectos de garantía (art. 161 de la CE)¹⁶, para guardar y hacer guardar, mantener y desarrollar la Constitución cual norma suprema y el Derecho Constitucional de ella proveniente, ha convertido a nuestro Estado Democrático de Derecho, si nos apoyamos en la dicción de *Peter Badura* para calificar al Estado alemán por considerarla igualmente válida y plástica, en un Estado constitucional de configuración específica. La institucionalización del Tribunal Constitucional, o de las jurisdicciones constitucionales en general, se ha dicho repetidamente, es la consecuencia lógica en Europa de la evolución-transformación del Estado de Derecho, y un (el) gran logro del Estado Constitucional de Derecho¹⁷. El Estado Democrático de Derecho

¹⁴ La doctrina científica alemana, y por su influencia una parte importante de la europea occidental, ha desarrollado-adoptado los postulados que defendiera RUDOLF SMEND (en un momento histórico-temporal distinto, en los albores del sistema democrático) acerca del carácter programático de la Constitución como proyecto y consiguiente tarea en orden a integrar al conjunto de la ciudadanía en el Estado, "Verfassung und Verfassungsrecht", en: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.ª ed., 1968, Duncker & Humblot, Berlin, especialmente pp. 187 y ss. Ha repetido así muy machaconamente la considerada doctrina científica que la Ley Fundamental de Bonn contiene una "Constitución núcleo" (fundamento) generadora toda ella de unidad política y estabilidad (integradora), que es razón de su éxito incesante, para expresarlo con THOMAS OPPERMANN, "Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz", en: *Juristen Zeitung*, 64. Jahrgang, Heft 10, 2009, p. 482.

¹⁵ Por todas, la STC 76/1988, de 26 de abril, afirmará el "carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constituyente del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE)".

¹⁶ Eso sí, este artículo y su contenido, está precedido, obvio es, por los artículos 159 y 160, encargados de fijar la composición y organización del órgano. Sin embargo, valoramos en términos de superior coherencia desde la óptica del principio democrático, es el orden regulador de los poderes Legislativo e incluso Ejecutivo, atendiendo a la prelación de contenidos por nosotros reclamado.

¹⁷ La doctrina científica alemana ha venido trayendo al recuerdo en este punto la frase de CARLO SCHMID, uno de los más destacados diputados de las primeras legislaturas de la República de Bonn, cuando manifestara que la cuestión del poder vinculante *erga omnes* de las disposiciones del Tribunal Constitucional y de los tribunales en general (con alcance diferente según los supuestos) sobre los demás órganos estatales respondía a la esencia de la concepción del Estado del momento histórico-concreto, y se traducía, según manifestara, en la diferencia entre Estado de nudo poder y Estado de Derecho.

requiere desde su esencia de la jurisdicción constitucional¹⁸, no la prevé como prescindible, todo lo contrario; pero únicamente cuando es preciso valorar la juricidad o antijuricidad de la legislación frente a la Constitución pasa a transformarse el Tribunal Constitucional en un “poder” más fuerte que el Legislador, y la Constitución logra hoy en día su “vigencia” para esos supuestos, en la medida en que el Tribunal Constitucional la conduce hacia su validez real¹⁹.

Tocante a la competencia concreta respecto de la que pretendemos verter alguna reflexión, ciertamente, la tarea de control de la acción desarrollada por el Legislador constituye únicamente una de las encomendadas a nuestro Tribunal Constitucional, si bien, creemos no equivocarnos en demasía si la calificamos como una de las más importantes que ha de desarrollar, cuestionando respetuosamente a quienes tan, vamos a decir “kelseniana”, y ya “bastante trasnochadamente” en buena medida, la califican como la más importante o la tarea por antonomasia dentro del contexto global de su función constitucional²⁰.

¹⁸ Señalaba MAURICE HAURIOU en los albores del Estado constitucional cómo se sentía verdaderamente la “necesidad de controlar los parlamentos porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Recueil Sirey, Paris, p. 636; y en ese momento histórico, categórico HANS KELSEN, al afirmar que la legislación “está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación”, toda vez de seguirse la tesis de que el Parlamento se ha de considerar un órgano de libre creación del Derecho y no como un órgano de aplicación del mismo constitucionalmente vinculado, se está ignorando que realmente no se ha de contar con el Parlamento “para realizar la subordinación a la Constitución”, y debe ser “un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra institución estatal, a quien compete la anulación de los actos inconstitucionales”, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Tomo XXXV, 1928, pp. 197 y ss.

¹⁹ UDO STEINER, “Der Richter als Ersatzgesetzgeber – Richterliche Normenkontrolle – Erfahrungen und Erkenntnisse”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 54. Jahrgang, Heft 40, 2001, pp. 2919 y ss.

²⁰ Entendemos que son las coordenadas espacio-temporales las encargadas de marcar cuál es la competencia o tarea más importante a desarrollar por el Tribunal Constitucional en ese Estado constitucional de configuración específica considerado. La que consideramos es la línea dominante dentro de la literatura jurídica alemana, sostiene que el recurso de amparo ha supuesto un especial fortalecimiento de la posición del Tribunal Constitucional Federal, y uno de los factores determinantes conducente a su notable aceptación por los ciudadanos, puede verse INGO VON MÜNCH, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político de la República Federal de Alemania”, en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 269 y ss.

Ahora bien, generalizando, con el riesgo alto que ello siempre implica, si debiéramos decantarnos por una, lo haríamos apuntando a la garantía de los Derechos Fundamentales, constitutivos del orden objetivo de valores supremo. Y, trascendiendo si cabe, la tarea resumida del Tribunal Constitucional, en su carácter de uno de los órganos constitucionales supremos, se resume con la frase de que está concebido y obligado a realizar alta política constitucional, reconociendo se mueve en terrenos complicados, puede verse así las medidas reflexiones de ERHARD DENINGER, “Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik”, en: *Das Recht der Republik. Festschrift für Ingeborg Maus*, Hauke Brunkhorst / Peter Niesen (editores), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, pp. 288 y ss; y categórico, aunque con otra evidente intención, CARL SCHMITT, por ejemplo: “Ninguna ficción, por extrema que fuese, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal”, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 70. El italiano TEMISTOCLE MARTINES, hará referencia a la “forza politica” de la *Corte Costituzionale*, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Dott. A. Giuffrè, 1957, pp. 310-311. Asimismo, esta toma de posición que esbozamos, a nuestro entender, fue perfectamente sintetizada centre nosotros por JAVIER PÉREZ

La Constitución española, por demás, no se ha limitado solamente a establecer un conjunto de reglas y procedimientos en orden a prever y garantizar la lícita lucha ordenada para la permisibilidad de la libre concurrencia y competencia a entablar y desarrollarse de modo ordenado entre las fuerzas políticas respecto de la detentación del poder, adicionalmente, ha incorporado el fundamento de unos principios esenciales de cara a la convivencia de las personas y grupos en que se integran, las garantías de los elementos institucionales básicos, y el conjunto de las valoraciones comunes más trascendentales, todo lo cual, en tanto consenso fundamental o básico, se ha hecho con la pretensión de conferir unidad (política) y estabilidad a la colectividad, luego Comunidad política concreta. Bloque material que no podía, ni puede en Constitución alguna, quedar al libre albedrío de mayorías políticas temporales que por esta misma razón cambian constantemente tras intervalos temporales. En el inicio del Estado Democrático y del asentamiento de la jurisdicción constitucional en Europa, *Charles Eisenmann* dejaría perfectamente explicado la incorporación necesaria de esta última, señalando únicamente cabían “dos opciones: dejar al cuidado del legislador la garantía de la Constitución, o confiar a los jueces la tarea de asegurar su respeto por parte de aquel. Hay que escoger entre una cosa u otra. ¿Puede ser dudosa la elección?”²¹. El Legislador parte de la norma constitucional y es esta la base firme sobre la que ha de permanecer, aunque necesitado de igual modo de concretización actualizante o actualizadora; recordemos el reconocimiento definitivo de que “*Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung*”²²; no debe nunca abandonar el citado suelo, está obligado a mantenerse, a sustentarse en él, sin perjuicio de su reconocida amplia libertad de configuración al desarrollar su también esencial tarea de concretización. Como hemos apuntado, controlar que esto último se desarrolle con sujeción a esos parámetros, es una de las principales tareas encomendadas al Tribunal Constitucional español.

ROYO, y manifestaría a tal efecto: “Instrumento importante para la protección de la minorías, en este caso más en el sentido de defensa de la Sociedad frente al Estado, desprovisto por tanto de coloración política inmediata, pero que no por ello ha sido menos relevante para que la sociedad de que se trate sea una comunidad política civilizada, es la intervención del Tribunal Constitucional en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, *Tribunal Constitucional.. op. cit.*, pp. 45 y 46, y siguen siendo de muy recomendable frecuente repaso su análisis, apoyado en cualificada literatura jurídica, acerca de la “carga política de la Justicia constitucional”, algo “inegable”, y cuya incidencia en el proceso político “depende de diversos factores, la mayor parte de las cuales escapa al control del propio Tribunal Constitucional”, p. 47; en parecidos términos CÉSAR LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP-MDC, Lima, 1999, pp. 127 y ss. Por el contrario, la perspectiva jurisdicista puede verse por todos en IGNACIO DE OTTO, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la interpretación constitucional”, en: *Tribunal Constitucional*, Vol. II, AA.VV., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1948 y ss.

²¹ CHARLES EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928, ahora en *Economica-Aix en Provence-PUAM*, Paris, 1986, p. 105.

²² KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 24.

Aunque la cuestión es bastante más compleja, y en ello no nos podamos detener ahora, incluso pareciendo un tanto difícil de articular con lo poco ya expresado más arriba, el Estado constitucional podemos arriesgarnos a afirmar que, en último extremo, concede prioridad al Derecho (constitucional) sobre la política; si bien, no ignoramos que tal como de manera muy plástica lo haya expresado ejemplificativamente por todos *Dieter Grimm*, el Derecho constitucional no es cosa distinta de política cuajada o coagulada²³. Con todo, nadie en su sano juicio va exigir que el Legislador asuma responsabilidad por implementar su línea política, pero sí es responsable desde el plano del debido respeto a las reglas jurídico-constitucionales (y a las legítima-legalmente de desarrollo de las mismas), y naturalmente está obligado a respetar y garantizar los criterios valorativos que recogen los textos de los preceptos constitucionales que luego él desarrolla al llevar a cabo su tarea concretizadora.

Si hacemos una anticipada valoración global muy de conjunto acerca de esta problemática constitucional centrada en el asunto de la relación de control entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, bien puede afirmarse, como ya se ha vislumbrado de lo dicho, que estamos en presencia de un ámbito considerablemente extenso y susceptible de contemplarse bajo numerosos aspectos. Resumiendo, quizá quepa entender que son tres esencialmente los aspectos dominantes y que bien se observa pasan a un primer plano en el los análisis de este tipo, aunque nosotros los vamos a tener conjuntamente en cuenta. De una parte, se trata de la matización acerca de las áreas “conflictivas” y correspondientes tensiones que surgen entre el Legislador y el Tribunal Constitucional, a consecuencia de que ambos tienen conjuntamente la función y la obligación de desarrollar la Constitución. En segundo lugar, emerge muy pronto el aspecto referido a la cuestión de qué va a ser objeto de control constitucional y sobre qué normas se verificará. En fin, se trata en tercer lugar dentro de esta primera fila de cuestiones, de la cuestión que atañe a la densidad y la profundidad del control al necesitar conjugarse la densidad y la profundidad del control jurisdiccional y el margen –amplio– de configuración correspondiente al Legislador. En todo caso, creemos estar legitimados para abordar las cuestiones desde esa integrada perspectiva apuntada, porque, debido a su naturaleza, no se trata de cuestiones y aspectos de la problemática global perfectamente delimitados, hay por el contrario continuos solapamientos y dependencias en diversas cuestiones. Sin embargo, la problemática de carácter técnico-jurídico del control jurisdiccional de la legislación, la vamos a dejar prácticamente fuera de este contexto considerado ahora.

²³ DIETER GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991. Trascendiendo, deberíamos remontarnos, como mínimo, a la cuestión de apuntar qué es el Derecho mismo, y su relación o más bien parte de la Sociedad; pero de nuevo se nos dispensará no entrar en el asunto por esta vez, e incluso así resultará en alguna otra.

1.2. Mención a las vías procedimentales: teleología compartida

Aludiendo muy someramente, con todo, a esta cuestión técnica jurídico-procesal, contamos con la existencia de varias vías de acceso al objeto de someter una norma con fuerza-rango de ley al examen-control del Tribunal Constitucional español, dotado a tales efectos del conocido “monopolio de rechazo” de las estimadas inconstitucionales, o bien en la parte así determinada, cuando ello resulte indispensable. Al carecer nuestro ordenamiento de un recurso (de amparo) a presentar directamente por lesión de Derechos Fundamentales contra una norma con rango Ley de modo individual similarmente a los recursos constitucionales individuales (*Verfassungsbeschwerden*)²⁴, las coexistentes vías directas están representadas por el instrumento del procedimiento abstracto de control de normas (*abstrakte Normenkontrolle*) o recurso (directo) de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) de la CE], y por el descrito como concreto (incidental) control de normas (*konkrete Normenkontrolle*) iniciado a cargo de un juez o tribunal al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, originado por una institución “independiente” distinta de las integradas en la jerarquía estatal pero sí obviamente en su estructura, conforme a los términos establecidos por el artículo 163 de la CE²⁵; no es un control de constitucionalidad indirecto, surge indirectamente cabría quizá decir como consecuencia de la sustanciación de otro proceso ante la jurisdicción ordinaria²⁶. No obstante,

²⁴ Por nuestra parte, hubiéramos preferido el seguimiento de este modelo, bien valorado en general por la doctrina científica alemana atendiendo a sus resultados, aunque también se ha apuntado críticamente como problemas centrales el que resulta elevado volumen de demandas ciudadanas, y se sitúa como objeción al lado de los límites del ejercicio jurisdiccional constitucional en el conjunto del sistema de división de poderes constituido, cuestiones abordadas con rigor y objetividad por MEINHARD SCHÖEDER, “Strengthening of constitutional law”, en: *New Challenges to the German Basic Law. The German contribution to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Christian Starck (editor), Nomos, Baden-Baden, 1991, pp. 25 y ss; pero, además de la eficacia, como se ha dicho, refuerza el principio de legitimidad de las minorías ciudadanas en cuanto a la defensa de sus Derechos Fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional ha aclarado bien las posibilidades que caben entre nosotros, por ejemplo en la STC 74/1997, de 23 de abril: “el proceso de amparo no es la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes y que, por lo tanto, de la posible inconstitucionalidad de una ley solo podrá conocer este Tribunal a través de dicha vía cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución (STC 206/1990); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987 y 153/1988)”.

²⁵ Respecto del muy similar control concreto alemán de normas, se ha manifestado entre otras cuestiones algo que nos interesa, como es el que este tipo de control supone o persigue la protección del Parlamento frente a los órganos judiciales, asegurando con ello la autoridad del primero, del “legislador del momento”, KARL SCHLAICH – STEFAN KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10.^a ed., C.H. Beck, München, 2015, pp. 111 y ss.

²⁶ No podemos detenernos en ello, pero la concretización actualizadora de la Constitución y de la LOTC, estimamos requeriría de pronunciamientos menos ramplones que los aparentemente clarificadores, que son más bien simplificadores, acerca de la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, como el siguiente a reproducir, alejado de la cooperación internormativas: “El llamado juicio de relevancia —que la decisión del proceso a quo dependa de la validez de la norma cues-

los diversos conflictos constitucionales (Título VI de la LOTC, en desarrollo constitucional) pueden igualmente dar lugar al control de “leyes” por el Tribunal Constitucional²⁷, según es obvio el criterio de la Constitución. Acerca de los dos procedimientos directos de control de constitucional-

tionada (art. 35.2 LOTC)—, se erige en uno de los requisitos esenciales para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita (por todas, STC 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2), de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto (entre las últimas, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2; y 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3). Constituye, pues, una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad la de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, lo que sucede cuando la duda planteada por el órgano judicial no es determinante de la decisión adoptar y, por tanto, de la validez de la norma (en los términos en que ha sido acotada) no depende el fallo”, según la STC /2017, de 11 de mayo. Superior acierto supuso la redacción del artículo 5.3 de la LOPJ: “Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.3), se establece que “*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”.

²⁷ La amplitud de competencias encomendada al Tribunal Constitucional español, se “complementa”, por demás, con la llamada “cláusula abierta” del artículo 161.1.d) de la C.E., posibilitante de la atribución a su jurisdicción de competencia para “conocer” de más “materias”, conforme a lo ahí en ese precepto previsto. Podemos recordar que la tan valorada e influyente *Verfassungsbeschwerde alemana*, a interponer (eso sí, una vez agotadas las vías judiciales ordinarias) por cualquier particular que considere vulnerado su Derecho(s) Fundamental a través de cualquier tipo de acto legislativo, ejecutivo o judicial, fue consecuencia de la incorporación de tal recurso ante el *Bundesverfassungsgericht*, algo que llevara a cabo la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951, pasando a integrarse en la Ley Fundamental de Bonn a través de la reforma de esta llevada a cabo por la Ley de revisión de esta, de 29 de enero de 1969, y forma parte integrante del actual artículo 93.1.4.º de la *Grundgesetz*. El precedente de este tipo de recurso pudiera situarse en la Constitución Política del Estado de Yucatán (México), de 1841, cuyo artículo 25 dispuso: “*Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare*”, puede consultarse ALFONSO NORIEGA, *Lecciones de amparo*, 9.ª ed., Porrúa, México, 2009. La legitimación individual al objeto de permitir a los ciudadanos instar la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, es rechazada por el Tribunal Constitucional recordando a través del ATC 6/1981, de 14 de enero, que la Constitución fija “un sistema de *numerus clausus* taxativo y riguroso, que elimina la acción popular directa, y que deja sin derecho a accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares a título individual y a las agrupaciones y organizaciones de cualquier condición que no sean las antes enumeradas, seguramente en atención a razones de prudencia política y de seguridad y normalidad jurídica”. De forma mediata, sí puede considerarse que el artículo 55.2 de LOTC da entrada a los ciudadanos en el control de constitucionalidad de la legislación, para los supuestos de procedimientos iniciados por la calificada a cargo del Tribunal Constitucional también como “auto cuestión de inconstitucionalidad”, dirá la STC 139/1988 de 21 de marzo, para los consabidos supuestos en los que es la Sala la encargada de elevar al Pleno la cuestión, sobre la temática, ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad”, en: *Revista Europea de Derecho Constitucional*, núm. 21, pp. 245 y ss. Ahora bien, en diversos momentos el Tribunal Constitucional deja claro que es él quien plantea la autocuestión de inconstitucionalidad, que tal como ha sido recordado por diversos autores, con mayor precisión la Ley del Tribunal Constitucional de Baviera se referirá para tales supuestos por medio de su artículo 53.2 de *interne Verfassungsgerichtshofvorlage*. En todo caso, si bien el objetivo inicialmente perseguido va encaminado a dar satisfacción a la legítima pretensión de un ciudadano consistente en que le sea aplicada una Ley constitucional y no la depuración del ordenamiento y ni siquiera la defensa de la Constitución, sí se halla ello en su fundamento y termina siendo su resultado final, así PABLO PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 128.

dad, pronto diría la misma jurisdicción constitucional española: “El Tribunal Constitucional –art. 161.1 a) de la Constitución– es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el artículo 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados». De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria”²⁸.

Respecto de la finalidad última perseguida, la defensa de la constitucionalidad de las leyes, *Pedro Cruz Villalón* acercaría adecuadamente desde el punto de vista teleológico ambos procedimientos, pasando a señalar que la “designación constitucional de nuestra actual «cuestión de inconstitucionalidad» como «control concreto» se debe, sin duda, a su mayor proximidad con el control judicial incidental”, pero la califica de “equivoca”, toda vez puede darse “a entender que se trata de dos maneras de controlar la validez de una norma, siendo así que el juicio de control opera en ambos casos con las mismas categorías normativas, con el mismo objetivo y con las mismas consecuencias”²⁹.

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional español ciertamente ha hecho referencia a las “características específicas” de cada uno de los dos procedimientos, pero en el contexto definidor de la cuestión de inconstitucionalidad, ciertamente vinculada a un específico interés jurídico subyacente y tramitada de modo incidental, dirá que el recurso “del mismo nombre”, constituye un instrumento de carácter claramente objetivo “destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene

²⁸ STC 4/1981, de 2 de febrero.

²⁹ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 43, de ahí que prosiga afirmando: emplear la terminología alemana del *konkrete Normenkontrolle*, debería hacerse matizando que estaríamos ante un “control concreto *impropio*”, mientras al hacerse referencia a “nuestro actual «recurso de inconstitucionalidad» como «control abstracto» se puntualizase de alguna manera diciendo «control abstracto en sentido estricto»; y esta valoramos es la similar postura mantenida en relación al ordenamiento italiano por FRANCESCO PIZZETTI – GUSTAVO ZAGREBELSY “*Non manifesta infondatezza*” e “*rilevanzza*” nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1972, pp. 105 y ss; o VALERIO ONIDA – MARILISA D’AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, Vol. 1: *Il giudizio in via incidentale*, G. Giappichelli, Torino, 1998. Una opinión distinta, muy inferiormente compartida por nosotros, es la sostenida por JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, toda vez considera que ambos procedimientos tienen su propia especificidad, y ello termina por afectar “irremediamente al juicio mismo que hace el Tribunal”, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en: *La jurisdicción constitucional en España*, AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 76.

dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites”, para seguir afirmando cómo ambos persiguen el “objetivo común” de preservar “la constitucionalidad de las leyes”, finalidad que puede ser perseguida “a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada”, en tanto a “diferencia del recurso, que solo puede ser iniciado por los órganos que enumeran los artículos 161.1 de la Constitución y 32 de la LOTC, y solo dentro del plazo que fija el artículo 33 de la misma, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial (art. 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC), sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada”, y, de este modo, la superior “amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad no la convierte, sin embargo, ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario, y que solo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy cualificadas de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuida a este Tribunal”, en fin, la cuestión de inconstitucionalidad “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”³⁰.

Es más, el propio Tribunal Constitucional español, una vez subrayara la “trascendencia del requisito de relevancia para la preservación de la correcta utilización del cauce de la cuestión de inconstitucionalidad”, razona que en el momento de determinar “el objeto de este tipo de proceso constitucional debe tenerse presente que, aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto considerado en abstracto, el contenido del mismo en cuanto normativa objetiva y efectos potenciales objetivos”³¹; y

³⁰ STC 17/1981, de 1 de junio. Y, entre otras, la STC 274/2000, de 15 de noviembre, recuerda que si bien el Tribunal Constitucional “ha distinguido entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad como manifestaciones procesales distintas” las dos tienen “un sustrato común”, toda vez “ambas tienen por objeto el enjuiciamiento de normas, en un caso mediante su impugnación directa e indirecta en el otro (STC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2)”. Registremos de pasada, que nos parece más adecuada la posición que se ha fijado en Alemania respecto de la necesidad de que el órgano judicial *a quo* realice un auténtico juicio previo de inconstitucionalidad para presentar la cuestión, en vez de resultar suficiente el mero juicio de duda de inconstitucionalidad como ha terminado por consolidarse de modo prevalente entre nosotros, puede verse para la situación alemana ERNST BENDA, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland”, en: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian Starck / Alfred Weber (editores), Nomos, Baden-Baden, 1986, p. 132.

³¹ Cierto, también se ha discutido y delimitado, acerca del control de la formación de una decisión legislativa y el control del resultado material de la misma en el que se basa, admitiendo que

también admite que si bien a efectos de diferenciar “la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas Sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar el hecho de ser un proceso que tan solo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad”³².

Los efectos son los mismos para ambos procedimientos y definidos por los artículos 161 y 164 de la Constitución, despliegan efectos jurídicos de cosa juzgada y se imponen *erga omnes* a todos los poderes públicos, alcanzando inclusive a la jurisprudencia dictada por el propio Tribunal Constitucional (art. 40.2 de la LOTC). En tal sentido, como regla general son declaradas nulas las disposiciones normativas que resultan inconstitucionales, e incluso se extiende la misma por conexión a las relacionadas por ellas; como habitualmente se afirma, son expulsadas del ordenamiento jurídico³³. Se imponen de este modo a todos los poderes y autoridades públicas, para expresarlo con *Karl Schlaich* al juzgar la jurisprudencia constitucional alemana, las concepciones jurídicas por la misma manifestadas “en materia de Derecho constitucional”³⁴. Y lo dejaría muy claro nuestro Tribunal Constitucional desde su primera sentencia al señalar que actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), de modo “que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto, es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los artículos 9.1 y 53.1 de la CE”³⁵.

no pueden ambos ser separados nítidamente, en tanto el criterio de superior rango para el control constitucional viene a ser el principio de proporcionalidad, estructuralmente difícil de utilizar aquí, y debe recurrir fundamentalmente a los objetivos perseguidos por la legislación que cobran relevancia a efectos de medición de los excesos; y el principio opera asimismo para la densidad del propio control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, de su margen de decisión, valoración y estimación, conceptos todos ellos constitutivos ante todo de etiquetas lingüísticas, porque el control va a depender mucho del ámbito técnico sobre el que se proyecte, así como de la fuerza y voluntad creadora del órgano.

³² STC 161/1997, de 2 de octubre.

³³ Más cuestionable es para nosotros el hecho de que, con carácter general, la estimación de la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley así declarada por la jurisprudencia constitucional, afectará sí a tal norma, pero “la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

³⁴ KARL SCHLAICH, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en: *Quaderni Costituzionale*, núm. 3, 1982, p. 581.

³⁵ STC 1/1981, de 26 de enero.

II. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, EN CUANTO ÓRGANO DE ÚLTIMO CONTROL DE LA LEGISLACIÓN

Terminamos de ver que el Poder legislativo ya no es en el Estado Constitucional la única instancia u órgano responsable dentro del contexto de la organización; es ahora “tan, tan responsable”, que él mismo viene obligado (en definitiva por el Pueblo) a dar cuenta de su actuación, de su actividad, ante otro órgano instituido también por la Constitución emanada obviamente de la soberanía popular, legitimado para controlar sus resoluciones y corregirle declarándolas nulas de modo y con fuerza vinculante en sus decisiones, cuando la respuesta de desarrollo constitucional que haya proporcionado adolezca de tachas de inconstitucionalidad³⁶.

La constatación de esta que sería normalidad, como hemos procurado esbozar, ha dado lugar sin embargo a tensiones, lo que entra hasta dentro de lo previsto, e incluso a problemas estructurales mucho menos justificables, pero que atañen a aspectos fundamentales como es por excelencia el de la cuestión atinente a la propia legitimación de la jurisdicción constitucional; y, aun trascendiendo, tropezamos a poco que se levante la vista, con el del uso controvertido-defectuoso de la Constitución misma, que no queda naturalmente resuelto con la institucionalización del Tribunal Constitucional, órgano susceptible también de malemployar la Constitución y carente de jurisdicción (que es por demás rogada³⁷) universal para atajar todas la eventuales vulneraciones de la Constitución, aunque se hubiera convertido taumátúrgicamente en infalible; aquí también se ha apoyado la estrategia de alguna crítica irreal, para apostar a favor de una especie de repudio antológico de la jurisdicción constitucional. En efecto, acerca de la función controladora del Tribunal Constitucional, siempre como hipótesis, e incluso realidad, planea la sombra de un eventual problema planteado porque lleve a cabo un manejo equivocado de la Constitución, al ser este un comportamiento deficitario que obviamente no solo afecta al Legislador, también es necesario percatarse que resulta perfectamente posible asimismo tal errado hacer respecto del actuar práctico de la jurisdicción constitucional.

³⁶ Para Más cuestionable es para nosotros el hecho de que, con carácter general, la estimación de la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley así declarada por la jurisprudencia constitucional, afectará sí a tal norma, pero “la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

KARL SCHLAICH, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en: *Quaderni Costituzionale*, núm. 3, 1982, p. 581.

STC 1/1981, de 26 de enero.

Para esta cuestión presente de la especial problemática suscitada por las decisiones emitidas a cargo de la jurisdicción constitucional, desde la experiencia italiana que bien puede generalizarse al menos en sus rasgos esenciales, tocante a su repercusión y también en cuanto a las relaciones con los demás poderes y órganos constitucionales, podemos remitirnos a GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 1986, especialmente pp. 355 y ss.

³⁷ Como es conocido, el Tribunal Constitucional austriaco tiene reconocida desde su inicio la facultad de analizar de oficio la constitucionalidad de una Ley que la estima dudosa, para los supuestos en que la misma ha de emplearse como base de una decisión suya.

Ciertamente, si el Parlamento está integrado por los representantes inmediatos del Pueblo soberano y elegidos así directamente, aunque lo sean conviene recordar por períodos temporales, no han sido pocas las ocasiones en las que ha surgido el interrogante acerca de si existe y de dónde proviene, la legitimación del Tribunal Constitucional para llevar a cabo el control de ese tan señero órgano que tiene atribuido el ejercicio de “la potestad legislativa del Estado” o la aprobación de “sus Presupuestos” (art. 66.2 de la CE) mediante “Ley” (art. 134.1 y 4 etc. de la CE). Este cuestionamiento, como decimos, se ha hecho con alguna frecuencia, y era hasta previsible y no tan lógico desde la misma institucionalización de la jurisdicción constitucional³⁸, teniendo también algún eco entre nosotros. El embate es fuerte, y ha distado de resultar una mera anécdota como consecuencia, porque desde este concentrado particular ha habido pretensiones de dirigir un auténtico “torpedo contra la línea de flotación” de la jurisdicción constitucional, con la finalidad de cuestionar su posición dentro de la arquitectura constitucional que enmarca la convivencia democrática, órgano al que insólitamente se ha llegado a acusar de falta de legitimidad para proceder a la corrección del Legislativo llegando a la declaración de nulidad de las leyes, siendo así que resulta el único situado en inmediatez con la soberanía” y frente al cual adolecería de déficit democrático; o, en todo caso, dispondría de una inferior legitimidad de la que disfruta el tan aludido Parlamento, dada su condición de representante directo o por antonomasia del Pueblo soberano. Parecen los últimos tiempos mostrativos de un declinar de estos errados postulados, y quizá no estén tales corrientes argumentales tan dispuestas al arrastre por ellas mismas y el derroche de esfuerzos incesantes e inútiles (desde la base a la cumbre y el proseguido viceversa), cargando con la pesada carga debido a su ceguera frente a los acontecimientos estructural-democráticos.

Y, si nos dejamos llevar por esa premisa “sísifoconiana” e ilusoria, completamente ficticia, al entenderla sin embargo intrínsecamente más o menos correcta, pudiera hasta caerse en la tentación de compartir la aparentemente válida conclusión acerca de que el presunto-real déficit democrático de la jurisdicción constitucional³⁹, al menos el que resultaría de su comparativa con el Parlamento, vendría a proyectarse en todo caso escasa o nulamente compatible con la función de control nada menos que sobre el mismo órgano legislativo, y encomendada al Tribunal Constitucional. Ahora bien, semejante planteamiento y enmarque de la cuestión, incurre en un error fundamental, que arranca, él sí, de un severo déficit de comprensión del

³⁸ Cabe recordar, como hecho JAVIER PÉREZ ROYO, que la jurisdicción constitucional no sería “en sus orígenes un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario”, aunque, afortunadamente, se haya insertado después con plena lógica en la estructura del Estado constitucional, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 40; en parecidos términos PEDRO DE VEGA GARCÍA, “Prólogo”, en: *Defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 16.

³⁹ Ese discurso ficticio-anquilosado parece domina su cuestionamiento inexplicable y pareciera querer conjurar de MAURO CAPPELLETTI, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1985, pp. 9 y ss.

principio democrático o de la Democracia como uno de los principios estructurales del Estado (art. 1.1 de la CE) que tiene su fuente en la Constitución creada por la voluntad colectiva del Pueblo, y es así la manifestación más significativa de la legitimidad democrática.

Por exigencia del citado principio democrático, de perseguir ser realmente respetuosos con el mismo y dejándonos orientar por él, la legitimidad del Tribunal Constitucional no puede medirse por la mayor o menor “cercanía” al Pueblo, estimada desde la vertiente del ejercicio por este del derecho de sufragio, manifestado claro mediante el acto de la votación tras cortos periodos temporales. Ya hemos dicho que la legitimidad del Tribunal Constitucional, desde el punto de vista de su condición de órgano de control del Legislador, era la derivación previsible del Estado de Derecho evolucionado a impulsos del principio democrático, para arribar al consabido Estado constitucional, y se compagina adecuadamente con la lógica inherente al mismo. De recordar a este tenor la institucionalización de la Constitución de Weimar de 1919, la primera Constitución democrática racional-normativa en el Continente europeo, apunta muy bien *Pedro Cruz Villalón* que sin duda “había en el artículo 13.2 CW, y en ello lleva razón W. Jellinek, era la «célula germinal» (*Keimzelle*) de una justicia constitucional entendida en su sentido moderno, es decir, centrada en el control abstracto de la supremacía de la norma constitucional. El que la germinación no se produjera bajo el ordenamiento constitucional de Weimar no es lo decisivo. El artículo 13.2 CW dio lugar a la conceptualización del «control abstracto» y allanó el camino para su comprensión bajo el régimen de la *Grundgesetz* de Bonn”⁴⁰.

Si hemos mantenido que no es susceptible de medirse la legitimidad del Tribunal Constitucional desde la variante de su cercanía al acto de votación popular en el Estado constituido, y si, adicionalmente, también ha sido recordado que vincular la política a la *ratio* de la Constitución (insistimos, a su vez “política cuajada” expresada mediante un texto dotado de positividad) forma parte esencial del Estado Democrático de Derecho, es perfectamente no previsible, antes bien resulta del todo necesario y mostrable como justo, la singularidad presente en la organización constitucional de una instancia capaz de verificar y actualizar la antedicha vinculación y que es donde reside la prerrogativa de la interpretación suprema de la Constitución atribuida a la jurisdicción constitucional⁴¹. Todo ello en el marco de un procedimiento equilibrado, ponderado, de interpretación-concretización y aplicación normativa, bien estructurado y cuanto mejor así sea más valioso funcionalmente resultará. Aunque distamos de tener por cierta la afirmación, en demasía deslizada, acerca de que sea la jurisdicción constitucional la encargada de convertir en rea-

⁴⁰ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 125.

⁴¹ Por todos en este sentido CHRISTIAN STARCK, “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?”, en: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Christian Starck (editor), Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, pp. 516 y ss.

lidad al Estado constitucional una vez arranca la organización con unos valores manifestados desde el proceso constituyente, no es menos cierto que sí hay en ello una parte a tener en cuenta vamos a decir de acierto. La contribución del Tribunal Constitucional, verdaderamente, es posible desde el momento en el cual el Estado constitucional se instituye al servicio de la convivencia así como su mejora, y como tal centro unitario de poder a cargo del Pueblo “activo”⁴², colocando este cual marca constitutiva a la Constitución normativa de carácter supremo en el vértice del ordenamiento que crea. Ahora bien, una vez articulada esa premisa, la realidad continuadamente realizándose de ese Estado constitucional como organización al servicio (algo totalmente relevante) del Pueblo activo, recibe el mismo Parlamento de la jurisdicción constitucional orientaciones, correcciones e impulsos muy determinantes en aspectos sociopolíticos que suelen ser cruciales con alguna frecuencia para la vida comunitaria⁴³. Estamos ante el calificado “bien precioso” (“preciado”, como calificativo para otros), que, entre nosotros, albergamos importantes dudas haya recibido la consideración y trato correspondiente al mentado carácter, al menos siempre.

Desde la realidad democrática, acontece con la naturaleza y legitimidad del órgano que comentamos, algo tan profundo como sencillo de comprender. De este modo, nuestro Estado constitucional nacido hace cuarenta años de las entrañas mismas, obra de sus aspiraciones y por la actuación del Pueblo español, ha legitimado institucional-orgánicamente al Tribunal Constitucional (Título XIX de la CE), habiéndolo dotado ya de la mano y al nivel del Poder constituyente de la legitimidad que le es propia, específica desde su origen; plenamente democrática y que da normalidad al Estado democrático: una consecuencia natural a partir del momento en el que la Constitución deja de ser mera retórica política o simple obligación moral o cívica, pasando a asumir la cualidad de norma jurídica.

⁴² Por todos al efecto de este indispensable pueblo activo en Democracia, FRIEDRICH MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie - Elemente einer Verfassungstheorie* VI, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1997, *passim*.

⁴³ Sin ir más lejos, aunque nada menos, es anquilosada y ramplona la postura fácilmente encontrada y defendida por quienes reclaman que la actuación del Tribunal Constitucional debe traducirse en aclarar si un Derecho Fundamental (cuyos textos positivos proclamadores presentan estructuras abiertas por excelencia) fue o no vulnerado por cualquier poder público, el Legislador incluido. De una parte, hay que expresar que los Derechos Fundamentales también pueden ser violados por un poder social o por un mero ciudadano. De otro lado, el Tribunal Constitucional asimismo está obligado a participar en la conformación del contenido del Derecho Fundamental, en la perfilación de su ámbito de protección, así como contribuir a integrar concretizando la tarea de esta naturaleza que previamente haya realizado el Legislador, cuando se demanda su intervención; solo así estará a la altura de sus responsabilidades en la defensa de las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales. Lo contrario será dejar desprotegidos en cierta medida a los ciudadanos y a merced de las decisiones de una mayoría parlamentaria, lo cual no significa que el Tribunal Constitucional deba posicionarse en su contra, solo reivindicamos su insustituible función desarrollada con rigor en la protección de los Derechos Fundamentales y de los principios de justicia comunitarios; pero no es tampoco una institución contra-mayoritaria, por fuerte que se configure, ni perturba la regla de la decisión mayoritaria.

Naturalmente, forma de modo decidido parte integrante y arquetípica de esa legitimidad de la jurisdicción constitucional, el que adicionalmente el Tribunal Constitucional desarrolle y cumpla con su función de control haciéndolo de manera exclusiva en el seguimiento de un procedimiento también específico, formalmente previsto y ordenado, de creación jurídica, de concretización constitucional adecuada nuevamente calificado. Superados esos repudios ilógicos, y ontológicos o no, hay que insistir acerca de la inidoneidad y equivocidad de cuantos planteamientos cuestionen la legitimidad del Tribunal Constitucional tomando como referente la cercanía del Pueblo que evoca el acto de votación temporalmente repetido cada cuatro años como máximo; esto es profunda y anacrónicamente vuelto al pasado oligárquico que parece añorarse, tan poco glorioso sociopolíticamente valorado.

Emana institucionalmente la legitimidad del órgano de la misma Constitución producto de la soberanía popular, que ha colocado la legitimación de la jurisdicción constitucional como idéntica cualitativamente, al lado e incluso para algunos con el mismo peso (equilibrio) que la otorgada periódica y temporalmente a nuestros representantes e integrantes de las “representativas” Cortes Generales del Pueblo español globalmente estimado. Para más recuerdo, este nuestro Pueblo, votó no solo para la constitución de las Cortes constituyentes, ratificó la Constitución mediante referéndum en diciembre de 1978. Luego, puestos a medir distancias legitimantes, no apreciamos tantas distancias maratónicas de diferencia, si es que alguien logra convencernos de la presencia de estas. La legitimación institucional recibida desde la Constitución misma, viene complementada de otra parte y se desarrolla-concretiza calificando la tarea encomendada al Tribunal Constitucional como jurisdiccional y a él mismo de “jurisdicción”; jurisdicción que como bien recordara *Vezió Crisafulli* relativo a la *Corte Costituzionale* italiana, ni se incluye en el orden jurisdiccional ordinario, “ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término”, y se mantiene “ajeno” (no fuera malo) a los “órganos estatales tradicionalmente conocidos”, requerido ello, enlazando bien claramente con ideas kelsenianas, debido a tratarse de un “poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos”⁴⁴. Ejercicio de “jurisdicción” que, a su vez, puede fácilmente distinguirse de los procesos de decisión propios de las instancias o poderes más estrictamente políticos, tanto por los modos de creación jurídica como por el *status* de sus integrantes encargados de resolver, particularmente por la independencia y cualificación que bien se registran constitucionalmente: doce “miem-

⁴⁴ VEZIO CRISAFULLI, “Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie”, en: *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, núm. 35, 1968, p. 130, y al implicar la jurisdicción constitucional el final del dogma decimonónico de la *omnipotente de la loi*, se frenaría con su incorporación la soberanía del Parlamento, vale decir, la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque esta se oculte tras la fórmula mágica “*volonté du peuple*”, con lo cual, Italia había huido de la democracia absoluta para constituir una democracia liberal, p. 86.

bros” nombrados ellos como “juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional” y “serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato” (art. 159.1.2 y 5 de la CE); todo lo cual no es irrelevante, ni debemos caer en el aserto de que ello resulta poco más que un bonito alarde lingüístico llamado a quedar más o menos en una hipótesis hasta complicada de realizarse. Ante decisiones de inconstitucionalidad o posibilidad de las mismas, referidas sobre todo a decisiones que afectan a temas más delicados políticamente, no nos engañemos, llegan presiones al Tribunal Constitucional cara a orientar o pretender hacerlo, su decisión, y esta se producirá en varias ocasiones, siguiendo en el postulado del principio de la “propia naturaleza de las cosas”; ante estas situaciones planteadas, efectivamente... siempre está la válvula de escape proporcionada por la institución del voto particular, no existe obligación alguna para adoptar decisiones por unanimidad. Al recordar que la figura del voto particular ha sido consagrada por la LOTC, aclara de modo impecable *Manuel Rodríguez-Piñero*, que su función “no es de liberación de responsabilidades sino de asegurar la independencia individual del juez constitucional dentro del órgano colegiado, demostrando que ha podido ejercer su función con libertad, según su conciencia y sin presiones internas o externas, y que ha podido contribuir a depurar la argumentación que lleva a la resolución final, favoreciendo la evolución de la jurisprudencia constitucional”⁴⁵.

La legitimidad de ambos órganos constitucionales supremos es única, como también lo es la de los fenómenos: Derecho y Política, forman una unidad de legitimidad que trae causa naturalmente del principio democrático: legitimidad objetiva y plena de origen, que viene a coincidir, si bien reparamos, con la propia legitimidad democrática de la Constitución, a la que ineludiblemente se someten tanto los ciudadanos como la totalidad de los poderes públicos, al modo confirma el artículo 9.1 de la CE. La cuestión debe darse por cerrada, como planteara por ejemplo *Helmut Simon*, y en lugar de seguir con cualquier tipo de recelo tocante a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, desplazar el foco de atención a la delimitación más perfecta posible respecto de dónde se deben situar los límites de actuación de un órgano constitucional bien consolidada⁴⁶. Desde esta crítica de fondo completamente infundada, como bien se ha expuesto, se tiende el puente cara a un cuestionamiento casi permanente de esa perspectiva que siempre se mantiene por algunos sectores cara a propagar la deslegitimación y descrédito de la jurisdicción constitucional⁴⁷.

⁴⁵ MANUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional”, en: *El futuro de la justicia constitucional*, AA.VV., Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 16-17.

⁴⁶ HELMUT SIMON, “Verfassungsgerichtsbarkeit”, en: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel (editores), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, p. 1277.

⁴⁷ MANUEL PULIDO QUECEDO, “El debido respeto al Tribunal Constitucional”, en: *RArTC*, núm. 20, 2003, BIB 2003/1562.

III. UN INTENTO ABREVIADO DE AQUILATAR LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL SUSTANCIALMENTE COOPERATIVA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR

3.1. La situación real de este aspecto

3.1.1. *Órganos o poderes forzosamente cooperativos por exigencia del principio democrático*

Esa última diferencia reflejada telegráficamente en las líneas previas, que afecta a la singularidad del procedimiento resolutorio seguido por el Tribunal Constitucional cara al desenvolvimiento de su competencia de control, y al *status* de los magistrados que adquieren la “condición de miembros” (art. 153.3 de la CE) del mismo, conforman en buena medida y explican la relación constitucional básica entre ambos órganos constitucionales. Y, como prolegómeno además de casi afirmación conclusiva, cabe destacar a nuestro modo de ver que guardar-defender, mantener y desarrollar la Constitución, no constituye de manera alguna un monopolio de la jurisdicción constitucional, es por el contrario una tarea y más bien una obligación incumbente a todo poder del Estado y, por ende, sobra hasta reiterar que también corresponde al Legislador.

Consecuentemente, centrados en esa tarea que concierne a la salvaguarda, el mantenimiento, desarrollo y garantía del Derecho constitucional en sentido recto, el Legislador y el Tribunal Constitucional no pueden en modo alguno verse o entenderlos como dos órganos enfrentados o que pueden hacerlo; contrariamente, el artesanado constitucional les diseña pensando en que van a cooperar decididamente, vienen obligado a ello. De producirse el control y, tal vez, la corrección de resoluciones debidas al órgano Legislativo, no se tratará nunca, si ha existido fidelidad constitucional o vale decir de modo más concreto corrección funcional, de un supuesto en que uno de los dos haya abandonado o quiera deliberadamente vulnerar la Constitución y el otro lo quiera impedir, sino que respecto del contenido normativo albergado y predefinido constitucionalmente caben en sentido propio opiniones divergentes, disparidad de criterios en su respectiva estimación como por cierto se dan y aún más frecuentemente respecto a cualquier otra Ley. En ese caso, por demás el habitual, solamente se trata de la cuestión, aunque ello resulte sí importante, qué contenido entendido de la Constitución debe en última instancia prevalecer en los supuesto de discrepancia acerca de la fidelidad a la Constitución. Esta atribución de a quién corresponde la última palabra para los casos de disentir, está plenamente dentro de la lógica del Estado constitucional, es una especie de cláusula de cierre del sistema jurídico y, en consecuencia, deben quedar marginadas, completamente descartado, el recurso a conceptos ya arcaicos tales como “órgano detentador de la soberanía interna” o titular de la “competencia de competencias”, por ser recursos heurístico-explicativos a cuyo empleo no cabe sensatamente recurrir; son la expresión

de construcciones con pretensiones totalizantes y meramente idealizadas desde la ficción, no vemos otra “ventaja” a estas formulaciones rituarías que se evidencia por medio de una semántica bien poco prudente.

No tan ocasionalmente se produce asimismo a cargo de algunos sectores doctrinales la sobrevaloración del derecho reconocido a favor de la jurisdicción constitucional para decidir en última instancia sobre concretizaciones constitucionales que entran en controversia, porque ello hace pasar a un segundo plano, dicen, la importancia y el peso del Legislador inmediatamente legitimado dentro del proceso de desarrollo constitucional. Pues bien, a estas posturas les es de oposición lo mentado en el apartado acerca del “juego” (intento de) de notificaciones, pero, adicionalmente, tampoco tienen en cuenta de modo suficiente y muy en particular, cómo el Legislador es el que propiamente produce (aprueba) las leyes y con ello interpreta-concretiza la Constitución cuando procede al desarrollo de la misma: es constitucionalmente hablando el “intérprete primero” de la Constitución⁴⁸, siendo la jurisdicción constitucional el “intérprete” segundo, y siempre reclamada su actuación por los sujetos constitucionalmente legitimados. Dado finalmente tiene prioridad la decisión del Tribunal Constitucional para los supuestos de concretizaciones constitucionales divergentes (reten-gamos que son cuantitativamente los menos), sin embargo, es siempre al Legislador al que corresponde “la primera mano”; no hay *creatio ex nihilo* a cargo de la jurisdicción constitucional, actúa a partir de experiencias concretizantes previas que pueden ser legítimamente cuestionadas.

El desarrollo primero que corresponde de modo anticipado sin excepción al Legislador, cobra constitucionalmente especial relevancia cuando la misma Constitución encarga de manera expresa a este la concretización, desarrollo de criterios, reglas y procedimientos, aunque se manifiesten por medio de una Ley cual fuente subordinada (reserva de Ley, en nuestro ordenamiento, tanto ordinaria como orgánica, garantía esencial que es bien intensa en la Constitución de 1978, al contener específicamente números mandatos expresos dirigidos al Legislador exigiéndole que legisle). El Tribunal Constitucional ha mostrado cierta tolerancia cara a la admisión de colaboraciones internormativas para los supuestos de reserva (se dice relativa) constitucional de Ley (colaborar con la Ley “para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada”, dirá el Tribunal Constitucional), potenciando aún más la función del Legislador, sobre manera, en aquellos casos en los que califica la reserva como absoluta. Institución de la reserva para crear obligatoriamente Derecho por el Legislador que no solo tiene una función jurídico-estatal importante desde la vertiente del Estado de Derecho, como nos parece ha primado nuestro Tribunal Constitucional⁴⁹,

⁴⁸ Por todos JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss, entre otros momentos.

⁴⁹ Efectivamente la definición jurisprudencial que se ha hecho canónica de la reserva de Ley, remite a la STC 83/1984, de 24 de julio: “Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado”, coloca en primer

toda vez debiera anteceder su contemplación desde el prisma del principio democrático: su función es garantizar que el Parlamento atienda a su función legislativa y no deje en manos del Ejecutivo la adopción de decisiones importantes sino que sean tomadas por el primero⁵⁰. Es este el verdadero significado del mandato constitucional: “habrá de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva (...) con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre –como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio–, que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»⁵¹.

De cualquier modo, fuera o al margen de los supuestos en los que existe mandato específico de legislación previsto por la Norma Suprema, el Legislador en coherencia con la opción política que domina en el mismo como mayoría, desarrolla el modelo político-normativo constitucionalmente prefigurado mediante una multitud de leyes, y todo ello pone de relieve que esa citada “primera mano” de concretización dada por el Legislador tiene un peso e intensidad constitucional muy profunda en sí misma considerada, con lo cual, es difícil apartarle de la primacía político-jurídica en el orden del Estado constitucional; aunque nuestra diseñada forma de gobierno parlamentaria haya sufrido una mutación constitucional muy acusada desde el

lugar su conexión o derivación del principio estructural del Estado de Derecho, cuando a nuestro modo de ver, debería ser el principio democrático el que ocupara el primer plano. Esto último entendemos si se refleja el voto particular formulado por el magistrado D. Manuel Aragón Reyes a la STC 136/2011, de 13 de septiembre: “El principio democrático resulta, en efecto, ser elemento capital para aprehender el concepto de ley en nuestra Constitución. Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el Gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias significa señaladamente la reserva a un determinado procedimiento de emanación normativa, el procedimiento legislativo parlamentario, dotado de las características de contradicción, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental”.

⁵⁰ Con mayor detalle, LUIS VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1993, *passim*.

⁵¹ STC 99/1987, de 11 de junio.

plano de la realidad, desplazando el centro de gravedad hacia el Ejecutivo mucho más de lo que, desde nuestra valoración, hubiera sido deseable. El Tribunal Constitucional español se ha referido en varias oportunidades al amplio margen de libertad del Legislador, señalando que la Constitución le permite “convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Como ya dijimos en una de nuestras primeras Sentencias (STC 11/1981, FJ 7.º) «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional (...) El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, FJ 3.º), sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, «de forma tal que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (STC 108/1986, FJ 18), pues «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, FJ 7.º)”⁵². Asimismo tiene nuestro Tribunal Constitucional declarado que “no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar por su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada” de las leyes⁵³.

3.1.2. *Los Derechos Fundamentales auténticamente eficaces refuerzan aún más la necesidad de cooperación*

Esa primera mano legislativa aludida, y la tremenda trascendencia mostrada y explicitada textualmente del Legislador para la vida sociopolítica del Estado, se manifiesta sobre todo en lo concerniente al núcleo esencial de la Constitución, el orden axiológico de valores supremo traducido muy fundamentalmente en el sistema de Derechos Fundamentales proclamados, que,

⁵² STC 194/1989, de 16 de noviembre.

⁵³ ATC 141/1989, de 14 de marzo; y, por ejemplo, el ATC 90/2010, de 14 de julio, recuerda que no es posible “enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el artículo 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”.

en particular no son realizables si carecen de una infraestructura legal, esto es, implementada por el Parlamento (reserva de órgano y lógicamente de procedimiento). La reserva de Ley tiene auténtica trascendencia práctica, sobre todo, en lo tocante a la delimitación y concretización de los Derechos los Derechos Fundamentales: reservas de Ley para la regulación del ejercicio y el desarrollo de los Derechos Fundamentales (reservas generales de los arts. 53.1 y 81.1 de la CE, que conviven con otras varias específica), lo dicen todo a este efecto. Derechos Fundamentales proclamados que conforman “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10.1 de la Constitución, fundamento del orden político y de la paz social”, y, en consecuencia, resulta indiscutible “la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución”, deduciéndose de ahí tanto la “obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales”, como asimismo la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan”, mandato constitucional encaminado a vincular “especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”⁵⁴. No albergando tampoco duda alguna el Tribunal Constitucional acerca de su “carácter vinculante para todos los poderes públicos (...) desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional”⁵⁵. En otros momentos, ha sostenido igualmente que los Derechos Fundamentales, adicionalmente, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, y destaca cómo al tiempo “se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias”⁵⁶.

Ante un supuesto advertido de inactividad u omisión legislativa, el mismo Tribunal Constitucional también manifestaría tratarse de un Derecho Fundamental precisado a efectos de “su desarrollo y plena eficacia” de “la *interpositio legislatoris*”, si bien asimismo admite su exigibilidad no está condicionada al momento del desarrollo legislativo, porque su “reconoci-

⁵⁴ STC 53/1985, de 11 de abril.

⁵⁵ STC 80/1982, de 20 de diciembre.

⁵⁶ STC 129/1989, de 17 de junio.

miento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales”, pues como reiteradamente ha venido señalando el mismo Tribunal, recuerda, “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”, de ahí el “hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo”⁵⁷. Con todo, una argumentación de este tipo, es más un punto de partida y apertura a ulteriores intervenciones concretizantes, pues no ofrece criterio alguno completamente identificado de las exigencias jurídicas propias del Estado constitucional.

Esto ha supuesto una verdadera transformación de la Constitución debido a la eficacia evolucionada de los Derechos Fundamentales como clave del ordenamiento, algo que ha sucedido en los diversos sistemas socio-políticos de vida democrática, como es recogido por ejemplo para la realidad italiana, Estado en el cual se valora haber dado ello lugar a una judicialización del ordenamiento, habiendo encontrado en los Derechos Fundamentales y principalmente en los Derechos sociales, económicos y culturales, casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del Derecho constitucional, debido sobre todo al nuevo rol de la *Corte costituzionale* como juez en la política⁵⁸. De este modo, entre nosotros, el Tribunal Constitucional español ha resultado determinante en orden con la interpretación-concretización de los Derechos Fundamentales, sin duda alguna, tocante a la relación entre el ciudadano y los poderes públicos, y ello de modo decimos satisfactorio, al haber contribuido muy decisivamente a que hoy se vean fuertemente arraigados en la conciencia de los ciudadanos quienes ya se confían solo a dejar sus Derechos en manos de los representantes del Pueblo por mucha que hayan de considerarse inicialmente participantes de buena fe en el pluralismo democrático y exigen con firmeza su efectividad de la práctica del Estado⁵⁹; por el contrario, no valoramos que alcance el mismo nivel cuando ha de enfrentarse a la problemática de las relaciones jurídicas estatuidas por ciudadanos entre sí, y aún en inferior medida cuando se hacen entre los ciudadanos y los poderes sociales.

Como vemos, por mucho que el Tribunal Constitucional del momento pretendiera dar rienda suelta a su imaginación hermenéutica y creatividad semántica, tendría además de la propia brida de la naturaleza y composición del órgano: doce magistrados reclutados cuidadosamente entre juristas de alto prestigio constitucional (la calidad de las personas designadas es un factor muy importante, y trascendiendo, también lo es las que integran los órganos proponentes, de modo que la literatura jurídica alemana ha llegado a hablar a este propósito de una legitimidad de neutralidad desde el punto

⁵⁷ STC 15/1982, de 23 de abril.

⁵⁸ DIETRICH MICHAEL, *Der italienische Verfassungsgerichtshof – Status und Funktionen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 221 y ss.

⁵⁹ Puede verse al efecto FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La judicialización del derecho constitucional”, en: *Revista del Foro* (Lima), año LXXXI, núm. 1, 1993, pp. 112 y ss.

de vista del sistema de reclutamiento de los jueces constitucionales)⁶⁰, nunca se encuentra su control suspendido en el vacío, siempre arranca del examen y de las razones que aporta la “primera mano” del Legislador, y poco a poco de un estudio de la propia Constitución concretizada al haberse ido decantando a través del corpus de jurisprudencia constitucional que forma. La comprensión que finalmente haga el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de las leyes sometidas a su control, se encuentra desde un principio sometida en cierto modo a una especie de restricción no precisamente desdeñable impuesta por la decisión previa adoptada a cargo del Legislador, y, por demás, su misión no consiste como en ciertas ocasiones se insinúa en llegar a alcanzar un resultado óptimo sino en llevar a cabo la verificación respecto de si las leyes producidas por el Legislador contravienen o no la Constitución, sus procedimientos u orden material de valores, e incluso se esfuerza por salvar la constitucionalidad de la Ley si aún puede mantenerse su validez gracias a la existencia de tolerancias interpretativas muy concretas que salvan su existencia o pervivencia en el ordenamiento positivo: interpretación conforme. Todo lo cual dista entendemos de poder calificarse a la jurisdicción constitucional de un órgano incontrolable y potencialmente invasor e imperialista que terminara por decidir prácticamente todo.

En similares términos, manifestaría nuestro Tribunal Constitucional por ejemplo en el año 2004, que el “criterio hermenéutico reiteradamente aplicado por este Tribunal consiste en que cuando son admisibles dos interpretaciones de un mismo precepto legal y una es ajustada al bloque de la constitucionalidad y la otra resulta disconforme con este, debe adoptarse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 571981, de 13 de febrero, FJ 6; 122/1983, de 16 de febrero, FJ 6; 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 152/2003, de 17 de julio, FJ 7; o 98/2004, de 25 de mayo, FJ 8). Permitiendo, como hemos visto, el artículo 90 de la Ley 20/1991 que se cuestiona, sin mayor esfuerzo, una interpretación conforme con el bloque de la constitucionalidad, debe rechazarse que dicho precepto vulnere los artículos 81 y 150.2 CE, y 19 y 20 LOFCA”⁶¹.

3.1.3. *La apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional al servicio nuevamente de la cooperación*

Aunque más arriba afirmamos que siempre planea la duda acerca del acierto-desacuerdo en el cual puede incurrir el Tribunal Constitucional, dado

⁶⁰ La situación temporal acerca del estado en que se encuentren los dos órganos constitucionales, es de nuevo muy importante en atención a este factor humano.

⁶¹ STC 156/2004, de 21 de septiembre.

el sistema decisorio estructurado, implica el mismo que no puedan existir de hecho sentencias o decisiones últimas equivocadas, al margen de que lo sean fueran. Con todo, tenemos la apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional, lo que tal vez, y así será frecuentemente en caso de cambio, a raíz de que realmente una mutación en la realidad se ha producido, pero bien puede abrirse camino trascurrido el tiempo, el punto de vista de que la decisión (última) previa temporalmente discurría equivocadamente; aquí estimamos que el Tribunal Constitucional debería estar más pendiente de la estimativa sobre la evolución que ha de sufrir un principio tan acusadamente dinámico como el de igualdad y lo que debieran ser las potencialidades transformadoras de la misma, a lo cual asimismo podría perfectamente contribuir el Tribunal Constitucional, o bien dicho más moderadamente a reforzar la mismas cuando saltara la ocasión. Y, en fin, en tales casos, puede darse la circunstancia bien fácilmente a suceder, que entretanto haya vuelto a producirse el acto de una nueva “primera mano” a cargo del Legislador, ya estamos ante una hipótesis de control desde parámetros alterados a los que vuelve a estar un tanto atada la primacía decisoria del Tribunal Constitucional, encontraremos un terreno propicio y el tiempo estará maduro para promover soluciones jurisdiccionales diferentes. Incluso dentro de la perspectiva de normatividad tradicional, aunque evolucionada y matiza, podemos como refuerzo acudir a *Ernst-Wolfgang Böckenförde* como aserto de apoyo lo dicho, y desde el presupuesto de que la comprensión de la normatividad constitucional es imposible de entender y explicar separada de la realidad o segmento de la misma a ordenar, y puesto que lo “regulado y lo por regular se corresponden entre sí” no pudiendo ser aislados el uno del otro, va a ser “razonable que las transformaciones del ámbito normativo, esto es, de las circunstancias del objeto, de las condiciones vitales etc., afectadas por el programa normativo, lleven a una modificación del efecto ordenador de la norma en el marco de la interpretación”⁶², pues es del todo evidente que la jurisdicción constitucional ni puede ni debe estar vinculada perpetuamente a sus propios precedentes. Al decidir en última instancia acerca de la interpretación constitucional, se diría entre nosotros, la jurisprudencia constitucional ha de ser necesariamente evolutiva, al objeto de adaptar el texto de la Constitución a las mutables situaciones históricas⁶³; vale decir, estamos ante la adaptación de la Constitución y del ordenamiento a los cambios sociales o jurídicos, con la finalidad de dar cumplimiento a la exigencia de adecuación de su sentido “a las circunstancias del tiempo histórico”⁶⁴. Efectivamente, el Tribunal Constitucional, en cuanto actúa a instancia de parte, requiere al objeto de variar su jurisprudencia fundamentalmente de cambios legislativos en la materia acerca de la cual ya se ha pronunciado y es requerida de nuevo su decisión, o bien que le sometan a

⁶² ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 194.

⁶³ Por todos, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 141 y ss.

⁶⁴ STC 31/2010, de 28 de junio.

consideración los órganos legitimados para ello normas conexas con aquellas respecto de cuya doctrina quiera por estimarlo necesario cambiar.

En nombre de la Constitución puede perfectamente acontecer, obvio es, que el Tribunal Constitucional actúe también como intérprete pretendidamente “auténtico” del orden jurídico ordinario, cuando ello supone dos consecuencias poco positivas para el equilibrio de poderes: se invade ámbito competencial del Legislador de un lado, y también, de otra parte, menoscaba la función de los tribunales ordinarios y especializados a los que corresponde la interpretación de las leyes ordinarias⁶⁵. Sin embargo, estamos obligados a reconocer una realidad incuestionable y creciente, imparable: a la apertura legítima a la jurisdicción constitucional de la interpretación del orden jurídico ordinario, de su significado, como consecuencia del imparable efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, de su contenido constitucionalmente definido, combinado con el tópico hermenéutico de la “interpretación-conforme” a la Constitución, que permite al Tribunal Constitucional definir estrictamente el contenido-significado de una Ley ordinaria, fijando un específico significado como el único compatible con la Constitución, y descartando las demás por inconstitucionales; tesis inventada por la jurisdicción constitucional alemana a partir de 1955 y que exige el respeto al “sentido y la finalidad de la Ley”, lo cual es bien elástico. En todo caso, este aparente respeto o deferencia para con el Legislador, bien se ha subrayado, constituye un instrumento de doble filo, porque supone la injerencia en el ámbito de “autonomía” que corresponde al orden jurídico ordinario, y, en segundo lugar, atendido sea el “efecto constitucionalización” que trae consigo, sí termina por implicar una restricción de la libertad configuradora del Legislador. Con todo, debido a argumentos ya esgrimidos, unidos a algunos otros que pretendemos aún verter, incluso puede orientarse la cuestión de otro modo (no exactamente inverso), nos referimos a la posibilidad de enfocar el tema desde la perspectiva de la situación de “privilegio” de la que todavía goza la legislación en el marco de convivencia democrática, nos referimos ahora con el modelo de jurisdicción constitucional concentrada. Unido a lo anterior, está la inmensa problemática que la plantea la no tan infrecuente invasión o ausencia de respeto del ámbito de la jurisdicción ordinaria, que debería ser objeto de estudios detenidos, asunto que ha preocupado por excelencia a la literatura constitucional alemana, donde se ha criticado ocasionalmente con fuerza la denominada praxis ofensiva de la jurisdicción constitucional y denota la envergadura del problema del establecimiento de límites entre ambas jurisdicciones, llegando a la afirmación de que el *Bundesverfassungsgericht* trata a modo de un verdadero escolar a la jurisdicción ordinaria⁶⁶. El Tribunal

⁶⁵ Puede verse MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 99 y ss.

⁶⁶ ULRICH STEINWEDEL, “Spezifisches” Verfassungsrecht und “einfaches” Recht - Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Nomos, Baden-Baden, 1976, pp. 43 y ss.

Constitucional español ha tratado en algún momento de frenar ese “expansionismo”, manifestando que es intérprete y guardián de la Constitución pero no del resto del ordenamiento jurídico⁶⁷, lo cual pues no deja de ser una exclamación un tanto en el desierto, y el mismo Tribunal tiene declaraciones inevitables como cuando al hacer referencia a la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, reconoce estamos ante “el contexto obligado al que ha de referirse la aplicación de las Leyes, teniendo, por ello, los Jueces y Tribunales el deber de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales, y ello no solo en los supuestos de interpretación declarativa de las normas jurídicas, sino también en la llamada interpretación integradora”⁶⁸.

3.2. A la búsqueda del equilibrio: rechazo definitivo de la fraseología de la espectacularidad pretendida, y quizá parcialmente lograda de modo ocasional

En tal caso visto, es responsabilidad especial del Legislador democrática-inmediatamente legitimado por períodos temporales breves, desarrollar el encargo constitucional de que el orden jurídico situado en la posición tan importante del segundo escalón del ordenamiento para la adaptación del mismo a las exigencias político-sociales mutadas y a la alteración de las concepciones jurídicas. Todo lo cual nos permite insistir en la postura acerca de los efectos vinculantes y la prioridad en la discrepancia de concretizaciones constitucionales inmediatas, las encontremos realmente en bajo la reserva de lo posible y para situaciones que son más bien ocasionales, todo lo cual permite dar de nuevo la razón al ponderado *Peter Badura*, en el sentido de que la primera mano del Legislador nunca se va a marchitar y es la que verdaderamente se mantiene en situación de auténtica reserva constitucional⁶⁹.

La adscripción constitucional de ambas funciones estatales, el orden estructural jurídicamente articulado al efecto, no podemos definirla de una manera breve y concisa mediante el recurso precisamente a fórmulas genéricas, y menos si estas son las tan estereotipadas “politización de la justicia” de una parte, o “judicialización de la política” de otro lado, que des-reflejan por completo algo que es por naturaleza definible como equilibrio inestable y oscilante por ello, pero que no queda definido con las tachadas desviaciones extremas. La caracterización del marco global de cualquier relación constitucional (ya bastante contrastada por demás esta que nos ocupa) entre órganos constitucionales supremos, nunca va a poder ser aclarada con “definiciones” hiperbólicas y como decimos extremas; después podrán incluso darse experiencias vamos a decir un poco a la ligera “puntuales”, referidas a

⁶⁷ STC 78/1984, de 9 de julio.

⁶⁸ STC 103/1990, de 4 de junio.

⁶⁹ PETER BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2015, pp. 115 y ss.

“momentos” que sí pueden surgir excepcionalmente, y hasta dejarse reflejar en cierta medida por esas desmesuradas calificaciones que hasta podrían hacer justicia al caso.

Aunque a veces se pretenda hacer o mostrar al Tribunal Constitucional como una especie de comité de salud pública y que decida adicionalmente en tales casos sin fisuras, por unanimidad, persiguiendo al tiempo ahogar la figura tan relevante del voto particular, buscando con ello la espectacularidad de las decisiones jurisdiccionales, precisamente donde la política debió y está obligada a adelantarse, o bien sus tomas de posición han sido claramente insuficientes e inadecuados, empantana aún más el tema que se insinúa de nuevo va a durar *ad infinitum* por carencia de resolución racional conclusiva.

Dicho lo anterior, la deplorada con frecuencia debilidad decisoria del Parlamento, estimada de carácter general, y en particular por comparación con el Tribunal, debería de entrada centrarse inicialmente en el bloque gobierno-grupo(s) parlamentario que le apoya (lo de los grupos de oposición y la necesidad de potenciar a esta como alternativa, ahora ni la podemos mínimamente documentar⁷⁰), trae otras causas bien distintas conducentes a no pocos fracasos funcionales del Poder Legislativo. Nadie le obliga jurídicamente, y no debería hacerlo políticamente a obedientes adelantamientos dictados autoritativamente desde fuera, y la consecuencia además de situarse en la picota ante la opinión pública, muestra la tendencia política a esconderse detrás del Tribunal Constitucional cuando “pintan bastos”. Ese equilibrio a lograr, es asumido por algunas sentencias tempranas del Tribunal Constitucional español, y lo visualizamos, por ejemplo, en afirmaciones tales como las seguidamente vamos a reproducir cuando hace referencia a que la relación entre los órganos legislativos que realizan “la representación del pueblo (art. 66 de la Constitución) y la propia jurisdicción constitucional, atendida sea la naturaleza de la misma y “el lugar que ocupa en un Estado social y democrático de Derecho”, tiene su traducción en un hecho a resaltar: “la ley, como emanación de la voluntad popular, solo puede ser derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y solo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla. Esta potestad solo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas (...)

⁷⁰ Sobre lo cual ya llamara la atención hace decenios con rotundidad HANS-PETER SCHNEIDER, fundamentalmente observado en términos relativos y de adecuación al tiempo no mucho se ha reforzado a esta al efecto, cuando bien analiza sistemáticamente el autor la temática de la función de la Oposición parlamentaria, cuestión que valora central en el debate político-constitucional, al afectar a médula y a la estructura del sistema parlamentario, y, en particular, de la forma de gobierno parlamentaria, postulando la resolución de problemas en el tema desde la incorporación de aspectos exigidos por la teoría democrática, y en tal sentido la jurisdicción constitucional está llamada a operar como importante garantía de los derechos de la oposición y de las minorías parlamentarias, *Die Parlamentarischen Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1: *Grundlagen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974, *passim*; ofrece una visión de este último aspecto en perspectiva comparada LUCA MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare, Modelli europei a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992, y en su más reciente *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2008.

cuando estas razones sólidas y graves no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno⁷¹. Y no será suficiente una leve contradicción de la norma legislativa con la Constitución, deberá tratarse de una relación de desconformidad, de falta de correspondencia, de ausencia de idoneidad para apreciar la incompatibilidad-atentatoria e infracción directa (invalidez en sentido lato) frente a la Norma Suprema⁷².

3.3. Otra muy corta alusión matizadora, en este caso, tocante al Derecho de la Unión Europea

Desde una consideración muy genérica vamos a hacer referencia telegráfica a la incluso calificada, por algunos, presencia masiva del Derecho europeo en los ordenamientos estatales. Sin llegar nosotros a entender que sea ese el nivel ya alcanzado, a estas alturas nadie en su sano juicio va a decir lo contrario y sí vamos a reconocer como innegable, desde luego, la fácil constatación de la presencia de “legislación” europea, dada su amplia difusión y la profundidad del mismo en muchas cuestiones, que principalmente vemos relevantes en el área comprensiva de la materia económica.

Es correcto en este aspecto lo oficial y doctrinalmente señalado, dejándose bien claro con habitualidad, esto es, que respecto de las directivas no estamos en presencia de derecho originaria y substancialmente estatal; queremos significar lo por todos sabido: el estar ante la presencia de un derecho europeo e incorporado mediante trasposición de directivas emanadas del mismo. Por lo tanto, esta legislación recibe la primera mano o configuración substancial originaria, e incluso detallada frecuentemente, de parte de una voluntad política distinta del Legislador nacional, aun cuando formalmente se promulgue con la apariencia de tal, pero la fórmula de trasposición deja bien claro cuál es su fuente de producción. Consiguientemente, al tratarse de derecho europeo traspuesto, predefinido-definido en tales instancias y no originariamente estatal, ya no se encuentra plenamente sometido al eventual control del Tribunal Constitucional y no es “medido” conforme a los parámetros y criterios del Derecho constitucional español con carácter general, pues solo alcanzará ese control a los supuestos y en la medida en que se haya dejado un espacio abierto de desarrollo y a través de ello resultara expresa la voluntad política del Legislador estatal. El Tribunal Constitucional ha prácticamente suspendido aquí el control con arreglo al “baremo” de los Derechos Fundamentales, afirmando que la protección de los mismos queda garantizada por el Tribunal de Justicia europeo

⁷¹ STC 17/1981, de 1 de junio.

⁷² En este sentido JORGE MIRANDA, “Tribunal Constitucional”, en: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, de Jorge Miranda / Rui Medeiros, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 712 y ss.

y viene aceptando no ejercer su jurisdicción al objeto de valorar el Derecho de la Unión según los parámetros de los Derechos Fundamentales en tanto sean protegidos de manera suficiente en el propio ámbito jurídico europeo, sin desistir de entrar en la revisión de esa ordenación jurídica para los supuestos en los que se infrinja de manera ostensible, grave y continuada el ordenamiento de la Unión⁷³, tanto al adoptarse decisiones frente a los fundamentos que otorgan competencias para una actuación comunitaria como tocante a la protección a los Derechos Fundamentales en el ámbito europeo⁷⁴.

Por ello, ámbitos relevantes de legislación no quedan adscritos al control del Tribunal Constitucional, y perderá el mismo importancia en orden a su control, por pasarse esos bloques legales al nivel europeo. No obstante la ampliamente discutida, y quizá hasta exageradamente, sentencia de nuestra jurisdicción constitucional dictada el año 2014⁷⁵, recuerda sí, que corresponde al Derecho de la Unión Europea, a través de distintos mecanismos, garantizar “el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales” (acepta de nuevo el principio de primacía del Derecho supra-estatal de la Unión), toda vez es el TJUE el encargado de apre-

⁷³ La STC 58/2004, de 19 de abril, recuerda que “no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad (...), al no pertenecer al ámbito de nuestra competencia ‘la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órganos y procedimientos adecuados a este fin’ (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8)” ; sin embargo, de inmediato matiza en el sentido de que lo anterior no inhabilita al propio Tribunal Constitucional “para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno ‘de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]’ [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]. Ello porque ‘en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución’ [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]”.

⁷⁴ Para una profundización en la esencia de esta cuestión y desarrollo de la misma, remitimos a XABIER SANTIESTEBAN ARZOZ, y en particular su análisis de la titubeante, y hasta parcialmente revisora STC 26/2014, de 13 de febrero, en la que no aplica propiamente el no aplica el principio de primacía del Derecho de la Unión, y consecuentemente tampoco el sistema de protección de los Derechos Fundamentales de la Unión, empleando un tanto inesperadamente ahora el canon hermenéutico y vía real ofrecida por el artículo 10.2 de la C.E. al objeto de reinterpretar el contenido absoluto del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la C.E., conforme a la jurisprudencia emanada tanto del TEDH como del TJUE, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015; VICENTE GIMENO SENDRA – ANTONIO TORRES DEL MORAL – PABLO MORENILLA ALLARD – MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, 2.^a ed., Edisofer, Madrid, 2017, pp. 228 y ss. La existencia aquí de un permanente desafío tocante a la delimitación de competencias entre las jurisdicciones constitucionales estatales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido bien analizada, centrada en el ámbito alemán pero más ampliamente ejemplificativa, por CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 1991, pp. 665 y ss.

⁷⁵ Que se ha valorado como una revisión de la doctrina previa bien representada por la STC 91/2000, de 30 de marzo.

ciar la validez de las normas europeas de conformidad con el Derecho primario (y no la CE)⁷⁶; sin embargo, caso de no cumplir o no hacerlo debidamente con su función la Unión Europea, fundamentalmente el Tribunal de Justicia mismo, dada su condición de intérprete supremo de los Tratados, desde el apoyo en el principio de la soberanía del Pueblo español y la supremacía de nuestra Constitución, posibilitan al Tribunal Constitucional español ocuparse de los problemas que eventualmente surjan en tal tesitura, considerados ahora inexistentes, con lo cual, vino a actualizar buena parte de su argumentación de la denominada “válvula de seguridad” o “reserva de jurisdicción” advertida previamente⁷⁷; y sentencia reiterativa-atributiva ahora tocante a que la preocupación de una jurisdicción constitucional estatal está perfectamente justificada caso de detectar la rebaja del nivel de garantías constitucionales de un Derecho Fundamental en un Estado integrante de la Unión Europea⁷⁸. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lógicamente, pone en principio las cosas más fáciles, porque se rige por el principio de complementariedad con los Derechos Fundamentales de las constituciones nacionales, en lugar de estarlo por el principio de complejidad como ocurre con el CEDH⁷⁹. Con todo, ante un situación muy similar que se ha seguido en Alemania, asimismo evocan allí el enorme desafío que presenta la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal encargado de tutelar y desarrollar los Derechos Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encargado de la protección frente a las violaciones de los derechos, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁰.

⁷⁶ Puntualiza adecuadamente GUILLERMO ESCOBAR ROCA, cómo desde la STC 130/1995, de 11 de septiembre, jurisprudencia posteriormente reiterada, se viene aceptando que nuestros órganos judiciales ordinarios dejen sin aplicación “las leyes que juzguen incompatibles con el Derecho de la Unión (rompiendo así el monopolio de rechazo de leyes del propio Tribunal Constitucional), cuestión esta que se considera (sorprendentemente) irrelevante desde el punto de vista constitucional”, *El Derecho, entre el Poder y la Justicia – Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 215

⁷⁷ Nos referimos a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.

⁷⁸ Para dar continuidad a este breve apunte, entre las numerosas aportaciones que se han escrito, remitimos a ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, “El «diálogo aparente» entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)”, en: *Derechos y libertades en la sociedad actual*, edición de ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA / MARTA LEÓN ALONSO, Comares, Granada, 2015, pp. 1 y ss; LUIS I. GORDILLO PÉREZ / ARIANE TAPIA TRUEBA, “Diálogos, monólogos y tertulias Reflexiones a propósito del caso Melloni”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, Disponible en: http://www.ugr.es/~rede/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm; FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA, “El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los derechos fundamentales: el asunto Melloni”, en: *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 174, 2015, pp. 63 y ss.

⁷⁹ RAINER ARNOLD, “Fundamental Rights Review in Europe: Substitution or Standard Control?”, en: *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Francesco Palermo / Giovanni Poggeschi / Günther Rautz / Jens Woelk (editores), Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 189 y ss.

⁸⁰ CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht...*, op. cit., pp. 665-666.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FUNCIÓN ESTIMULANTE EN CUANTO POTENCIAL-EVENTUAL INICIADOR DE LA LEGISLACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA MISMA

Cabe destacar resumiendo, que tal como bien es reconocido y dicho por doquier, el desarrollo mediante la pertinente concretización de la Constitución es también y ante todo asunto del Poder legislativo de modo genérico, conforme ya aludimos, pasa a ser constitucionalmente necesario cuando la Norma Fundamental establece supuestos expresamente previstos de mandatos de legislación a través de la reserva de Ley, de intensidad acusada, reiteramos, en la Constitución de 1978, y son bastantes asimismo los casos en los cuales el constituyente no decretó expresamente la obligación de legislar pero sí ha manifestado sugerencias a tal finalidad o meras llamadas de atención. Así, cuando en el supuesto primero –reserva/mandato de legislar– el Legislador se mantiene en activo, el Tribunal Constitucional debería estar capacitado para dictar obligaciones al Legislador, vinculación ahora reforzada cuya obligación pudiera incluso someterse a plazos y con las sanciones consiguientes, como sucede en otros ordenamientos, caso por ejemplo del alemán, pero aquí nuestro Tribunal Constitucional poco o nada ha arriesgado. Un inactivo Legislador no tiene motivo de queja ni lamento justificativo frente al Tribunal Constitucional cuando adopte este decisiones del tenor aludido, mediante las cuales asuma ese rol activo, por molesto que lo pueda parecer al Legislador; ante su inactividad, pereza o ritmo bajo de este último, incluso bloqueo político por debilidad parlamentaria (a veces se emplea en Alemania para caracterizar la situación, la frase: “esperando a lo que diga Karlsruher”), no existen serios motivos para quejarse de un Tribunal Constitucional denunciante de tales, ni debe sentir extrañeza el órgano legislativo respecto de que le marque las pautas a seguir.

También podemos aludir muy someramente a la relativización que ha sufrido históricamente el “parlamentarismo”, principalmente en los últimos decenios, al ser desplazado de su posición central, siguiéndose la tendencia creciente, principalmente en los ámbitos técnicos y económicos, a sustituir las decisiones parlamentarias por regulaciones extramuros del Parlamento⁸¹. Y, en fin, la entrada inevitable del Tribunal Constitucional cuando se somete a su control legislación en la que el Parlamento es considerablemente confuso, al que le ha llegado a recordar: “el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades”⁸².

⁸¹ RICHARD A. POSNER, “The Rise and Fall of Administrative Law”, en: *Chicago-Kent Law Review*, 1996, pp. 953 y ss; con parecidos términos RAINER ARNOLD, “Régulation économique et démocratie politique en Allemagne”, en: *Régulation économique et démocratie*, Martine Lombard (editor), Dalloz-Sirey, Paris, 2006, pp. 83 y ss.

⁸² SSTC 46/1990, de 15 de marzo, y 146/1993, de 29 de abril.

Distinta cuestión son las sugerencias de legislación ahora referidas a las que pueda hacer el Tribunal Constitucional, aspecto en el que se ha puesto hiperbólicamente el grito en el Cielo cuando nuestra jurisdicción ha dicho algo, más bien poco, acerca de la cuestión; casos por ejemplo bien conocidos de las SSTC 53/1985, de 11 de abril, o la 76/1983, de 5 de agosto. Si puede reconocerse ahí una llamada de atención orientativa u ofrecimiento de ciertas pautas, pero ello dista mucho de que el Tribunal Constitucional tuviera la pretensión de convertirse en una especie de “*preceptor legislatoris*”, por parafrasear la expresión crítica del entonces magistrado del *Bundesverfassungsgericht* contenida en su voto particular a la sentencia referida al Impuesto sobre el patrimonio del año 1995, por considerarla “autoritaria” y entender adolecía, al ir más allá de lo que hubieran sido pautas constitucionales diversas y legítimas sobre un determinado tema regulable, al estarle vedado pronunciarse sobre un hipotético contenido constitucional estimado obligatorio, originando con ello la entrada de un “dogmatismo constitucional acerca de la imposición fiscal” por haber dado autoritativamente instrucciones al Legislador, hasta incluso llegar a incluir detalles “como los métodos de valoración”⁸³. Sin embargo, entendemos que estas actuaciones han sido mucho más aisladas de lo que valoran los críticos (a veces fuertemente tales, cierto), pues el Tribunal Constitucional Federal alemán, apelando a su autocontención ha reiterado sostenidamente en su jurisprudencia la necesidad de respetar el ámbito de libre configuración política constitucionalmente garantizado en favor de los demás órganos constitucionales, asunto que le corresponde a él en última instancia preservar cuando reclaman su actuación. Pero no le fija por definición al Parlamento el marco (pautas) substancial de su labor legislativa, excepto en las situaciones de “conflicto”; y reconoce expresamente las dificultades para delimitar de manera nítida su propia competencia frente al propio Legislador, a quien corresponde el espacio configurador más amplio y dispone en principio de “discrecionalidad”, dentro naturalmente del ámbito constitucional, acerca de la modalidad, dimensión y momento de cumplir con las funciones estatales encomendadas. Asimismo, hemos expresado que no es de manera alguna función de la jurisdicción constitucional verificar-revisar si la legislación ha alcanzado el resultado más apropiado, mucho menos el más justo, ni siquiera el más razonable⁸⁴; no se trata tampoco de

⁸³ Puede consultarse ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 52. Jahrgang, Heft 1, 1999, pp. 9 y ss.

⁸⁴ Entre muchas otras, podemos citar al efecto, las: BVerfGE 73, 301, 315; BVerfGE 81, 156, 205; BVerfGE 91, 346, 363; BVerfGE 94, 166, 200; BVerfGE 98, 169, 204; o la BVerfGE 99, 341, 352. Hay buenas reflexiones acerca, entre otras, de esta cuestión, por ejemplo, en el completo estudio de RICHARD HÄUSSLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung – Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994; y en las obras colectivas Bernd Guggenberger / Thomas Würtenberger, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Nomos, Baden-Baden 1998, o la más reciente e interdisciplinaria, si bien más bien desde la óptica de la Ciencia política, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, edición de Robert Chr. von Ooyen / Martin H. W. Möllers, Springer, Berlin, 2006: el Tribunal Constitucional, dirán los autores en su “Einführung: Recht gegen Politik – politik- und

sustituir la concretización legislativa por la jurisdiccional decidida por el Tribunal Constitucional, pues corresponde a este la más circunspecta tarea conducente al logro del objetivo de lograr la depuración del ordenamiento jurídico y de asegurar la mayor eficacia de sus resoluciones “sobre el cuerpo social”⁸⁵.

Si más arriba mencionamos que la evolución del Estado constitucional pone de relieve cómo la jurisdicción constitucional, a través de la fuerza vinculante de sus decisiones, envía orientaciones, correcciones e impulsos muy determinantes en aspectos sociopolíticos relevantes para la vida comunitaria, podemos recordar que incluso en Estados próximos, y en ello debería repararse más por nosotros, caso por ejemplo de Italia, donde llegara a hablarse por ejemplo de la “guerra de Cortes”⁸⁶, y fueran fuertes e incluso graves los conflictos con el Legislador⁸⁷, paulatinamente los acontecimientos han terminado por dar lugar a que la *Corte Costituzionale* haya terminado por ganar un importante espacio político capaz de complementar, subsidiariamente, la tarea desenvuelta por el Legislador, mediante una amplia diversidad de tipos de sentencias “moduladas” de control constitucional de la Ley que muy “imaginativamente” (de modo particular las llamadas “manipulativas”, con a su vez diversas variantes) han desarrollado allí en aquellas latitudes, al modo ya observara *Nicola Occhicupo*⁸⁸. Y la doctrina científica portuguesa admite la posibilidad legítima de que el Tribunal Constitucional emita decisiones atípicas en cuanto al objeto, al contenido y respecto a los efectos, originando una variedad de sentencias: “as interpretativas, as reductivas, as aditivas e as substitutivas” desde la perspectiva del objeto; *de aviso, injuntivas, apelativas y directivas*, desde la consideración de su contenido; en fin, tocante a los efectos, distinguirán las *normativas*, las *aditivas*, y las *substitutivas*⁸⁹.

También podemos tomar nota para mejor provecho de nuestra praxis (y a modo de cautela), de lo manifestado para evaluar la trayectoria alemana de jurisdicción constitucional, donde se ha sostenido que al Tribunal Federal Constitucional federal le corresponde, en última instancia y de manera vin-

rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts”, pp. 9-13, viene siendo un poderoso actor político en el sistema del gobierno alemán, y está plenamente colocado en el campo de la tensión entre la política y el Derecho, de modo que el proceso político y las implicaciones políticas y jurídicas de la jurisprudencia constitucional están siempre e inevitablemente en primer plano, lo cual se halla en el propio fundamento de la jurisdicción constitucional, y este debe ser el enfoque metodológico de análisis.

⁸⁵ MARC CARRILLO LÓPEZ, “Prólogo”, en: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 8.

⁸⁶ NICOLA ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la “Guerra delle due Corti”*, Giuffrè, Milano, 1973.

⁸⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, “La Corte costituzionale e il legislatore”, en: *Il Foro Italiano*, núm. 2, 1981, pp. 246 y ss.

⁸⁸ NICOLA OCCHICUPO, “La Corte costituzionale come giudice di ‘opportunità’ delle leggi”, en: *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, edición de Nicola Occhicupo, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 31 ss.

⁸⁹ VITALINO CANAS, “Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público”, en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 2, 2003, pp. 227 y ss.

culante, el poder de interpretar la Constitución, cuando resuelve mediante decisiones vinculantes consultas constitucionales que se le han dirigido, y desde la estimación forzosamente incorporada respecto de que la Constitución es al mismo tiempo, y en el sentido específico de la palabra, Derecho político (ya hemos reproducido nosotros: política cuajada), al direccionar en favor del bienestar común la lucha de relevantes actores estatales y sociales, sentado a tal finalidad coordinadas y límites, lo cual, por la propia naturaleza de las cosas, inevitablemente ha conducido a considerables discrepancias en orden a la interpretación constitucional entre el Tribunal Federal Constitucional y los otros órganos constitucionales “más políticos”; sin embargo y con todo, su jurisprudencia al final se ha hecho valer hasta el presente, ciertamente, no sin críticas procedentes tanto de ámbitos políticos como científicos, determinando en importante medida la vida constitucional y la realidad jurídica propias de la República Federal de Alemania⁹⁰. En todo caso, aun cuando viene admitiéndose sin excesivas discrepancias que la realidad constitucional del país ha sido definida considerablemente por la jurisdicción constitucional, ello no oculta lo que se estima controvertido de varias de sus decisiones, lo cual ha conllevado la crítica (a veces bastante dura, con expresiones tan gráficas como: “Supralegislador”, “Guardián moral de la Nación”, “el único lobby eficaz de la familia”, “único rayo de esperanza en el paisaje siniestro de la legislación fiscal, frente al dominio del oportunismo político”, e incluso le han denominado “Consejo de los Dioses de Karlsruhe”)⁹¹, centrada en señalar que el Tribunal Constitucional Federal ha tenido en importante medida la pretensión de materializar un “orden total” de diseño jurisdiccional con la deliberada pretensión de comprender la casi integridad de la vida política y social⁹²: “*totale Juridizierung des Leben*”⁹³.

Con todo, son críticas tan acentuadas en momentos muy concretos pero no tan infrecuentes⁹⁴, en materias frecuentemente de Derecho la-

⁹⁰ ANDREAS VOSSKUHL, “Artikel 93, § 32”, en: Hermann Von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, *Grundgesetz Kommentar zum Grundgesetz: Artikel 83 bis 146*, 6.ª ed., Bd. III, Franz Vahlen, Frankfurt am Main, 2010.

⁹¹ Puede verse ERNST BENDA, “Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 48. Jahrgang, Heft 38, 1995, pp. 2470-2471.

⁹² Es un clásico el libro de MAURO CAPPELLETTI, *Giudici Legislativi*, Giuffrè, Milano, 1984, donde plantea con reconocida sensibilidad la problemática suscitada por el necesario algunos límites procesales y sustantivos a la creación judicial. Muy esclarecedora ha resultado en términos similares de preocupación, desde siempre, las aportaciones de FRIEDRICH MÜLLER, ahora desde consideraciones más estructurales, de quien podemos ejemplificativamente remitir a su “El Derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la Teoría del Derecho”, en: *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 2013, pp. 57 y ss; y más ampliamente, con superior detalle, a su libro *Richterrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

⁹³ KONRAD REDEKER, “Der moderne Fluch der Versuchung zur Totalität”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 48. Jahrgang, 1995, p. 3370.

⁹⁴ Muy significativos ya desde sus llamativos títulos, las siempre sólidas aportaciones de JOSEF ISENSEE, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik”, en: *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, edición de Michael Piazolo, Mainz-München, 1995, pp. 49-59 “Bundesverfassungsgericht— quo vadis?”, en: *Juristen Zeitung*, Jahrgang. 61, 1996, pp. 1085 y ss. Y son de alto interés asimismo, las condensadas reflexiones de GERHARD ROBBERS, “Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von «Formeln» zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite”, en: *Neue*

boral, fiscal, de familia, protección del Derecho a la vida (destaca aquí la conocida como segunda sentencia sobre el aborto que estableciera pautas muy detalladas e incluso forzosas acerca de la configuración del concepto de la protección estatal), ante situaciones en las cuales del Tribunal Constitucional Federal se cuestiona el no haberse limitado a marcar los límites de la libertad de configuración que corresponde al Legislador, pues habría pasado más o menos de la raya fronteriza al establecer los contornos más precisos de la legislación algo siempre de discernir de forma terminante por mucho esfuerzo que se haga, afectantes a valores y objetivos constitucionales esenciales que no han sido atendidos por el Parlamento de cualquier orientación o composición política, y, en lógica consecuencia, tampoco por el Ejecutivo. Claro está, las pautas no son meras recomendaciones o propuestas, sino derivaciones concretizantes de preceptos constitucionales, y, a poco que se repare, observamos tienen naturalmente “calidad constitucional”, remarca la literatura jurídica alemana; comparten, por así expresarlo, el rango constitucional de los preceptos cuyo contenido concretizan, y salvo muy escasas excepciones, es hasta una trivialidad afirmar que no resulta posible precisar de modo concluyente si en los distintos concretos casos han sido erróneas o acertadas. Ahora bien, la exigible cautela del Tribunal Constitucional no está reñida con el arrojo cuando la situación lo requiera, y dependerá no poco la cuestión del estado de los otros poderes estatales, pero la decisión no puede adoptarse por motivos de propia conveniencia. Determinar cuándo la concretización jurisdiccional cruza el umbral de lo excesivo y trazar una raya delimitadora con la concretización correcta, va a ser siempre algo inseguro, faltará siempre la solidez de su resultado, y a lo sumo podrá lograrse el aludido equilibrio inestable.

Volviendo por último con brevedad sobre el “efecto cementación”, en fin “constitucionalización”, operado por las resoluciones de la jurisdicción constitucional, cabe incluso de prisa manifestar, que la aparente eternidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, habrán así de ser calificadas con el término poco justificable de “eternidad impropia”, tendrá como mucho el carácter de vinculatoriedad dentro de límites estrechos. Es última palabra vinculada al tiempo, considerado este fraccional, además de las ataduras previas mencionadas entre las que evidentemente no se reseñaron todas. Dicho más sencillamente, las decisiones del Tribunal Constitucional están asociadas a situaciones concretas en el tiempo; son decisiones temporales, su ultimidad, pues, es siempre relativa. Incluso las situaciones son perfectamente susceptibles de cambiar no exclusivamente por haberlo hecho sus bases reales. Aunque resulta cierto que la autovinculación de la jurisdicción constitucional es un postulado clásico, llevarla a lo hiperbólico tiene aparejado el debilitamiento e incluso la pérdida más o menos acusada

Juristische Wöchenschrift, 51. Jahrgang, Heft 14, 1998, pp. 935-941, así como la breve enjundiosa alerta debida a la siempre brillante pluma de HANS-PETER SCHNEIDER, “Acht an der Macht! Das BVerfG als «Reparaturbetrieb» des Parlamentarismus?”, en: *Neue Juristische Wöchenschrift*, 52. Jahrgang, Heft 18, 1999, pp. 1303-1305.

de la vinculación externa⁹⁵, por ello, los conceptos jurídicos fundamentales y las concretizaciones jurídicas exigibles, también pueden cambiar, están obligados al cambio sostenido, por más prudente que deba ser. Enlazando una norma legal que fue constitucional a una altura temporal, puede volverse visiblemente a perfilarse constitucionalmente disconforme, sea porque la propia norma constitucional debe ser susceptible de una interpretación evolutiva, sea por la alteración de los presupuestos fácticos o jurídicos que existieran en el momento de su producción por el Legislador, sea por cualquier otro motivo, y ahí actuará de nuevo la jurisdicción constitucional en garantía e impulso del Legislador del presente⁹⁶. Sectores doctrinales alemanes han tratado de construir una especie de “derecho de autoentrada” a equilibrar con el reclamado y bastante idílico e indeterminado *self restraint* de la jurisdicción constitucional⁹⁷, que justificaría la penetración de la jurisdicción constitucional mediante una prerrogativa de esta naturaleza en el campo de acción del Legislador inactivo y a partir de mandatos constitucionales definidos, cuando la primera intensifica su función por autoconciencia, y llega a fijar plazos, pautas específicas e incluso colma lagunas de ordenación y desarrollos jurídicos; siempre ha estado y va a estar ahí la problemática o fenómeno jurídico de que, por esa antedicha autoconciencia, la jurisprudencia de las supremas instancias deban ocuparse del establecimiento de “principios jurídicos generales es algo propio de la naturaleza de los tribunales superiores”, una situación jurídica “normal” aunque bien colmada de problemas.

La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, ámbito al que nos hemos circunscrito, denominada a veces el auténtico “punto fuerte de la Justicia constitucional”⁹⁸, si hacemos una reflexión que abarque no solo a la experiencia española y la comprendemos junto con otras que nos son muy próximas, debería concebirse sin reparos como armónica y cooperativa de atenernos al “fondo” de lo admitido hasta aquí, sin embargo, ha podido suscitarse con alguna frecuencia una cierta conflictividad larvada o abierta, si bien estos choques más o menos acusados no son por así decirlo homogéneos ni mucho menos ajenos a los tiempos políticos. Existen así

⁹⁵ Bien vista esta cuestión a cargo de BERNHARD SCHLINK, “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft: im Wandel”, en: *Juristen Zeitung*, 62. Jahrgang, Heft 16, 2007, pp. 157 y ss.

⁹⁶ VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Lisboa, 1994, p. 99.

⁹⁷ Nos alineamos ciertamente con KONRAD HESSE cuando cuestionara decididamente el archireiterado judicial *self restraint* cuando el Tribunal Constitucional se mueve en el ámbito de las funciones de control que constitucionalmente le han sido atribuidas, especialmente en la que valora la función más importante a desarrollar como es la protección de los Derechos Fundamentales, pues ha de exigírsele al Tribunal siempre, en lugar de contención, una decidida intervención, al margen de los eventuales riesgos de conflictos que con esa actitud puedan suscitarse con otros órganos constitucionales, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en: *Ausgewählte Schriften*, edición de PETER HÄBERLE / ALEXANDER HOLLERBACH (editores), en comunicación con WILFRIED FIEDLER, FRIEDRICH MÜLLER, HANS-PETER SCHNEIDER y RUDOLF STEINBERG, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 1984, pp. 311 y ss.

⁹⁸ JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 72.

focos de tensión muy variados, áreas y momentos susceptibles de agrupamiento de maneras diversas en función de las dependencias y posibilidades de influencia recíproca del Legislador y el Tribunal Constitucional. Nuestro esbozo, ante una cuestión de tales dimensiones, básicamente, ha perseguido seguir apuntando algunos de estos problemas o dificultades de encaje tocante a la distribución de funciones entre ambos órganos constitucionales supremos, sin embargo llamados a cooperar por exigencia del Estado constitucional regido por el principio democrático.

II

NOTAS Y DICTÁMENES

Prontuario del régimen de los recursos contra las resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE.—1.1. El modelo originario: breve descripción de su evolución hasta la reforma de 2015.—1.2. El modelo vigente: la reforma del recurso de casación operada por la LO 7/2015, de 21 de julio.—II. PANORAMA GENERAL.—2.1. Primera clave: las resoluciones impugnables.—2.2. Segunda clave: los tipos de recursos que pueden interponer las partes contra las resoluciones dictadas por los órganos judiciales en un proceso (art. 206 LECv).—III. RECURSOS.—3.1. Recurso de reposición (art. 102.bis).—3.2. Recurso directo de revisión (art. 102.bis).—3.3. Recurso de reposición contra providencias y autos (art. 79).—3.4. Recurso de apelación contra autos (art. 80).—3.5. Recurso de apelación contra sentencias (arts. 81 a 85).—3.6. Recurso de casación (arts. 86 a 93).—3.7. Recurso de revisión contra sentencias firmes (art. 102).—IV. ANEXO LEGAL.

RESUMEN

El sistema de impugnación de las resoluciones judiciales en el orden contencioso-administrativo, a medida que éste se ha transformado y han surgido nuevos órganos jurisdiccionales, ha ido acumulando sucesivas figuras desde su configuración en la Ley de 1956.

El resultado hoy es el de un modelo ciertamente complejo, habida cuenta que cada tipo de recurso tiene unas reglas de interposición, de tramitación y de resolución distintas.

La Ley Orgánica 7/2015 introdujo una profunda transformación en la configuración del principal de dichos recursos, que es el de casación, replicando de este modo la reforma del recurso de amparo de 2007, en la línea del “certiorari” de la justicia norteamericana. Y puede ya afirmarse, a imagen del Tribunal Constitucional, que el Tribunal

* Letrado de la Asamblea de Madrid. Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad Carlos III de Madrid).

Supremo interpreta de forma restrictiva el concepto de interés casacional —que constituye su esencia— limitando con ello de forma relevante el número de recursos admisibles.

Presupuesto lo anterior, en las páginas que siguen se ofrece al lector un prontuario de recursos, con la intención de poner a su disposición una guía útil de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Recursos; contencioso-administrativo; diligencias de ordenación; decretos; providencias; autos; sentencias; reposición; revisión; apelación; casación; revisión de sentencias.

I. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en lo que sigue) dedica, dentro del Título IV, su Capítulo III, artículos 79 a 102.bis, al régimen de los recursos que pueden plantearse contra las resoluciones procesales, de conformidad con las reformas operadas, principalmente, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

1.1. El modelo originario: breve descripción de su evolución hasta la reforma de 2015

A) *La Ley Jurisdiccional de 1956 (LJ56)*

En el texto originario de la LJ56 existían dos únicos órganos jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo (las Salas de las hoy desaparecidas Audiencias Territoriales y la Sala del Tribunal Supremo), y el sistema de impugnación de sus resoluciones era muy sencillo:

- las providencias y los autos de los dos tipos de órganos jurisdiccionales existentes eran susceptibles de recurso de súplica —la actual reposición—.
- las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales eran recurribles en apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
- ante el Tribunal Supremo también cabía formalizar el recurso extraordinario de revisión.

B) *La reforma de la Ley de 1977*

Mediante dicha reforma, y con la pretensión de descargar el volumen de trabajo del Tribunal Supremo, se creó un tercer órgano jurisdiccional, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, cuyas resoluciones seguían el mismo modo de impugnación que las emanadas de las Audiencias Territoriales.

C) *La reforma de 1992*

Mediante esta reforma:

- de un lado, se procedió a la supresión del recurso de apelación;
- paralelamente, se introdujo en el ámbito contencioso-administrativo el recurso de casación, articulado en tres modalidades:

1.^a La casación ordinaria, configurada como un recurso de acceso limitado a los supuestos tasados por la Ley —que establecía los concretos motivos que podían servir de fundamento a su interposición—, que se proyectaba contra la sentencia de instancia, no contra la actuación administrativa impugnada en el procedimiento del que traía causa.

Respecto de su tramitación, es oportuno recordar que —a diferencia de los demás recursos jurisdiccionales— la Ley configuró la iniciación del recurso de casación de una forma peculiar: no, como es habitual, mediante un escrito, sino de dos, denominados de anuncio o de preparación de la casación y de interposición del recurso; desdoblándose así las actuaciones, que inicialmente se desarrollaban ante el Tribunal que hubiera dictado la resolución que se cuestionaba, en el que se ventilaba la preparación del recurso, y ulteriormente se seguían ante el Tribunal Supremo, en el que se sustanciaban la interposición, la admisión a trámite, la sustanciación del recurso y la decisión del mismo.

2.^a La casación para unificación de doctrina, prevista para aquellos supuestos en que, no siendo posible el recurso de casación ordinario, existiera contradicción entre sentencias de los Tribunales o con la doctrina del propio Tribunal Supremo, exigiéndose identidad de litigantes o situaciones y de hechos, fundamentos y pretensiones. El objetivo de este recurso era hacer efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad ante la ley, corrigiendo tratamientos desiguales en el momento de dispensarse la tutela judicial, fijándose la doctrina aplicable al supuesto concreto, si bien la resolución mediante sentencia del recurso no afectaba, en ningún caso, a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias anteriores a la recurrida que se hubieren utilizado como referencia y contraste.

3.^a La casación en interés de ley, subsidiaria de las anteriores, tenía por objeto las sentencias no susceptibles de las otras dos modalidades casacionales, cuando se reputara que las mismas eran gravemente dañosas para el interés general y erróneas las resoluciones dictadas. Su fundamento se encontraba en el principio constitucional de legalidad, y su objetivo lo constituía la depuración de la doctrina jurisprudencial, fijando en el fallo la doctrina legal, careciendo de relevancia práctica para el caso concreto enjuiciado.

D) La Ley Jurisdiccional de 1998 (LJ98)

En la remozada Ley Jurisdiccional aprobada en 1998, que comportó el establecimiento efectivo de dos nuevos tipos de órganos judiciales, de carácter unipersonal (los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de ámbito provincial, y los Juzgados Centrales, de ámbito nacional), se asumió el esquema previo en la materia, si bien recuperando el recurso de apelación, que había sido suprimido en 1992.

E) La reforma de 2009: implantación de la nueva Oficina Judicial

Consecuencia de las nuevas atribuciones conferidas a los Secretarios Judiciales, se introdujeron dos nuevas figuras de recurso, a interponer frente a sus resoluciones:

- Recurso de reposición; y
- Recurso de revisión.

1.2. El modelo vigente: la reforma del recurso de casación operada por la LO 7/2015, de 21 de julio

A) La reforma del recurso de casación

De lo expuesto puede intuirse que el sistema de impugnación de las resoluciones judiciales es complejo, teniendo cada tipo de recurso unas reglas de interposición, tramitación y resolución distintas.

La modificación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido en el descrito modelo una sustancial reforma en el recurso de casación, pergeñando así lo que constituye el vigente sistema de recursos.

De entrada, dicha modificación, frente a las tres modalidades previstas por el texto originario de la LJ98 (casación ordinaria, casación para la unificación de doctrina y casación en interés de ley), ha unificado esta vía de impugnación en un único recurso, acercando el recurso de casación a lo que siempre debió ser primordialmente y nunca ha sido: un instrumento que permita crear de forma cierta una doctrina jurisprudencial sólida y estable.

Dicho lo anterior, debe destacarse que la casación puede interponerse, tras la reforma, contra las sentencias dictadas tanto por los órganos colegiados como –lo que no estaba contemplado por la normativa precedente– por los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, en el nuevo régimen el recurso ya no es de acceso limitado, pues su interposición no se circunscribe a un elenco de motivos tasados –la reforma, en efecto, con efectos desde el 22 de julio de 2016, eliminó los cuatro motivos tasados por los que previamente debía encauzarse el recurso–.

Asimismo, hemos de dejar constancia en esta introducción de que el recurso se caracteriza por el hecho de que su admisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 88.1, queda condicionada a la observancia de dos exigencias:

- i. la invocación de una concreta infracción del ordenamiento jurídico, ya sea procesal o sustantiva, o de la jurisprudencia. Exigencia que debe interpretarse conjuntamente con la regla tradicional que respecto de este recurso se afirma en el artículo 87.bis, a cuyo tenor el mismo “*se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho*”, salvo en el supuesto excepcional del artículo 93.3; y,
- ii. que el recurso presente interés casacional objetivo para la formación de doctrina jurisprudencial; requisito discrecional que constituye la principal novedad de la formulación actual del recurso, replicando de este modo la reforma del recurso de amparo de 2007, en la línea del “*certiorari*” de la justicia norteamericana. Y puede ya afirmarse, a imagen del Tribunal Constitucional, que el Tribunal Supremo interpreta de forma restrictiva dicho concepto de interés casacional, limitando con ello de forma relevante el número de recursos admisibles.

B) *La estructura legal de los recursos*

El resultado es que el vigente panorama normativo responde a la siguiente estructura legal del Capítulo III del Título Cuarto de la Ley:

- Secc. 1.^a: Recursos contra providencias y autos, arts. 79 y 80.
- Secc. 2.^a: Recurso de apelación, arts. 81 a 85.
- Secc. 3.^a: Recurso de casación, arts. 86 a 93.
- Secc. 6.^a: Revisión de sentencias, art. 102.
- Secc. 7.^a: Recursos contra resoluciones del Secretario Judicial, art. 102.bis.

II. PANORAMA GENERAL

2.1. **Primera clave: las resoluciones impugnables**

Más allá de la memorización de sus respectivos objetos y régimen de tramitación, la correcta comprensión del vigente modelo de recursos que acaba de describirse exige combinar dos claves: primero, las resoluciones que son susceptibles de impugnación y, segundo, los recursos que las partes pueden interponer frente a dichas resoluciones.

A) *Resoluciones dictadas por el Letrado de la Administración de Justicia, que es el encargado de la correcta tramitación del proceso, impulsándolo formalmente en sus distintos trámites.*

1. **Diligencias de ordenación** (que son distintas de las de constancia, comunicación o ejecución), que tienen por finalidad dar a los autos el curso que la ley establezca e impulsar formalmente el procedimiento; generalmente no están motivadas, pero, si procede, se motivan.
2. **Decretos**, que ponen término al trámite para el que el Letrado tiene atribuida competencia exclusiva –ej. la admisión a trámite de la demanda– y cuando sea preciso o conveniente razonar lo resuelto; se dictan siempre de forma motivada:

2.1. **Definitivos**: ponen fin al procedimiento o impiden su continuación –declaración de inadmisión, caducidad o desistimiento, ...– o así está expresamente previsto –tasación de costas, ejecución sentencia, ...–.

2.2. **No definitivos**.

B) *Resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, Juez unipersonal o Sala, que ejercen la función jurisdiccional constitucionalmente atribuida.*

1. **Providencias**, que son resoluciones de trámite y ordenación y versan sobre cuestiones procesales que requieren una decisión judicial; salvo las excluidas *ex arts. 33.2 y 65.2 LJ98* (comunicación de hechos o motivos relevantes no considerados por las partes).
2. **Autos**, que son declaraciones judiciales que no versan sobre el fondo del proceso y, motivadamente, resuelven cuestiones y asuntos incidentales.
3. **Sentencias**, que son las declaraciones judiciales, motivadas, que ponen fin al proceso.

2.2. **Segunda clave: los tipos de recursos que pueden interponer las partes contra las resoluciones dictadas por los órganos judiciales en un proceso (art. 206 LECv)**

A) *Recursos contra resoluciones dictadas por el Letrado de la Administración de Justicia:*

1. **Recurso de reposición**: que se interpone ante el propio Letrado que dictó la resolución recurrida.
2. **Recurso directo de revisión**: que se formaliza en alzada ante el correspondiente órgano jurisdiccional.

B) *Recursos contra resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional (Juez unipersonal o Sala):*

1. **Recurso de reposición:** que se interpone ante el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida.
2. **Recurso ordinario de apelación:** que se formaliza en alzada ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo que dictó la sentencia que se recurre o, en su caso, si emana de un Juzgado Central ante la Audiencia Nacional.
3. **Recurso de casación:** que se prepara ante el órgano jurisdiccional que dictó el acto recurrido y se interpone ante el Tribunal Supremo o, en su caso, ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia.
4. **Recurso extraordinario de revisión:** que se formaliza en los específicos supuestos legalmente establecidos.

III. RECURSOS

Presupuesto lo anterior, en lo que sigue se ofrece, a modo de guía de trabajo y con la única finalidad de permitir la rápida comprensión del recurso en cada caso considerado, un esquema de las distintas modalidades de recurso, de acuerdo con un modelo uniforme en el que, sucesivamente, se identifican respecto de cada modalidad los siguientes ocho extremos:

- **OBJETO**, es decir, las resoluciones que pueden ser cuestionadas a través del mismo.
- **INTERPOSICIÓN**, precisando el órgano ante el que debe formalizarse la impugnación; extremo de notable relevancia, pues el error es sólo imputable al recurrente.
- **PLAZO** de impugnación; sobre cuya trascendencia nada hay que decir, dado su tradicional carácter preclusivo. Advertimos que en el primero de los esquemas, correspondiente al recurso de reposición, se hace un resumen de las reglas de cómputo aplicables a todos los recursos considerados.
- **CONTENIDO DEL ESCRITO**, precisando los mínimos que se exigirán en cada caso para su propia admisión a trámite.
- **EFFECTO DE LA INTERPOSICIÓN**, pues no es propio de todos los recursos que se suspenda la eficacia del acto recurrido, sustanciándose algunos ante el propio órgano ante el que deben formalizarse, mientras que en otros supuestos se diferencia entre el órgano *a quo* y el órgano *ad quem*.
- **TRAMITACIÓN**, destacando los principales trámites y plazos.
- **RESOLUCIÓN**, anticipándose que el plazo legalmente establecido en este sentido tiene el mismo carácter que una “cita médica”, pues es sólo orientativo.
- **IMPUGNACIÓN**, concretando qué vías de reacción caben contra la resolución que resuelva el recurso.

3.1. RECURSO DE REPOSICIÓN (art. 102.bis)

OBJETO:

Diligencias de ordenación y Decretos no definitivos, salvo que la Ley prevea, expresamente, que sólo cabe recurso de revisión.

INTERPOSICIÓN:

Se interpone ante el propio Letrado.

PLAZO:

5 días siguientes a la notificación.

Reglas de cómputo (generales para todos los recursos en el orden contencioso-administrativo):

— **182.1 LOPJ:**

✓ Son inhábiles: los sábados y domingos; 24 y 31 de diciembre; los días feriados nacionales (10), autonómicos (2) y locales (2).

— **128.2 LJCA:**

✓ El mes de agosto es inhábil en la jurisdicción contenciosa, salvo respecto del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

— **151.2 LECv:**

✓ Notificaciones a través de Lexnet: se computa a partir del día siguiente al de su recepción por el Colegio de Procuradores.

— **135.1 LECv:**

✓ *Día de gracia* = el escrito se puede presentar hasta las 15:00 horas del día hábil siguiente.

3.1. RECURSO DE REPOSICIÓN (art. 102.bis)	
<p>— 128.1 LJCA:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Rehabilitación de plazos caducados, “salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos” = quedan excluidos, pues, los escritos relativos a la interposición de los recursos contra resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, contra providencias y autos, contra sentencias en apelación y los escritos de preparación y de interposición del recurso de casación. ✓ La jurisprudencia lo aplica al trámite de subsanación de defectos formales, que se entiende participan de la naturaleza de los escritos de preparación o interposición de recursos = no pueden presentarse, pues, el día en que se declare su caducidad. 	
CONTENIDO DEL ESCRITO:	Cita necesaria del precepto legal o jurisprudencia en que se funda y razonamiento suficiente de su incidencia en el caso concreto. En caso contrario, inadmisión mediante Decreto (recurrible en revisión).
EFECTO:	Ni devolutivo ni suspensivo.
TRAMITACIÓN:	Traslado a las restantes partes, para impugnación, <u>3 días</u> .
RESOLUCIÓN:	Por el Letrado de la Administración de Justicia, mediante Decreto, <u>3 días</u> .
IMPUGNACIÓN:	102.bis.2. “no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir [...] la resolución definitiva”. STC 58/2016, de 17 de marzo: Inconstitucional = Hoy, en consecuencia, y “en tanto el legislador no se pronuncie al respecto”, cabe el Recurso directo de Revisión del artículo 102.bis.2.

3.2. RECURSO DIRECTO DE REVISIÓN (art. 102.bis)	
OBJETO:	Decretos definitivos.
INTERPOSICIÓN:	Se interpone ante el órgano judicial correspondiente, al que esté adscrito el Letrado que lo dicta.
PLAZO:	<u>5</u> días.
CONTENIDO DEL ESCRITO:	Cita preceptiva del precepto legal o jurisprudencia en que se funda y razonamiento suficiente de su incidencia en el concreto supuesto. En caso contrario, inadmisión mediante providencia, que no es susceptible de recurso, sin perjuicio de la vía del incidente de nulidad de actuaciones.
EFECTO:	Ni devolutivo ni suspensivo.
TRAMITACIÓN:	Traslado a las restantes partes para impugnación, <u>5</u> días
RESOLUCIÓN:	Por el Juez o Sala, mediante auto: <u>5</u> días
IMPUGNACIÓN:	102.bis.4. Únicamente cabe apelación y casación, en los supuestos de los arts. 80 y 87 (<i>vid. infra</i>).

3.3. RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA PROVIDENCIAS Y AUTOS (art. 79)	
ACLARACIÓN PREVIA:	La expresión “recurso de súplica”, formalmente suprimida, es materialmente equivalente (Ley 13/2009).
OBJETO:	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 1.A. Todas las Providencias (contra las que no cabe apelación ni casación), salvo las del 33.2 y 65.2: comunicación de hechos o motivos relevantes no considerados por las partes. ✓ 1.B. Autos <ul style="list-style-type: none"> • Advertencia: 79.1: “<i>Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica</i>” ≠ frente a ellos no queda reposición, pues su formalización es preceptiva con carácter previo a la preparación de la casación (art. 87.2) y preceptiva/potestativa (?) antes de la apelación (nada dice la Ley; <i>consejo: interponer recurso de reposición y, subsidiario, de apelación</i>). • Por tanto, todos los Autos, salvo los supuestos expresamente exceptuados (el propio 79.2: los desestimatorios del propio recurso de reposición y los que resuelvan solicitudes de aclaración).
INTERPOSICIÓN:	Se interpone ante el propio órgano judicial correspondiente.
PLAZO:	<u>5 días</u>
CONTENIDO DEL ESCRITO:	<ul style="list-style-type: none"> • Cita preceptiva del precepto legal o jurisprudencia en que se funda y razonamiento suficiente de su incidencia en el concreto supuesto. En caso contrario, inadmisión mediante providencia, que no es susceptible de recurso, sin perjuicio de la vía del incidente de nulidad de actuaciones.
EFECTO:	• Ni devolutivo ni suspensivo
TRAMITACIÓN:	→ Traslado a las restantes partes para impugnación, <u>5 días</u> .
RESOLUCIÓN:	→ Por el órgano jurisdiccional, mediante auto, <u>3 días</u>
IMPUGNACIÓN:	No es susceptible de recurso.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS (art. 80)

OBJETO:

- **Autos dictados por los órganos unipersonales en procesos en primera instancia** (contra los que no cabe casación; no cabe, pues, apelación de los autos dictados en procesos en única instancia), en los siguientes casos:
- Pongan término a la pieza separada de medias cautelares.
 - Recaídos en ejecución de sentencia.
 - Declaran la inadmisión del recurso o hagan imposible su continuación.
 - Autorizaciones de entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular y autorizaciones de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública con restricción de la libertad o de algún otro derecho fundamental.
 - En aplicación arts. 83 (medidas cautelares para asegurar la ejecución de la sentencia) y 84 (ejecución provisional de sentencias apeladas).

3.4. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS (art. 80)

TRAMITACIÓN:

→ Remisión al Recurso de Apelación contra sentencias: arts. 81 a 85.

Art. 80.2: “*La tramitación de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la sección 2ª de este capítulo.*”

En consecuencia, brevemente:

→ **Fases:**

- Ante el órgano unipersonal que dicta el Auto.
- Ante el órgano colegiado que lo resuelve.

→ **Plazo:** 15 días para interposición.

→ **Efecto devolutivo, pero no suspensivo** (sí lo tiene en recursos contra sentencias).

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

OBJETO:

- Sentencias dictadas por los órganos unipersonales (Juzgados de lo Contencioso-administrativo o Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo).
 - Con dos excepciones (art. 81.1)
 - o A) - Las que resuelvan asuntos de cuantía inferior a 30.000 €; en consecuencia, las dictadas en asuntos de cuantía indeterminada son todas apelables.
 - Excepción a la excepción (art. 81.2): sí son recurribles a través de este recurso (para permitir un segundo fallo, por su relevancia) las siguientes sentencias:
 - Las que declaren su inadmisión (si es inadmisión parcial, cabrá sobre las pretensiones inadmitidas);
 - dictadas en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114);
 - las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas, conforme al concepto afirmado por art. 1.2; y dictadas en recursos indirectos contra reglamentos (art. 26.1), considerando que los recursos directos son siempre de cuantía indeterminada.
 - o B) Las relativas a impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos por cualesquiera Juntas Electorales (*ratio*: la necesaria celeridad del proceso electoral).

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

INTERPOSICIÓN:

- **Advertencia: 82:** “*El recurso podrá interponerse por quienes, según esta Ley, se hallen legitimados como parte demandante o como demandada*”. Conforme ha reiterado el TS respecto de la casación, comprende, sobre la base del vigente art. 89.1, “*quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido*” –es decir, los legitimados como tal, aunque se les hubiere emplazado y no se hubieran personado; lo relevante es ostentar un “interés legítimo”–.
- **Atención:** Se interpone ante el órgano judicial unipersonal a quo, autor de la sentencia; la equivocación del recurrente le es imputable sólo a él = inadmisión por extemporáneo.

PLAZO:

- ✓ 15 días.
- ✓ Se interrumpe si se presenta solicitud de aclaración o complemento de sentencia (art. 267.9 LOPJ).

CONTENIDO DEL ESCRITO:

- ✓ Alegaciones procedentes sobre el fondo del asunto, tanto de orden fáctico como jurídico, precisando claramente el *petitum*. Debe recordarse que se trata de un recurso plenario (no basta con expresar la discrepancia con la sentencia y solicitar su revocación).

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

CONTENIDO DEL ESCRITO:

- **Atención:**
 - No pueden plantearse cuestiones nuevas, es decir, pretensiones diferentes a las formuladas en el suplico de la demanda de instancia; aunque nada impide introducir argumentos nuevos en defensa de dichas pretensiones.
 - No debe intentar reabrirse el debate sobre la legalidad de la actuación administrativa recurrida en la instancia, pues el objeto del recurso lo es la apelación de la sentencia y la crítica del recurso debe dirigirse a ella.
 - **(Consejo:** *Es útil reiterar los argumentos de la demanda o contestación, pero siempre poniéndolos en relación con la sentencia que se recurre*).
 - Puede solicitarse “el recibimiento a prueba” (art. 85.3): lo que se debe solicitar es los concretos medios de prueba que desea que se practiquen ante la Sala, por haber sido denegados en primera instancia o por no haberse practicado por causas que no sean imputables al recurrente.
 - Debe contener la solicitud de celebración de vista o conclusiones, o que el pleito sea declarado concluso para sentencia, sin más trámites.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

EFECTO:

- A) Si el escrito de interposición reúne los requisitos formales (de cuantía, contenido del escrito, legitimación procesal, representación procesal y defensa letrada), el Juzgado acordará su admisión a trámite.
- **Art. 85.2:** La resolución del Letrado de la Administración de Justicia que se dicte no es recurrible; pero
 - La que pudiera inadmitirlo, mediante auto, sí es recurrible, en queja, ajustándose su trámite a lo dispuesto por los artículos 494 y 495 LECv:
 - Plazo de interposición: 10 días.
 - Resolución por el Tribunal *ad quem* en plazo de 15 días (confirmando la inadmisión u ordenando se dicte una nueva resolución, teniendo por preparado el recurso).
 - No es susceptible de recurso alguno.
- B) Conforme al art. 83.1, a diferencia de la apelación contra autos –que carece de efecto suspensivo automático (art. 80.1)–, el recurso contra sentencias es admisibile en ambos efectos, devolutivo y suspensivo (impidiendo la interposición del recurso la ejecución definitiva del acto, pues le priva de firmeza).
- Por excepción, dice el 83.1, “*salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa*”. En realidad hay un único supuesto: apelación contra sentencias dictadas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (art. 121.3).

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

EFECTO:

→ No obstante, cabe la ejecución provisional de la sentencia recurrida (art. 84), salvo que los perjuicios que pudiera causar la misma sean irreparables o se pudieran crear situaciones irreversibles. Dicha ejecución procede a instancia de las partes favorecidas y previa audiencia de las restantes, por plazo de 5 días; sin perjuicio de la caución o garantía que pudiera exigirse, para evitar los perjuicios que dicha ejecución pudiera producir, estando exentas las Administraciones públicas. Resolverá el Juez en término de 5 días.

TRAMITACIÓN:

A) Actuaciones ante el Juez *a quo*:

- Admitido el recurso, dará traslado a las restantes partes para formular escrito de oposición, por 15 días.
- En la oposición, además de alegaciones en contrario, pueden formularse tres tipos de manifestaciones adicionales (art. 85):
 - 1ª Petición de recibimiento a prueba del proceso, por las razones antes citadas;
 - 2ª Procedencia de declarar la inadmisión del recurso;
 - Se da traslado al recurrente, para que pueda oponerse.
 - 3ª Adherirse a la apelación formulada, especificando los puntos en que se estima que la sentencia le es perjudicial y razonando su impugnación.
 - Se da también traslado al recurrente, para que pueda oponerse.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS (arts. 81 a 95)

TRAMITACIÓN:

B) Actuaciones ante el Tribunal *ad quem*:

- **1º Competencia:**
 - Si el Juez *a quo* lo es un Juzgado de lo Contencioso-administrativo, corresponde conocer a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia; si lo es un Juzgado Central, a la propia Sala de la Audiencia Nacional.
 - **Atención:** Los autos y sentencias dictados en única instancia por las referidas Salas sólo son susceptibles de recurso de casación, cuando éste procede.
 - **Nota:** El TS no tiene competencias en apelación (conoce en casación y en los supuestos en los que, conforme a la LJ98, conoce en única instancia).
- **2º Trámites:**
 - Resolverá las cuestiones planteadas acerca de la inadmisión del recurso (art. 85.5).
 - Resolverá las concretas solicitudes de celebración de prueba (art. 85.5).
 - Si se admite, se realizará con citación de las partes; siendo posible la práctica de las acordadas de oficio o mediante diligencia final (art. 61).
 - Acordará la celebración de vista o presentación de conclusiones escritas, si la Sala lo estima necesario –atendida la índole del asunto–, lo han solicitado todas las partes o se ha practicado prueba (art. 85.7 y 8, en relación con arts. 63 a 65).

RESOLUCIÓN:

- Por la Sala, mediante Sentencia; 10 días (art. 85.9).
- La sentencia confirmará o revocará la resolución impugnada.
- Si la sentencia de instancia hubiera declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto (art. 85.10).

IMPUGNACIÓN:

- Mediante el recurso de casación (art. 86.1).

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

- ✓ **CONSIDERACIÓN PREVIA (Art. 123 C.E.):** Nuevo modelo de casación: LO 7/2015, 21-VII, en vigor desde el 22-VII-2016, derogó el precedente sistema –introducido en 1992, con tres modalidades de casación (común, para la unificación de doctrina y en interés de ley)– afirmando un único recurso: función nomofiláctica = instrumento que permita crear de forma cierta una doctrina jurisprudencial sólida y estable.
- **Afirma su Preámbulo:**
 - “En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.
 - Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo.”

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

OBJETO:

- ✓ **Idea previa:** Sentencias dictadas tanto por los órganos colegiados como (novedad de la LO 7/2015) por los órganos unipersonales, sin limitación de cuantía y Autos dictados por los órganos colegiados.
 - Y son también recurribles (art. 86.4) las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas, remitiendo a los concretos supuestos en que así lo prevea su Ley de Funcionamiento (de responsabilidad contable).
- A) **Sentencias recurribles (art. 86.1):**
 - **Órganos colegiados:** Dictadas por las Salas de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia o (novedad de la LO 7/2015) en apelación.
 - **Órganos unipersonales:** (novedad LO 7/2015) dictadas por los Juzgados provinciales y los Juzgados Centrales en única instancia (es decir, aquellas que no sean susceptibles de apelación conforme al art. 81).
 - ***Atención:*** para su admisión se requiere que éstas contengan “*doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos*”. Debe motivarse en el escrito de preparación.
- B) **Sentencias no recurribles (art. 86.2):**
 - ✓ Por excepción, pues dichas sentencias son recurribles cualquiera que sea la materia sobre la versen, quedan excluidas, por obvias razones (también se excluían en el modelo anterior):
 - Las dictadas en el procedimiento especial para la protección del derecho fundamental de reunión (art. 122); y
 - Las dictadas en los procesos contencioso-electorales regulados por la LOREG.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

OBJETO:

C) Autos recurribles (art. 87.1):

- ✓ Los siguientes, dictados por los órganos colegiados (no son recurribles los dictados por los Juzgados):
- 1.- Declaren la inadmisión del recurso o hagan imposible su continuación.
 - 2.- Pongan término al incidente o pieza separada de medidas cautelares.
 - 3.- Recaídos en ejecución de sentencia, siempre que contradigan los términos del fallo que se ejecuta o resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla.
 - 4.- Relativos a ejecución provisional de sentencias recurridas en casación.
 - 5.- Dictados en los incidentes de extensión subjetiva de los efectos de las sentencias (arts. 110 y 111).
 - **Atención:** *Art. 87.2 Para que pueda prepararse el recurso de casación contra un auto es requerido necesario interponer previamente el recurso de reposición ≠ denegación de la preparación (salvo que se haya producido una previo “erróneo ofrecimiento del recurso”).*

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

INTERPOSICIÓN:

- **Advertencia: 89.1:** Están legitimados “*quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido*”. El TS ha reiterado que la locución comprende a quienes estuvieran legitimados en la instancia, aunque se les hubiere emplazado y no se hubieran personado; lo relevante es ostentar un “interés legítimo”.

PLAZO:

- ✓ 30 días. Se interrumpe si se presenta solicitud de aclaración o complemento de sentencia (art. 267.9 LOPJ).
 - **Atención:** El plazo lo es para “preparar el recurso” ante el órgano judicial unipersonal o colegiado a quo, autor de la resolución; la equivocación del recurrente le es imputable sólo a él = inadmisión por extemporáneo.
 - *Presentación en su Registro: sólo la fecha en que se presente en este servicio será computable para el cumplimiento del plazo.*

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

CONTENIDO DEL ESCRITO DE PREPARACIÓN:

- ✓ *Se trata, hoy, del documento fundamental del recurso = Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20/04/2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera.*
- A) **Concisión y complejidad:** 6 manifestaciones obligadas para su correcta preparación (art. 89.2)
 - 1.ª Cumplimiento de los requisitos formales del recurso (plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución).
 - 2.ª Identificación de las normas o la jurisprudencia que se consideraran infringidas.
 - 3.ª Indefensión producida por la resolución y que ante el órgano jurisdiccional autor se pidió la subsanación, cuando la infracción que se afirma lo sea de normas o jurisprudencia relativa a los actos y garantías procesales.
 - 4.ª Acreditación de que las infracciones invocadas han sido relevantes y determinantes de la decisión.
 - 5.ª El carácter de Derecho estatal o de normativa de la Unión Europea de la norma infringida, cuando la resolución haya sido dictada por la Sala de un Tribunal Superior de Justicia.
 - 6.ª La efectiva concurrencia de algunas de las circunstancias que permiten apreciar el interés casacional y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

CONTENIDO DEL ESCRITO DE PREPARACIÓN:

A) Concisión y complejidad

- **INEFECTIBLE: el interés casacional.** Es la novedad fundamental del vigente sistema = *certiorari*: sólo se admiten los recursos que ofrecen un interés relevante para la formación de doctrina jurisprudencial.
- Se trata de un concepto jurídico indeterminado y la Ley otorga amplia libertad a la Sala para apreciar si concurre o no, pero enumera dos tipos de condicionantes: Art. 88.2 y 88.3.
- **El interés casacional: Primer condicionante** (Art. 88.2): Enumeración no exhaustiva de 9 circunstancias de cuya concurrencia puede deducirse que el recurso ofrece dicho interés:

- “a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretaci3n de las normas de Derecho estatal o de la Uni3n Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros 3rganos jurisdiccionales hayan establecido.
- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran n3mero de situaciones, bien en s3 misma o por trascender del caso objeto del proceso.
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuesti3n de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.
- e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisi3n una doctrina constitucional.
- f) Interprete y aplique el Derecho de la Uni3n Europea en contradicci3n aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervenci3n de 3ste a t3tulo prejudicial.
- g) Resuelva un proceso en que se impugn3, directa o indirectamente, una disposici3n de car3cter general.
- h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones p3blicas.
- i) Hay a sido dictada en el procedimiento especial de protecci3n de derechos fundamentales.”

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

CONTENIDO DEL ESCRITO DE PREPARACIÓN:

- **El interés casacional:** Segundo condicionante (Art. 88.3): Enumeración de 5 circunstancias en las que se presumirá que existe dicho interés casacional objetivo, debiendo ser admitido el recurso en estos casos, salvo en los 3 supuestos en los que la Ley habilita al Tribunal para inadmitirlo.
 - “a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.
 - b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.
 - c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que ésta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.
 - d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
 - e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.”
- En los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

CONTENIDO DEL ESCRITO DE PREPARACIÓN:

B) **Elementos determinantes de su admisión:** aun siendo extraordinario (no es una segunda o tercera instancia), ya no es de acceso limitado, pues no hay un elenco de motivos tasados para su interposición.

- **Atención:** (Art. 87.bis.1) No se puede revisar la descripción de los hechos sentada en la sentencia de la instancia, ni reproducir el debate de fondo del litigio: sólo comprobar si la sentencia enjuiciada ha aplicado correctamente o no el Derecho.
- La admisión, además de por el cumplimiento de las exigencias formales, ahora está condicionada a 2 requisitos (Art. 88.1):
 - **Ulegalidad:** la necesaria invocación de cualquier infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia.
 - **Interés casacional:** la necesaria concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de doctrina jurisprudencial. Es la novedad fundamental del vigente sistema = *certiorari*. *Vid. supra.*

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

EFECTO:

- A) Si el escrito de preparación reúne los requisitos formales (contenido del escrito, legitimación procesal, representación procesal y defensa letrada), el órgano jurisdiccional a quo lo tendrá por preparado (“admisión inicial”).
- Art. 89: La resolución que se dicte no es recurrible, si bien las partes no recurrentes podrán oponerse a la admisión del recurso manifestándolo así al comparecer ante el Tribunal Supremo;
 - La que pudiera inadmítirlo, mediante auto motivado, será recurrible en queja ante el Tribunal Supremo, ajustándose su trámite a lo dispuesto por los artículos 494 y 495 LECv.
 - Plazo de interposición: 10 días.
 - Resolución por el Tribunal Supremo en plazo de 15 días (confirmando la inadmisión u ordenando se dicte una nueva resolución, teniendo por preparado el recurso).
 - No es susceptible de recurso alguno.
- B) Conforme al art. 91 el Tribunal *a quo* puede proceder a la ejecución provisional de la sentencia recurrida.
- Dicha ejecución (al igual que en apelación) procede a instancia de las partes favorecidas y previa audiencia de las restantes, por plazo de 5 días; sin perjuicio de la caución o garantía que pudiera exigirse, para evitar los perjuicios que dicha ejecución pudiera producir, estando exentas las Administraciones públicas. Resolverá el órgano jurisdiccional en término de 5 días.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

TRAMITACIÓN:

A) Actuaciones ante el órgano jurisdiccional a quo. Una vez tenga por preparado el recurso:

- 1.º Emplazamiento a las partes para que, en el plazo de 30 días, comparezcan ante la Sala del Tribunal Supremo (o ante la Sección especial del Tribunal Superior de Justicia, cuando la infracción imputada lo sea del Derecho autonómico).
- 2.º Remisión de los autos del litigio y el expediente administrativo al Tribunal *ad quem*.

B) Actuaciones ante el Tribunal ad quem

- **1.º COMPETENCIA:**

- a) Si el recurso se funda en infracción de normas del Derecho estatal o de la Unión Europea, es competente la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
 - **Atención: (Art. 86.3)** si la sentencia hubiera sido dictada por la Sala de un Tribunal Superior de Justicia, deberá acreditarse que las normas infringidas han sido relevantes y determinantes del fallo, además de que han sido invocadas por las partes en el proceso o consideradas por la Sala en la sentencia.
- b) Si se funda en normas dictadas por una Comunidad Autónoma, es competente una Sección Especial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

TRAMITACIÓN:

B) Actuaciones ante el Tribunal ad quem

→ **Atención:** *No dispone la Ley a quien le corresponderá la resolución de los recursos mixtos: se recurre la infracción de normas estatales y autonómicas.*

2.º ADMISIÓN: Recibidos los autos y el expediente, una Sección Especial de la Sala del Tribunal Supremo, o del Tribunal Superior de Justicia:

1. Examinará el recurso y decidirá sobre su admisión a trámite (“*primer filtro*”), analizando el cumplimiento de los requisitos y, singularmente, si el recurso presenta interés casacional.

→ Art. 90.1: con dicho objeto, podrá oír previamente a las partes que hubieran comparecido (“*excepcionalmente*”).

2. Si se resuelve su admisión, mediante auto motivado, el art. 90.4 dispone que el mismo enumerará las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional, e identificará las normas que serán objeto de interpretación (sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras, si lo exigiere el debate planteado en los escritos de interposición y oposición).

3. Art. 90.7: los autos de admisión se publicarán en la web del Tribunal, así como, semestralmente, en el *BOE* = publicidad de las normas a interpretar.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

B) Actuaciones ante el Tribunal *ad quem*

3.º TRÁMITES:

1. Admitido el recurso, se dará traslado al recurrente para que, en plazo de 30 días, formalice escrito de interposición (art. 92.1) –si no, se declarará desierto, sin más trámite, devolviendo las actuaciones recibidas–: necesariamente se hará constar:
 - 1.º por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia identificadas en la preparación (no cabe extenderse a otra u otras).
 - 2.º se analizarán, y no meramente citarán, la sentencias expresivas de dicha jurisprudencia, justificando su aplicabilidad al caso.
 - 3.º se precisarán las pretensiones y los pronunciamientos que se solicitan, que deberán, en todo caso, instar la anulación total o parcial de la sentencia o auto recurridos y, en su caso, la devolución de los autos al órgano *a quo* o la resolución del litigio por el Tribunal *ad quem*.
2. Si el escrito de interposición se presenta en plazo y reúne los requisitos de forma y fondo referidos, la Sala lo admitirá (“*segundo filtro*”); en caso contrario, acordará oír a la parte recurrente acerca del incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiendo a trámite el recurso, si entendiera, tras la audiencia, que el incumplimiento concurre (art. 92.4).

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

B) Actuaciones ante el Tribunal ad quem

3.º TRÁMITES:

3. Admitido el recurso, se dará traslado a las partes personadas para que, en plazo común de 30 días, formalicen escrito de oposición (art. 92.5): es el escrito de fondo de las partes recurridas, en el que *podrán solicitar su desestimación, pero ya no su inadmisión*; tampoco cabe adherirse al recurso:
 - La no presentación, o la presentación tardía, no tiene incidencia formal alguna: el recurso continuará su tramitación hasta ser fallado por la Sala (no supone, pues, ni un asentimiento tácito ni un allanamiento).
4. Art. 92.6: tras el escrito de oposición, la Sala puede acordar (o no) la celebración de vista pública, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, si entendiere que la índole del asunto lo hace necesario o innecesario.

RESOLUCIÓN:

- 1.º COMPETENCIA: Por la Sección de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a la que le hubiera correspondido por razón de la materia (o la Sección Especial del Tribunal Superior de Justicia); mediante Sentencia.
- 2.º PLAZO: 10 días desde que termine la deliberación para votación y fallo (art. 92.8).

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

RESOLUCIÓN:

- **3.º CONTENIDO:**

A) Puede apreciar la conurrencia de defectos formales:

- 1.º Si se trata de vicios procesales de forma en la tramitación del proceso de instancia o al dictar la sentencia (Art. 93.1) = anulará la resolución y fallará sobre el fondo del asunto o, “cuando justifique su necesidad”, podrá ordenar la retroacción de las actuaciones, devolviéndoselas al Tribunal *a quo* para que, subsane el vicio y siga el proceso hasta su culminación.
- 2.º Falta de jurisdicción o falta de competencia del Tribunal a quo (Art. 93.2) = anulará la resolución indicando el orden jurisdiccional competente o remitiendo las actuaciones al órgano contencioso-administrativo que hubiera debido conocer del proceso.

B) En caso contrario, necesariamente (Art. 93.1):

- *Primero*: debe fixar la interpretación de las normas que en el auto de admisión a trámite consideró necesario que fuera establecida por el Tribunal Supremo.
- *Segundo*: Conforme a dicha interpretación, debe resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, bien anulando la sentencia o auto recurridos, en todo o en parte, o bien confirmándolos.

3.6. RECURSO DE CASACIÓN (arts. 86 a 93)

RESOLUCIÓN:

- **3.º CONTENIDO:**

B) En caso contrario, necesariamente (Art. 93.1):

Atención: Aunque el recurso de casación no tiene por objeto revisar los hechos probados en la instancia, el Tribunal sí puede “integrar” en ellos (es decir, tomar en cuenta) aquéllos que hubieran sido omitidos por la resolución recurrida, siempre que estuvieren suficientemente justificados en las autos y que su toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas o de la jurisprudencia.

IMPUGNACIÓN:

- No cabe, al margen del eventual planteamiento de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- Art. 44.2 LOTC: “El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

3.7. RECURSO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIAS FIRMES (art. 102)

OBJETO:

- **Sentencias firmes de cualquier órgano jurisdiccional de la jurisdicción contenciosa.**
 - Excepción a la cosa juzgada formal propia de las sentencias: es un recurso extraordinario y excepcional que se dirige a demostrar la aparición de nuevos elementos de prueba o de circunstancias que permitirían concluir que, de haberse tenido conocimiento de ellos, la decisión hubiera sido otra.
 - Necesaria interpretación restrictiva: no permite reabrir un proceso.
- Remisión a la LECv, arts. 509 a 516, con precisiones únicamente en dos extremos:
 - motivos del recurso y
 - celebración de vista durante su tramitación.

INTERPOSICIÓN:

- ✓ Art. 509 LECv y 10, 11 y 12 LJCA = se solicitará por quienes hayan sido parte en el proceso (únicos legitimados):
 - A las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, contra las sentencias firmes de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
 - A la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, contra las sentencias firmes de los Juzgados centrales de lo Contencioso-administrativo.
 - A la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, contra las sentencias firmes de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo (salvo art. 61.1.1ª LOPJ = sentencias dictadas en única instancia por el Supremo; supuestos en los que resuelve una Sala especial, de Revisión).
 - El error en la presentación será sólo achacable al recurrente.

3.7. RECURSO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIAS FIRMES (art. 102)

PLAZO:

- ✓ Art. 512 LECv: límites temporales (dos plazos):
 - 1. “En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo.
 - *Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del referido Tribunal.*
 - 2. Dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad.”

3.7. RECURSO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIAS FIRMES (art. 102)

CONTENIDO DEL ESCRITO:

✓ Art. 102.1 y 2 LJCA = Motivos tasados

“1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

- a) *Si después de pronunciada se recobren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.*
- b) *Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.*
- c) *Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.*
- d) *Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.*

2. *Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.”*

EFEECTO: Art. 515 LECv = No tiene efectos suspensivos automáticos

TRAMITACIÓN:

- Art. 102.3 LJCA = sólo habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario.

3.7. RECURSO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIAS FIRMES (art. 102)

RESOLUCIÓN:

- Art. 516 LECv:
 - A) Si el tribunal estimare procedente la revisión, lo declarará así, y rescindirá la sentencia.
 - A continuación mandará expedir certificación del fallo, y
 - devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión.
 - B) Si el tribunal desestima la revisión, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito (300 €) que hubiere realizado.

IMPUGNACIÓN:

- **516.3 LECv** = “*No se dará recurso alguno*”, al margen del eventual planteamiento de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

IV. ANEXO LEGAL

TÍTULO IV PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO III Recursos contra resoluciones procesales

Sección 1.ª Recursos contra providencias y autos

Artículo 79

1. Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.

2. No es admisible el recurso de reposición contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en esta Ley, ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y los de aclaración.

3. El recurso de súplica se interpondrá en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.

4. Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el Secretario judicial dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de cinco días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el órgano jurisdiccional resolverá por auto dentro del tercer día.

Artículo 80

1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

- a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
- b) Los recaídos en ejecución de sentencia.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis.
- e) Los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84.

2. La apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en los supuestos de los artículos 110 y 111, se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

3. La tramitación de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la sección 2.ª de este capítulo.

Sección 2.ª Recurso ordinario de apelación

Artículo 81

1. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.
- b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.º 4.

2. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:

- a) Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.
- b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
- d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

Artículo 82

El recurso de apelación podrá interponerse por quienes, según esta Ley, se hallen legitimados como parte demandante o demandada.

Artículo 83

1. El recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI.

Artículo 84

1. La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquéllos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

2. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2.

3. No se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

4. Previa audiencia de las demás partes por plazo común de cinco días, el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes.

5. Cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública, quedará exenta de la prestación de caución.

Artículo 85

1. El recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Transcurrido el plazo de quince días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el Secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia.

2. Si el escrito presentado cumple los requisitos previstos en el apartado anterior y se refiere a una sentencia susceptible de apelación, el Secretario judicial dictará resolución admitiendo el recurso, contra la que no cabrá recurso alguno, y dará traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, puedan formalizar su oposición. En otro caso, lo pondrá en conocimiento del Juez que, si lo estima oportuno, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. En los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables. En dichos escritos, los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el artículo 23.3, designarán un domicilio para notificaciones en la sede de la Sala de lo Contencioso-administrativo competente.

4. En el escrito de oposición, la parte apelada, si entendiera admitida indebidamente la apelación, deberá hacerlo constar, en cuyo caso el Secretario judicial dará vista a la apelante, por cinco días, de esta alegación. También podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación,

razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el Secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión.

5. Transcurridos los plazos a que se refieren los apartados 2 y 4 anteriores, el Juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo competente, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso o sobre el recibimiento a prueba.

6. Cuando la Sala estime procedente la prueba solicitada, su práctica tendrá lugar con citación de las partes.

7. Las partes, en los escritos de interposición y de oposición al recurso, podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.

8. El Secretario judicial acordará la celebración de vista, en cuyo caso hará el oportuno señalamiento, o la presentación de conclusiones si lo hubieren solicitado todas las partes o si se hubiere practicado prueba. La Sala también podrá acordar que se celebre vista, que señalará el secretario, o que se presenten conclusiones escritas cuando lo estimare necesario, atendida la índole del asunto. Será de aplicación a estos trámites lo dispuesto en los artículos 63 a 65.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Secretario judicial declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia.

9. La Sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

10. Cuando la Sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto.

Sección 3.ª Recurso de casación

Artículo 86

1. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.

2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas.

4. Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento.

Artículo 87

1. También son susceptibles de recurso de casación los siguientes autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con la misma excepción e igual límite dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior:

- a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.
- c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.
- d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.
- e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111.

2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado anterior, es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica.

Artículo 87 bis

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho.

2. Las pretensiones del recurso de casación deberán tener por objeto la anulación, total o parcial, de la sentencia o auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate.

3. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.

Artículo 88

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

- a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.
- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.
- e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.
- f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

- g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.
 - h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.
 - i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.
3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:
- a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.
 - b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.
 - c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.
 - d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
 - e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Artículo 89

1. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido.

2. El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan:

- a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna.
- b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas.
- c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo inde-

- fensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.
- d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.
 - e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.
 - f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

3. Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión sólo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el artículo 102 bis de esta Ley.

4. Si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apartado 2 de este artículo, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el apartado 2, dicha Sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo Y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión.

6. Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento.

Artículo 90

1. Recibidos los autos originales y el expediente administrativo, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a que se refiere el apartado siguiente podrá acordar, excepcionalmente y sólo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas

por plazo común de treinta días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. La admisión o inadmisión a trámite del recurso será decidida por una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo integrada por el Presidente de la Sala y por al menos un Magistrado de cada una de sus restantes Secciones. Con excepción del Presidente de la Sala, dicha composición se renovará por mitad transcurrido un año desde la fecha de su primera constitución y en lo sucesivo cada seis meses, mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que determinará sus integrantes para cada uno de los citados periodos y que se publicará en la página web del Poder Judicial.

3. La resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma:

- a) En los supuestos del apartado 2 del artículo 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado.
- b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquél se establecen.

4. Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. Las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias:

- a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada;
- b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación;
- c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o
- d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

5. Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

6. El Letrado de la Administración de Justicia de Sala comunicará inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada y, si es de inadmisión, le devolverá las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibidos.

7. Los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, su Sala de lo Contencioso-administrativo hará público, en la mencionada página web y en el «Boletín Oficial del Estado», el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución.

8. La inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

Artículo 91

1. La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía para responder de aquéllos. No podrá llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

2. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2 de esta Ley.

3. El Tribunal de instancia denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

4. Cuando se tenga por preparado un recurso de casación, el Letrado de la Administración de Justicia dejara testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo.

Artículo 92

1. Admitido el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictará diligencia de ordenación en la que dispondrá remitir las actuaciones a la Sección de dicha Sala competente para su tramitación y decisión y en la que hará saber a la parte recurrente que dispone de un plazo de treinta días, a contar desde la notificación de aquélla, para presentar en la Secretaría de esa Sección competente el escrito de interposición del recurso de casación. Durante este plazo, las actuaciones procesales y el expediente administrativo estarán de manifiesto en la Oficina judicial.

2. Transcurrido dicho plazo sin presentar el escrito de interposición, el Letrado de la Administración de Justicia declarará desierto el recurso,

ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la Sala de que procedieran. Contra tal declaración sólo podrán interponerse los recursos que prevé el artículo 102 bis de esta Ley.

3. El escrito de interposición deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan:

- a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso; y
- b) Precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita.

4. Si el escrito de interposición no cumpliera lo exigido en el apartado anterior, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso acordará oír a la parte recurrente sobre el incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto. En ella, impondrá a dicha parte las costas causadas, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

5. En otro caso, acordará dar traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que puedan oponerse al recurso en el plazo común de treinta días. Durante este plazo estarán de manifiesto las actuaciones procesales y el expediente administrativo en la Oficina judicial. En el escrito de oposición no podrá pretenderse la inadmisión del recurso.

6. Transcurrido dicho plazo, háyanse presentado o no los escritos de oposición, la Sección competente para la decisión del recurso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes formulada por otrosí en los escritos de interposición u oposición, acordará la celebración de vista pública salvo que entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria, en cuyo caso declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo. El señalamiento del día en que haya de celebrarse la vista o en que haya de tener lugar el acto de votación y fallo respetará la programación que, atendiendo prioritariamente al criterio de mayor antigüedad del recurso, se haya podido establecer.

7. Cuando la índole del asunto lo aconsejara, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de oficio o a petición de la mayoría de los Magistrados de la Sección antes indicada, podrá acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala.

8. La Sección competente, o el Pleno de la Sala en el caso previsto en el apartado anterior, dictará sentencia en el plazo de diez días desde que termine la deliberación para votación y fallo.

Artículo 93

1. La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos. Podrá asimismo, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación.

2. Si apreciara que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es competente para el conocimiento de aquellas pretensiones, o que no lo era el órgano judicial de instancia, anulará la resolución recurrida e indicará, en el primer caso, el concreto orden jurisdiccional que se estima competente, con los efectos que prevé el artículo 5.3 de esta Ley, o remitirá, en el segundo, las actuaciones al órgano judicial que hubiera debido conocer de ellas.

3. En la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

4. La sentencia que se dicte en el momento procesal a que se refiere el apartado 8 del artículo anterior, resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, podrá imponer las del recurso de casación a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad; imposición que podrá limitar a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.»

Sección 6.ª De la revisión de sentencias

Artículo 102

1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:
 - a) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
 - b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

- c) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- d) Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

3. En lo referente a legitimación, plazos, procedimiento y efectos de las sentencias dictadas en este procedimiento de revisión, regirán las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, sólo habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario.

4. La revisión en materia de responsabilidad contable procederá en los casos establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Sección 7.ª Recursos contra las resoluciones del Secretario judicial¹

Artículo 102 bis

1. Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del Secretario judicial cabrá recurso de reposición ante el Secretario que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la Ley prevea recurso directo de revisión.

El recurso de reposición se interpondrá en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.

Si no se cumplieran los requisitos establecidos en el párrafo anterior, se inadmitirá mediante decreto directamente recurrible en revisión.

Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el Secretario judicial dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de tres días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el Secretario judicial resolverá mediante decreto dentro del tercer día.

¹ Debe tenerse presente que la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2016, de 17 de marzo, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2, en la redacción dada por la Ley 13/2009.

2. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea.

3. El recurso de revisión deberá interponerse en el plazo de cinco días mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido.

Cumplidos los anteriores requisitos, el Secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, admitirá el recurso, concediendo a las demás partes personadas un plazo común de cinco días para impugnarlo, si lo estiman conveniente.

Si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, el Juzgado o Tribunal lo inadmitirá mediante providencia.

Transcurrido el plazo para impugnación, háyanse presentado o no escritos, el Juzgado o Tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de cinco días.

Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

4. Contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión únicamente cabrá recurso de apelación y de casación en los supuestos previstos en los artículos 80 y 87 de esta Ley, respectivamente.

Las enmiendas o proposiciones de ley que afectan al acceso al mercado (Directiva Servicios, 2006/123/CE): el cumplimiento de la obligación de notificación a la Comisión Europea

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS NORMAS QUE ENTRAN DENTRO DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS Y LOS PROCEDIMIENTOS EU PILOTS.—2.1. Ámbito objetivo de aplicación de la Directiva.—2.2. La obligación de notificar cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa.—2.3. La obligación de comunicar aquellos elementos que han justificado la adopción de la nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa.—III. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE NOTIFICACIÓN.—IV. LA AUSENCIA DE PREVISIÓN REGLAMENTARIA PARA LA NOTIFICACIÓN DE ENMIENDAS O PROPOSICIONES DE LEY DENTRO DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS.—4.1. Las proposiciones de ley.—4.2. Las enmiendas.—V. LA SOLUCIÓN TÉCNICA ACORDADA EN LES CORTS VALENCIANES.—VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

La notificación obligatoria de enmiendas o proposiciones de ley a la Comisión Europea cuando la norma afecta al acceso al mercado no está prevista reglamentariamente y ha provocado cambios en la tramitación de iniciativas legislativas.

PALABRAS CLAVE: Enmiendas, notificación obligatoria, Directiva Servicios, Procedimiento legislativo.

* Letrado de Les Corts Valencianes. Doctor en Derecho. Profesor asociado del Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”, Universitat de Valencia.

ABSTRACT

Compulsory notification to the European Commission of amendments to rules related to Access to Markets is not foreseen by the Statutory Regulations and provoked changes in legislative proceedings.

KEY WORDS: Amendments, Compulsory Notification, Services Directive, Legislative proceedings.

I. INTRODUCCIÓN

En estas líneas se aborda un problema técnico-jurídico que surge en las Asambleas Legislativas, y que no resuelven los reglamentos parlamentarios, en relación con el Derecho de la UE: el de la notificación obligatoria de enmiendas o proposiciones de ley a la Comisión Europea cuando la norma afecta al acceso al mercado o supone una norma técnica o conlleva una subvención catalogable como ayuda de estado.

En teoría, estas notificaciones deben ser realizadas por los Ejecutivos que cuentan con los medios para analizar las normas y fundamentar las mismas en el marco de los principios de proporcionalidad y reconocimiento mutuo, así como los mecanismos de comunicación informáticos para poder efectuar las mismas. Así lo hacen cuando se trata de un proyecto de ley o de cualquier otra norma.

En estas líneas, se aborda la cuestión de la incorporación de la norma en trámite parlamentario, vía enmienda, o por medio de una proposición de ley. En concreto, esta cuestión es de gran trascendencia por las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva la ausencia de notificación a la Comisión Europea de un precepto en tramitación parlamentaria que se encuadre, en primer lugar, en aquellos supuestos de obligada notificación en el marco de la Directiva Servicios¹; y en segundo lugar, en aquellos casos cuyo contenido pueda resultar de notificación obligatoria bien por la normativa de ayudas de estado², bien por la de normas técnicas³.

En suma, esta es una cuestión no prevista en los reglamentos parlamentarios y sobre la que no se ha ocupado hasta ahora la doctrina académica y

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, p. 36).

² Artículos 107, 108, 109 TFUE y Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 248 de 24.9.2015, p. 9/29, así como la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE (2016/C 262/01 DOUE 19.7.2016)

³ Una situación similar a la que se da en el marco de la Directiva Servicios ocurre en el marco del procedimiento de notificación de normas técnicas de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 241, 17.9.2015).

su análisis invita a situar en las Cámaras Legislativas en el centro del debate político y de la toma de decisión en las materias que conforman el núcleo central del Mercado Interior en la Unión Europea, acrecentando el rol que se le atribuye a las mismas por las normas institucionales básicas en las sociedades democráticas modernas.

II. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS NORMAS QUE ENTRAN DENTRO DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS Y LOS PROCEDIMIENTOS EU PILOTS

La Directiva servicios nace en el contexto del informe Bolkestein con dos principios básicos en materia de acceso al mercado de los prestadores de servicios: el reconocimiento mutuo y Estado de origen como responsable de las certificaciones⁴.

Esta norma europea supone un punto de inflexión sobre el desarrollo del mercado interior en la UE. Desde el inicio de este proceso, el mercado interior se ha configurado como uno de los elementos claves de dicho proceso, así ya el Tribunal de Justicia afirmó “*la noción de Mercado Común ... persigue la eliminación de todas las barreras a los intercambios de la UEs con el fin de lograr la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que garantice unas condiciones lo más cercanas posibles a aquellas de un verdadero mercado interior*”⁵.

Es sabido que el Mercado Interior descansa sobre cuatro ejes, que son las libertades de circulación de personas, movimiento de mercancías y capitales y establecimiento y prestación de servicios, y los principios de no discriminación, reconocimiento mutuo y equivalencia⁶. En este contexto, una regulación competitiva parte de la afirmación del derecho de la libre empresa como principio informador de la actividad de los poderes públicos en la economía. Este debate se puso de manifiesto en el marco del procedimiento de adopción Directiva 2006/123/CE de Servicios en el Mercado Interior. El fomento del mercado interior y la adopción de precauciones necesarias para evitar efectos anticompetitivos constituyen elementos claves de la revisión que, a escala comunitaria, se ha realizado del marco normativo del Mercado Interior⁷.

⁴ COM (2002) 441 final.

⁵ Sentencia del TJCE de 5.5.1982, 15/81, Schul, Rec. 1409.

⁶ Al respecto de esta Directiva, entre otros, véase DE LA CUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.: *El mercado interior de servicios en la Unión Europea: estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid: Marcial Pons, 2009; REICH N., NORDHAUSEN SCHOLLS A., SCHOLLS J.: *Understanding EU internal market law* -Third edition, INTERSENTIA UITGEVER, 2015; SAYDE, A.: *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, 2014; y VOGEL, L: *Internal Market Law*, Bruylant, 2017.

⁷ Aun a riesgo de banalizar los fines del debate, se puede resumir que el sistema propuesto por esta nueva línea de entender el ejercicio del poder normativo pretende por encima de todo aumentar la competitividad. La consecución de este objetivo garantiza el dinamismo económico en un territorio y se concreta en la reducción de las cargas que el sistema administrativo repercute en las empresas y en el ciudadano, de los efectos indirectos no deseados y de los efectos anticompetitivos.

Adoptada sobre la base del artículo 53, apartado 1, y sus artículos 62 y 114, del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)⁸, la Directiva 2006/123/CE, en adelante Directiva Servicios, estableció la obligación de que los Estados miembros evalúen y adapten su legislación en materia de regímenes de autorización y de determinados requisitos relacionados con los servicios, a fin de que se ajuste a las normas establecidas en dicha Directiva.

Conforme indica el considerando 42 de la Directiva de Servicios, en los Estados miembros, las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos⁹, que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta¹⁰.

Además, para facilitar la verificación del futuro cumplimiento por parte de los Estados miembros, la Directiva Servicios contempla la obligación de que los Estados miembros notifiquen las nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que establezcan determinados requisitos nuevos que entren dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, o cualquier modificación de fondo de dichos requisitos.

En este marco de la Directiva Servicios, la Comisión recibe un gran número de notificaciones efectuadas por los Estados miembros. Sin embargo, no todos esos nuevos requisitos nacionales cumplen las condiciones de no ser discriminatorios por razón de la nacionalidad o la residencia, o de ser justificados y proporcionados, lo que ha hecho que la Comisión haya enta-

⁸ El artículo 53, apartado 1, y los artículos 62 y 114 del TFUE conceden a la UE la competencia de actuar en lo que respecta al mercado único de servicios. Las normas de la UE que se adopten en virtud del artículo 53, apartado 1, y el artículo 62 del TFUE deben tener el objetivo de coordinar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades como trabajadores por cuenta propia y al ejercicio de las mismas, a fin de facilitar dichas actividades. El artículo 114 del TFUE concede a la UE, en determinadas condiciones, la competencia de adoptar legislación de la UE para el establecimiento y el funcionamiento del mercado único.

⁹ Por ejemplo, en cuanto a la reducción de las cargas administrativas, conviene identificar el “red tape” en sentido amplio. Tanto el llamado *hard law* del Derecho regulatorio (Acervo comunitario y Derecho estatal y autonómico) como el *soft law* (guías obligatorias de Departamentos autonómicos, administraciones locales y sector público en general; códigos de conducta obligatorios y otros requisitos de colegios profesionales o sectores específicos como el de seguros; opiniones o recomendaciones de los responsables administrativos que se aplican como si fueran normas vinculantes).

¹⁰ Por ejemplo, respecto a la autorización, el considerando 43 de la Directiva Servicios establece: “Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros”.

blado numerosos diálogos estructurales, los conocidos como *EU Pilot*, con los Estados miembros. En el curso de estos diálogos estructurales o *EU Pilots*, los Estados miembros pueden proporcionar más información objetiva o jurídica sobre la posible infracción del Derecho de la Unión, con vistas a encontrar una solución rápida y conforme a la legislación de la UE y evitar así la necesidad de un procedimiento formal de infracción¹¹.

Esta colaboración tiene su base jurídica en el principio de cooperación leal (artículo 4 del TFUE) por el que se establece que los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

En el caso de las notificaciones en el marco de la Directiva Servicios, la Comisión, a la luz de las informaciones recibidas del Estado miembro puede bien considerar la norma conforme con la libre prestación de servicios, bien proponer al Estado miembro modificaciones de la misma. Llegado el caso y si el Estado no pusiera en práctica las modificaciones propuestas por la Comisión, ésta puede decidir la apertura de un procedimiento de infracción contra el Estado miembro de conformidad con el artículo 258 TFUE y el envío de un dictamen motivado¹².

En síntesis, el diálogo entre la Comisión y los Estados miembros en el marco del EU Pilot se introdujo para poner fin rápidamente, en una fase temprana, a potenciales infracciones al Derecho de la UE en casos apropiados. Como señala la propia Comisión debe evitarse que el recurso a EU Pilot añada una larga etapa al procedimiento de infracción, que es en sí mismo un medio para entablar un diálogo con un Estado miembro con el fin de resolver un problema¹³.

En este contexto, el propio Tribunal de Cuentas Europeo realizó un informe específico sobre la obligatoriedad de la notificación citada como parte de su evaluación de la aplicación efectiva de la Directiva de servicios y cuestionó la efectividad del sistema¹⁴.

En una reciente Comunicación, la Comisión asevera que esto demuestra que el procedimiento de notificación vigente no basta para evitar la

¹¹ Al respecto, véase las estadísticas por Estados miembros y materias, accesibles en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_en.htm

¹² Como consecuencia, el 40 % de los diálogos estructurados que la Comisión tuvo que entablar en 2015 con los Estados miembros para garantizar el cumplimiento de la Directiva de servicios se referían a medidas nacionales recientemente introducidas. Por tanto, parece que el procedimiento de notificación vigente no ha contribuido adecuadamente a una aplicación correcta y completa de la Directiva de servicios.

¹³ De conformidad con la Comunicación titulada «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación»¹²⁵, la Comisión incoará procedimientos de infracción, sin utilizar EU Pilot, a menos que el recurso a este mecanismo se considere de utilidad en un caso determinado [C(2016) 8600, DO C 18 de 19 de enero de 2017]

¹⁴ Se detectaron varias deficiencias, como la falta de claridad del procedimiento vigente, la ausencia de la obligación de notificar una medida en la fase de proyecto y la falta de transparencia de las notificaciones. Véase, el Informe especial n.º 5/2016: ¿Ha garantizado la Comisión la aplicación efectiva de la Directiva de servicios? <http://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=35556>

discriminación por motivos de nacionalidad o residencia ni los requisitos injustificados o desproporcionados, lo cual va en detrimento de los ciudadanos y las empresas en el mercado interior de servicios. Además, parece que, con carácter general, algunos requisitos nuevos o modificados relacionados con los servicios que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva Servicios no se han notificado en absoluto¹⁵.

En respuesta al cuestionamiento de la efectividad del sistema, la Comisión ha presentado en 2017 una propuesta de Directiva, como instrumento legislativo autónomo, que está llamada a modernizar el actual procedimiento de notificación en virtud de la Directiva de servicios¹⁶.

2.1. **Ámbito objetivo de aplicación de la Directiva**

De conformidad con los artículos 43 y 49 del TFUE y la jurisprudencia relacionada del Tribunal de Justicia de la UE, la Directiva de servicios distingue claramente entre las normas aplicables al establecimiento y las aplicables a la prestación transfronteriza de servicios. Mientras que los artículos 9 a 15 de la misma atañen al establecimiento de los prestadores, los artículos 16 a 21 se ocupan de la prestación transfronteriza de servicios, es decir, de los casos en los que el prestador no se encuentra establecido en el Estado miembro en el que presta sus servicios. La distinción entre establecimiento y prestación transfronteriza es, por tanto, fundamental para determinar a qué normas de la Directiva deben atenerse los prestadores.

Como norma básica, la Directiva de servicios se aplica a todos los servicios que no se excluyan explícitamente de su ámbito¹⁷. Es importante comprender el concepto de «servicio» y el alcance de las actividades que

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas» [COM(2015) 550 final].

¹⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación efectiva de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, por la que se establece un procedimiento de notificación para los regímenes de autorización y los requisitos relacionados con los servicios, y por la que se modifican la Directiva 2006/123/CE y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, Bruselas, 10.1.2017, COM(2016) 821 final, 2016/0398 (COD).

¹⁷ Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, los de instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler (incluido el alquiler de automóviles) y de leasing, los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etc.

engloba. Dicho concepto, de conformidad con el TFUE y la jurisprudencia europea, se define de un modo amplio¹⁸. El concepto de servicio engloba toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración, como se recoge en los artículos 43 y 49 del TFUE aunque el sector bancario, los seguros, los servicios financieros y los servicios de interés general disfrutan de regímenes especiales en el marco de la libre prestación de servicios¹⁹.

Así, con arreglo al significado previsto en el TFUE y en la Directiva de servicios, para que una actividad constituya un «servicio» ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo²⁰. Además, debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración; en otras palabras, ha de ser de naturaleza económica²¹.

Estas condiciones deben evaluarse caso por caso en cada actividad. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de éste o por una organización sin ánimo de lucro no significa que no constituya un servicio conforme al significado recogido en el TFUE y en

¹⁸ La prestación del servicio debe ser limitado en el tiempo y autorizado para ello en su EM de origen (principio de reconocimiento mutuo) (Sentencia de 23.7.1991, asuntos C-288/89 y C-353/89, Rec. 1991 I- 4007 y 4069). En todo caso, no es necesario que el proveedor o el receptor del servicio cruce la frontera (venta por correspondencia, comercio electrónico, etc.).

¹⁹ Este precepto del TFUE (el artículo 49) es de aplicabilidad directa (asunto Van Binsbergen, Sentencia de 3.12.1974, asunto 33/74, Rec 1974, 1299) aunque existen excepciones justificadas en el principio de interés público como por ejemplo la salvaguarda de la reputación de sector financiero (Sentencia de 10.5.1995, asunto C- 384/93, *Alpine vs. Minister van Financiën*, Rec. 1995, I-1141) o el de evitar el de evitar la explotación de actividades con fines delictivos. Por ejemplo, en el caso de las concesiones para los juegos de azar, el TJCE ha solicitado a los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben si, al limitar el número de operadores en el sector de los juegos de azar, la normativa nacional responde verdaderamente al objetivo invocado, que consiste en evitar la explotación de las actividades en dicho sector con fines delictivos o fraudulentos (Sentencia de 6.3.2007, asuntos C-338/04, C-359/04 y C-360/04, *Procesos penales contra Massimiliano Placanica y otros*, Rec. 2007, TOL 1.083.179).

²⁰ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74.

²¹ Cuando se habla de libre prestación de servicios en Derecho de la UE, se debe tratar de una actividad con remuneración. En todo caso, la libre prestación de servicios abarca todo tipo de actividad desde la comercial hasta la artesanía. Por ejemplo, la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho de la UE en la medida en que constituya una actividad económica en el sentido del artículo 2 CE (véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch*, 36/74, Rec. p. 1405, apartado 4; de 14 de julio de 1976, *Donà*, 13/76, Rec. p. 1333, apartado 12; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C 415/93, Rec. p. I 4921, apartado 73, op. cit.; de 11 de abril de 2000, *Deliège*, C 51/96 y C 191/97, Rec. p. I 2549, apartado 41, y de 13 de abril de 2000, *Lehtonen y Castors Braine*, C 176/96, Rec. p. I 2681, apartado 32, TOL 105.307). De este modo, cuando una actividad deportiva tiene carácter de actividad por cuenta ajena retribuida o de prestación de servicios retribuida, que es el caso de los deportistas semiprofesionales o profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Walrave y Koch*, apartado 5; *Donà*, apartado 12, y *Bosman*, apartado 73), entra, en particular, en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios. Estas disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios (sentencias, antes citadas, *Deliège*, apartado 47, y *Lehtonen y Castors Braine*, apartado 35). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que las prohibiciones establecidas en esas disposiciones del Tratado no afectan a las normas relativas a cuestiones de índole exclusivamente deportiva y, en cuanto tales, ajenas a la actividad económica (véase, en este sentido, la sentencia *Walrave y Koch*, antes citada, apartado 8).

la Directiva de servicios²². Más bien, de conformidad con la jurisprudencia europea, «*la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute*»²³.

Por otro lado, el establecimiento conlleva la realización en la práctica de una actividad económica a través de un establecimiento fijo y durante un período indeterminado²⁴. Como ha sostenido de manera sistemática la jurisprudencia europea, la distinción entre establecimiento y prestación de servicios ha de efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta no solo la duración, sino también la regularidad, periodicidad y continuidad de la prestación de servicios²⁵.

De esto se infiere, como concluye el Tribunal de Justicia, que no puede haber límites temporales generales para distinguir entre establecimiento y prestación de servicios²⁶. Tampoco es decisivo el hecho de que el prestador utilice una determinada infraestructura, ya que el prestador puede servirse de la infraestructura en el Estado miembro de acogida para la prestación transfronteriza de servicios sin estar establecido en el mismo²⁷.

En el asunto Schnitzer, el Tribunal de Justicia explicó que incluso una actividad realizada durante varios años en otro Estado miembro, dependiendo de las circunstancias del caso, puede considerarse una prestación de servicios en el sentido recogido en el entonces vigente artículo 49 del TFUE, al igual que las prestaciones de servicios reiteradas a lo largo de un período amplio, como en el caso de actividades de consultoría o de asesoramiento. El establecimiento requiere la integración en la economía del Estado miembro, lo que conlleva la adquisición de una clientela en el mismo a partir de un domicilio profesional estable²⁸.

En relación con la libertad de establecimiento, las disposiciones de la Directiva se aplican a todos los requisitos relativos al establecimiento de un prestador de servicios, independientemente de que se impongan a escala nacional, regional o local. Se aplican asimismo a las normas promulgadas por órganos profesionales y otras asociaciones profesionales u organizaciones a que se refiere el artículo 4, apartado 7, que, en el ejercicio de su autonomía jurídica, regulen de manera colectiva el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio²⁹.

Entre otros casos, los regímenes de autorización constituyen uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los Estados

²² Sentencia de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97.

²³ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Humbel, asunto 263/86.

²⁴ Sentencia de 25 de julio de 1991, Factortame, asunto C -221/89, apartado 20.

²⁵ Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, asunto C -55/94, apartado 39; sentencia de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, asunto C-215/01, apartado 28.

²⁶ Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, asunto C-215/01, apartado 31.

²⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, asunto C -55/94, apartado 27; sentencia de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, asunto C-215/01, apartado 28.

²⁸ Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, asunto C-215/01, apartado 29.

²⁹ Véase la definición de «requisito» en el artículo 4, apartado 7, y la de «autoridad competente» en el artículo 4, apartado 9. Para más información sobre la jurisprudencia del TJCE sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, la sentencia del 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93, y la jurisprudencia citada en ella.

miembros, así como una restricción a la libertad de establecimiento, como se reconoce de manera permanente en la jurisprudencia del TJUE³⁰.

De este modo, la Directiva contiene una lista de requisitos prohibidos en su artículo 15. Entre ellos, cabe destacar no se pueden establecer límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios; prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

2.2. La obligación de notificar cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa

En cuanto a la obligación de notificar cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa, la Directiva 2006/123/CE dispone en su artículo 15.7 lo siguiente:

“7. Los Estados miembros notificarán a la Comisión cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa en la que se prevean requisitos contemplados en el apartado 6, motivándolos. La Comisión comunicará dichas disposiciones a los demás Estados miembros. Esta notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar las disposiciones en cuestión.

....

La notificación de un proyecto de ley nacional de acuerdo con la Directiva 98/34/CE cumplirá a la vez con la obligación de notificación establecida en la presente Directiva”

Hay que subrayar, como se acaba de transcribir, que la notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar las disposiciones en cuestión.

De este modo, la obligación de notificación establecida mediante la Directiva debe aplicarse a las medidas reglamentarias de los Estados miembros, como las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de carácter general o cualquier otra norma vinculante de carácter general, incluidas las adoptadas por organizaciones profesionales para regular de forma colectiva el acceso a las actividades de servicios o el ejercicio de dichas actividades. Por otra parte, la obligación de notificación no debe aplicarse a las decisiones individuales emitidas por las autoridades nacionales. En el citado precepto se dispone que la Comisión comunicará dichas disposiciones a los demás Estados miembros.

³⁰ Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99.

Una vez recibida la notificación, en el plazo de tres meses a partir de la misma, la Comisión examinará si estas nuevas disposiciones son compatibles con el Derecho europeo y, si procede, adoptará una decisión en la que solicite al Estado miembro de que se trate que no las adopte o que las derogue. Señala la Comisión Europea, en la propuesta presentada para la aplicación efectiva de la Directiva Servicios, que para que el procedimiento de notificación sea eficaz, debe realizarse una consulta sobre las medidas notificadas con una antelación suficiente para su adopción.

Esto es, cuando, a raíz de la consulta, la Comisión siga teniendo dudas sobre la compatibilidad del proyecto de medida notificado con la Directiva Servicios, podrá alertar al Estado miembro notificante, dándole la oportunidad de que ajuste su proyecto de medida al Derecho de la UE. En dicha alerta debe incluirse una explicación de las dudas jurídicas identificadas por la Comisión. La emisión de una alerta implica que el Estado miembro notificante no adoptará la medida notificada en un plazo de tres meses.

2.3. La obligación de comunicar aquellos elementos que han justificado la adopción de la nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa

La obligación de notificación exige a los Estados miembros que informen a la Comisión y a los demás Estados miembros sobre los requisitos contemplados en el artículo 15, apartado 2, el artículo 16, apartado 1, párrafo tercero, y el artículo 16, apartado 3, primera frase, de la Directiva Servicios.

En concreto, los Estados miembros tienen la obligación de analizar si en sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de una serie de requisitos no discriminatorios: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad; e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

Si la norma a adoptar afecta a alguno de los requisitos enumerados en el párrafo anterior, el Estado miembro deberá hacerlo constar en el formulario de notificación que a tal efecto ha diseñado la Comisión Europea.

En todo caso, desde el 28 de diciembre de 2006, los Estados miembros únicamente han podido introducir nuevos requisitos del tipo referido cuando reúnen las siguientes condiciones.

- a) el respeto al principio de no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;
- b) el informe de necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Por ello, el Estado miembro deberá hacer constar claramente la justificación de la norma y toda la información adicional sobre la misma, así como el análisis de la proporcionalidad de la misma.

III. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE NOTIFICACIÓN

El incumplimiento de la obligación de notificación de las normas técnicas tiene unas consecuencias jurídicas que han sido nítidamente definidas por la jurisprudencia europea y es de aplicación analógica a los casos de la Directiva servicios, que no contiene un precepto nítido al respecto.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sentada en el asunto CIA Security, los tribunales nacionales pueden declarar inaplicable a los particulares una disposición nacional que no haya sido notificada de conformidad con el «procedimiento 98/34 (ahora 2015/1535)» cuando debía haberse notificado. Asimismo, la sentencia «Unilever» de 26 de septiembre de 2000 especifica que los tribunales nacionales también podrán declarar inaplicable a los particulares una reglamentación técnica que haya sido adoptada sin respetar la obligación de posponer la adopción de un texto legislativo nacional notificado, es decir, de respetar el periodo de statu quo³¹.

³¹ Jurídicamente, las directivas son actos de carácter individual que obligan al Estado o Estados Miembros destinatarios. En la práctica, las directivas se dirigen a todos los Estados Miembros, por lo que han de producir sus efectos en el conjunto del territorio de la UE, hasta el punto que la jurisdicción comunitaria les ha reconocido la calidad de acto con efectos generales por la vía de la teoría de los actos de efecto general normativo. La transposición de la Directiva consiste en la adopción de las medidas nacionales necesarias para la realización de los objetivos fijados por la misma y puede traducirse en una obligación de hacer de carácter positivo, que haga necesaria la adopción de reglas indispensables para la realización de los objetivos de la Directiva, o en una obligación de hacer negativa, que determine la necesidad de derogar o modificar una norma nacional. Las medidas de transposición han de ser comunicadas a la Comisión y, en todo caso, deben traducirse en un acto obligatorio

Es decir, cuando no se haya notificado una norma en el ámbito de la Directiva, el particular al que se le tuviera que aplicar podría alegar esta jurisprudencia para defender su no aplicabilidad a su caso.

En apoyo a esta tesis que aboga por la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial citada, hay que referir el artículo 3.4 de la propuesta de Directiva, en el que se aclaran las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de notificación al establecer nítidamente que el incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en el artículo 3, apartados 1, 2 y 3, o en el artículo 6, apartado 2, constituirá un vicio sustancial de procedimiento de carácter grave por lo que se refiere a sus efectos sobre los particulares.

En todo caso, la ausencia de notificación conlleva que los operadores económicos afectados pueden solicitar la inaplicación de la norma, además de las posibles multas derivadas del incumplimiento del deber de notificación.

Esto es, a fin de garantizar la eficacia del procedimiento de notificación, debe considerarse que incumplir la obligación de notificar una medida notificada o abstenerse de adoptarla, incluso durante el período siguiente a la recepción de una alerta, es un vicio sustancial de procedimiento de carácter grave por lo que se refiere a sus efectos sobre los particulares, como ha señalado la Comisión Europea³².

IV. LA AUSENCIA DE PREVISIÓN REGLAMENTARIA PARA LA NOTIFICACIÓN DE ENMIENDAS O PROPOSICIONES DE LEY DENTRO DEL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS

El conjunto de reglamentos parlamentarios de nuestro ámbito no contemplan precepto específico alguno que pueda resolver la necesaria notificación de una propuesta de norma en el marco de la Directiva Servicios

y normativo en el plazo fijado por la Directiva, aunque si el Estado Miembro prevé que va a tener dificultades para adaptar la Directiva dentro del plazo establecido, la Comisión puede concederle un plazo especial. No obstante, la tendencia generalizada del Consejo y la Comisión es que el grado de precisión de las directivas deje escaso margen de apreciación a los Estados Miembros en cuanto a los medios a utilizar pues se utiliza como instrumento legislativo de gran utilidad cuando el objetivo es armonizar la legislación nacional en una cierta área. La potencialidad de este instrumento legislativo se ha incrementado por vía de las resoluciones de la jurisprudencia comunitaria. En ocasiones, el TJUE ha reconocido a los particulares la posibilidad de solicitar la protección de sus tribunales nacionales en los casos en los que el Estado no ha cumplido con su obligación de transponer una directiva y además incumple con el mandato material contenido en esa directiva (STJCE de 30.4.1996, asunto CIA Security Internacional C-194/94, Rec. I-2201 y de 27.6.2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat editores, asuntos acumulados C-240 a C-244/98, Rec. I-4941). Asimismo, se ha resuelto que no se puede impugnar por un particular un procedimiento de otro particular, aunque se reconoce de manera indirecta las Directivas pueden afectar a los particulares. De modo similar, en la STJCE de 26.9.2000, Unilever Italia SpA contra Central food SpA (asunto C 443/98, TOL 105.566) sobre el proceso de producción del aceite de oliva, se estudia el problema de una directiva que excepcionalmente es oponible a los particulares (GUILLEM CARRAU, J.: El derecho de la UE para empresarios, Tirant lo Blanch, 2007, p. 52.)

³² COM(2016) 821 final, 2016/0398 (COD), p.

que se encuentre en tramitación parlamentaria fruto de una enmienda o contenida en una proposición de ley. Tampoco para el caso de las normas técnicas o de las ayudas de estado.

En función de ello, en interés del cumplimiento del Derecho de la Unión y del cumplimiento del deber de colaboración y lealtad de la Generalitat con el Reino de España y con la Comisión Europea, conviene explorar los cauces más adecuados para poner en conocimiento de los poderes ejecutivos, que son quien “conectan” con la Institución europea, las enmiendas y las proposiciones de ley que puedan encontrarse en el marco de las Directivas referidas para que se pueda realizar dichas notificaciones.

En primer lugar, en cuanto a la vía de comunicación, lo plausible es que la notificación se realice vía el ejecutivo cuya Presidencia, ostenta la más alta representación del Reino de España o de la Comunidad Autónoma, en función del ámbito territorial de la norma.

En segundo lugar, es preciso determinar el órgano de la Cámara parlamentaria que debe decidir que se proceda a la notificación al Ejecutivo y sobre la base de que fundamento se realizaría la misma o que información se ha de adjuntar a la misma para que el ejecutivo en cuestión pueda completar los campos informativos requeridos en la aplicación informática puesta a disposición por la Administración europea a tal efecto.

Como esta determinación puede depender de si la norma se encuentra inserta en una proposición de ley o forma parte de una enmienda aprobada durante la tramitación de una iniciativa legislativa, procede distinguir ambos casos a continuación.

4.1. Las proposiciones de ley

Cuando se trate de una proposición de ley, el conjunto de reglamentos parlamentarios contemplan que las mismas se deben remitir al Ejecutivo para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación.

En dicho trámite, quedaría bajo las competencias del Ejecutivo la decisión de notificación a la Comisión y la justificación preceptiva. En el momento inicial de remisión al Ejecutivo, la Cámara parlamentaria habitualmente no dispone de elementos adicionales de información al propio texto de la proposición de ley y su propia exposición de motivos.

4.2. Las enmiendas

Cuando se trate de una norma que se incorpora vía enmienda a un proyecto de ley o una proposición de ley, o como una enmienda de aproximación o transaccional en la Comisión o en el Pleno, la articulación de la notificación deberá iniciarse igualmente desde la Cámara parlamentaria.

En estos casos, debería procederse a la notificación sistemática al Ejecutivo de toda enmienda aprobada que contenga una norma que pueda encontrarse en el ámbito de aplicación de la Directiva servicios tras su aprobación en el debate en Comisión o cuando las citadas enmiendas sean mantenidas para su debate en Pleno y sean aprobadas en el mismo.

Con carácter previo, respecto a los proyectos de ley y a los decretos leyes que se remitan para su convalidación, se debería requerir del Ejecutivo la identificación de aquellos preceptos que entren dentro del ámbito de las referidas Directivas y que compruebe que la justificación de la proporcionalidad de los mismos figura en las exposiciones de motivos del texto remitido. De este modo, cualquier enmienda que afectara a los preceptos señalados por el Ejecutivo podría ser puesta en conocimiento del mismo.

Igualmente, debería realizarse dicha notificación respecto de las enmiendas transaccionales o de aproximación que son aprobadas e incorporadas al texto legal en Comisión o en Pleno.

En todos los casos señalados el órgano adecuado para adoptar la decisión de comunicar la norma al Ejecutivo para su notificación a la Comisión Europea debería ser la propia Presidencia de la Cámara, a instancia del Secretario de la Mesa de la Comisión en el caso de las enmiendas aprobadas en Comisión y del Secretario de la Mesa de la Cámara en el caso de las enmiendas aprobadas en Pleno.

La Mesa de la Comisión, o en su caso la de la Cámara en el caso de las enmiendas aprobadas en Pleno, debe comprobar que la justificación relativa a la proporcionalidad de la misma consta en la exposición de motivos del texto en tramitación.

A estos efectos, será de gran utilidad el hecho de que se haya constituido una ponencia de trabajo para cada iniciativa legislativa ya que la propia Mesa de la Comisión puede proceder a la designación de uno o varios ponentes, de acuerdo con las propuestas formuladas por los grupos parlamentarios. La Mesa podrá designar la ponencia y la convocará para su constitución y podrá proponer modificaciones por unanimidad al proyecto de ley. En el informe que contendrá las enmiendas que deben ser aceptadas o rechazadas, las enmiendas transaccional el texto del proyecto, podrá proponer modificaciones por unanimidad al proyecto de ley.

Si la Mesa de la Comisión decide no constituir ponencia, se procederá a la ordenación de las enmiendas para su debate y deberá realizarse un pronunciamiento expreso sobre la notificación del contenido de la enmienda.

Junto a la remisión del texto de la enmienda, deberá adjuntarse tanto los diarios de sesiones correspondientes, si los hubiere, como los enlaces a las grabaciones de las sesiones de Comisión o Pleno del archivo audiovisual de la Cámara en las que se hayan aprobado las citadas enmiendas, así como de los informes de los servicios jurídicos de la Institución si se hubiesen requerido. De este modo, el Ejecutivo dispondrá de todos los elementos para efectuar la comunicación a la Comisión, la justificación de la norma y de su proporcionalidad.

Además, en este trámite, existe la posibilidad de que, para completar la justificación requerida y el juicio de proporcionalidad preceptivo, se requiera de los servicios de la Institución el asesoramiento necesario en el marco de sus funciones, siendo un servicio de la Institución parlamentaria, de creación ad hoc o preexistente, quien suministraría la información relevante para el análisis requerido en el formulario que debe remitir el Ejecutivo a la Comisión europea. No puede ser responsabilidad automática de los servicios jurídicos de las Cámaras el análisis sustantivo del principio de proporcionalidad, al igual que no es responsabilidad de la Abogacía del Ejecutivo sino de la Unidad administrativa responsable de estas notificaciones en la Dirección General de Asuntos Europeos correspondiente. Además, esto exigiría la creación de una estructura organizativa paralela a la existente en el Ejecutivo para estas cuestiones. Dicha duplicidad no encuentra justificación en los principios de buen gobierno y eficacia administrativa por lo que, para cumplir de la manera más eficiente la obligación de notificación debe ser la unidad del Ejecutivo competente, que ya cumple esa función con los proyectos de ley y otras normas, quien lleve a cabo el análisis y complemente los campos obligatorios de la notificación.

La mencionada notificación, a realizar en todo caso por el Ejecutivo, conforme a la información de la que se disponga, consistirá en los siguiente:

- La identificación de la actividad o actividades de servicios a que se refiere el requisito notificado (o en su caso, indicación de que el requisito notificado es de carácter (horizontal), esto es, se aplica con carácter general a una serie de actividades de servicio)
- La identificación del tipo de detalles del requisito de entre los de la siguiente lista:
 - Los límites cuantitativos o territoriales y concretamente límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores.
 - La obligación de que el prestador se constituya adoptando una forma jurídica particular.
 - Las exigencias relativas a la posesión de capital de una sociedad.
 - Las exigencias distintas de las relativas a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de las previstas en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.
 - La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio de este Estado miembro.
 - La obligación de tener un número mínimo de empleados.
 - La fijación de tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar.
 - Obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

- La identificación de si se trata de un servicio de interés económico general
- La descripción del servicio y de la tarea asignada al mismo, así como de su justificación y de la proporcionalidad de la misma.

La revisión de los datos a analizar y suministrar a la Comisión Europea invita de nuevo a repetir que debe ser el Ejecutivo con los medios humanos y materiales de que disponen sus unidades administrativas, y que no se dan en las Asambleas Legislativas, quien conozca a la mayor brevedad las enmiendas a las proposiciones de ley, incluso las enmiendas a los proyectos de ley para concluir los casos en los que proceda la notificación y los términos de la misma.

V. LA SOLUCIÓN TÉCNICA ACORDADA EN LES CORTS VALENCIANES

Dado que los reglamentos parlamentarios no contienen precepto específico que pueda resolver la necesaria notificación de una norma aprobada vía enmienda y cuya notificación sea preceptiva en el marco de las Directiva servicios o de la Directiva normas técnicas, o normas vigentes en materia de ayudas de estado, se debería completar la laguna reglamentaria con la adopción de una Resolución de Presidencia de la Asamblea o un acuerdo de la Mesa de la misma, preferentemente lo primero.

En el caso de Les Corts Valencianes, se ha adoptado un acuerdo de Mesa que pretende solucionar el problema descrito porque el Reglamento parlamentario no contiene precepto alguno que pueda. En concreto, el acuerdo contempla, en primer lugar, solicitar al Consell que, cuando remita a Les Corts un proyecto de ley o un decreto ley para su convalidación, realice la identificación de aquellos preceptos de los mismos que se encuentren dentro del ámbito de obligada notificación en el marco la directiva de normas técnicas (Directiva (UE) 2015/1535), de la directiva de servicios [Directiva 2006/123/CE] o del artículo 107 TFUE cuando se trate de los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de ayudas públicas o de cualquier otra cuya notificación fuera obligatoria por razones análogas; así la identificación de los preceptos referidos debe comprender también la de la justificación de la proporcionalidad de los mismos.

En segundo lugar, cuando dicha identificación se haya producido, se remitirá al Consell el texto de las enmiendas que resulten aprobadas y que afecten a los citados preceptos junto con los diarios de sesiones o los enlaces a las grabaciones de las sesiones de Comisión o Pleno del archivo audiovisual de Les Corts en las que se hayan aprobado las citadas enmiendas. De este modo, la remisión de la enmienda aprobada al Consell se realizará por la Presidencia de Les Corts a instancia del secretario de la Mesa de la comisión en el caso de las enmiendas aprobadas en comisión, y de uno de los

secretarios de la Mesa de Les Corts en el caso de las enmiendas aprobadas en Pleno³³.

De este modo, este acuerdo permite articular la posibilidad de notificar al Ejecutivo toda enmienda aprobada en el procedimiento legislativo que contenga una norma que pueda encontrarse en el ámbito de aplicación de las notificaciones obligatorias derivadas de la Directiva 2006/123/CE, de la Directiva (UE) 2015/1535 o de las normas vigentes en materia de ayudas de estado.

Asimismo, es de gran utilidad que, en dicha resolución o acuerdo, se requiere al Ejecutivo para que, con carácter general, proceda a la identificación de aquellos preceptos de los proyectos de ley que entren dentro del ámbito de las referidas Directivas. En este contexto, es destacable que la decisión de comunicar la enmienda al Ejecutivo debería ser la propia Presidencia de la Asamblea Legislativa, a instancia del Secretario de la Mesa de la Comisión en el caso de las enmiendas aprobadas en Comisión y del Secretario de la Mesa de la Asamblea en el caso de las enmiendas aprobadas en Pleno.

En todo caso, salvo que la propia Mesa de la Comisión, o en su caso la de la Asamblea para las enmiendas aprobadas en Pleno, disponga de medios para comprobar que la justificación relativa a la proporcionalidad de la misma consta en la exposición de motivos del texto en tramitación, lo plausible debe ser remitir la misma al Ejecutivo.

Junto a la remisión del texto de la enmienda, al efecto de que el Ejecutivo pueda completar los campos informativos requeridos por la Comisión Europea en relación con la justificación de la norma y el juicio de proporcionalidad, la notificación se realizará junto a todos los elementos de información y documentación relevantes. En particular, junto a la remisión del texto de la enmienda, deberán trasladarse, en todo caso, tanto los diarios de sesiones correspondientes, si los hubiere, como los enlaces a las grabaciones de las sesiones de Comisión o Pleno del archivo audiovisual de la Asamblea en las que se hayan aprobado las citadas enmiendas, así como del informe de ponencia, o de no constituirse ponencia, el pronunciamiento expreso sobre el hecho de que la justificación de la proporcionalidad de la misma consta en la exposición de motivos del texto en tramitación.

VI. CONCLUSIÓN

La cuestión de las notificaciones en materia de la Directiva servicios o análogas, pone de manifiesto la importancia de la coordinación del poder ejecutivo y el poder legislativo en estas materias europeas, pues la norma se genera directamente en el Parlamento vía enmienda o vía una proposición

³³ Acuerdo de Mesa núm. 2236/IX adoptado por la Mesa del 19 de diciembre de 2017, sobre el cumplimiento de las prescripciones contenidas en las Directivas europeas de Normas Técnicas (Directiva 2006/123/CE) o de Servicios (Directiva (UE) 2015/1535).

de ley pero es el gobierno el que tiene la obligación de comunicar la misma a la Comisión europea.

La gravedad de las consecuencias jurídicas atribuidas al incumplimiento de la notificación o a una justificación suficiente de las mismas pone el acento sobre la relevancia del cumplimiento de los deberes en estas materias de acceso a servicios, normas técnicas y ayudas de estado.

Asimismo, supone una llamada a la necesidad de la mejora en medios y estructuras de la Administración parlamentaria para dar respuesta a las necesidades del respeto al Derecho de la UE que surgen durante la tramitación de las iniciativas legislativas.

En definitiva, aunque es una cuestión sobre la que no se ha ocupado hasta ahora la doctrina académica, su análisis invita de nuevo a situar en las Cámaras Legislativas en el centro del debate político y de la toma de decisión, en consonancia con el rol que se le atribuye a las mismas las normas institucionales básicas en las sociedades democráticas modernas.

III

**COMENTARIOS
DE JURISPRUDENCIA**

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. VALIDEZ DE LA DOCUMENTACIÓN QUE PORTAN LOS MENORES.—III. PRESUNCIÓN DE MINORÍA DE EDAD.—IV. PRUEBAS MÉDICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD.—V. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

Ante la cada vez más numerosa llegada de menores extranjeros solos a España —hay actualmente alrededor de 4.000 de ellos tutelados¹ y otros muchos que no lo están—, la mayoría procedentes del continente africano, se hace necesario estudiar cómo las autoridades administrativas y judiciales están tratando la problemática jurídica en torno a este colectivo, donde el mayor reto es la determinación de su edad, pues en muchas ocasiones llegan a nuestro país sin documentación o con documentación que no es considerada válida por las autoridades españolas. Así, su consideración como menores activará la normativa de protección de los mismos, mientras que su consideración como adultos conllevará la aplicación de la normativa de extranjería.

El presente comentario se centra en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre este colectivo. Se analizan las cuestiones relativas a la validez de su documentación, a la presunción de minoría de edad, a las pruebas médicas de determinación de la edad y

* Alumna Colaboradora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores, Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

¹ Unidad de Extranjería de la FGE, Memoria 2017, 2017, p. 541 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/; última consulta 04/06/2018).

a la impugnación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, pues todas ellas han sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo desde 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que llama la atención es el reducido número de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos cinco años sobre la cuestión de los menores extranjeros no acompañados —alrededor de quince—, algo que es sorprendente frente a la creciente presencia de este colectivo en España y de las numerosas cuestiones administrativas y judiciales que surgen por el siempre presente conflicto entre la necesaria protección del menor y los intereses de extranjería. Este reducido número de sentencias es una posible consecuencia de la falta de recursos efectivos frente a las resoluciones que les afectan. De hecho, el decreto de determinación de la edad dictado por el Ministerio Fiscal no es recurrible directamente ante la jurisdicción (únicamente es susceptible de recurso indirecto a través de la impugnación de los efectos que produce), y ello genera una profunda indefensión que se ve traducida en la imposibilidad de acceder a instancias superiores del sistema jurisdiccional como el Tribunal Supremo.

La mayoría de resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre menores extranjeros no acompañados se refieren a la complicada cuestión de su documentación y de las pruebas de determinación de la edad que se les realizan en prácticamente todos los casos. La fase de determinación de la edad tiene una trascendencia mayúscula, pues si el extranjero resulta ser menor de edad se activará el sistema de protección, siendo su estancia regular a todos los efectos; mientras que si resulta mayor, pasaría a someterse al régimen de extranjería, siendo considerado un inmigrante irregular. Así, a este respecto, desde las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 452/2014, de 24 de septiembre (RJ 2014\4689) y núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839), el Alto Tribunal ha reiterado como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[E]l inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

Esta interpretación ha sido reiterada, entre otras, por las Sentencias de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª núm. 11/2015, de 16 de enero (RJ 2015\121); núm. 13/2015, de 16 de enero (RJ 2015\122); núm. 318/2015, de 22 de mayo (RJ 2015\2260); núm. 319/2015, de 23 de mayo (RJ 2015\2040); núm. 320/2015, de 22 de mayo (RJ 2015\3840); núm. 368/2015, de 18 de junio (RJ 2015\2764); núm. 411/2015, de 3 de julio (RJ 2015\2561); núm. 507/2015, de 22 de septiembre (RJ 2015\4356) y núm. 720/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016\5673).

II. VALIDEZ DE LA DOCUMENTACIÓN QUE PORTAN LOS MENORES

Como se desprende del fragmento extraído de las sentencias, el Tribunal Supremo ha resuelto que, si los menores extranjeros portan documentación, no pueden ser sometidos a pruebas médicas de determinación de la edad; y, en caso de realizarse, siempre debe efectuarse previamente un juicio de proporcionalidad sobre la validez de la documentación que portan. Sin embargo, dicho juicio de proporcionalidad parece no tener lugar en la práctica, pues esta interpretación jurisprudencial tiene como causa la realización sistemática de pruebas de determinación de la edad tanto a menores con documentación como sin documentación, pues la Fiscalía puede siempre y en todo caso, sin recurrir a ningún procedimiento judicial, considerar que la documentación que portan los menores no es válida y/o fiable y, por tanto, primar los resultados médicos de las pruebas de determinación de la edad sobre los datos reflejados en dichos documentos.

Esta doctrina jurisprudencial no supone la imposibilidad de realización de pruebas médicas de determinación de la edad, pues sí pueden llevarse a cabo en los casos en que los menores se encuentren indocumentados y su apariencia no permita concluir con certeza sobre su edad o cuando la documentación que porten no sea válida. Así, tanto en la Sentencia 329/2015, de 8 de junio (RJ\2015\2925), como en la Sentencia 2194/2016, de 11 de octubre (RJ 2016\5544) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha avalado la realización de dichas pruebas. En el primer caso, acorde con la doctrina jurisprudencial arriba transcrita, el Tribunal considera que existían razones con encaje legal para acordar la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad al haber aportado la inmigrante un certificado de nacimiento manipulado y un pasaporte falso, con lo que no se consideró debidamente documentada habiéndose realizado un juicio de proporcionalidad. Sin embargo, en el segundo caso, sorprendentemente el Tribunal Supremo aprueba la realización de pruebas a un inmigrante procedente de Bangladesh que aportaba pasaporte acreditando su minoría de edad —sin hacer referencia a su posible falsedad o invalidez—, al considerar que su aspecto físico se correspondía al de un adulto y al no existir tratado o Convenio alguno con Bangladesh que obligue a España a dar por válida la fecha de nacimiento constante en el documento.

En cuanto a la concreta documentación que portan estos menores, hay que subrayar la relevancia práctica de que no es solo el pasaporte el único documento válido para la consideración de un extranjero como menor, sino cualquier “documento equivalente de identidad”, como afirma el Tribunal Supremo², donde deberían incluirse todos aquellos casos en los que los menores, por presentar determinadas condiciones y dificultades, no han tenido la oportunidad de acceder a la expedición de un pasaporte y portan otros documentos como actas o partidas de nacimiento o u otros documentos nacionales de identidad. En todo caso, hay que tener en cuenta que la carga de la prueba impuesta al menor para acreditar su minoría de edad no puede resultar excesiva, con lo que debería bastar la documentación expedida por las autoridades diplomáticas de sus países extranjeros acreditados en España mediante Embajadas o Consulados. Exigir a los menores la presentación de un pasaporte emitido por las autoridades de su país de origen supondría una *probatio diabólica* para ellos cuando ya han accedido a nuestro país.

III. PRESUNCIÓN DE MINORÍA DE EDAD

La Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839), añade, además, basándose en el principio del interés superior del menor, que:

“Cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes”.

Así, el Tribunal Supremo subraya la necesidad de respetar la presunción de minoría de edad, lo que supondría que, en caso de duda sobre la edad del extranjero, debe resolverse a favor de su minoría y de la protección jurídica que debe garantizarse a todo menor de 18 años.

IV. PRUEBAS MÉDICAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

En cuanto a la tipología concreta de pruebas médicas que se realizan, cabe destacar el pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal

² Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\4839).

Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013\5078) en un caso de solicitud de asilo, la cual establece que:

“la imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones [...].

[E]l método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses”.

Con respecto a la cuestión de las pruebas médicas que se realizan, numerosas organizaciones sociales y médicas ya se han pronunciado sobre su falta de fiabilidad y su inexactitud, con lo que sería deseable, a la luz de lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, el desarrollo de pruebas médicas de carácter multidisciplinar cuyos resultados fueran más fiables, teniendo en cuenta la mayor cantidad posible de variables que afectan al desarrollo.

V. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

La Sentencia más reciente relativa a estos menores fue dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 31 de enero de 2018 (núm. 131/2018, RJ 2018\319) y tenía como objeto la impugnación de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. El recurso tenía como argumento principal que el acto impugnado, a pesar de revestir la condición de instrucción interna de la Administración, excede del contenido propio de una instrucción y, por tanto, debía ser impugnabile. A pesar de ello, el Tribunal Supremo consideró que no cabe la impugnación directa de dicho Protocolo, por ser su naturaleza de instrucción interna y no de reglamento, no

pronunciándose, por tanto, sobre el fondo de dicho protocolo. El Tribunal considera que “el Protocolo no hace sino establecer la coordinación de las diferentes autoridades y funcionarios que deben intervenir”, no excediéndose del ámbito propio de una instrucción interna.

En todo caso, la desestimación del recurso del Tribunal Supremo no puede interpretarse de modo que se considere validado el contenido del Protocolo Marco, pues únicamente se refiere a su irrecurribilidad.

VI. REFLEXIÓN FINAL

En general, parece que el Tribunal Supremo está alejándose del ímpetu con el que reiteraba la doctrina jurisprudencial que sentó en septiembre de 2014, siendo muy relevante que haya sido incluida en ocho sentencias en 2015, solo en una ocasión en 2016 y no haya vuelto a incluirse en una sentencia desde diciembre de 2016; encontrando sin embargo sentencias recientes como la Sentencia 2194/2016, de 11 de octubre (RJ 2016\5544) que avala la realización de pruebas a un extranjero con documentación sin hacer referencia a la validez o falsedad de la misma. Es necesario que el Tribunal Supremo siga recordando al Ministerio Fiscal los límites en la realización de pruebas médicas de determinación de la edad a estos extranjeros pues, en la práctica, se siguen llevando a cabo de forma indiscriminada.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, como recordó el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre, que:

“[u]n menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas”.

En conclusión, a pesar de la reiterada jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo estableciendo los límites a la realización de pruebas médicas de determinación de la edad, en la práctica se continúan llevando a cabo de manera sistemática y encontramos cada vez menos sentencias que recuerden dichos límites, lo cual demuestra, entre otras cosas, que el acceso a la jurisdicción para estos menores es muy dificultoso. Sería deseable una nueva Sentencia del Alto Tribunal recordando la necesidad de llevar a cabo todas las actuaciones que afecten a estos menores bajo la óptica de su interés superior, aplicando la presunción de minoría de edad en caso de duda y otorgando prioridad a su condición de menores sobre su condición de

extranjeros. Por último, también resultaría de gran interés que el Tribunal se pronunciase de nuevo y de forma extensa sobre la adecuación y exactitud de las pruebas médicas que se practican a estos menores.

A mi entender, una interpretación que garantizase la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, acorde por tanto con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor³ y con la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, sería aquella que, al contrario de lo que ocurre actualmente, prime la cualidad de menor sobre la de extranjero.

Y ello supondría que, en primer lugar, en materia de documentación, se reconozcan como válidos documentos distintos del pasaporte, como actas o partidas de nacimiento y que, en todo caso, sea la autoridad judicial, y no el Ministerio Fiscal, la que dirima sobre la validez de dicha documentación; y, en segundo lugar, en materia de determinación de la edad, que las pruebas médicas fuesen multidisciplinarias, reduciendo así el margen de error existente actualmente, incluyendo entrevistas personales para así tener en cuenta todas las variables físicas, psicológicas, culturales y de desarrollo que afectan al crecimiento. Además de esto, la negativa al sometimiento a dichas pruebas no debe ser considerada como una prueba de su mayoría de edad, y, sobre todo, no debe someterse a pruebas médicas a menores que se encuentren documentados y cuyos documentos no hayan sido invalidados por la autoridad judicial. De hecho, el Defensor del Pueblo⁵ afirma que a pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo citada más arriba, “se ha incrementado el número de quejas recibidas por la incoación de procedimientos de determinación de edad a menores que cuentan con pasaporte o con otra documentación válida acreditativa de ello”. Esto se debe a que, con la nueva redacción del art. 12.4 LOPJM, el Ministerio Fiscal considera que se le ha otorgado la potestad de realizar un juicio de proporcionalidad para considerar que un documento de identidad es o no fiable, potestad que debería estar encomendada con exclusividad al Juez. Por último, dado el elevado margen de error que presentan las pruebas actualmente, aplicar la presunción de minoría de edad avalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 453/2014, de 23 de septiembre, supondría en todo caso la adopción de la edad más baja posible de la horquilla establecida por los resultados de las pruebas. Solo cumpliendo con estas previsiones se estaría respetando el principio del interés superior del menor y la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017, pp. 251-252 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf; última consulta 26/03/2018).

IV

CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2017 (X Legislatura)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA.—5.1. Cuadros resumen de actividad parlamentaria.—5.2. Gráficos estadísticos.

I. INTRODUCCIÓN

El seguimiento de la actividad parlamentaria realizada en la Asamblea de Madrid, objeto de la presente crónica parlamentaria, tiene como finalidad ofrecer la información relativa al tercer período de sesiones de la X Legislatura, que comprende los meses de julio a diciembre de 2017.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

En el quinto período de sesiones se han producido las siguientes modificaciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado:

* Jefa de la Sección de Archivo, Jefe del Negociado de Archivo Parlamentario y Jefe del Negociado de Archivo Administrativo de la Asamblea de Madrid, respectivamente.

La **Ilma. Sra. D.^a Elena González-Moñux Vázquez**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputada el 1 de septiembre de 2017 (Acuerdo de Mesa de 18 de septiembre de 2017, BOAM 137, de 21 de septiembre de 2017), y fue sustituida, previa renuncia anticipada de D. José Luis Sanz Vicente, por el **Ilmo. Sr. D. Eduardo Raboso García-Baquero**, del Grupo Parlamentario Popular, que adquirió la condición de Diputado en la sesión plenaria de 21 de septiembre de 2017 (BOAM 140, de 28 de septiembre de 2017).

La **Ilma. Sra. D.^a Isabel Natividad Díaz Ayuso**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputada el 27 de septiembre de 2017 (Acuerdo de Mesa de 2 de octubre de 2017, BOAM 141, de 5 de octubre de 2017), y fue sustituida, previa renuncia anticipada de D. Carlos González Pereira, por la **Ilma. Sra. D.^a Belén Rodríguez Palomino**, del Grupo Parlamentario Popular, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 5 de octubre de 2017 (BOAM 142, de 11 de octubre de 2017).

El **Ilmo. Sr. D. Álvaro César Ballarín Válcárcel**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 28 de septiembre de 2017 (Acuerdo de Mesa de 2 de octubre de 2017, BOAM 141, de 5 de octubre de 2017), y fue sustituido por la **Ilma. Sra. D.^a Pilar Busó Borús**, del Grupo Parlamentario Popular, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 5 de octubre de 2017 (BOAM 142, de 11 de octubre de 2017).

La **Ilma. Sra. D.^a Inés Berrio Fernández-Caballero**, del Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputada el 29 de septiembre de 2017 (Acuerdo de Mesa de 2 de octubre de 2017, BOAM 141, de 5 de octubre de 2017), y fue sustituida, por la **Ilma. Sra. D.^a Teresa de Jesús Luis Rico**, del Grupo Parlamentario Popular, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 5 de octubre de 2017 (BOAM 142, de 11 de octubre de 2017).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

A continuación se reseñan las fechas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta correspondientes.

Sesiones Plenarias

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	Nº de Acta
Septiembre	1	21/09/2017	506	19/2017
	Total sesiones septiembre 2017..... 1			
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	Nº de Acta
Octubre	1	05/10/2017	514	20/2017
	2	11/10/2017	520	21/2017
	3	19/10/2017	531	22/2017
	Total sesiones octubre 2017..... 3			
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	Nº de Acta
Noviembre	1	02/11/2017	539	23/2017
	2	08/11/2017	546	24/2017
	3	16/11/2017	556	25/2017
	4	23/11/2017	565	26/2017
	Total sesiones noviembre 2017..... 4			
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	Nº de Acta
Diciembre	1	07/12/2017	573	27/2017
	2	14/12/2017	578	28/2017
	3	21/12/2017	589	29/2017
	Total sesiones diciembre 2017..... 3			
Total sesiones de julio a diciembre de 2017..... 11				

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

Las sesiones celebradas por la Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período han sido las que se enumeran a continuación:

COMISIONES PERMANENTES LEGISLATIVAS

3.2.1. *Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado*

3.2.1.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 4, de 22/07/2015)

3.2.1.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	Designación de D. José Tomás Serrano Gio como Vicepresidente de la Comisión, en sustitución, por renuncia, de D. Pedro Muñoz Abrines		06/11/2017	BOAM 150, de 16/11/2017

3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	
Noviembre	1	06/11/2017	543	
	2	20/11/2017	s/n.º	
	Total sesiones de noviembre de 2017.....			2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	
Diciembre	1	11/12/2017	s/n.º	
	Total sesiones de diciembre de 2017.....			1
Total sesiones de julio a diciembre de 2017				3

3.2.2. Comisión de Cultura, Turismo y Deportes (antes denominada de Cultura y Turismo)

3.2.2.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS. número 5, de 22/07/2015)

Por acuerdo de la Mesa de la Asamblea de 03/10/2017 (BOAM 141, de 05/10/2017) la Comisión de Cultura y Turismo se transforma en Comisión de Cultura, Turismo y Deportes, como consecuencia del Decreto 80/2017, de 25 de septiembre, por el que se crean las Consejerías de Educación e Investigación y la de Cultura, Turismo y Deportes.

3.2.2.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G. POD.	D. Eduardo Fernández Rubiño	D. Miguel Ardanuy Pizarro	-	BOAM 143, de 19/10/2017

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Cultura, Turismo y Deportes

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE CULTURA, TURISMO Y DEPORTES

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	02/10/2017	507
	2	30/10/2017	535
	Total sesiones octubre 2017.....		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	04/12/2017	569
	Total sesiones diciembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017.....			3

3.2.3. *Comisión de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno*

3.2.3.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 6, de 22/07/2015)

3.2.3.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	10/10/2017	519
	Total sesiones octubre 2017..... 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	07/11/2017	545
	2	21/11/2017	561
	Total sesiones noviembre 2017 2		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	12/12/2017	575
	Total sesiones diciembre 2017 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017 4			

3.2.4. *Comisión de Presupuestos, Economía, Empleo y Hacienda*

3.2.4.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 7, de 22/07/2015)

3.2.4.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos, Economía, Empleo y Hacienda

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESUPUESTOS, ECONOMÍA,
EMPLEO Y HACIENDA**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02/10/2017	508
	2	16/10/2017	522
	3	16/10/2017	524
	4	17/10/2017	525
	5	17/10/2017	527
	6	18/10/2017	528
	7	18/10/2017	530
	8	20/10/2017	533
Total sesiones octubre 2017.....			8
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13/11/2017	547
	2	13/11/2017	549
	3	14/11/2017	551
	4	14/11/2017	552
	5	15/11/2017	553
	6	15/11/2017	555
	7	17/11/2017	557
	8	22/11/2017	564
Total sesiones noviembre 2017.....			8
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13/12/2017	576
	2	13/12/2017	577
	3	15/12/2017	580
	4	18/12/2017	581
	5	18/12/2017	583
	6	19/12/2017	584
	7	19/12/2017	586
Total sesiones diciembre 2017.....			7
Total sesiones julio a diciembre 2017.....			23

3.2.5. Comisión de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio

3.2.5.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS. número 8, de 22/07/2015)

3.2.5.2. Composición: (BOAM. número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	Designación de D. Bartolomé González Jiménez como Presidente de la Comisión en sustitución de D ^a Lucila Toledo Moreno		18/10/2017	BOAM 146, de 02/11/2017

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, ADMINISTRACIÓN LOCAL Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	04/10/2017	512
	2	18/10/2017	529
	Total sesiones octubre 2017.....		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15/11/2017	554
	2	22/11/2017	563
Total sesiones noviembre 2017			2
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20/12/2017	588
	Total sesiones diciembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017			5

3.2.6. Comisión de Sanidad

3.2.6.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS. número 9, de 22/07/2015)

3.2.6.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE SANIDAD

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	03/10/2017	510
	2	17/10/2017	526
	3	31/10/2017	538
	Total sesiones octubre 2017.....		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	05/12/2017	572
	Total sesiones mes de diciembre 2017.....		
Total sesiones julio a diciembre 2017			4

3.2.7. Comisión de Políticas Sociales y Familia

3.2.7.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 10, de 22/07/2015)

3.2.7.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	Designación como Secretaria de la Comisión de D. ^a Belén Rodríguez Palomino, en sustitución de D. Alejandro Sánchez Fernández		30/10/2017	BOAM 148, de 08/11/2017

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Políticas Sociales y Familia

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Agosto	1	03/08/2017	499
	Total sesiones agosto 2017		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Septiembre	1	18/09/2017	500
	Total sesiones septiembre 2017		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	02/10/2017	506
	2	16/10/2017	523
	3	30/10/2017	534
	Total sesiones octubre 2017.....		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	04/12/2017	568
	Total sesiones diciembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017			6

3.2.8. *Comisión de Educación e Investigación (antes denominada de Educación y Deporte)*

3.2.8.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 11, de 22/07/2015)

Por acuerdo de la Mesa de la Asamblea de 03/10/2017 (BOAM 141, de 05/10/2017) la Comisión de Educación y Transporte se transforma en Comisión de Educación e Investigación, como consecuencia del Decreto 80/2017, de 25 de septiembre, por el que se crean las Consejerías de Educación e Investigación y la de Cultura, Turismo y Deportes.

3.2.8.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	-	D. ^a Isabel Díaz Ayuso	-	BOAM 137, de 21/09/2017

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Educación y Deporte y de la Comisión de Educación e Investigación

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EDUCACIÓN Y DEPORTE**

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20/09/2017	503
	Total sesiones septiembre 2017..... 1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04/10/2017	511
	Total sesiones octubre 2017..... 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017 2			

COMISIÓN DE EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	22/11/2017	562
	Total sesiones noviembre 2017 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20/12/2017	587
	Total sesiones diciembre 2017 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017 2			

3.2.9. Comisión de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

3.2.9.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (DSS. número 12, de 22/07/2015)

3.2.9.2. Composición: (BOAM. número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	Designación de D. ^a Lucila Toledo Moreno como Presidenta de la Comisión, en sustitución de D. Bartolomé González Jiménez		03/11/2017	BOAM 150, de 16/11/2017

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE TRANSPORTES, VIVIENDA E INFRAESTRUCTURAS

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	06/10/2017	516
	Total sesiones octubre 2017..... 1		
Noviembre	1	03/11/2017	541
	Total sesiones noviembre 2017 1		
Diciembre	1	01/12/2017	567
	Total sesiones diciembre 2017 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017 3			

3.2.10. *Comisión de Mujer*

3.2.10.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (DSS. número 13, de 23/07/2015)

3.2.10.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.POD.	D. Miguel Ongil López	D. Pablo Padilla Estradda	-	BOAM 140, de 28/09/2017

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE MUJER**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	09/10/2017	517
	Total sesiones octubre 2017.....		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06/11/2017	542
	2	20/11/2017	559
	Total sesiones noviembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017			3

3.2.11. *Comisión de Juventud*

3.2.11.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (DSS. número 14, de 22/07/2015)

3.2.11.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUVENTUD**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	13/10/2017	521
Total sesiones octubre 2017.....			1
Total sesiones julio a diciembre 2017.....			1

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.12. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.12.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (D.SS número 15, de 22/07/2015)

3.2.12.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Septiembre	1	19/09/2017	501
Total sesiones septiembre 2017.....			1
Octubre	1	31/10/2017	536
Total sesiones octubre 2017.....			1
Diciembre	1	05/12/2017	571
Total sesiones diciembre 2017.....			1
Total sesiones julio a diciembre 2017.....			3

3.2.13. *Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid*

3.2.13.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (DSS número 16, de 22/07/2015)

3.2.13.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.P.	Designación de D. ^a Teresa de Jesús Lara Rico como Secretaria de la Comisión, en sustitución de D. Tomás Serrano Guio		13/11/2017	BOAM 152, de 23/11/2017

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid

**Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE CONTROL DEL ENTE PÚBLICO
RADIO TELEVISIÓN MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Septiembre	1	20/09/2017	504
	Total sesiones septiembre 2017..... 1		
Octubre	1	04/10/2017	513
	Total sesiones octubre 2017..... 1		
Noviembre	1	13/11/2017	548
	Total sesiones noviembre 2017..... 1		
Diciembre	1	18/12/2017	582
	Total sesiones diciembre 2017..... 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017..... 4			

3.2.14. *Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad*

3.2.14.1. Constitución: 22 de julio de 2015 (DSS número 17, de 22/07/2015)

3.2.14.2. Composición: (BOAM número 9, de 23/07/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de julio a diciembre de 2017.

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	10/10/2017	518
	Total sesiones octubre 2017..... 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	07/11/2017	544
	2	21/11/2017	560
	Total sesiones noviembre 2017 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12/12/2017	574
	Total sesiones diciembre 2017 1		
Total sesiones julio a diciembre 2017..... 4			

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.15. *Comisión de Investigación sobre Corrupción Política en la Comunidad Madrid*

3.2.15.1. Constitución: sesión plenaria de 16 de octubre de 2015 (DSS. número 43, de 16/10/2015)

3.2.15.2. Composición: (BOAM número 20, de 29/10/2015)

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión de julio a diciembre de 2017.

3.2.15.3. Sesiones de la Comisión de Investigación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE CORRUPCIÓN
POLÍTICA EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	28/07/2017	498
	Total sesiones julio 2017		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06/10/2017	515
	2	20/10/2017	532
	Total sesiones octubre 2017		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03/11/2017	540
	2	17/11/2017	558
	Total sesiones noviembre 2017		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01/12/2017	566
	2	15/12/2017	579
	Total sesiones diciembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017			7

3.2.16. *Comisión de Estudio sobre la Auditoría del Endeudamiento y la Gestión Pública de la Comunidad de Madrid*

3.2.16.1. Constitución: sesión plenaria de 28 de julio de 2015 (DSS. número 19, de 28/07/2015)

3.2.16.2. Composición: (BOAM número 11, de 30/07/2015)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2017:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
G.Cs.	D. ^a Ana Rodríguez Durán	D. ^a M. ^a Victoria Ángeles Alonso Márquez, y designación como Portavoz	-	BOAM 132, de 27/07/2017
G.Cs.	Designación como Portavoz Adjunta de D. ^a Susana Solís Pérez		-	BOAM 132, de 27/07/2017
G.P.	-	D. Alejandro Sánchez Fernández	-	BOAM 137, de 21/09/2017
G.Cs.	D. ^a Susana Solís Pérez	D. Ángel Ramos Sánchez, y designación como Portavoz Adjunto	-	BOAM 160, de 18/01/2018

3.2.16.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE ESTUDIO SOBRE LA AUDITORÍA DEL ENDEUDAMIENTO Y LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Septiembre	1	19/09/2017	502
	Total sesiones septiembre 2017 1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03/10/2017	509
	2	31/10/2017	537
	Total sesiones octubre 2017 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14/11/2017	550
	Total sesiones noviembre 2017 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05/12/2017	570
	2	19/12/2017	585
	Total sesiones diciembre 2017 2		
Total sesiones julio a diciembre 2017 6			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Designación de miembros: Sesión plenaria de 9 de julio de 2015 (D.SS número 3, de 09/07/2015)*

3.3.2. *Composición: BOAM número 7, de 16/07/2015*

No se han producido modificaciones en la composición de la Diputación Permanente en este período.

3.3.3. Sesiones de la Diputación Permanente

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
Julio	1	21/07/2017	497	18/2017
	Total sesiones julio 2017			1
Total sesiones julio a diciembre 2017.....				1

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. *Sesión constitutiva de 9 de junio de 2015: Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea (D.SS. número 1)*

3.4.2. *Composición: BOAM nº 1, de 10/06/2015*

No se han producido modificaciones en la composición de la Mesa de la Asamblea durante este período.

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta	
Julio	Mesa de la Diputación Permanente			
	1	18/07/2017	45/2017	
	Total sesiones julio 2017			1
Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta	
	1	11/09/2017	46/2017	
	2	12/09/2017	47/2017	
	3	18/09/2017	48/2017	
	4	20/09/2017	49/2017	
	5	22/09/2017	50/2017	
	6	25/09/2017	51/2017	
	Total sesiones septiembre 2017			6
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta	
	1	02/10/2017	52/2017	
	2	03/10/2017	53/2017	
	3	04/10/2017	54/2017	
	4	09/10/2017	55/2017	
	5	10/10/2017	56/2017	
	6	16/10/2017	57/2017	
	7	17/10/2017	58/2017	
	8	23/10/2017	59/2017	
	9	24/10/2017	60/2017	
	10	30/10/2017	61/2017	
	11	31/10/2017	62/2017	
Total sesiones octubre 2017.....			11	

	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Noviembre	1	02/11/2017	63/2017
	2	02/11/2017	64/2017
	3	06/11/2017	65/2017
	4	08/11/2017	66/2017
	5	13/11/2017	67/2017
	6	16/11/2017	68/2017
	7	20/11/2017	69/2017
	8	21/11/2017	70/2017
	9	27/11/2017	71/2017
	10	29/11/2017	72/2017
	11	30/11/2017	73/2017
Total sesiones noviembre 2017			11
	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
Diciembre	1	04/12/2017	74/2017
	2	11/12/2017	75/2017
	3	12/12/2017	76/2017
	4	18/12/2017	77/2017
	5	20/12/2017	78/2017
Total sesiones diciembre 2017			5
Total sesiones julio a diciembre 2017			34

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición de la Junta de Portavoces

Modificaciones producidas en la composición de la Junta de Portavoces durante el período:

Acuerdo de Mesa de 9 de octubre de 2017:

Designación de D. Alfonso Serrano Sánchez-Capuchino como Portavoz Adjunto del Grupo Popular.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	12/09/2017	25/2017
	2	26/09/2017	26/2017
	Total sesiones septiembre 2017		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/10/2017	27/2017
	2	10/10/2017	28/2017
	3	17/10/2017	29/2017
	4	24/10/2017	30/2017
	5	31/10/2017	31/2017
	Total sesiones octubre 2017		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	02/11/2017	32/2017
	2	07/11/2017	33/2017
	3	14/11/2017	34/2017
	4	21/11/2017	35/2017
	5	28/11/2017	36/2017
	Total sesiones noviembre 2017		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05/12/2017	37/2017
	2	12/12/2017	38/2017
	Total sesiones diciembre 2017		
Total sesiones julio a diciembre 2017			14

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

Durante este período de sesiones se han aprobado las siguientes leyes:

LEY 9/2017, de 3 de julio. **ORIGEN:** Proyecto de Ley 1/2017, por la que se establece el mecanismo de naturaleza no tributaria compensatorio de la repercusión obligatoria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a los arrendatarios de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida.

BOAM Núm. 129 de 30/06/2017, **BOCM** Núm. 171 de 20/07/2017, **BOE** Núm. 292 de 01/12/2017.

LEY 10/2017, de 31 de octubre. **ORIGEN:** Proposición de Ley 16/2017, de Modificación de la Ley 7/2017, de 27 de junio, de Medidas Fiscales y Administrativas, de gratuidad de los libros de texto y el material curricular de la Comunidad de Madrid.

BOAM Núm. 145 de 26/10/2017, **BOCM** Núm. 271 de 14/11/2017, **BOE** Núm. 34 de 07/02/2018.

LEY 11/2017, de 22 de diciembre. **ORIGEN:** Proyecto de Ley 6/2017, por el que se establece el reglamento marco de estructura, organización y funcionamiento de hospitales, organizaciones de atención primaria y otras gestionadas por el Servicio Madrileño de Salud. Aprobada como Ley de Buen Gobierno y Profesionalización de la Gestión de los Centros y Organizaciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud.

BOAM Núm. 145 de 26/10/2017, **BOCM** Núm. 2 de 03/01/2018, **BOE** Núm. 34 de 07/02/2018.

LEY 12/2017, de 26 de diciembre. **ORIGEN:** Proyecto de Ley 6 /2017, Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2018.

BOAM Núm. 159 de 27/12/2017, **BOCM** Núm. 308 de 28/12/2017, **BOE** Núm. 34 de 07/02/2018.

V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

5.1. Cuadros resumen de Actividad Parlamentaria

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara, expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en este período de sesiones, así como su estado de tramitación al finalizar el período de sesiones.

Iniciativas	Presentadas		Pendientes	Tramitadas				Decatadas	No Admitidas	Transformadas	Retiradas
	Pleno:	Comisión:		Aprob.:	Rechaz.:	Aprob.:	Rechaz.:				
Proyectos de Ley	3		2	1				-	-	-	
Proposiciones de Ley	7		3	3				-	-	1	
Proposiciones no de ley	Pleno:	Comisión:	37	Aprob.:	Rechaz.:	Aprob.:	Rechaz.:	-	2	7	
	57	30		22	8	9	2				
	87			Pleno:	Comisión:						
				30	11						
				41							
Interpelaciones	19		12	5				-	-	-	
Mociones	4		-	Aprob.:	Rechaz.:			-	-	-	
				4	-						
Comparecencias	585		Pleno:	Comisión:	Pleno:	Comisión:	Pleno:	Comisión:	-	27	
			44	299	11	127	2	2			
			343	138			4				
P. Orales Pleno	530		3	150			27	40	215	94	
									1 calif. como PCOC		
P. Orales Comisión	310		2	62			15	33	105	93	
Preguntas Escritas	779		7	684			-	32	48 calif. como PI	8	
P. de Información	3518		265	2969			-	247	-	37	
Total	5842		674	4057			46	429	369	267	

Comunicaciones del Gobierno: 49

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por autores.

Autor	Función Legislativa		Función de Dirección o Impulso Político		Función de Control						Total
	Proyectos de Ley	Proposiciones de Ley	Proposiciones no de Ley	Mociones	Preguntas orales en Pleno	Preguntas orales en Comisión	Preguntas Escritas	Interpelaciones	Comparecencias	Peticiones de Información	
G.P. Popular	-	1	4	-	56	15	5	-	15	-	96
G.P. Socialista	-	2	25	4	163	92	309	16	189	1170	1970
G.P. Podemos C. M.	-	4	33	-	179	95	435	3	225	1962	2936
G.P. Ciudadanos	-	2	27	-	132	108	30	-	136	268	703
Comisión Parlamentaria	-	-	-	-	-	-	-	-	-	118	118
Iniciativa legislativa popular	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Gobierno	3	-	-	-	-	-	-	-	21	-	24
Total	3	10	89	4	530	310	779	19	586	3518	5848

Comunicaciones del Gobierno: 49

5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante este período de sesiones, y que suman un total de 5.848 iniciativas.

GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS

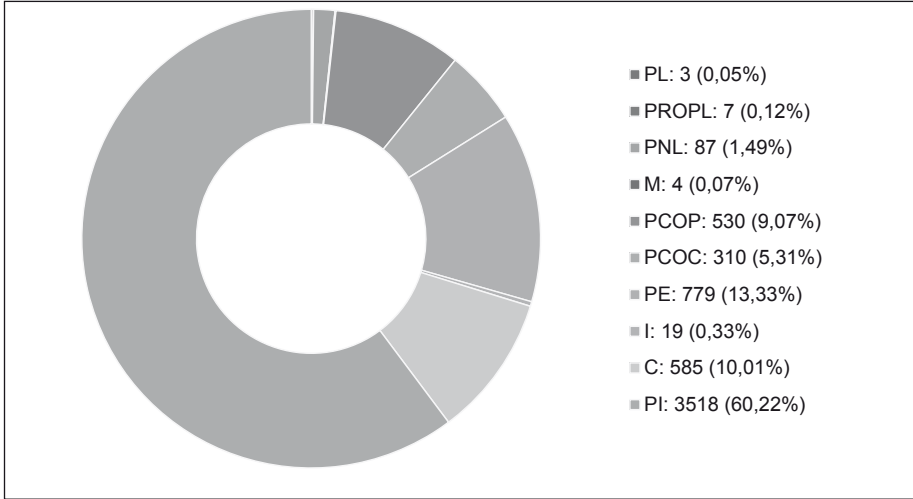
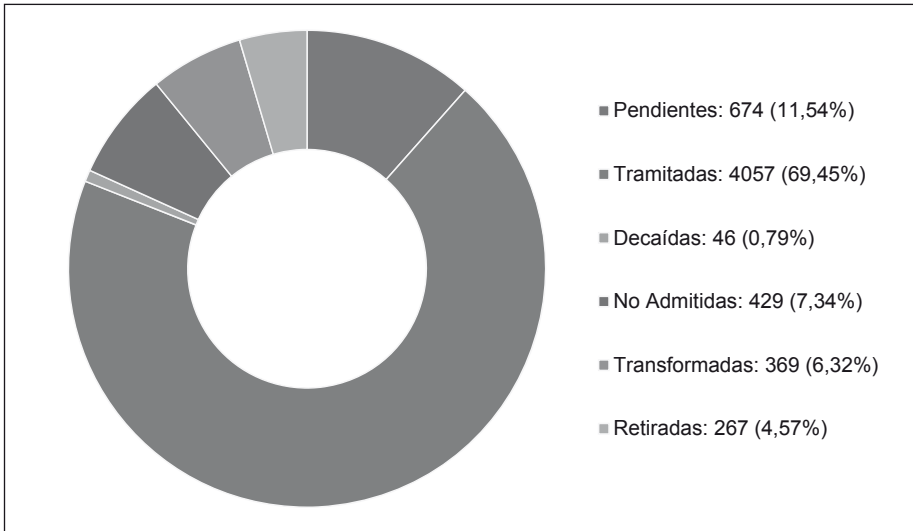


GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN



V

RECENSIONES

Raquel Marañón Gómez*

Díez del Corral, Luis:
El rapto de Europa: una interpretación
histórica de nuestro tiempo
Editorial Encuentro, 414 pp.

Se reedita ahora por la editorial Encuentro, *El Rapto de Europa* un libro de Luis Díez del Corral cuya primera edición lo es de 1954 publicado en la Revista de Occidente que como es sabido tuvo un papel fundamental en la difusión de la cultura española y europea en el mundo hispánico, cuya fundación data de 1923 de la mano de Ortega y Gasset. Luis Díez del Corral, fue un hombre polifacético: jurista, escritor, politólogo, catedrático de universidad, letrado del Consejo de Estado y Procurador en Cortes. Es el máximo exponente del estudio en España del Liberalismo Doctrinario y su libro de idéntico título es junto con la que ahora comentamos las más reconocidas del autor para el público en general.

En el prólogo, Benigno Pendás, discípulo que confiesa gran admiración por el maestro avanza que no es un libro fácil, que es un libro para minorías, porque es una apuesta por la excelencia en la educación y la cultura.

No se busca con ello desalentar al lector sino plantearle un reto y es la necesaria disposición previa del espíritu y del entendimiento. Nunca las prisas fueron buenas consejeras pero hay lecturas en las que resultan especialmente desaconsejadas. Es este el caso. El estilo “de largo aliento” y el “cuidado literario” se desprende de la obra de Luis Díez del Corral y de otros contemporáneos como Arnold. J. Toynbee o Raymond Aron que escribían “sin prisas” es por ello que el lector debe corresponder en igual modo. Esa llamada al “movimiento slow” lo conecta con el humanismo “amante del matiz, el sosiego y la moderación, valores que cotizan a la baja” en nuestros apresurados tiempos.

El rapto de Europa, pictóricamente reflejado por tantos entre ellos Jacob Jordaens, François Boucher o Rembrandt evoca la mitología griega en la que Europa, hija de Agenor fue vista por Zeus que queda prendado de su belleza y metamorfoseándose en toro se acerca a la joven que poco a poco

* Secretaria General de la Asamblea de Madrid.

va aproximándose al animal para acabar a lomos del mismo, momento en que es raptada y conducida a la isla de Creta y aunque la mitología sigue alimentando el destino de Europa procede dejarlo aquí en estas líneas para que si se ha despertado la curiosidad del lector acuda al libro recomendado a conocer más.

Europa nos dice Díez del Corral antes de ser raptada por extraños, padeció internamente el fenómeno en la forma de una auténtica enajenación mental de un rapto del sentido, fue condescendiente no solo con la animalidad espléndida, divina del toro, sino con la animalidad elemental de la sangre y el instinto. Existió y eso explica la situación actual europea, una doble vertiente; la externa de expropiación y la interna de desarticulación de la estructura tensa y bipolar que ha sido esencial a Europa y que oscilaba entre la polaridad campo y ciudad, *civitas* terrestre y celestial, idealismo y realismo artísticos, particularismo y universalismos políticos, simplismo técnico y complejidad espiritual.

¿Pero por qué el mito? El autor da respuesta y no es otra que el caminante, el vagabundo incansable que ha de ser el auténtico historiador necesita indudablemente dar un sentido de orientación para no perderse, por eso se ha puesto bajo el patronazgo de un mito del cual destaca dos momentos esenciales: el de la tentación brutal y divina y el de la aceptación sorprendida de la raptada.

La cultura europea se ha universalizado y se ha convertido en civilización europea como previamente el país helénico se transformó en país helenístico.

¿Había acabado siendo raptada Europa aunque se hubiese resistido a la tentación? ¿Cuál sería la situación actual, de haber obrado con una prudencia y conocimiento de las circunstancias en que la colocaba la expansión de su civilización y el aprovechamiento por gigantescos sujetos históricos?

Estas son las preguntas-hipótesis del autor. En este contexto el futuro no es solo de Europa sino de la humanidad y no cabe ningún tipo de discriminación o superioridad intrínseca sobre otros pueblos que además no se han limitado a copiar productos elaborados por la civilización europea sino a introducirlos en el motor mismo. En definitiva la misión de Europa no ha terminado aunque en algunos aspectos de la vida queda rezagada y aun empequeñecida sino que ha sentado premisas que luego han sido desarrolladas por los pueblos extraeuropeos pero, cuya chispa prendió en Europa.

Europa había entrado en la época contemporánea convencida de su preeminencia sobre los demás pueblos y culturas por el cumplimiento en su historia de un destino universal de la humanidad y la historia de la humanidad quedaba en consecuencia articulada y esencialmente subordinada por el destino concreto de Europa y la Europa decimonónica se entrega entusiasta a la misión transformadora del mundo en el que vive. La supremacía política se apoyaba en el nacionalismo burgués, el constitucionalismo democrático-liberal, el capitalismo, la industrialización que en ese momento de la historia difícilmente podían dar frutos en climas extraeuropeos.

Pero el pesimismo se instaló y de la hegemonía perpetua se pasó a la decadencia precedida por un amplio margen de crítica propiciado por el hecho de que el mundo cultural europeo no es un conjunto compacto homogéneo como otras culturas como el Islam. Y es que el rasgo distintivo europeo es la interna duplicidad y la coexistencia del entusiasmo y al mismo tiempo más o menos latente la interna protesta y el descontento.

La extensión y asimilación de la cultura occidental es triunfo de Europa que a juicio del autor ha acertado a crear un tipo de civilización objetiva, generalizable, generosa y humana pero también de la otra parte que ha sabido alargar la mano y tomarlo como propio..

Europa creadora por excelencia se ha fabricado nos dice Díez del Corral también la mayor parte de sus desdichas. El gran fallo de Europa sería su espíritu hazañoso, su afán juvenil y su incapacidad de renunciar y que es en el fondo más acción que sabiduría. Recordemos en ese punto la máxima latina *Primum Vivere Deinde Philosophari*, y a pesar de la experiencia política acumulada a lo largo de su agitada historia y del entusiasmo demostrado por la razón, ha acabado desoyendo sus dictados.

Capítulo especialmente interesante es el titulado “Europa desde España” donde se aborda la ley pendular de la historia hispana que otros como Gasset o Unamuno habían abordado. La europeización es el antídoto frente a la dramática condición de nuestra historia sometida a un movimiento pendular de aislamiento y ecumenidad. Como el prologuista destaca resulta muy significativa la reflexión sobre la actitud de los españoles ante la vida pública, tan diferente del pragmatismo anglosajón o de la prudencia disfrazada de retórica que singulariza a otros pueblos, pues la política no llega a reducirse por el español a una esfera peculiar, secularizada, utilitaria de cuestiones sino que sobre ella inciden las más diversas dimensiones de la vida: desde la religiosa hasta la festiva, desde cuestiones municipales hasta las europeas y aun mundiales.

En el capítulo titulado Escenario y Argumento Ecuménicos nos da muestra de la intemporalidad de las lecciones de geografía política en palabras de Pendás y es que efectivamente en la geografía misma de Europa existen factores concurrentes y expansivos de sentido centrípeto y centrífugo, partiendo de su centralidad al ser el ombligo planetario. No deja el autor aspecto de la cultura sin abordar, la dualidad campo-ciudad a la que dedica el capítulo quinto, la historicidad agustiniana y la interna tensión entre la ciudad celeste y terrena, el proceso de secularización y el dinamismo histórico al que destina el vasto capítulo sexto y no podía faltar el arte europeo como forma concreta y como revelación.

De obligada lectura para aquel que guste de la teoría política es el capítulo dedicado a la nación y el nacionalismo, donde se analiza el concepto mismo y su evolución en Europa pero también la construcción norteamericana para superponer el federalismo americano frente al sistema nacionalista y aprehender el concepto de la supernación norteamericana al tiempo que se produce la radicalización del nacionalismo europeo que ha condicionado a Europa a vivir entre supernaciones, dos nuevas inmensas

estructuras políticas supra-nacionales, que avisa pueden engullir la cultura europea.

En definitiva líneas clásicas para problemas actuales. Reflexiones de la historia donde el *panta rei* está presente y una llamada a la intelectualidad, a la serenidad en el análisis pero también en la acción política para que no se reduzca a lo mediático ni la cultura a lo banal.

Castañón Jiménez, Carmen:
Régimen jurídico y práctica del juramento en España
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
2017, 304 pp.

Hay ocasiones, como esta, en que se acomete la tarea de reflexionar y comentar una obra que resulta especialmente cercana, lo que, sin duda, contribuye a generar una envidiable sensación de satisfacción. Tal es el caso de la monografía de Carmen Castañón Jiménez sobre *Régimen jurídico y práctica del juramento en España*. Quizá sea porque casi la he visto nacer, y desde luego la he visto crecer o menguar, según se mire. Y es que la investigación de la que trae causa esta monografía era algo más amplia y constituía una profusa y completísima tesis doctoral, de cuyo Tribunal juzgador tuve el honor de formar parte. Estamos, pues, ante una monografía que quizás haya disminuido algo en el número de páginas, pero no así en su valor, pues de trata, con seguridad, del estudio más completo, hasta la fecha, sobre las fórmulas legales y constitucionales de juramentar. Por tanto, no es el primero¹, pero sí el más actualizado, amén del más completo, como ya hemos anticipado.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.
esther.gonzalez@urjc.es

¹ Hacemos una recopilación meramente testimonial de parte de lo publicado sobre el tema: EM-BID IRUJO, A., *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1987; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., “El juramento de los Diputados y Senadores”, *Revista general de derecho*, núm. 504, 1986, pp. 3667-367; GÁLVEZ MONTES, J., “El juramento de fidelidad del funcionario”, *Documentación Administrativa*, núm. 167 (septiembre-octubre), 1975; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., “Juramento y lealtad a la Constitución”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 60, 2004, pp. 185 a 241; HERERO DE MIÑÓN, M., “El juramento regio. Reflexiones en torno al artículo 61.1 CE”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 50, 2001; LAFUENTE VALLE, J. M., “Artículo 62 (apartados f-j) Atribuciones del Rey, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, t.V (arts. 56 a 65), Edersa-CC.GG, Madrid, 1996; LOMBARDI, G., “Giuramento”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1975; LÓPEZ GUERRA, L., “Artículo 61. Juramento”, en *Comentario a la Constitución española de 1978*, dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, t.V (arts. 56 a 65), Edersa-CC.GG, Madrid, 1996; LORENTE, M., “El juramento constitucional”, *Anuario de historia del Derecho Español*, t. LXV; RUIZ LAPEÑA, R. M.², “El juramento de los parlamentarios”, en *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, dir. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1985 y SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J., “Juramento o promesa de la Constitución (Derecho constitucional)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, dir. A. MONTOYA MELGAR, Cívitas, Madrid, 1995.

Como el concienzudo y avezado lector que presta atención también a las notas al pie, habrá notado, la temática del juramento no es ni ajena ni desconocida a la autora de estas páginas. He aquí, pues, el segundo motivo de satisfacción al recensionar esta monografía no tanto por el prurito personal de la cita, sino por el placer de compartir un objeto de estudio tan querido y de tanta significación para mí que cerraba uno de esos flecos que se le quedaron en el tintero al tiempo de cerrar mi tesis doctoral.

En fin, que, estamos ante una monografía en que se rastrean y sistematizan, con rigor y en profundidad, las diferentes fórmulas de juramento o promesa vigentes en nuestro Derecho positivo. Un tema de escasa atención doctrinal que refleja su lamentable consideración de cuestión secundaria o menor para la ciencia del Derecho Constitucional. Si bien, estas fórmulas de juramentar o prometer, que durante tiempo durmieron el “sueño de los justos”, casi por “arte de magia”, volvieron a situarse en plena actualidad con ocasión del juramento de Carles Puigdemont como *President del Govern* de Cataluña el 12 de enero de 2016, que simplemente prometió: “cumplir lealmente las obligaciones del cargo de Presidente de la Generalidad, con fidelidad a la voluntad del pueblo de Cataluña, representado por el Parlamento”². Nada del obligado respeto a la Constitución, que, entre otros preceptos exigen el artículo 108.8 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para cargos electos, o el 1 del Real Decreto 707/1979 de 5 de abril, según el que, para la toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, con el siguiente tenor:

¿Jura o promete por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo de... con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?”.

O el mismo artículo 61.1 CE que exige que el Jefe del Estado, al ser proclamado ante las Cortes Generales, preste juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas. Igual fórmula que se exige al Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y al Regente o Regentes, junto con la exigencia de fidelidad al Rey.

Quizás de aquellas aguas vinieron los lodos a los que asistimos en estos días. Pero lo cierto, es que el *Estatut* de Autonomía de Cataluña de 2006, “olvidó” prever expresamente la obligatoriedad de que el *President* de la *Generalitat* de Cataluña jurase fidelidad y respeto de nuestra Norma Fundamental. Peligroso, o cuanto menos, curioso olvido en una norma con categoría de ley orgánica y, por ende, aprobada por las Cortes Generales. Era, pues, más que lógico que los ojos se fijasen en semejante anomalía. Lo que no hizo, sino revitalizar esa “cuestión menor” (entrecornillo porque discrepo, obviamente, en lo de menor).

² Así reza en el Acta de toma de posesión del Muy Honorable Señor Carles Puigdemont i Casamajó de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña URL: http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canales_interns/pdogc_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=713580&language=es_ES, fecha de consulta: 03 de enero de 2018).

Nada es ni pacífico, ni sosegado, ni menor alrededor de las actuales fórmulas de juramento o promesa en el acceso a cargos públicos. Son tantas las preguntas que se agolpan alrededor del tema que habría que comenzar por responder a si ¿tiene sentido una figura como el juramento o su alternativa promesa hoy en día? Parece que sí, a juzgar de lo expuesto en la obra que se recensiona en estas breves líneas, cuya autora consigue subrayar, desde una perspectiva poco conocida, la importancia de la expresión pública y explícita de la sujeción constitucional de prácticamente cualquier función que esté llamada a surtir efectos públicos. Por tanto, estas páginas parten de la constatación de que el juramento (o su alternativa de promesa) es una realidad viva en nuestra sociedad, fruto de una continua y silenciosa renovación a lo largo de su historia secular. Es por ello, que los medios de comunicación, periódicamente, se fijan en aquellos juramentos o promesas de diverso tipo. Es decir, es sobre aquellos que se apartan de lo usual o tradicional, sobre los que se sitúa el foco por lo anómalo de la situación o por el olvido, intencionado o no, de alguna cuestión formal (y no tan formal) en la forma de prestarlos. Los parlamentos son ricos en ejemplos y situaciones singulares.

Todo ello contrasta con el recorrido que esta monografía ofrecer de la normativa reciente, que demuestra que el legislador español actual no sólo no elimina el juramento, sino que lo refuerza al incidir en su modificación. Ello lleva a pensar que si el legislador en nuestro país actúa, es porque considera que alguna función importante cumple el juramento. Sin embargo, identificar el sentido del juramento constitucional no es tarea sencilla, pues si bien nuestro ordenamiento contiene abundantes referencias, no puede decirse que éstas estén dotadas de coherencia entre sí, probablemente fruto de la falta de tradición de la figura en nuestro sistema.

Las páginas que se comentan hacen originales aportaciones a este debate, cubriendo una laguna en nuestra literatura jurídica, pues hasta la fecha como ya decíamos, los estudios en torno a la figura del juramento eran escasos y parciales. Así, su autora aporta una reveladora tipología de juramentos presentes en el ordenamiento jurídico español, gracias al estudio minucioso de cada uno de ellos, empezando, como no podía ser de otro modo, por el único juramento regulado en la Constitución española de 1978, el juramento regio. Este es un claro ejemplo de cómo la evolución histórica de la figura ha cristalizado en una monarquía parlamentaria como la nuestra, hasta el punto de que el propio Texto constitucional regula incluso la fórmula. A pesar de mantener buena parte de la carga tradicional, la doctrina (que sí ha prestado bastante atención a este juramento) sin embargo deja claro que la condición de Rey no se adquiere por el juramento sino por la proclamación, y refuerza extraordinariamente el hecho de que la fórmula recalque el “guardar y hacer guardar la Constitución”, como no podía ser de otro modo en una monarquía parlamentaria consolidada y estable como es la española.

Por lo que respecta al juramento parlamentario se analiza desde una perspectiva amplia que abarca no sólo el ámbito estatal (Cortes Generales),

sino también el autonómico (cámaras autonómicas en sus diferentes denominaciones) y europeo (Parlamento europeo). En los tres ámbitos se exige juramento o promesa a los parlamentarios electos. La cuestión más polémica surge al considerar los efectos de la negativa a prestar el juramento o hacerlo de manera no acorde con la doctrina constitucional. La condición de parlamentario la otorga la soberanía nacional y se refleja en el resultado electoral que plasma cada acta individual de diputado o senador. Sin embargo, la especial trascendencia del mandato parlamentario lleva a que la normativa imponga consecuencias como la no adquisición de la plena condición de tal hasta que no se preste el juramento o promesa exigido. Es decir, en ningún caso la eficacia del juramento político exigido a los parlamentarios llega tan lejos como para despojar de la condición de diputado o senador a quien no cumpla el requisito de prestarlo, puesto que dicha condición deriva del resultado de unas elecciones (principio democrático), pero sí opera de manera contundente al introducir una distinción entre diputado electo y diputado pleno a partir de la tercera sesión plenaria de la Cámara.

En el juramento gubernamental, sin embargo, destaca la anomalía que supone que el de los miembros del gobierno de la Nación se encuentre regulado en una norma con rango reglamentario. Ello contrasta llamativamente con los rangos operantes en otros poderes: constitucional para el Rey como poder moderador, ley orgánica para el poder judicial, ley orgánica y reglamentos parlamentarios para el poder legislativo.

También llama la atención que en el ámbito autonómico apenas encontremos exigencias de juramento o promesa explícitas para los miembros de los gobiernos autonómicos. Esta circunstancia puede entenderse salvada para los presidentes autonómicos por la vía del juramento o promesa exigido por el artículo 108 LOREG para los cargos electos, en la medida en que a todos se les exige la condición de parlamentario para ocupar la Presidencia. Curiosamente, esta exigencia no opera para el presidente del Gobierno central, que por hipótesis y de conformidad con la Constitución podría no ostentar la condición de diputado. En cambio, salvo contadas excepciones (v. gr. el Vicepresidente, en su caso, del Principado de Asturias), la condición previa de parlamentario no se exige a los miembros del consejo de gobierno. En esos casos, ante el silencio en torno al juramento o promesa, hay que recurrir a la sujeción impuesta por el art. 9 CE y a la costumbre, puesto que, a pesar de que no se explicita la exigencia, el acto público de jura o promesa de los consejeros es una constante en las hemerotecas. Lo que no supone eliminar ciertas tensiones o alguna conflictividad al respecto, como ya se ha puesto de manifiesto al principio de estas reflexiones.

En lo que la autora denomina juramento administrativo hay que advertir que la normativa básica no exige como tal un juramento o promesa para acceder al empleo público. Sin embargo, sí se supedita la adquisición de la condición de funcionario (argumentación que se extrapola al resto de personal al servicio de las Administraciones públicas) al acatamiento constitucional, lo que en la práctica equivale a un juramento o promesa oral o

escrito. A los altos cargos, en cambio, sí se les exige juramento o promesa explícita. De este modo, constatamos nuevamente que, a mayor rango y responsabilidad, mayor exigencia de explicitación pública del compromiso de acatamiento a través del juramento o promesa.

El capítulo dedicado al juramento en el ámbito del Poder judicial pone de manifiesto el peso de la figura, como indica, por ejemplo, el que la LOPJ recoja numerosas menciones y regulaciones. El ámbito judicial refleja un especial cuidado en los aspectos protocolarios, acaso reflejo de un afán por preservar y reforzar la independencia judicial constitucionalmente protegida. Sin embargo, lejos de tratarse de una exigencia formal y uniforme, el juramento o promesa en el ámbito del poder judicial está lleno de matices, tanto de fórmula, como de momento de la prestación e incluso de acumulación de juramentos, según la categoría en la carrera judicial o el cargo fuera de ésta (ej. juez de paz). Los supuestos de suplencias y sustituciones por personas ajenas a la judicatura revisten especial interés, así como el refuerzo en los órganos de gobierno, que nuevamente refleja la independencia judicial.

Por otra parte, los juramentos o promesas exigidos a los miembros del Tribunal Constitucional, del Defensor del Pueblo, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado son otro reflejo más de la mayor relevancia que se otorga al requisito de juramento o promesa cuanto mayor sea el grado de responsabilidad que asuma el llamado a prestarlo.

Finalmente, hay un capítulo dedicado juramentos o promesas de particulares que surten efectos públicos. En tal categoría se incluyen los juramentos en el ámbito de las profesiones, que son una constante desde antiguo. Los más notorios y arraigados con los relativos a las profesiones de la salud, v. gr. reelaboraciones del juramento hipocrático, y a las profesiones jurídicas, fundamentalmente abogados y procuradores aunque también notarios y registradores –que a efectos expositivos la autora analiza en su cualidad de profesionales–, a pesar de tener condición de funcionarios de carrera. También se aborda el estudio y explicación de los juramentos de otras profesiones como graduados sociales, traductores e intérpretes. La nota común a todos ellos es la especial atención al adecuado ejercicio de la profesión correspondiente, anteponiendo los intereses de sus pacientes o clientes hasta el punto de que las consecuencias de incumplir el juramento cuentan con reflejo tanto jurídico, con multitud de supuestos de ilícitos penales incluidos, como deontológico en el marco de los colegios profesionales.

Otros juramentos o promesas que se prestan a título individual también tienen reflejo en la vida pública, como por ejemplo el juramento de naturalización o adquisición de la nacionalidad española, o la jura de bandera civil.

En definitiva, como acertadamente señala en el prólogo el profesor Manuel Arenilla Sáez, esta monografía es tan inusual como pertinente, puesto que proporciona elementos objetivos para comprender posibles situaciones polémicas que puedan suscitarse en torno a la prestación de juramentos. Además, esta obra mueve a la reflexión sobre el valor del compromiso

ante la comunidad de los responsables públicos y de respeto y tutela de la Constitución, como Norma fundamental, con todo lo que ello supone. Compromiso, respeto, tutela y amparo de los valores constitucionales en un amplio sentido de la palabra; compromiso que debe renovarse cada día mediante su actuación, pero, también, en la fórmula y acto simbólico que lo sacramentan ¿Se puede decir algo más que anime a su lectura?

**González-Cuéllar, Nicolás y
Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.):
*Legalidad y defensa. Garantías constitucionales
del Derecho y la Justicia Penal***

Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.

Madrid, 2016, 344 pp.

El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal han adquirido en los últimos treinta años un protagonismo, del que a mi juicio carecían, que se ha traducido en la multiplicación de estudios dogmáticos y también de alcance más práctico, ante un ordenamiento titubeante, mutable, demasiado abierto a la construcción jurisprudencial y en un contexto de multiplicación de procesos penales. Los estudios dogmáticos han tratado de poner orden, definiendo principios y criterios que han de ser rectores de la justicia penal sin duda fundados en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, lamentablemente, en no pocas ocasiones, apartada o aparcada por algunos actores, por la inmediatez mediática y por no pocos intérpretes audaces.

Dos Catedráticos de enorme prestigio en sus respectivas áreas de conocimiento de la Universidad de Castilla-La Mancha, Nicolás González-Cuéllar y Eduardo Demetrio Crespo, de Derecho Procesal y de Derecho Penal, respectivamente, traducen en esta obra su preocupación por los embates que sufren el principio de legalidad y el derecho de defensa, las garantías más esenciales del Derecho y de la Justicia Penal: “Sin legalidad el castigo se convierte en capricho, sin defensa la sanción deviene arbitraria. Legalidad y defensa son los pilares básicos de la estructura garantista del sistema penal” (p. 13). El debate sobre el alcance y contenido de esas garantías es permanente, entre otras razones porque el legislador penal y procesal penal es, quizás, en exceso cambiante y porque el uso o abuso de la penalización de conductas provoca no pocos sufrimientos insoportables para esas garantías

* Letrado de las Cortes Generales. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

medulares íntimamente ligadas, por cierto, al derecho a la presunción de inocencia. De hecho, los autores parten de una observación, “un preocupante retroceso de las garantías constitucionales que es preciso denunciar. No es casual que la tremenda expansión normativa del Derecho Penal (más delitos) y el aumento de su intensidad punitiva (mayores penas) vayan unidos a un debilitamiento práctico de la tutela de los derechos fundamentales en el proceso penal (menos derechos). Son fenómenos que responden a la misma cultura autoritaria e inquisitorial que, desgraciadamente, comparan amplios sectores sociales y que se expresa en muchas ocasiones en la persecución de los delitos, con la utilización injustificada de la detención y la prisión provisional, el abuso del secreto del sumario, etc.” (p. 14), etcétera en el que también deben reseñarse, el automatismo en la admisión de denuncias y querellas abusivas e infundadas, la prolongación en el tiempo de las instrucciones y el mantenimiento de la condición de investigados, la pena del prebanquillo o del banquillo, el uso de las filtraciones de sumario y tantas más perturbaciones, entre las que destaco la no imposición de costas al denunciante o querellante temerario o vengador.

El profesor González-Cuéllar, grandísimo Abogado, además, titula atractivamente su contribución “El derecho de defensa y la marca de Caín”. Aborda el derecho de defensa desde una perspectiva histórico-jurídica, concretamente desde el Génesis que relata la concesión derecho a la defensa a Caín, a quien Dios desde su sabiduría infinita sabe culpable como conocía también el pecado de sus padres. Ciertamente esa defensa “destinada a la negación de la culpa por quien todo lo conoce es una defensa tan falsa como absurda, salvo como desafío a la divinidad, como vano intento de transformar la realidad de lo sucedido con la sustitución del conocimiento divino por el relato apetecido, lo cual significa la pretensión de igualarse al mismo Dios. Tal defensa sólo puede corresponder al diablo... (por eso) el abogado que colabora con el culpable que niega el delito es, según la tradición expuesta, hijo del diablo” (pp. 28-30)

En los tribunales del Santo Oficio se mantuvo el reconocimiento del derecho de defensa “si bien de manera meramente formal, al convertir al abogado en un funcionario de la institución, de bajo rango, meramente ceremonial y colaboracionista con el objetivo de confirmación de la sospecha mediante la confesión del reo” (p. 30). Las absoluciones eran alto infrecuentes y estaban desprovistas del efecto de cosa juzgada material (p. 34). La sospecha no sólo tenía valor procesal, sino también material: para la imposición de castigos no era necesaria la prueba del delito, pues ante la sospecha también se preveía la aplicación de penas (p. 35). Y, en buena medida, escribe González-Cuéllar la representación social actual de la imputación y del ejercicio del derecho de defensa conserva las resonancias expuestas de asimilación de sospecha y culpa “y también en el castigo del infractor mediante la imposición de una señal en el cuerpo (Génesis IV, 14), la marca de Caín, símbolo de la asunción por la autoridad del monopolio de la sanción frente a la venganza” (p. 38).

En el tiempo presente el debate que se plantea consiste en determinar cómo es posible articular que la marca de Caín no recaiga en el llamado al

proceso para ejercer su defensa y la imputación no equivalga socialmente a condena, es decir en cómo evitar que el proceso cumpla la función “intimidatoria y estigmatizadora” que Ferrajoli opina que prevalece sobre su finalidad de garantía en que lo considera “una moderna estrategia de control penal” que se valdría del enorme impacto, en la actualidad de las noticias sobre las actuaciones judiciales y policiales publicadas en las redes o en los medios de comunicación (p. 41).

El fortalecimiento del derecho de defensa aparece así como necesidad insoslayable e inaplazable que contextualiza González-Cuéllar en el estudio del Anteproyecto de Ley de reforma de la vetusta LECrim y que concreta en estos puntos: la ampliación del derecho de información del detenido o preso respecto de los elementos esenciales de cargo; el derecho a la previa entrevista del detenido con su abogado; la confidencialidad de la comunicación entre el detenido y su abogado; además, la flexibilización del régimen de incomunicación mediante la atribución al juez de la decisión de dosificar las medidas restrictivas del derecho de defensa. Ello, en fin, a la agilización procesal, a la generalización de la segunda instancia y a la modificación del recurso de revisión (pp. 42-50).

Concluye así: “la justicia penal contemporánea es escéptica ante la hipótesis acusatoria, no precisa del reconocimiento del hecho por el acusa y declara la culpabilidad con base en la prueba. Es la sangre que brota de la tierra la materia con la que se dibuja la marca de Caín. La prueba del delito proporciona las palabras con la que se expresa el reproche en la sentencia. Un reproche qué sólo es legítimo si se ha concedido a la defensa la oportunidad de refutar la tesis de la acusación que, siendo humana, sabemos que es falible” (pp. 60-61).

El profesor Demetrio Crespo pone de relieve que las Constituciones contemporáneas contienen un “programa penal” como marco para el legislador, respondiendo así una vieja aspiración (pp. 65-66), de una manera que “los principios constitucionales” se convierten en límites y fines del Derecho Penal (p. 70). Frente al proceso de expansión del Derecho Penal, que tiene su expresión más grosera en el fatídico “derecho penal del enemigo” (p. 73), es necesario rememorar esos principios permanentemente, así como la verdadera “función del Derecho Penal”.

El trabajo del profesor Llobet Rodríguez nos retrotrae al maestro Becaria como origen del garantismo constitucional en el que Derecho Penal y Procesal. La profesora De Vicente Martínez aporta un extraordinario trabajo con título sugestivo “El principio de legalidad penal ¿en periodo de rebajas?”. El principio de legalidad, cuya formulación latina (“*nullum crimen...*”) popularizó Feuerbach y desarrolló la filosofía de la Ilustración cuando el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Monarca que encarna el Estado, a controlar y participar en el poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio, ha entrado en una profunda crisis profunda en la época actual, crisis que concreta en las sucesivas reformas del Código Penal llevadas a cabo en la segunda mitad de 2003 y que alcanza su mayor cota la innecesaria e inoportuna de 2015. Rotundamente se

manifiesta la profesora De Vicente: “No hay duda de que la ruptura con el principio de legalidad es fruto de la proliferación legislativa y la complejidad de las nuevas materias reguladas que hacen totalmente ilusionaria la aspiración de que todos los ciudadanos conozcan la ley” (p. 122), “la fiebre de reformar por reformar sin importar demasiado el día después” (p. 124). El principio de legalidad penal queda “malparado” por el abuso en la criminalización de conductas que deberían quedar fuera del derecho penal, por la agravación inmotivada de la penalidad y por la introducción de términos en la definición de los tipos que resultan tan abiertos” que permiten su aplicación a cualquier conducta habitual” (p. 125).

Uno de los maestros del Derecho Penal español, el profesor Quintero Olivares deambula por las arenas siempre movedizas del principio de proporcionalidad cuya funcionalidad se vincula a la relación entre el hecho y la pena, por un lado, y a ser la traducción de la medida de la culpabilidad, por otro. Ciertamente el principio de proporcionalidad, que no es exclusivo del Derecho Penal, no está reconocido directamente en la Constitución ni tampoco en la Ley Penal pero tampoco puede mostrar su verdadera utilidad en el ámbito en el que se considera más importante: la previsión legal de penas excesivas y la individualización de la pena. Por más que sea un principio incontestable, de creación jurisprudencial, no es menos cierto que es al legislador al que compete la interpretación para determinar “qué es proporcionado, que clase y cantidad de castigo a imponer a una conducta. Por supuesto teniendo en cuenta los fines que persigue, la razonabilidad de los sacrificios de derechos en aras de ese fin y sí existe un medio menos lesivo para conseguir esos fines. Sin perjuicio de la legitimidad democrática del legislador para concretar la penalidad aplicable, la doctrina debe cumplir –afirma Quintero Olivares– la misión de denunciar las decisiones legislativas por sus excesos o defectos (p. 172), por más que reconozca que la proporcionalidad ideal no existe pues a lo sumo nos ofrece “criterios aproximativos” (p. 173).

La profesora Teresa Armenta, Catedrática de Derecho Procesal y que fuera Profesora de la Escuela Judicial, por la que han de pasar todos los jueces españoles tras superar la oposición, en sus inicios, escribe sobre los “procesos inquisitivo, acusatorio, mixto y adversativo” en lo que constituye una reflexión sobre esos términos, sobre su uso y las descalificaciones de los mismos. El que fuera Magistrado del Tribunal Constitucional y santo y seña del Derecho Procesal contemporáneo, Vicente Gimeno Sendra, con el didactismo que le caracteriza, se adentra en la marginación, en la España actual, del derecho a la presunción de inocencia, tan citado como pisoteado a diario pues sin ninguna actividad probatoria de la que deducir la culpabilidad del sujeto es colocado en la picota “condenado socialmente”.

Como bien dice el profesor Gimeno Sendra, el acotamiento de la actividad probatoria suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria requiere el cumplimiento de las siguientes garantías esenciales: a) la carga material de la prueba incumbe especialmente a las partes acusadoras; b) La prueba debe practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador; c) no constituyen actos de prueba los atestados y demás actos de

investigación de la policía judicial; d) el tribunal no puede fundar su sentencia en la “prueba prohibida”; e) no puede el tribunal fundar exclusivamente la sentencia condenatoria en la declaración de coimputados; f) ni en la declaración de testigos indirectos; g) apreciación en conciencia no significa libre arbitrio por lo que el tribunal “debe razonar la prueba” (pp. 205-212).

La profesora Sanz Hermida analiza los derechos y medidas de protección reconocido en el estatuto jurídico de las víctimas del delito, norma que transpone la Directiva 2012/29/UE a nuestro ordenamiento. El profesor Ortiz Pradillo escribe sobre la relevancia inusitada que en la investigación de los delitos ha adquirido el examen y acceso a los dispositivos electrónicos (terminales telefónicos, tabletas...) y a la información localizada en los mismos. El profesor Gimeno Beviá, joven pero sobradamente preparado, “se atreve” con un tema delicado, el de si a las personas jurídicas asisten los mismos derechos que a la persona física investigada, y en razón de ello especula sobre si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y en caso afirmativo, qué derechos le pueden ser atribuidos, en especial los que integren el derecho a la tutela judicial efectiva (pp. 313-333), haciendo especial énfasis en el derecho a la no autoincriminación y el derecho a no declarar.

Un constitucionalista, en fin, en un libro de procesalistas y penalistas, el profesor Díaz Revorio afronta uno de los más importantes para el Derecho Constitucional cual es el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información, desde la perspectiva de la garantía de la libertad y al tiempo de la garantía del secreto de las comunicaciones y el respeto a la privacidad. Propone construir una nueva dimensión de la privacidad que denomina “intimidad informática”, para concluir haciendo una digresión sobre un nuevo derecho, el de acceso a las nuevas tecnologías, cuyos fecundos avances no pueden servir para imaginar la protección de los derechos fundamentales e incluso, dice, “de las nuevas dimensiones de los derechos que resultan necesidades de protección” (p. 279).

Como, en general, las obras colectivas en torno a un eje central, la que hemos recensionado adolece de los altibajos comprensibles con temáticas más o menos cercanas a la pretensión trazada por los directores. Ahora bien, contiene ejemplares contribuciones, de las que permanecerán en el tiempo, de las que servirán al siempre en alerta legislador penal, al que advierten de los peligros de la aceleración irreflexiva, de la penalización excesiva, de la falta de proporcionalidad, como advierten también al legislador procesal de la necesidad de salvaguardar debidamente los derechos que conforman el que Díez-Picazo calificó de estrella de nuestro firmamento constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva. Sigue siendo imprescindible que desde la academia se mantenga el espíritu crítico en beneficio de las garantías del Estado de Derecho. Desde luego González Cuéllar y los colaboradores de la obra demuestran que siempre estarán con la defensa de esas garantías.

Alcántara, Manuel y Mariani, Santiago (coords.):
La política va al cine
Tecnos, Madrid, 2016, 343 pp.

Desde que en el mundo académico se empezó a hablar de multi, inter y, ahora, transdisciplinariedad, así como de la fertilización cruzada de ciencias, enfoques y teorías, cada vez resultan menos extrañas y mejor bienvenidas las obras que prueban a presentar, si no los fundamentos, sí aquellos aspectos de los saberes humanos que comparecen con nueva luz al hibridarse con ámbitos de conocimiento ajenos. Ciertamente, la síntesis de saberes nunca ha sido tarea para espíritus pequeños y el resultado no siempre aumenta nuestra cultura ni tiene por qué mejorar nuestra comprensión de la relación entre las distintas ciencias y su referencia a la realidad¹. Hoy no es raro que se junten economistas e historiadores, sociólogos y politólogos, paleontólogos y biólogos, teólogos y comunicadores o filólogos y matemáticos, pero esto no supone que automáticamente vayamos a entender mejor el objeto material y el objeto formal de sus respectivas ciencias particulares.

Con todo —y sin renunciar a lo bueno que trae la especialización en el conocimiento—, la reconstrucción del árbol de la ciencia ha sido la gran pelea de aquellos intelectuales que abogan, hasta donde sea posible, por una auténtica integración y no una mera yuxtaposición de saberes. Fracasados los intentos más ambiciosos, como el del Movimiento por la Unidad de la Ciencia (que proponía abordar dicha tarea poniendo a la física como

* Universidad Francisco de Vitoria.

¹ Cuando, en 1930, Ortega y Gasset incidía en que la tarea fundamental de la Universidad es la transmisión de la cultura, ya insinuó que esto sólo podría acontecer de un modo efectivo a través de “vigorosas y sistemáticas síntesis del saber” que habrían de enseñarse en virtud “de un género de talento científico que hasta ahora sólo se ha producido por azar: el talento integrador”. Un talento para construir totalidades —integrando lo científico, lo vital y lo técnico— que define a los grandes maestros y profesores, espíritus magnánimos sin los cuales la Universidad no puede llevar a cabo su tarea fundamental ni suscitar las vocaciones necesarias para el porvenir de la ciencia (ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía*, Alianza, Madrid, 1982, p. 72). Dejando a un lado las hipérbolas habituales en la prosa orteguiana, la fragmentación en los saberes es un hecho muy real, cuyos efectos impregnan la confusión, desorientación y descontento con que Zubiri calificaba a nuestra situación intelectual en 1942 (XAVIER ZUBIRI, “Nuestra situación intelectual”, en *Naturaleza, historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid, 1974, pp. 29-57).

fundamento de todo saber²), cada vez son más quienes reconocen que tal empresa sintetizadora no es factible sin tocar ciertas cuestiones generales y de fondo —antropológica, ética, epistemológica y de sentido último—, al margen de las cuales la integración de las ciencias siempre tiene un cierto carácter forzado. Dicho de otra forma, la síntesis de saberes —indispensable en toda disciplina y profesión— que podamos alcanzar a la hora de estudiar cualquier rama del conocimiento no es unívoca ni tampoco proviene de una fórmula exacta, sino que depende de una interpretación más comprensiva de la existencia humana, del mundo y del lugar de las personas en ese gran esquema. Casi nada, desde luego.

En cualquier caso, si bien la síntesis de saberes no es tarea sencilla, la profusión de intentos que se vienen observando en los últimos años en no pocas universidades sí alientan la esperanza de que, a mayor número de intentos, quizá sí aumenten las posibilidades de éxito. El volumen aquí reseñado, desde luego, alimenta este tipo de esperanza. Sentenciar si la cumple es la primera cuestión que abordaré en esta reseña. A continuación, resumiré las mejores aportaciones de cada parte del libro. Por último, ofreceré una síntesis de lo mejor y lo mejorable de este volumen.

La política va al cine, tal como se nos advierte en su introducción, parte de una convicción compartida con los veinte autores invitados a escribir en el libro. A saber, que la política influye en la realidad social y que esta realidad, hoy, no la podemos entender “sin las formas con que el cine la interpreta, la presenta y la (re) significa” (p. 13). Se trata de una premisa poderosa, que apela a una cierta intimidad entre cine y política, solidaria de un origen en la cultura del siglo XX, en que nace el cine como arte de masas y, también, la política de masas, la movilización y la confrontación ideológica (p.11). Desde luego, hay mucho que explorar en esta idea, algo que los autores podrían haber hecho de la mano de Stanley Cavell³. Quizá es comprensible que eludan a este pensador, pues obligaría a adentrarse en los terrenos de la antropología filosófica. En cambio, sí extraña la ausencia de referencias a la sociología de Gilles Lipovetsky, que es quien, con singular capacidad persuasiva, ha enfatizado últimamente el modo en que el sujeto contemporáneo configura de un modo “cinematográfico” su manera de ser, de querer, de sentir, de comportarse y de vestir⁴. Asimismo, y en esta línea de análisis sobre la influencia del cine en la percepción e interpretación de la realidad, asombra que en el libro no haya mención alguna al cine del austríaco Michael Haneke, un director que deliberadamente juega en sus películas con la idea de rodar para un espectador que *ya* ve cine educado por la memoria

² Un relato muy ameno de los orígenes y desarrollo de este movimiento en GEORGE A. REISCH, *Cómo la Guerra Fría transformó la filosofía de la ciencia: hacia las heladas laderas de la lógica*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2009.

³ Cf. STANLEY CAVELL, *El cine, ¿puede hacernos mejores?* Katz, Buenos Aires, 2008. En el ámbito de la filosofía de la cultura, seguramente Cavell es quien mejor ha analizado la relación entre la experiencia cinematográfica y la formación de la ciudadanía democrática.

⁴ Cf. GILLES LIPOVETSKY Y JEAN SERROY, *La pantalla global: cultura mediática y cine en la era hipermoderna*, Anagrama, Barcelona, 2009; *Pantalla global*, San Telmo Museoa, San Sebastián, 2012.

cinematográfica⁵. Al final, más allá de alusiones aisladas en algunos capítulos a la premisa de que el cine permite “vivir” por dentro lo que la ciencia política apenas roza por fuera, no hay mucha más síntesis entre política y cine en el resto del libro.

Cabe dudar, entonces, qué tanto contribuye el libro a “la reflexión que vincula al cine con la política y a la política con el cine” (p. 13) anunciada en la introducción. Ahora bien, si al final resulta que *La política va al cine* apenas consigue actualizar la integración de saberes, quizá ello no es tanto un demérito del libro cuanto más bien una ocasión para examinar mejor qué es lo que logran sus autores más allá de lo que se pueda insinuar en sus compases iniciales. Y es que, en efecto, la fusión de cine y política del libro conviene leerla según los parámetros de los resultados obtenidos, que no son otros que el empleo del cine como medio para exponer y explicar algunos lugares de la reflexión politológica. Lugares que se resumen en los tres bloques en que se agrupan los capítulos del libro: el poder, la construcción de lo político (Estado, nación, partidos políticos) y la negación de la democracia.

El primer eje temático, por decirlo brevemente, arranca bien y termina mejor. Se abre con un capítulo muy interesante sobre el cine de Stanley Kubrick (pp. 19-33) a cargo de Manuel Alcántara, donde glosa las distintas modulaciones que adquieren las relaciones de poder en la filmografía del realizador estadounidense. Así, por ejemplo, en *Espartaco* (1960), *La naranja mecánica* (1971), *Senderos de gloria* (1957) o *La chaqueta metálica* (1987) se puede observar la dificultad de establecer un orden social basado en la violencia y que, a la vez, sea estable y aceptado. Pero incluso si se confía en la autoridad o en los líderes, eso tampoco anula la relación de poder o la posibilidad de la dominación, pues la confianza genera dependencia. Por lo demás, toda estructura de poder asienta unos valores que se toman por objetivos con el tiempo... hasta que entra la subjetividad y obliga a repensar esas estructuras y al mismo poder, que no es sino una relación de subjetividades, lo que Alcántara sustancia en un análisis muy fino de *Eyes Wide Shut* (1999).

⁵ De hecho, la gran cuestión estilística que plantea el cine de Haneke podría resumirse en ¿cómo llegar (e impactar) a un espectador como el actual, que configura cinematográficamente todo lo que vive? O, en términos más generales, ¿cómo hacer que en una época como la nuestra, saturada de imágenes, sea posible transmitir algo al espectador que evoque la vida real? Sin tomar en cuenta esta preocupación formal de Haneke es imposible entender ya no sólo la violencia fría presente en sus filmes, sino el empleo de recursos como el fuera de campo, la conversación sin contraplano, los planos sostenidos, el plano-secuencia o la mezcla de video, DVD e imágenes de alta definición. Ahora bien, esta inquietud no es sólo estilística, sino también moral. Quizá la ausencia de la obra de este cineasta en el libro se deba a que sus películas no abordan directamente la temática política pero, siendo como es Haneke un autor convencido de que su tarea fundamental es dirigir preguntas adecuadas a una sociedad anestesiada, su cine sí admitiría una lectura en los términos que pueden interesar a los analistas políticos: la ausencia de sentido en las sociedades posindustriales, la deriva autorreferencial del sujeto político actual, la violencia de la incomunicación, los problemas sociales latentes que la política sólo puede parchear y aplazar pero no solucionar, la importancia de la historia y la cultura en la configuración de las preferencias individuales y colectivas, etc.

A continuación, encontramos un capítulo sobre el entorno que rodea al ejercicio del poder (pp. 35-49) y otro sobre las adaptaciones de obras de Maquiavelo al cine así como la influencia del maquiavelismo en el imaginario colectivo (pp. 51-69). Su valor es relativo, pues oscilan entre lo informativo y lo descriptivo, y no dejan demasiado espacio para introducir consideraciones teóricas de peso. En una línea “técnica” se mueve también el siguiente capítulo (pp. 71-86), donde Maxwell Cameron analiza los límites del poder ejecutivo y de la obediencia en el film *Marea roja* (1995). Es en los dos siguientes donde el espectador puede descubrir enfoques sorprendentes y enseñanzas realistas sobre la política. En “El dilema del duelo”, Simón Pachano elige un caso insólito para explicar la acción social y política, como es el telefilm *El diablo sobre ruedas*, rodado en 1971 por Steven Spielberg. ¿Cabe una interpretación política de una historia protagonizada por un conductor común y corriente que es perseguido a lo largo de una carretera secundaria por un camión cisterna de cuyo ocupante no sabemos sus intenciones ni su aspecto físico? En un sentido, explica Pachano, *El diablo sobre ruedas* parecería representar la negación de la política, pues hay una situación de conflicto pero no hay rival, hay acciones pero no acciones con un sentido que podamos intuir ni, por tanto, anticipar o calcular en sus resultados probables. Cuando, en política, no hay dos actores que comparten un mismo lenguaje o universo simbólico, “los otros caen en el desconcierto y siguen un curso errático en su acción [...]”. Eso es lo que sucede con esta obra de Spielberg, porque la situación se define a partir de una acción cuyo sentido no puede ser interpretado por el otro actor y mucho menos por el espectador” (pp. 94-95). Para su autor, la aparición de estas situaciones obligaría a repensar algunos de los supuestos comúnmente asumidos en el análisis político desde la Modernidad, y a contemplar el aspecto que adopta la política cuando se manifiesta en un enfrentamiento asimétrico entre actores y fuerzas que no desvelan sus objetivos, donde las reglas del duelo se descubren sobre la marcha y en el que el resultado siempre es trágico.

Este primer bloque se cierra con una pieza magnífica sobre la trilogía de Batman de Christopher Nolan (2005-2012). Martín Tanaka menciona varios temas de interés politológico presentes en la versión nolaniana: el miedo y la demanda de orden como fundamento de la sociedad (lo que emparentaría a Batman con la obra de Hobbes), la racionalidad del orden político que se pone patas arriba cuando es amenazado por un villano que no persigue ningún objetivo concreto, o la incierta identidad política del Cruzado Enmascarado (¿un burgués reformista con tintes anarquistas?)⁶.

⁶ Christopher Nolan no es, *sensu stricto*, un cineasta político pero, a partir de su obra y de su estilo visual, se desprende una lectura de nuestra época, caracterizada por el desencantamiento y, a la vez, necesitada de ideales. En las películas de Nolan hay una desmitificación consciente de ciertos ídolos heredados de la cultura moderna (ciencia, razón, realidad, identidad). Pero se divisa, junto con ello, la necesidad de reencantar la existencia con algo más que simulacros, buscando indicios de significado en las emociones humanas que revelan un deseo insatisfecho y una humanidad precaria y doliente. He procurado desarrollar esto, junto con Juan Esteban Serra, en “Ser héroe en un mundo desencantado: el Caballero Oscuro según Christopher Nolan” (ARTURO ENCINAS (ed.), *El antifaz transparente: antropología en el cine de superhéroes*, Encuentro, Madrid, 2016, pp. 187-219).

Sin embargo, el lugar más suculento del capítulo es aquel donde se expone el problema de las manos sucias, esto es, el dilema que suscita el que, en política, a veces hay que enfrentar situaciones excepcionales que exigen decisiones moralmente malas. A principios de los años 70 del siglo pasado, Michael Walzer encuadró las aristas de este asunto al darse cuenta de que queremos líderes políticos que acepten las reglas, sí, pero también que sepan cuándo violarlas y que se sientan culpables de haberlo hecho (p. 110)⁷. En toda la trilogía vemos este problema *in acto*, pues Batman se ensucia las manos continuamente: emplea el terror para disuadir a los criminales, tortura, interfiere en las reglas del derecho, causa daños materiales cada vez que actúa y, en la segunda entrega, llega a violar la intimidad de los ciudadanos de Gotham al espiar todas sus comunicaciones para dar con el Joker. Pero, a su vez, está dispuesto a aceptar las consecuencias de sus actos, ya sea entregándose a la policía, ya sea cargando con los crímenes de otro, ya sea aceptando ser vilipendiado para que la ciudad pueda creer que la ley, el derecho y las instituciones funcionan (p. 112). Narrativamente, esta tensión entre moralidad y ley se “resuelve” al final de la tercera entrega, cuando Bruce Wayne abandona la misión heroica, cede el testigo a otro y “compra” la imagen de una vida normal inoculada por su mayordomo. Pero, como recuerda Tanaka, fuera de la ficción el problema de las manos sucias no tiene una solución clara: no es evidente qué califica como una situación excepcional ni qué sanción correspondería a quien actúa así y, además, en la vida real quien se ensucia las manos tiende a racionalizarlo y justificarlo (pp. 111-112).

El segundo bloque del libro aborda algunos temas que el lector podría estudiar con profusión en manuales de ciencia política, pero a los que aquí puede echar un pequeño vistazo. De esta forma, encontramos al principio dos capítulos dedicados a los partidos políticos, las campañas electorales y los procesos de selección de candidatos (pp. 119-138 y 139-155) cuyo mayor interés reside en que, indirecta y parcialmente, ayudan a comprender la actual desafección ciudadana hacia la política. ¿Se han parado alguna vez a pensar cuántas películas hay sobre política que estén protagonizadas por políticos decentes y que muestren a la política como un arte noble? Piénsenlo. Hagan memoria. Busquen y rebusquen en bases de datos, *blogs* y foros. ¿Quieren un consejo? No pierdan el tiempo. No las hay. En este ámbito, el cine reproduce con escrupulosa exactitud un cierto clamor callejero: a saber, que los políticos son corruptos, que las instituciones están movidas por intereses de todo tipo menos por el del bien común y que la política no es *el arte de lo posible* ni de la creatividad sino el de la estrategia aprovechada y la lucha partidista e intrapartidista. Apreciaciones todas ellas que, en alto

⁷ Cf. MICHAEL WALZER, “Political Action: The Problem of Dirty Hands”, *Philosophy and Public Affairs*, 2/2 (1973), pp. 160-180. Trad. cast. en *Pensar políticamente*, edición de DAVID MILLER, PAIDÓS, Barcelona, 2010, pp. 385-406.

grado, son ciertas pero que, en conjunto, resultan injustas, como Edurne Uriarte ha escrito varias veces en sus estudios sobre las élites políticas⁸.

El cine, que es un arte eminentemente popular y dirigido al gran público, adopta *por defecto* un enfoque sombrío y nada dado a sutilezas cuando se mete en política. ¿Es la propia naturaleza del séptimo arte la que dificulta o imposibilita un acceso más equilibrado a la política? Se trata de un asunto insuficientemente analizado en la literatura científica, pero no deja de ser llamativa la nula distancia a este respecto entre dos filmes separados en el tiempo como *El político* (1949) o *Los idus de marzo* (2011). Curiosamente, tampoco la personalidad de guionistas o directores augura desvíos significativos respecto a esta tónica general refractaria hacia la política. Ya se trate de grandes maestros o de realizadores nóveles, la mirada lúgubre no varía. En los films de un autor optimista como Frank Capra aparece la preocupación política, pero al final el regusto es amargo: tanto en *El secreto de vivir* (1938) como en *Caballero sin espada* (1940), el realizador entiende que en la política no hay lugar para gente honesta y que, en todo caso, el liderazgo hay que ejercerlo en la pequeña comunidad. Ni siquiera el gran John Ford escaparía a este tic, ya que, pese a tener en su haber un film sobre un político honesto y decente —*El último hurra* (1958)—, se trata de la historia de un mandatario “en retirada” que pierde sus últimas elecciones, pero a quien en ningún caso vemos en el día a día de su gestión.

Por todo ello, no deja de ser llamativo que uno de los filmes recientes donde se ofrece una imagen luminosa de la política —*Invictus* (2009)— venga firmado por un realizador como Clint Eastwood, que en su obra anterior y posterior a este título ha tendido a ser muy escéptico respecto a las bondades de la política, como se puede ver en *Licencia para matar* (1975), *Poder absoluto* (1997) y *J. Edgar* (2011). En *Invictus*, en cambio, la política aparece como un arte humano que exige creatividad, esfuerzo y un liderazgo integrador y ejemplar⁹, además de sensibilidad por los gestos y una alta dosis de exigencia para articular la comunidad política imaginada a la que llamamos “nación”, según la definición de Benedict Anderson que recoge Santiago Mariani en su notable capítulo sobre la construcción de Sudáfrica en el cine (pp. 157-174). Además de *Invictus*, el análisis de *Adiós Bafana* (2007) y *Mandela. Del mito al hombre* (2013) aporta interesantes matices, como que para construir la nación imaginada se requiere una experiencia

⁸ Cf. EDURNE URIARTE, “La política como vocación y como profesión: análisis de las motivaciones y de la carrera política de los diputados españoles”, *Revista española de ciencia política*, 3 (2000), pp. 97-124; “El análisis de las elites políticas en las democracias”, *Revista de estudios políticos*, 97 (1997), pp. 249-275.

⁹ Cf. PABLO ECHART y JORDI RODRÍGUEZ VIRGILI, “Un liderazgo transformacional y ejemplar: la imagen de Nelson Mandela en *Invictus*”, *Revista Empresa y Humanismo*, XVII/1 (2014), pp. 7-22. *Invictus* no es una película pensada para demostrar una tesis, sino para recoger una experiencia bastante común aunque frecuentemente olvidada, a saber, que hay en los seres humanos una gran capacidad para aprender a trabajar juntos. A juicio de Echart y Rodríguez Virgili, ahí residiría el núcleo de la historia. He procurado sintetizar el humanismo de Eastwood basado en la universalidad de la experiencia humana en “La derrota en la victoria: Reseña de *Invictus*”, *Sesión no numerada. Revista de letras y ficción audiovisual*, 1 (2011), pp. 103-109.

transformadora y que hace falta mucha fortaleza moral para liderar y para decir a los seguidores lo que *no* quieren oír.

Leonardo Morlino se fija en la película de Dino Risi *Una vida difícil* (1961) como excusa para glosar la consolidación de la democracia en la Italia posbélica. Esta se produjo a través de los partidos y de una alianza entre la Iglesia, la industria, los líderes políticos y los pequeños propietarios (pp. 180-181), pero resultó más difícil de lo previsto, pues se esperaba que la democracia realizara cuanto antes todas sus promesas y lo que se vio fue que permitía medrar al corrupto y a aquellos cercanos al poder. Cierra este segundo bloque un análisis muy digno del film sobre la crisis de los misiles cubanos *Trece días* (2000), visto desde la lente de un texto clásico de Graham Allison, quizá el máximo exponente de la disciplina conocida como *applied history*¹⁰, y que sirve a sus autores para presentar las distintas maneras en que un gobierno establece su política exterior. Así, según Allison, habría un modelo de *política racional* —el país es un actor que tiene claros sus fines y los medios para alcanzarlos—, otro entendido como *proceso organizativo* —donde compiten distintos actores por imponer la solución que cada cual estima— y uno más que sería el de la *política burocrática* —donde lo decidido resulta de compromisos, coaliciones, competiciones y malentendidos entre diversos miembros del gobierno, pero no como una solución a un problema. A estos tres modelos, añaden los autores del capítulo un cuarto, que suelen emplear los presidentes estadounidenses cuando les cuesta que el Congreso apruebe alguna iniciativa, y que pasa por buscar el apoyo de la opinión pública o *ir a la gente*. Estas cuatro formas de hacer política no son excluyentes, y por eso no es difícil encontrarlas en la película *Trece días*, que también dedica una singular atención al prestigio —tanto el de los estadounidenses como el de la Unión Soviética—, un factor indispensable en las relaciones internacionales que permite obtener los beneficios de la fuerza sin pagar los costos de utilizarla (p. 203).

El tercer y último bloque del libro lleva por título “La negación de la democracia” y sus capítulos son algo más dispares. En general, abordan los regímenes autoritarios en Latinoamérica y el totalitarismo en Europa tal como aparecen retratados en películas como *La fiesta del chivo* (2006), *Hannah Arendt* (2012), *Una jornada particular* (1977), *La vida de los otros* (2006) o *La ola* (2008). Y, entre unos y otros, el lector puede componer un esquema decente acerca de los tipos de autoritarismo según el grado de pluralismo político que permitan, la concentración de poder y la predictibilidad de su administración; podrá también entender por qué el fascismo italiano, siendo un régimen autoritario, no llegó a ser totalitario; o por qué no cabe descartar que, dadas una serie de circunstancias, se pueda regresar en cualquier momento a una situación de dictadura.

Sin embargo, el capítulo que mejor refleja el tema genérico de toda esta sección es el que analiza *Dogville* (2003), de Lars von Trier (pp. 277-

¹⁰ Cf. GRAHAM ALLISON y NIALL FERGUSON, “Why the U.S. President Needs a Council of Historians”, *The Atlantic*, septiembre 2016 [on line].

286). Para Jesús Tovar, esta película admite una clara lectura política, ya que en su historia asistimos a la invalidación del mito de que pueda haber una comunidad *sin* política. En efecto, *Dogville* se ambienta en una comunidad sin Estado ni jerarquía donde surge una relación de dominación sobre sólo una persona. Pues bien, si vamos a la teoría política antigua y medieval, este tipo de dominio de la mayoría sobre la minoría solía tener un nombre: democracia. Entre la democracia de los antiguos y de los modernos (indirecta, representativa, procedimental) hay un estadio intermedio, la democracia igualitaria y sin Estado, ya sea la del socialismo, la del anarquismo o la del comunismo (pp. 281–281). Y si algo deja claro el desarrollo de la trama de *Dogville*, es que en cualquier sociedad siempre hay relaciones de dominación —presentes o latentes—, que para ordenar hay que ejercer poder e incluso que hay una cierta arrogancia en la pretensión de *no* ejercer poder y esperar que el resto haga lo mismo. La película ilustra que “la naturaleza humana necesita determinados parámetros o frenos que la limiten”, como es el Estado, el cual comprende la política y que “dicho Estado conlleva la construcción de jerarquías y por ende genera desigualdades entre los seres humanos, las cuales, dentro de un régimen democrático, tienen ciertos límites” (p. 286).

En resumidas cuentas, estamos ante un libro entretenido e instructivo. A su favor, cabe destacar que la brevedad de sus capítulos agiliza la lectura y que varios de ellos (los que no delegan las cuestiones teóricas y humanísticas) suscitan un aprendizaje significativo. Por contra, y pese a los esfuerzos de los coordinadores del libro, la independencia de los capítulos se acusa demasiado en la reiteración de citas y definiciones (como la del autoritarismo según Juan Linz) y también en la falta de una cierta perspectiva común. Esto último no se debe sólo a que sea un libro colectivo¹¹, sino que tiene raíces más profundas en la propia ciencia política, la rama del saber de la que provienen la práctica totalidad de sus autores y dentro de la cual se lleva décadas discutiendo si es legítimo, posible o necesario analizar hechos sin teoría. El vacío teórico y su progresiva sustitución por la descripción y cuantificación de estructuras, procesos y resultados puede otorgar a la politología algo de prestigio científico, pero al precio de restar ímpetu, ambición y relevancia a sus investigaciones, como advirtió en su día David Easton, repitió el propio Juan Linz y, más recientemente, ha recordado Yascha Mounk¹². Esta tensión en el seno de la propia disciplina es palpable en el libro si se atiende a los extremos que representarían, por un lado, el capítulo sobre los políticos y sus entornos desde el cine (un escrito descriptivo y de neutralidad valorativa) y, por otro, el dedicado a *Dogville* (un capítulo más teórico y rico en su interpretación del texto filmico).

¹¹ Por citar un ejemplo que pueda interesar a los lectores de esta revista, cabe señalar el magnífico *El Derecho a través de los géneros cinematográficos*, editado por JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA (Tirant lo Blanch, Valencia, 2008), donde la variedad de voces está bien “atada” por un presupuesto metodológico fundamental —a saber, el del género cinematográfico como categoría de pre-comprensión.

¹² Cf. YASCHA MOUNK, “How Political Science Gets Politics Wrong”, *The Chronicle of Higher Education*, 30 octubre 2016 [online].

Obviamente, un volumen como el aquí reseñado no puede aspirar a resolver definitivamente la cuestión del estatuto epistemológico de la ciencia política. La respetable pretensión de llegar a un público amplio que anida en este tipo de libros les hace deudores del estado en que se halle su ciencia particular en cada momento. Sin embargo, ¿no debería ser esta distancia respecto al debate académico más riguroso un acicate para ensayar propuestas nuevas que puedan inspirar a otros? Algo que se echa de menos en las páginas de *La política va al cine* es, justamente, la presencia de capítulos más arriesgados y hasta más cinéfilos. Si es verdad, como decíamos al principio, que el sujeto contemporáneo contempla la realidad con una mirada en gran parte educada por el cine, cualquier esfuerzo hermenéutico para desentrañar películas y series de televisión no debería excluir el análisis del lenguaje propio del medio y su articulación con la propuesta de sentido (o sinsentido) que los autores de la obra audiovisual dibujan a través de sus imágenes. Toda ficción erige un mundo posible cuyo mayor o menor aprovechamiento para el aprendizaje y la mejora personal procede de la coherencia entre las coordenadas éticas, estéticas, antropológicas y hasta teológicas en base a las cuales está construido. Si las películas sobre políticos, regímenes, campañas electorales, sucesos históricos decisivos o los dilemas sociales y morales que acompañan a la convivencia humana pueden enseñarnos a conocer e investigar el mundo de la política ello es en virtud de la solidez del mundo posible que plantean. Un entorno ficticio donde no sólo importa el parecido con las estructuras y las personas de nuestro mundo, sino también con las acciones que *deberían* darse en él en aras a la obtención de aquellos bienes que humanizan la vida¹³.

Puede que la política nos enseñe todo lo que puede ir mal en nuestras vidas, a prever el desastre y cómo contenerlo. Pero el cine o la gran literatura, además, nos enseñan a ver la vida como una unidad de sentido donde tanto lo que hacemos voluntariamente como lo que simplemente nos ocurre, conduce a la felicidad o a la desgracia. Cómo combinar la ampliación de la mirada sobre la realidad y la vida humana que la ficción nos produce con el análisis y comprensión de la acción política, sus instituciones, reglas y acontecimientos es una tarea pendiente que, ojalá, podamos completar con el tiempo.

¹³ Cf. JORDI RODRÍGUEZ-VIRGILI, TERESA SÁDABA y ALBERTO LÓPEZ-HERMIDA, "La ficción audiovisual como nuevo escenario para la Comunicación Política", *CIC Cuadernos de Información y Comunicación*, 15 (2010), pp. 43 y 50.

Bobbio, Norberto:
El oficio de vivir, de enseñar, de escribir.

Conversación con Pietro Polito
Trotta, Madrid, 2017, 108 pp.

El 13 de noviembre de 2017 el profesor D. Ignacio Torres Muro me obsequió, con la generosidad que acostumbra y sin que yo lo mereciera, con un libro. El libro resultó ser el último publicado en castellano hasta la fecha por Norberto Bobbio, uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, titulado tal y como se indica arriba. Es conocido que Norberto Bobbio falleció en 2004; ahora Pietro Polito ha querido rendir tributo a su figura con la recopilación de textos, debidamente actualizada y anotada, que originalmente se publicó en 1999. A todo ello se le suma la traducción al castellano que nos ofrece Andrea Greppi, que es excelente.

Lo primero que va a encontrar el lector es una introducción de enjundia, firmada por el mismo Pietro Polito, titulada “La enseñanza de Norberto Bobbio”, y donde resalta que “el objeto de este pequeño volumen es la persona, el profesor, el escritor” (p. 9). Explica con detalle el contexto de la inabarcable obra de Bobbio, destacando que “su reflexión nace del presente y se mide con el presente. Es un continuo cuerpo a cuerpo con el presente, visto a través de la lección de los clásicos” (p. 11). En todo caso destaca de la obra del jurista italiano su “constancia, originalidad, problematicidad y fecundidad” (p. 12), realizada por ese hombre apasionado de la curiosidad que nos ha invitado desde siempre al diálogo (cosa que es muy diferente, y así lo destaca Polito, de la neutralidad; p. 15). Destaca, por último, el Bobbio que huye y rehúye todo fanatismo, y quien fue situado en ese sentido por Dahrendorf junto a personajes de la talla de Julien Benda, Karl Popper o Isaiah Berlin (p. 16).

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid (Campus María Zambrano).

Después del texto introductorio vienen las píldoras que Norberto Bobbio desgrana, con abundante detalle sobre las vicisitudes y avatares que han jalonado su trayectoria personal y profesional, dando muestras de una lucidez autocrítica como pocas veces se ha visto en la Academia. El volumen nos acerca sobre todo al Bobbio persona pero también algo del Bobbio jurista, de forma sencilla, amena, y nada recargada.

El libro por completo constituye una defensa cerrada del diálogo. Como dice muy al comienzo Bobbio, “o hablar o combatir, el dilema es tajante” (p. 20). Y dice sí al diálogo tanto público como privado, del cual se nutre una actividad epistolar digna de mención.

Bobbio destaca, dentro del oficio de vivir, que su principal leit-motiv reside en “no exagerar”, en la mejor tradición cultural piamontesa, y se confiesa un hombre que duda haber estado a la altura de enseñar y escribir (p. 31). La autocrítica es una constante que atraviesa la obra. Así, resalta que todo le ha costado un mundo y que es una persona llena de dudas. Destaca la importancia de las tres principales experiencias afectivas que tiene todo ser humano –familia, amistad, amor– así como la relevancia y la peculiaridad que plantea la relación entre maestros y discípulos. Con sus propias palabras: “No es solamente una relación entre quien enseña y quien aprende, sino que acaba convirtiéndose en una relación personal y afectiva, aunque distinta a la relación de amistad”. A pesar de existir ese “fuerte vínculo sentimental”, “se mantiene por parte del discípulo una actitud de respeto, de temor reverencial” (p. 38).

En el ámbito de las lecturas de formación se demuestra que Bobbio ha leído mucho y bien, aunque él no comparte del todo el criterio. Sí reconoce que su pasión por leer ha ido en aumento con el paso del tiempo, hasta el punto de que su “principal actividad ha consistido en ir pasando una página tras otra” (p. 40). Y destaca a Thomas Mann y a Giacomo Leopardi como autores favoritos. En otros ámbitos culturales Bobbio se muestra igual de sincero y cercano. Disfruta de la música, especialmente de la clásica, así como de la ópera, aunque los gravámenes de la edad hicieron que redujera mucho su consumo (p. 47). A modo de curiosidad, la última película que vio en la gran pantalla fue *La Lista de Schindler*. Para la pintura, por el contrario, se considera “tuerto”. Y cierra con la pasión que siempre sintió por la montaña y por sus largos paseos por ella, pasión compartida con su mujer Valeria.

Respecto al oficio de enseñar, Bobbio recuerda el fracaso que cosechó en la impartición de su primera lección universitaria, donde los nervios y la presión le jugaron una mala pasada (p. 53). En este apartado conviene retener dos datos. Uno, la vastísima formación y la ingente cantidad de lecturas de todas las disciplinas relacionadas con su quehacer, desde la Filosofía política hasta el Pensamiento político contemporáneo, pasando por la Teoría del Derecho y la Historia. Años duros fueron los años del fascismo, aunque Bobbio asevera que se logró “cierto grado de libertad”, una vez pagados los típicos tributos al régimen (p. 57). Es, como él dice, esa disimulación honesta que tuvo que hacerse fuerte por buena parte del claustro de profesores, que no podían sino cumplir con la formalidad del juramento

al régimen como pura adhesión sin convencimiento, mero trámite a cumplimentar. Claro que luego volvieron los años de la democracia. Bobbio siempre defendió la ideología de la Constitución, de la democracia social, muy cercano a Kelsen. En su última lección citó a Weber, recordando que “la cátedra no es para los demagogos ni para los profetas” (p. 62). Sobre mayo del 68 deja alguna anécdota jugosa, como por ejemplo que su hijo fue uno de los principales líderes de la revuelta y que el propio Bobbio se negó a mediar en el conflicto universitario a petición del rector Allara, por no mezclar cosas domésticas y profesionales. Dicho sea de paso, el jurista italiano estuvo siempre a medio camino entre el acuerdo y el desacuerdo con las reivindicaciones del movimiento, mostrando siempre una actitud dialogante, basada en firmes convicciones universitarias (p. 64). Al fin y al cabo, mayo del 68 fue “mucho ruido para nada”. Y siempre se ha confiado a las lecciones de los clásicos, transmitiendo sus conocimientos al alumnado. La principal virtud del docente, dicho sea de paso, es la claridad en la exposición de los conceptos fundamentales y el orden discursivo (p. 65). Bobbio da fe de que buena parte del éxito reside en no repetir año tras año los mismos contenidos, renovarse y renovarlos, sin dejarse llevar por la rutina. Es jugosa también la anécdota en la que, una vez irrumpe una marabunta en clase, Bobbio se acerca a ellos promoviendo el diálogo y se da cuenta de que casi toda la clase se ha puesto en pie y esta detrás de él. Remata el asunto leyendo a los revolucionarios esas líneas de “a un antiguo compañero”, de Herzen (p. 66). Y dicho todo eso, finaliza con un acto de contrición, pidiendo disculpas a sus alumnos y discípulos por sus “imprevisibles e injustificados” enfados, recordando que él siempre se tomó en serio a todo aquél que se acercaba (p. 71).

El Bobbio más humilde reaparece cuando le hacen hablar de su obra. Ante la pregunta de Polito que indaga sobre el éxito de la misma, Bobbio sólo puede decir que quizá ha tenido cierto éxito con su *¿Qué socialismo?*, así como con las diferentes reediciones de *Derecha e izquierda* (p. 80). Sea como fuere, deja claro que la principal lección aprendida es “la humildad, la de no creérselo, la de no perder el sentido de la proporción” (p. 81).

La obra se cierra con el texto “Invitación al diálogo”, conferencia que originalmente se dictó en 1951, pero que como suele suceder con los textos realmente buenos no ha perdido un ápice de actualidad y merece leerse con detenimiento. Inevitable recordar ciertos acontecimientos políticos de nuestro país y cómo se hubieran desarrollado de forma diametralmente opuesta si se hubiera dialogado quizá no más pero sí mejor.

Hasta aquí llega la breve reseña de la obra, que esperamos el lector disfrute tanto como el autor de estas líneas. Lo primero que destaca es que el pensamiento de Bobbio sigue de plena vigencia en la actualidad¹. Estamos

1 Hoy día se reivindican postulados del jurista piemontés que este defendió hace treinta años, en uno de sus trabajos señeros (*El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986). Vid. RAMÍREZ, C.; “Bobbio contra Vargas Llosa”, *El Imparcial*, 16 de mayo de 2018 (en línea: <https://www.elimparcial.es/noticia/189739/opinion/bobbio-contra-vargas-llosa.html>). Consultado el 18 de mayo de 2018).

ante una lectura imprescindible para toda persona interesada en el mundo académico, y quizá no sea atrevido afirmar que para toda persona que tenga un mínimo de sensibilidad. La generosidad del obsequiante arriba referido hizo posible conocer una obra que goza de esa impronta marcadamente humanista. De humanista a humanista, pues. Ese es el poso que dejan los buenos juristas y mejores personas.

